

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas



**Potestad y responsabilidad de los Estados en
el ejercicio de la Competencia Penal**

Universal

**Del Principio de Justicia Universal a la Jurisdicción Penal
de los Tribunales Internacionales: Origen, Evolución y**

Vigencia

Tesis Doctoral

Autora: Nieves Irene Caballero Pérez

Director: Prof. Dr. José Manuel Cortés Martín

Sevilla, 2021

ÍNDICE

<i>Índice de abreviaturas</i>	<i>i</i>
<i>Introducción</i>	<i>1</i>
<i>A) Hipótesis y Objetivos de la Investigación</i>	<i>4</i>
<i>B) Metodología</i>	<i>6</i>
<i>C) Estructura del trabajo de investigación</i>	<i>8</i>
<i>Capítulo 1: El principio de justicia universal</i>	<i>15</i>
<i>1.1 La soberanía de los Estados y principio de justicia universal</i>	<i>19</i>
<i>1.2 Concepto de la Jurisdicción Universal</i>	<i>26</i>
<i>A) Justicia universal y jurisdicción universal: Matizaciones Terminológicas</i>	<i>27</i>
<i>B) Diferenciación con el principio “aut dedere aut iudicare”</i>	<i>32</i>
<i>1.3 Fundamento Jurídico</i>	<i>42</i>
<i>A) Las obligaciones jurídicas de los Estados como fundamento de la competencia penal universal</i>	<i>43</i>
<i>B) Las normas convencionales y consuetudinarias de Derecho internacional como causa de las obligaciones “erga omnes”</i>	<i>60</i>
<i>C) El principio de legalidad en el Derecho penal internacional y en la jurisdicción universal</i>	<i>80</i>
<i>1.4 Naturaleza y presupuestos de la jurisdicción universal</i>	<i>83</i>
<i>A) Sujetos competentes y su ejercicio</i>	<i>85</i>
<i>B) Naturaleza de los crímenes internacionales: Adquisición de su carácter internacional</i>	<i>86</i>
<i>1.5 Tipología</i>	<i>89</i>
<i>1.6 Límites de la jurisdicción universal</i>	<i>94</i>
<i>A) El Principio Non bis in ídem</i>	<i>94</i>
<i>B) La Inmunidad</i>	<i>102</i>
<i>C) La Prescripción</i>	<i>130</i>
<i>D) Las Leyes de Amnistía y otros mecanismos de impunidad</i>	<i>137</i>
<i>1.7 Otros principios jurisdiccionales de Derecho Internacional: relación y diferencia con el principio de justicia universal</i>	<i>142</i>
<i>A) El Principio de Territorialidad</i>	<i>142</i>
<i>B) El Principio de Protección de Intereses</i>	<i>144</i>
<i>C) El Principio de Personalidad</i>	<i>146</i>

<i>D) El Principio de Beligerancia.....</i>	<i>147</i>
<i>E) El Principio de Justicia Supletoria.....</i>	<i>149</i>
<i>F) El Principio de Justicia Penal Internacional.....</i>	<i>151</i>
<i>G) El Principio de Complementariedad.....</i>	<i>153</i>
<i>Capítulo 2: El principio de justicia universal bajo la visión originaria en el Derecho internacional.....</i>	<i>157</i>
<i>2.1 El ejercicio extraterritorial de la jurisdicción y el principio de igualdad soberana de los Estados.....</i>	<i>158</i>
<i>2.2 Los orígenes de la universalidad de la jurisdicción.....</i>	<i>173</i>
<i>A) La búsqueda de mecanismos contra la impunidad.....</i>	<i>174</i>
<i>B) Respaldo internacional a los intereses de los Estados: Caso Savarkar.....</i>	<i>180</i>
<i>2.3 Visión internacional al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados.....</i>	<i>184</i>
<i>A) Respaldo internacional al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados.....</i>	<i>186</i>
<i>B) Límites al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados basados en el Derecho internacional.....</i>	<i>198</i>
<i>2.4 El carácter dispositivo de la jurisdicción universal desde la óptica internacional.....</i>	<i>208</i>
<i>Capítulo 3: De la jurisdicción penal universal a la jurisdicción penal internacional.....</i>	<i>217</i>
<i>3.1 El origen de la jurisdicción penal internacional.....</i>	<i>226</i>
<i>A) Los Tribunales Militares Especiales creados tras la Segunda Guerra Mundial.....</i>	<i>227</i>
<i>A.1) El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.....</i>	<i>229</i>
<i>A.2) El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.....</i>	<i>236</i>
<i>B) El papel de los Tribunales Militares de Nüremberg y Tokio en el Derecho penal internacional.....</i>	<i>239</i>
<i>3.2 Jurisdicción universal y jurisdicción internacional: contexto y evolución.....</i>	<i>241</i>
<i>A) Algunos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia sobre los conflictos suscitados entre los Estados en el ejercicio de la jurisdicción universal.....</i>	<i>247</i>
<i>A.1) Caso Yerodia.....</i>	<i>250</i>
<i>A.2) Caso Sassou Nguesso y otros.....</i>	<i>253</i>
<i>A.3) Asunto sobre la asistencia mutua en materia penal.....</i>	<i>254</i>
<i>A.4) Caso Habré.....</i>	<i>256</i>
<i>B) El acceso a la jurisdicción universal en los Tribunales Regionales de protección de los Derechos Humanos.....</i>	<i>271</i>

<i>B.1) Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	275
<i>B.2) Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	283
<i>B.3) La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos</i>	288
<i>3.3 Los Tribunales Internacionales para el enjuiciamiento de la responsabilidad penal personal</i>	291
<i>A) El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia</i>	293
<i>B) El Tribunal Internacional para Ruanda</i>	297
<i>C) Tribunales Especiales de naturaleza mixta y Salas Extraordinarias</i>	304
<i>C.1) Tribunal Especial de Sierra Leona</i>	306
<i>C.2) Tribunal Especial para el Líbano</i>	312
<i>C.3) El Alto Tribunal Iraquí</i>	316
<i>C.4) Paneles Especiales del Tribunal del Distrito de Dili</i>	320
<i>C.5) Salas Extraordinarias del Tribunal de Camboya</i>	323
<i>C.6) Salas de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina</i>	326
<i>C.7) Salas Extraordinarias Africanas</i>	329
<i>C.8) Tribunal Especial de Kosovo</i>	332
<i>C.9) Otros Tribunales y Salas Especiales</i>	340
<i>Capítulo 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional. Especial referencia a su sistema jurisdiccional</i>	351
<i>4.1 La competencia jurisdiccional de la Corte Penal Internacional</i>	357
<i>A) Competencias de la Corte y sus límites</i>	357
<i>A.1) Genocidio</i>	358
<i>A.2) Crímenes de lesa humanidad</i>	359
<i>A.3) Crímenes de guerra</i>	359
<i>A.4) Crimen de agresión</i>	362
<i>A.5) Delitos contra la administración de justicia cometidos ante la Corte Penal Internacional</i>	363
<i>B) La jurisdicción penal internacional: principios y garantías. Especial referencia al principio de complementariedad</i>	364
<i>4.2 Regulación y aplicación del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma</i>	371
<i>A) Regulación del principio de complementariedad</i>	373
<i>B) Criterios de aplicación del principio de complementariedad en la jurisdicción de la Corte</i>	378
<i>C) El ejercicio de la jurisdicción penal por parte de la Corte</i>	382

<i>4.3 Reflexiones sobre la realidad de la Corte Penal Internacional</i>	400
<i>Capítulo 5: El “complejo” camino de la justicia universal de los tribunales españoles</i>	425
<i>5.1 La regulación de la competencia y de la jurisdicción universal en España</i>	426
<i>A) El ejercicio de la jurisdicción universal en España: 1870-1985</i>	427
<i>B) Ley Orgánica del Poder Judicial y sus reformas: desde 1985 hasta 2018</i>	430
<i>5.2 La aplicación de la jurisdicción universal en España</i>	438
<i>A) La regulación normativa de la jurisdicción universal</i>	438
<i>A.1) Argumentos a favor de las reformas de las Leyes Orgánicas 1/2009 y 1/2014.</i>	438
<i>A.2) Argumentos contrarios a las reformas de las Leyes Orgánicas 1/2009 y 1/2014.</i>	443
<i>A.3) La “justificación” de la actual regulación de la jurisdicción universal en España.</i>	447
<i>B) La aplicación de la jurisdicción universal por los tribunales españoles</i>	448
<i>B.1) Resoluciones de los tribunales españoles que no se vieron afectadas por las reformas realizadas por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	449
<i>B.1.1) Caso de Augusto Pinochet</i>	449
<i>B.1.2) Caso Guatemala</i>	460
<i>B.1.3) Caso Scilingo</i>	469
<i>B.2) Resoluciones de los tribunales españoles que se vieron afectadas por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	486
<i>B.2.1) Asuntos en los que se acordó el sobreseimiento y archivo por falta de jurisdicción</i>	486
<i>B.2.1.1) Caso del Tíbet</i>	486
<i>B.2.1.2) Caso Falun Gong</i>	500
<i>B.2.1.3) Caso Ruanda y República Democrática del Congo</i>	504
<i>B.2.1.4) Caso “campos de concentración nazis”</i>	505
<i>B.2.1.5) Caso Couso</i>	507
<i>B.2.1.6) Caso “Flotilla de la Libertad”</i>	508
<i>B.2.1.7) Caso “torturas de Guantánamo”</i>	510
<i>B.2.1.8) Caso “vuelos de la CIA”</i>	512
<i>B.2.2) Asuntos en los que se mantiene la competencia de los tribunales españoles conforme a la jurisdicción universal</i>	515
<i>B.2.2.1) Caso Carmelo Soria</i>	515

<i>B.2.2.2) Caso Ellacuría</i>	516
<i>B.2.2.3) Caso “Boko Haram”</i>	519
<i>B.2.2.4) Caso Sáhara</i>	519
<i>B.2.2.5) Casos de “narcotráfico internacional”</i>	521
<i>B.2.2.6) Caso “terrorismo y desapariciones forzadas en Siria”</i>	527
<i>5.3 La justicia universal en el actual diseño establecido por el ordenamiento jurídico y la práctica judicial</i>	534
<i>Capítulo 6: La construcción dogmática de la justicia universal</i>	541
<i>6.1 La construcción de una teoría sobre los crímenes internacionales y de la competencia para su persecución</i>	544
<i>A) Teorías que pretenden un fundamento sustantivo de la norma penal internacional</i>	544
<i>B) Teorías basadas en la jurisdicción como fundamento de un sistema penal internacional</i>	554
<i>C) Teoría basada en la potestad soberana del sistema punitivo</i>	558
<i>6.2 La extensión de la jurisdicción de los Estados</i>	563
<i>6.3 Los tribunales penales internacionales y su jurisdicción</i>	580
<i>6.4 La jurisdicción universal: entre su “posibilismo” internacional y su realidad estatal</i>	587
<i>6.5 El sistema punitivo en el Derecho internacional</i>	598
<i>A) Jurisdicción universal y su coexistencia con la jurisdicción penal internacional</i>	604
<i>B) La jurisdicción universal in absentia y el enjuiciamiento del “ausente”</i>	618
<i>C) La atribución jurisdiccional en caso de concurrencia</i>	652
<i>D) El sistema de garantías jurisdiccionales como principio del Derecho internacional</i>	667
<i>Adenda: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional</i>	689
<i>Conclusiones</i>	727
<i>Bibliografía</i>	743
<i>Libros y capítulos de los mismos</i>	743
<i>Artículos</i>	758
<i>Prensa</i>	770
<i>Doctrina, informes y textos normativos</i>	771
<i>Jurisprudencia</i>	798

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- (AG) Asamblea General de Naciones Unidas
- (CSNU) Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
- (UA) Unión Africana
- (UE) Unión Europea
- (CDI) Comisión de Derecho Internacional
- (IDI) Instituto de Derecho Internacional
- (CIDH) Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- (CIJ) Corte Internacional de Justicia
- (CPJI) Corte Permanente de Justicia Internacional
- (CPA) Corte Permanente de Arbitraje
- (TPIY) Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
- (TPIR) Tribunal Penal Internacional para Ruanda
- (TMI) Tribunal Militar Internacional de Nüremberg
- (TPMILO) Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente
- (CPI) Corte Penal Internacional
- (TJUE) Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- (STJUE) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- (TEDH) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- (Corte IDH) Corte Interamericana de Derechos Humanos
- (CADHP) Corte Africana de los Derechos Humanos y del Pueblo
- (TESL) Tribunal Especial de Sierra Leona
- (TEL) Tribunal Especial para el Líbano
- (IHT) Alto Tribunal Iraquí
- (PETO) Paneles Especiales del Tribunal del Distrito de Dili
- (ECCC) Salas Extraordinarias del Tribunal de Camboya
- (BWCC) Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia y Herzegovina
- (CAE) Salas Extraordinarias Africanas
- (KSC) Tribunal Especial de Kosovo

(HoL) Cámara de los Lores

(CSJN) Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

(CNCC) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina)

(TC) Tribunal Constitucional

(STC) Sentencia del Tribunal Constitucional

(TS) Tribunal Supremo

(ATS) Auto del Tribunal Supremo

(STS) Sentencia del Tribunal Supremo

(AN) Audiencia Nacional

(SAN) Sentencia de la Audiencia Nacional

(AAN) Auto de la Audiencia Nacional

(JCI) Juzgado Central de Instrucción

(JCIAN) Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional

(DUDH) Declaración Universal de los Derechos Humanos

(TUE) Tratado de la Unión Europea

(TFUE) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

(CEDH) Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

(CADH) Convención Americana sobre Derechos Humanos

(CADHP) Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos

(CE) Constitución Española

(LO) Ley Orgánica

(LOPJ) Ley Orgánica del Poder Judicial

(CP) Código Penal

(LECrim) Ley de Enjuiciamiento Criminal

(RAE) Real Academia Española

INTRODUCCIÓN

El Derecho internacional contemporáneo, tras la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y el establecimiento de un sistema normativo universal para la promoción y defensa de los derechos humanos, tiende a un proceso de *positivización* que impone un mayor grado de compromiso del que se deriva una novedosa dimensión de la responsabilidad no sólo de los Estados, sino también de las personas individualmente consideradas con la finalidad de garantizar los bienes jurídicos fundamentales de la convivencia global y la protección de los intereses de la comunidad internacional.

En la actualidad puede observarse en este proceso el fortalecimiento del Derecho internacional público, donde puede apreciarse la consolidación de su capacidad normativa tendente a la codificación de sus disposiciones jurídicas y que tiene su constatación en las resoluciones, sentencias y opiniones dictadas por los tribunales internacionales, que han puesto de manifiesto una profunda transformación del Derecho internacional aplicable.

Se tiene por aceptado que el Derecho internacional emana del “consenso”, que supone no sólo el marco institucional donde se aborda la toma de decisiones normativas (“consenso formal”), sino que representa un principio general representativo de los intereses y convicciones generalmente aceptados por los sujetos de la comunidad internacional (“consenso material”), que justifican el contenido y la obligatoriedad de sus normas que resultan aplicables en el marco de las relaciones internacionales.

Viene siendo aceptado, que en la práctica internacional clásica la interpretación de las normas internacionales se desarrolla tradicionalmente a través de su contexto lingüístico, sistemático y teleológico, criterios que ya fueron enunciados en la teoría general del Derecho desde el siglo XIX y que como principios fueron recogidos en los arts. 31 a 33 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Ahora bien, toda norma jurídica en su aplicación precisa ser interpretada de forma que su “mandato” pueda ser adaptado a la realidad del grupo social para su eficacia. En la aplicación de las normas internacionales por parte de los tribunales de justicia, esta tendencia transformadora puede constatarse de forma evolutiva donde la persona individualmente viene siendo considerada como sujeto propio del Derecho internacional y, por ello, vinculada al cumplimiento de las obligaciones internacionales, donde el respeto a la dignidad humana se eleva a la naturaleza de valor fundamental de toda la

Introducción

comunidad internacional políticamente constituida. Pero aunque podamos aceptar que las normas internacionales son la expresión de un acuerdo social (*consensus gentium*), que justifica su eficacia entre los Estados y Organizaciones Internacionales, los Estados siguen siendo la base fundamental de la creación normativa y el principal destinatario del Derecho internacional (*consensus generalis*). En suma, sobre la teoría del “consenso” suele justificarse la validez del conjunto del sistema jurídico internacional y la obligatoriedad de sus normas, además de poder explicar los procesos de formación del Derecho internacional, tanto consuetudinaria como convencional.

Esta posición, que es la generalmente aceptada, no llega a explicar de forma convincente la erosión que en situaciones particulares se realiza del concepto de soberanía, como acontece en el progresivo establecimiento de un Derecho internacional punitivo, que por tratarse de una facultad esencial del poder soberano precisa de un esfuerzo teórico que justifique la práctica internacional y el desplazamiento de los principios clásico del orden internacional basado en la igualdad soberana a otros como el principio de cooperación que fundamenten la interacción de los ordenamientos jurídicos en el ámbito del Derecho penal y su aplicación jurídica.

La doctrina más reconocida, para conciliar este nuevo marco evolutivo del Derecho internacional público, donde las Organizaciones Internacionales actúan como “poderes públicos” con potestades autonormativas y de ejecución de sus disposiciones jurídicas, han procedido a una revisión del propio concepto de “soberanía” que superen el concepto clásico *o westfaliano* de la misma. Así han sido acuñados conceptos como el de “soberanía cosmopolita”, “soberanía suspendida o suplantada”, “soberanía condicionada”, “soberanía representativa” o el de “soberanía responsable” entre otros, que desde el ámbito de la ciencia política pretenden una reformulación actual de su concepto que supere el de la soberanía estatal *hobbessiana* basado en el poder independiente y exclusivo sobre un territorio determinado. Ello puede venir motivado por la propia realidad política en un mundo cada vez más globalizado y complejo, donde los Estados como organizaciones políticas originarias han emprendido un proceso de superación no sólo *infra estatal*, derivado de una descentralización política interna, sino también *supra estatal*, a través de transferencias de su poder público.

En el ámbito del Derecho internacional, con el establecimiento de normas imperativas (*ius cogens*), de las que emana una especial vinculación de cumplimiento general (*obligaciones erga omnes*), determinan la aceptación del establecimiento de

Introducción

conductas ilícitas a las que se prevé la imposición de “castigo” para aquellos sujetos que las contravienen. Pero en este ámbito, la organización política internacional no se limita a la descripción normativa de delitos o crímenes considerados como internacionales, sino que se encuentra en un proceso de configurar todo un sistema punitivo en el Derecho internacional constituido tanto por normas sustantivas como procesales, lo que resulta observable de forma incuestionable.

Aunque un sistema penal internacional resulta justificado por la transferencia del poder normativo originario de los Estados, basado tanto en el *consensus generalis* como en el *consensus gentium*, ello no aparece teóricamente tan bien justificado cuando nos referimos a la transferencia de la *jurisdicción* para la persecución y castigo de los crímenes internacionalmente establecidos, tanto a favor de terceros Estados (*jurisdicción universal*) como de los tribunales penales internacionales (*jurisdicción penal internacional*).

En efecto, la jurisdicción sigue siendo una manifestación esencial del poder soberano, supone una potestad que *in genere* emana de los propios Estados conforme a sus normas y principios fundamentales y organizativos (*principio democrático*), y ello no le es otorgado por el Derecho internacional. Aun admitiendo la necesidad de un Derecho penal internacional, que resulte efectivamente aplicable y eficaz, el ejercicio de una jurisdicción penal por parte de terceros Estados o por los órganos de justicia internacionales, supone la aplicación de todo un sistema punitivo que sólo puede ser establecido a través de una configuración normativa que concilie el principio de seguridad jurídica, los derechos de las víctimas y las garantías de los criminalmente responsables y este estatuto jurídico debe ser la expresión de “justicia”, como valor fundamental que interactúa con los ordenamientos jurídicos penales como fundamento de su legitimidad.

La búsqueda de respuestas a la articulación entre el ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones penales nacionales y de la jurisdicción penal internacional ha determinado mi vocación por investigar el alcance de la jurisdicción penal desde la óptica internacional en su actual proceso evolutivo, donde los diversos precedentes judiciales que determinan su aplicación puedan tener una coherencia crítica conforme a la teoría política y jurídica. Por ello, el presente trabajo de investigación pretende dar una visión integradora de la competencia penal universal ejercida por parte de los órganos judiciales nacionales como de la competencia penal aplicada por los tribunales

Introducción

internacionales en los que se incluye aquellos de naturaleza transicional, híbridos o internacionalizados, que comparten una misma finalidad de exigibilidad de responsabilidad por actos atentatorios graves contra la comunidad internacional, que son caracterizados como crímenes internacionales. Se trata de un trabajo de investigación general, abierto y flexible, dotado de una base crítica para que dogmáticamente pueda ser configurada una teoría de la jurisdicción que resulte aplicable al ámbito punitivo internacional, conciliable con la realidad práctica y que inspire *confianza jurídica* en su ejercicio. He determinado más adecuado para afrontar este estudio los postulados de la “metodología constructivista”, que supone una visión amplia e integradora del derecho aplicable alejado de cualquier postura “voluntarista” tan habitual en el marco de la doctrina internacional, todo ello desde una perspectiva descriptiva y analítica fundamentalmente centrada en los precedentes judiciales dictados, que estimo más conveniente para una comprensión y configuración integral de los instrumentos jurídicos que tienen por objeto evitar la impunidad de los responsables por la comisión de los graves crímenes internacionales, reforzando el mismo con las opiniones de la doctrina científica para una debida comprensión de la realidad normativa y evolutiva en esta materia.

A) Hipótesis y Objetivos de la Investigación

En la presente tesis partimos de un reconocimiento cognitivo de lo que entendemos como “principio de justicia universal” (o en sus acepciones como principio de universalidad o también principio de la jurisdicción universal) como concreción del valor universal de la vida y dignidad humana como fundamento de todo orden jurídico que legitima y delimita la facultad de toda Autoridad para imponer un determinado “castigo” como consecuencia jurídica de una concreta trasgresión normativa de naturaleza punitiva previamente establecida en el orden internacional.

Como conexión de dicho principio con la constitución jurídica de un sistema internacional punitivo y sus facultades de coerción, potestad ésta vinculada a las competencias “soberanas”, formulo las siguientes hipótesis, aun siendo consciente de su lógico cuestionamiento, que como en todo estudio del Derecho no tiene por objeto alcanzar soluciones incuestionables:

Introducción

a). Si resulta conveniente y necesario la configuración de una teoría general integradora que sirva de fundamento a la jurisdicción universal o a la jurisdicción penal internacional.

b). Si esta teoría debe ser abordada desde una nueva comprensión evolutiva del concepto de soberanía, como presupuesto que fundamente toda construcción teórica tanto conceptual como normativa de la jurisdicción internacional.

Derivada de las anteriores y como subhipótesis pueden formularse, sin carácter taxativo, las siguientes:

1º.- Si puede estimarse que las facultades normativas y jurisdiccionales de los Órganos internacionales tienen su fundamento en el ejercicio de potestades que podemos considerar como “soberanas”, que determinan la actual configuración del sistema punitivo internacional y si ello supondría el establecimiento de un marco jurídico vinculante al ejercicio de la jurisdicción universal.

2º.- Si estas potestades pueden justificarse, al menos en su origen, en transferencias emanadas del propio poder soberano de los Estados y si ello conllevaría un límite inherente al ejercicio de la jurisdicción penal internacional.

3º.- Si en el actual desarrollo del Derecho penal internacional y su aplicación jurisdiccional resulta coherente en la necesaria interacción práctica realizada por los “operadores jurídicos” con los principios generales del Derecho, no sólo internacionales sino también aquellos emanados de los Estados y consolidados en sus sistemas punitivos, como recurso para la configuración de una teoría integradora que justifique su legitimidad normativa y judicial.

Como objetivos del presente trabajo de investigación, podemos determinar los siguientes:

1º.- Clarificar y precisar el concepto de justicia universal, y específicamente el de jurisdicción universal, así como el establecimiento de un marco normativo dentro la teoría jurídica sobre su finalidad, naturaleza y tipología, incluyendo la precisión de sus límites jurídico-penales.

2º.- Ofrecer una amplia visión de la evolución histórica sobre la extensión de la jurisdicción penal desde una perspectiva supranacional o internacional, determinando

Introducción

las bases lógico-jurídicas asentadas en la cultura jurídica que permitan comprender su actual alcance en el sistema jurídico internacional.

3°.- Describir las normas estatutarias y los pronunciamientos de los Tribunales internacionalizados o híbridos, así como de los Tribunales penales internacionales, desde Nüremberg a la Corte Penal Internacional, estudiando las resoluciones donde determinan el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales.

4°.- Analizar críticamente los diversos pronunciamientos realizados por los órganos judiciales sobre el ejercicio de la jurisdicción en el ámbito penal, para inferir de ellas la configuración de una teoría objetiva sobre el ejercicio de la jurisdicción universal o de la jurisdicción penal internacional, apartada de visiones meramente “consensualistas” o “voluntaristas”.

5°.- Exponer los fundamentos que justifiquen el establecimiento de todo un sistema punitivo en el Derecho internacional, tanto sustantivo como procesal, analizando de forma crítica su marco jurídico y su aplicación práctica.

6°.- Establecer criterios que superen los supuestos de concurrencia de jurisdicciones en la persecución de crímenes internacionales y profundizar en su marco normativo sobre el respeto a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en el ejercicio de la jurisdicción universal.

B) Metodología

El marco metodológico seguido en el presente trabajo de investigación es el propio de la teoría constructivista, por cuanto las fuentes de estudio utilizadas, basadas fundamentalmente en los principios jurídicos y la aplicación normativa realizada por los “operadores jurídicos” suponen una reinterpretación de las disposiciones legales creadoras del Derecho aplicable.

Ello determina un ámbito integrador entre la realidad normativa y su concreción fáctica, en una constante interacción entre los juristas prácticos con el necesario apoyo en teorías configuradoras que clarifiquen la naturaleza y extensión de la norma jurídica que debe ser aplicada. En este método resulta trascendente acudir a los principios jurídicos como criterio de solidez en la interpretación de los textos legales construyendo

Introducción

deductivamente la norma concretamente aplicable a una determinada realidad social con la finalidad de resolver los conflictos planteados conforme a Derecho.

Conforme al método constructivo, no sólo se exponen el estudio de las normas jurídicas, sino también, a través de su crítica doctrinal y de su aplicación judicial, se establece una fuente creativa atendiendo a la realidad jurídica aplicable de trascendencia en la formulación conclusiva. Para ello el método científico seguido no sólo es deductivo, al analizar de forma integradora una fundamentación general de la competencia universal, sino sobre todo de carácter inductivo, pues la reinterpretación normativa y teorías jurídicas vienen determinadas a partir de la exégesis de casos concretos. Por ello, y con relación a nuestro ámbito de estudio sobre la jurisdicción universal y la jurisdicción penal internacional, los precedentes judiciales resultan relevantes para el entendimiento y justificación fundamentadora de la realidad jurídico-universal del Derecho penal internacional.

El análisis realizado es fundamentalmente jurídico y dentro del mismo, desde la perspectiva del Derecho internacional, apoyado no sólo en ámbitos propios del Derecho penal y procesal, sino también de la propia filosofía del Derecho, que determina el sustrato necesario y previo para configurar de forma integradora este trascendente “principio de justicia universal” al basarse sobre un estudio evolutivo de los precedentes judiciales y su necesaria contextualización que ha sido realizada no sólo desde la comprensión desde una perspectiva histórica del Derecho, sino también desde el ámbito de las Ciencias Sociales, en especial desde la Teoría Política aunque también Jurídica, en cuanto a su influencia en las fuentes materiales de creación del Derecho.

Este enfoque analítico ha sido complementado con la necesaria remisión al Derecho interno, con alguna referencia al Derecho comparado, al suponer el mismo una sustantividad propia emanada de la libertad legislativa derivada del poder soberano, que supone el sustrato normativo de todo ejercicio de la jurisdicción, sobre todo en el ámbito penal en la exigibilidad de responsabilidad por la comisión de graves delitos internacionales.

Esta metodología, unida al análisis de la doctrina, ofrece una visión integradora del presente trabajo de investigación para una debida clarificación del principio de justicia universal, así como su evolución y realidad normativa que son necesarias para una correcta configuración en la aplicación del Derecho penal internacional conforme a

su realidad jurídica, evitando postulados voluntaristas que no se corresponden con la situación actual en la aplicación de sus normas.

C) Estructura del trabajo de investigación

En cumplimiento de los objetivos de investigación, la presente tesis se estructura en seis capítulos, de los que se derivan unas conclusiones expuestas de forma sintética, que pretende un análisis descriptivo de los precedentes judiciales desde una perspectiva evolutiva, fundamentalmente internacional, precedido de una exposición teórica y clarificadora sobre el principio de justicia universal.

Los capítulos en los que se han estructurado el trabajo de investigación comprenden las siguientes materias de estudio:

El Capítulo 1, “*El principio de justicia universal*”, analizo desde el punto de vista teórico el principio de justicia universal, precisando su concepto y determinando unas bases generalmente aceptadas conforme a su configuración jurídica, examinando sus fundamentos, naturaleza, tipología, finalidad, límites, y diferenciación con otros principios de Derecho internacional. Además, estudio las consecuencias de la jurisdicción universal y su importancia con el principio de legalidad, la costumbre y las obligaciones *erga omnes*, analizando la Orden de 23 de enero de 2020 de la Corte Internacional de Justicia, sobre la aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Gambia c. Myanmar) y la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2012 sobre la Inmunidad Jurisdiccional del Estado (Alemania c. Italia), así como el asunto de Omar Al-Bashir, en su Sentencia de fecha 6 de mayo de 2019 de la Corte Penal Internacional, sobre la cooperación y colaboración entre los Estados Partes y no Partes en la jurisdicción de la Corte y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de junio de 2013 en el asunto Las Madres Sticing de Srebrenica y otros c. Países Bajos.

El Capítulo 2, denominado “*El principio de justicia universal bajo la visión originaria en el Derecho internacional*”, se estudia todas aquellas cuestiones relativas al origen y aplicación del principio de justicia universal conforme a los pronunciamientos por los tribunales internacionales, en su intervención ante la resolución de conflictos entre Estados en el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción. Así se analizan los casos Savarkar, resuelto por la Corte Permanente de Arbitraje

Introducción

mediante Laudo de 24 de febrero de 1911; Lotus, resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su Sentencia de 7 de septiembre de 1927; y Yerodia, resuelto por la Corte Internacional de Justicia en su Sentencia de 14 de febrero de 2002.

El Capítulo 3, “*De la jurisdicción penal universal a la jurisdicción penal internacional*”, procedo a la descripción evolutiva de la génesis y situación actual del ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los órganos judiciales internacionales, tanto por parte de los tribunales internacionales, incluyendo los casos Sassou Nguesso y otros en su Orden de 17 de junio de 2003; Asunto sobre la asistencia mutua en materia penal en su Sentencia de 4 de junio de 2008 y Habré en su Sentencia de 20 de julio de 2012, resueltos por la Corte Internacional de Justicia; Michel Bagaragaza, resuelto por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda; Ljube Boškoski y Johan Tarčulovski, Duško Tadić, resueltos por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia; como por parte de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, y sus casos Hirsi Jamaa, Akkum, Näit-Liman, Ould Dah, resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Tribunal Constitucional c. Perú y Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) c. Panamá, resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y Michelot Yogogombaye c. Senegal, resuelto por la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Especial referencia he realizado a la justicia transicional, ante el recurso por la comunidad internacional en la creación de órganos judiciales penales de naturaleza internacionalizada, híbrida o mixta, mediante el estudio tanto de sus textos normativos como de la exposición de los precedentes más relevantes que determinan su conexión con la jurisdicción universal, así como los casos Sam Hinga Norman, resuelto por el Tribunal Especial de Sierra Leona; Al Dujail, resuelto por el Alto Tribunal Iraquí; “Los Palos” y la Masacre en el distrito de Liquiçá, resueltos por los Paneles Especiales del Tribunal del Distrito de Dili; Kaing Guek Eav, resuelto por las Salas Extraordinarias de Camboya; Gojko Janković, resuelto por la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina; la cadena de televisión Al Jadeed [CO] S.A.L./N.E.W. S.A.L. (N.T.V.) y la empresa periodística Akhbar Beirut S.A.L., Hasani, resueltos por el Tribunal Especial para el Líbano; José Efraín Ríos Montt y la Masacre de Dos Erres, resuelto por los Tribunales de Mayor Riesgo.

El Capítulo 4, “*La Corte Penal Internacional. Especial referencia a su sistema jurisdiccional*”, se analiza la determinación de los crímenes internacionales, así como el

Introducción

principio de complementariedad como mecanismo para resolver la jurisdicción preferente en caso de concurrencia, exponiendo los casos enjuiciados desde una perspectiva crítica (caso de Thomas Lubanga Dyilo, en su Sentencia de la Sala de Apelación de 10 de julio de 2012, las Sentencias de 31 de mayo de 2013 y 21 de mayo de 2014 sobre el caso de Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi; el caso sobre la situación de la población de Rohingya en su Sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares de 14 de noviembre de 2019, la Sentencia de 5 de marzo de 2020 de la Sala de Apelaciones sobre la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II, de fecha 12 de abril de 2019, sobre la autorización de la Fiscalía para investigar la posible comisión de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra en Afganistán de la Corte Penal Internacional y las Sentencias dictadas por la Sala VI de 8 de julio y 7 de Noviembre de 2019, en el asunto de Bosco Ntaganda).

El Capítulo 5, *“El “complejo” camino de la justicia universal de los tribunales españoles”*, se analiza no sólo la regulación jurídica y sus modificaciones, especialmente las realizadas en el año 2014, sino de forma especial la interpretación realizada sobre el ejercicio de la jurisdicción universal no sólo por el Tribunal Constitucional, sino también por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional a través de las Resoluciones dictadas en los casos Pinochet, Guatemala, Tíbet, Scilingo, Falun Gong, Ruanda y República Democrática del Congo, “campos de concentración nazis”, Couso, Carmelo Soria, Ellacuría, “Flotilla de la Libertad”, Torturas Guantánamo, “Boko Haram”, Sáhara, vuelos de la CIA, terrorismo y desapariciones forzadas en Siria, y casos de Narcotráfico Internacional.

Por último el Capítulo 6, *“La construcción dogmática de la Justicia Universal”*, redefiniendo los conceptos y caracteres de la jurisdicción y del propio término de universalidad, para concluir con los instrumentos de superación de la concurrencia de jurisdicciones, ofreciendo una postura crítica sobre los postulados defendidos por la opinión jurídica y sobre el funcionamiento de los órganos judiciales internacionales en la aplicación del Derecho penal, así como el asunto Ruto resuelto mediante Sentencia de la Sala de Apelaciones de fecha 25 de octubre de 2013, y la Decisión de la Fiscalía presentada ante la Sala Primera Instancia IV sobre la posibilidad de llevar a cabo juicio *in absentia* en el caso de Abdallah Banda Abakaer Nourain de fecha 11 de mayo de 2020, ambas de la Corte Penal Internacional, Bernard Ntuyahaga del Tribunal Penal Internacional de Ruanda de 18 de marzo de 1999 y Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco

Introducción

Barayagwiza y Hassan Ngeze de 28 de noviembre 2007 del mismo Tribunal Penal Internacional, Tihomir Blaškić de fecha 29 de octubre de 1997 del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Ariel Sharon de los tribunales belgas de los años 2002 y 2003; y los asuntos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Krombach c. Francia de 13 de febrero de 2001 y Mihalache c. Rumanía de 8 de julio de 2019. Tras esta exposición, analizo la situación actual del principio de justicia universal y su necesidad en el presente, a pesar de la tendencia de creación de tribunales internacionales penales, que no sustituyen el ejercicio de la jurisdicción universal realizada por los Estados conforme a sus normas internas.

Al ultimar el trabajo de investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, con fecha 5 de febrero de 2021, ha dictado una trascendente Decisión que resuelve la jurisdicción territorial de la Corte para la persecución de crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma y cometidos en el territorio ocupado palestino, que incluye la Ribera Occidental, Jerusalén Oriental y la Franja de Gaza. Esta Decisión es comentada conforme a las teorías formuladas sobre la naturaleza de la jurisdicción penal internacional, que ofrece una visión fundamentadora más amplia a la hora de aplicar las normas jurisdiccionales a casos complejos donde resulta necesario una mayor profundidad sobre los principios y normas estructurales en las que se basan todo el sistema punitivo internacional. El análisis y comentario de esta Resolución se incluye en una adenda al resultar de interés conforme a los estudios realizados en la presente Tesis.

En suma, el presente trabajo de investigación supone un estudio general e integrador del principio de justicia universal y de la jurisdicción penal, tanto aquella ejercida por los Estados como por los tribunales internacionales, poniendo especial énfasis en la visión de los precedentes judiciales dictados atendiendo a los principios y normas del Derecho internacional.

Capítulo 1: El principio de justicia universal

1.1 La soberanía de los Estados y principio de justicia universal

1.2 Concepto de la jurisdicción universal

A) Justicia universal y jurisdicción universal: Matizaciones terminológicas

B) Diferenciación con el principio “aut dedere aut iudicare”

1.3 Fundamento Jurídico

A) Las obligaciones jurídicas de los Estados como fundamento de la competencia penal universal

B) Las normas convencionales y consuetudinarias de Derecho internacional como causa de las obligaciones “erga omnes”

C) El principio de legalidad en el Derecho penal internacional y en la jurisdicción universal

1.4 Naturaleza y presupuestos de la jurisdicción universal

A) Sujetos competentes y su ejercicio

B) Naturaleza de los crímenes internacionales: Adquisición de su carácter internacional

1.5 Tipología

1.6 Límites de la jurisdicción universal

A) El Principio Non bis in ídem

B) La Inmunidad

C) La Prescripción

D) Las Leyes de Amnistía y otros mecanismos de impunidad

1.7 Otros principios jurisdiccionales de Derecho Internacional: relación y diferencia con el principio de justicia universal

A) El Principio de Territorialidad

B) El Principio de Protección de Intereses

C) El Principio de Personalidad

D) El Principio de Beligerancia

E) El Principio de Justicia Supletoria

F) El Principio de Justicia Penal Internacional

G) El Principio de Complementariedad

Capítulo 1: El principio de justicia universal

El principio de justicia universal no deja de ser uno de los instrumentos jurídicos más relevantes para el Derecho penal internacional, tanto por su finalidad como por sus fundamentos, habiendo suscitado polémicas y conflictos en su aplicación.

El Derecho internacional ha evolucionado, apoyado por el cambio del comportamiento de las sociedades y de las personas, de una relación bilateral entre dos colectividades hacia una vinculación en la que todos los Estados ceden parte de sus potestades con la finalidad de resolver cuestiones comunes que les afectan.

Como expone Malcolm Shaw, “el desarrollo de la globalización ha sentado una presión adicional sobre la tensión tradicional entre el universalismo y el particularismo”¹. Mientras que el primero se enfoca en una “globalización, en el sentido de interdependencia por encima de las personas, grupos y corporaciones, tanto públicos como privados, cruzando las fronteras nacionales”², “el particularismo (bajo la apariencia de relativismo cultural) ha sido usado algunas veces como justificación de las violaciones de los derechos humanos, libre de vigilancia o crítica internacional”³.

Este reto, al que se enfrenta el Derecho internacional en la actualidad, es el que determina la existencia o inexistencia de un equilibrio entre la soberanía de los Estados y la soberanía universal, así como la eficacia del sistema jurídico internacional en su pretensión de garantizar y asegurar la convivencia “pacífica” de la comunidad internacional y, sobre todo, para proteger a las personas y su aspiración de “justicia”.

El Derecho internacional tiene como fuente normativa el *consensus generalis*, que emana fundamentalmente de la soberanía de los Estados. En virtud de su soberanía, todo Estado es competente para juzgar y penar las infracciones que han sido cometidas en su territorio, esto es una cuestión esencial de seguridad jurídica, de orden público y que se aplica, de forma exclusiva, cualquiera que sea la nacionalidad de los

¹ Texto original del siguiente documento: “(...) *the development of globalisation has put additional stress upon the traditional tension between universalism and particularism*” (SHAW, 2003: 41).

² Documento original: “*Globalisation in the sense of interdependence of a high order of individuals, groups and corporations, both public and private, across national boundaries (...)*” (SHAW, 2003: 41).

³ Fragmento del texto original: “(...) *particularism (in the guise of cultural relativism) has sometimes been used as a justification for human rights abuses free from international supervision or criticism*” (SHAW, 2003: 41).

responsables o de las víctimas. Una vez traspasada sus fronteras territoriales, el derecho de “policía” y de la jurisdicción de los Estados cesan y el principio *extra territorium ius dicenti impune non paretur* era el que inspiraba de forma general la aplicación de la norma penal por los tribunales nacionales.

Sin embargo, desde una perspectiva histórica, siempre han existido supuestos en los que las organizaciones políticas han extendido su jurisdicción más allá de sus fronteras territoriales como medio de protección de sus intereses, colectivos o particulares. Así, y con relación a nuestra tradición jurídica, Ollé Sesé cita, como precedente normativo de una jurisdicción universal, la Ley 15 del Título I de la Séptima Partida de las *Sietes Partidas* de 1265⁴.

Ahora bien, los cimientos de una teoría jurídica que trascienda a los “sistemas normativos regios” tiene su origen en el desarrollo del Derecho natural, donde la universalidad de valores como la justicia y la equidad, así como el respeto al hombre determinan en el campo político una visión distinta del ejercicio del poder soberano, donde el “principio de humanidad” comienza a ser considerado en los sistemas normativos.

Es en el pensamiento de los que son considerados primeros fundadores del Derecho internacional (Hugo Grocio⁵, Alberico Gentili⁶, Francisco de Vitoria⁷ y

⁴ En virtud de la cual regula cómo deben obedecer y juzgar conforme a lo establecido en las normas legislativas. Así, el citado precepto dispone lo siguiente: “*et si aquel que fizo el yerro, fuese home que anduviese fuyendo de un lugar a otro, de manera que no lo pudisen fallar, do fizo el alfecho, nin do ha la mayor parte de sus bienes, o do ha la mayor morada, entonces á este atal en cualquier lugar quel fallen lo pueden acusar, et él es tenuto de responder al acusamiento*”. En este supuesto, véase OLLÉ SESÉ, M. (2008a). *Justicia universal para crímenes internacionales*. Madrid, Editorial Marcial Pons.

⁵ Hugo Grocio (1583-1645), jurista, escritor y poeta holandés conocido por iniciar la corriente jurídica denominada *iusnaturalismo*. De su obra “*Mare liberum*”, por el que abogaba por la libre circulación de navíos en aguas libres de ejercicio de la soberanía estatal, defendiendo que los mares no dejaban de ser un bien público; debemos destacar su reconocida obra “*De iure belli ac Pacis*”, donde analiza el ejercicio de la soberanía de los Estados en lo que respecta tanto a las relaciones interestatales (donde se destaca los derechos de las naciones), y las relaciones transnacionales (aquí haremos referencia a los derechos de guerra y paz que profundiza Grocio). Su pensamiento sobre el “Derecho de las Naciones” “*no estaba diseñada para reemplazar o dismantelar el Derecho natural tradicional. Lejos de ello[,] la función de este derecho de las naciones fue básicamente un intersticio de llenar lagunas donde los principios del Derecho natural eran demasiado generales, o elaborar normas como sustituciones pragmáticas donde la estricta aplicación del Derecho natural era, por alguna razón, impracticable*” (NEFF, 2010: 9).

⁶ Alberico Gentili (1552-1608), jurista italiano, fue profesor de Derecho civil en la Universidad de Oxford. Junto con Hugo Grocio, fue también considerado como uno de los fundadores del Derecho internacional y una de las figuras importantes a destacar por sus contribuciones jurídicas y teorías teológicas. Además, entre sus obras más relevantes podemos resaltar “*De iure belli libri tres*” (1598),

Francisco Suárez⁸ entre otros), donde puede observarse el origen del Derecho internacional, inicialmente inspirado en estos valores éticos y morales comunes al género humano.

Consecuencia de las profundas transformaciones políticas y económicas surge el denominado “Estado moderno”, cuya centralización del poder, estructurado organizativamente y con identidad propia conllevó una nueva relación no sólo entre “gobernantes y gobernados”, sino también en su relación exterior con otras organizaciones políticas. Aunque surgido conforme a la nueva visión del pensamiento renacentista, como teoría política no fue configurado hasta el pensamiento emanado de la Ilustración, destacando en el ámbito de las relaciones externas de los Estados a Cornelis van Bijnkershoek, que en su obra *De foro legatorum singularis* (1721) establece sobre la base del poder soberano el ejercicio de la jurisdicción y las inmunidades regias.

Inazumi califica este período como “actitud liberal del Derecho internacional”, pues sus normas “no interfería originalmente en la forma en que un Estado ejercía su poder soberano siempre y cuando ese poder no afectara a otros Estados, porque (...) debidamente respetaba su ejercicio soberano y prohibía a los Estados o a cualquier otra entidad interferir en los asuntos internos de aquéllos”⁹. Pero a pesar de ello, se va alcanzando un consenso progresivo en las relaciones interestatales, que permite perseguir a los responsables de la comisión de hechos delictivos cuando hayan atentado

“*De armis romanis libri duo*” (1599) y su obra publicada póstumamente en 1613 “*Advocatio Hispanica*”.

⁷ Francisco de Vitoria (1483-1546), fraile dominico español, escritor y catedrático de la Escuela de Salamanca conocido por sus aportaciones sobre el Derecho internacional y de economía (fundamentándose y basándose para ello en el pensamiento humanista proveniente del realismo aristotélicotomista). Llegando incluso a ser considerado como uno de los padres fundadores del Derecho internacional, acompañado de sus principales obras como “*De potestate civili*” (1529), “*De Jure belli Hispanorum in barbaros*” (1532), “*Relectiones Theologicae*” (1557) y “*Summa sacramentorum Ecclesiae*” (1561) (éstas dos últimas fueron publicadas póstumamente).

⁸ Francisco Suárez (1548-1617), teólogo, filósofo y jurista español perteneciente a la Compañía de Jesús. Además de ser uno de los principales fundadores del Derecho internacional, se le conoce por su participación en la elaboración del “*Ratio studiorum*” (documento que estableció un sistema de educación formal y global en la Compañía de Jesús en 1599). Entre sus obras más destacadas resaltaremos “*Disputationes metaphysicae*” (1597), “*De sanctissimo Trinitatis misterio*” (1606) y “*De legibus*” (1612).

⁹ Texto original: “(...) did not originally interfere in the way in which a State exercised its sovereign as long as (...) that power did not affect other States, since (...) duly respected (...) and prohibited States or any entity from intervening in the domestic matters of (...)” (INAZUMI, 2005: 31).

contra los intereses de los Estados o sus nacionales, superando el principio de la soberanía territorial en el ejercicio de la jurisdicción, en protección de sus intereses.

Muestra de ello podemos citar el precedente judicial que representa el caso Cutting en el año 1887, donde los tribunales de la entonces República Federal de México tenían que resolver sobre el ejercicio de su propia jurisdicción. En este caso, estimaron inicialmente su competencia para enjuiciar a Augustus K. Cutting, de nacionalidad estadounidense, por delitos de injurias y calumnias contra la población de México, y especialmente contra Emigdio Medina, ciudadano mexicano que, actuando de forma particular, denunció a dicho periodista por los artículos de prensa publicados en el estado de Texas y que estimaba de contenido vejatorio contra su pueblo. Aprovechando su estancia ocasional en territorio mexicano, el Sr. Cutting fue detenido y posteriormente encarcelado por mandato de las autoridades judiciales, y ello provocó una crisis diplomática entre ambos países, que se encontraba en guerra en esos momentos. Los Estados Unidos defendían que sólo les correspondían a ellos su enjuiciamiento conforme al ejercicio territorial de su jurisdicción, y aunque la retirada de la denuncia por parte de Emigdio Medina supuso la puesta en libertad del Sr. Cutting por parte del Tribunal de Apelación de México, lo relevante es la declaración efectuada por dicho Tribunal, que estimó que la jurisdicción mexicana tenía competencia para juzgar conforme a sus normas penales internas a aquellos extranjeros que hubiesen cometido delito contra sus nacionales, lo que suponía una atribución del ejercicio extraterritorial de su jurisdicción basada en lo que hoy se denomina principio de personalidad pasiva¹⁰.

A medida que los Derechos internos de los Estados han extendido su jurisdicción en el ámbito penal de forma extraterritorial y ello ha sido permisible internacionalmente, se han ido asentando los principales pilares para el ejercicio del

¹⁰ Sobre este caso, véase SILVA, J. A. (2017). *El caso Cutting. ¿Extraterritorialidad de la ley? Documentos derivados de una reclamación diplomática de Estados Unidos de América contra México, incluyendo un estudio introductorio del caso*. N° 815, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4437/6.pdf>. Consultado el día 28 de agosto de 2019; así como MOORE, J. B. (1887). *Report on Extraterritorial Crime and the Cutting case*. Washington, Government Printing Office; y MOORE, J. B. (1906). *A Digest of International Law*. Document number 551, Vols. I and II, Washington, House of Representatives, 56th Congress, 2nd session, Government Printing Office.

principio de justicia universal, que se encuentra basado en la propia manifestación de la soberanía de los Estados.

1.1 La soberanía de los Estados y principio de justicia universal

Como señala el Profesor Carrillo Salcedo, “*la coexistencia de entidades políticas organizadas sobre base territorial e independientes, no subordinadas a una autoridad política superior, es el requisito previo para la existencia de un orden jurídico internacional*” (2001: 15).

Así considerado, el Derecho internacional se configura como “*una garantía de la interdependencia de los Estados y como un instrumento para la cooperación entre los Estados*”, y esa dualidad de “coexistencia y cooperación” supone las funciones básicas y necesidades a los que responden el Derecho internacional, porque responde de una parte a la independencia de los Estados, que es garantizada por el Derecho internacional como ordenamiento regulador de su coexistencia; y de otra a la “interdependencia” de los Estados, en las que el Derecho internacional es un instrumento regulador de la cooperación entre los mismos y adecuada para la satisfacción de intereses y necesidades comunes (CARRILLO SALCEDO, 2001: 129-130).

La soberanía es un principio nuclear del Derecho internacional, que se basa en el ejercicio e igualdad soberana de los Estados¹¹. El Profesor Brownlie afirma que el ejercicio del poder soberano determina: “1) una jurisdicción, exclusiva *prima facie*, sobre un territorio y una población que vive allí permanentemente; 2) un deber de no intervención en el área de jurisdicción exclusiva de otros Estados; y 3) la dependencia de las obligaciones surgidas del Derecho consuetudinario y tratados mediante el consentimiento del obligado”¹².

En las relaciones entre Estados, la soberanía como expresión política y organizada del poder dentro de unos límites territoriales fue utilizada como instrumento

¹¹ Así: “(...) *the principal corollaries of the sovereignty and equality of States (...)*” (INAZUMI, 2005: 15).

¹² Documento original: “(...) (1) *a jurisdiction, prima facie exclusive, over a territory and the permanent population living there; (2) a duty of non-intervention in the area of exclusive jurisdiction of other states; and (3) the dependence of obligations arising from customary laws and treaties on the consent of the obligor*” (BROWNLIE, 1990: 285).

en el Tratado de Paz de Westfalia en 1648, por el que se puso fin a la Guerra de los Treinta Años¹³, determinando las fronteras territoriales de los Estados, dentro del cual se reconocía el ejercicio de su poder y en sus relaciones externas se establecían mecanismos diplomáticos sobre la base del respeto mutuo.

Sin embargo, este reconocimiento interestatal de la dimensión política del poder soberano, no ofrece una solución definitiva y general sobre el concepto de “soberanía” que sea válido para las diversas formas de organización y estructuración del poder público. En la teoría política, la soberanía es un concepto evolutivo, cuyo estudio viene vinculado a las teorías sobre el origen del Estado. Así, en el pensamiento de Jean Bodin en su obra *Los Seis Libros de la República*, señala que el origen del Estado se encuentra en la necesidad de una autoridad superior que lleve a cabo el ejercicio del poder, y ello será posible mediante acuerdo o pacto entre los miembros de la sociedad, centrándose principalmente en las élites, con la obligación por parte de la colectividad de obedecer a aquella persona que ejerza dicha autoridad. En el pensamiento de Nicolás Maquiavelo, especialmente expuesto en su obra *El Príncipe*, la soberanía se caracteriza por el ejercicio exclusivo del poder, por parte de una autoridad permanente y pública, que domina a personas y territorio para la consecución de un interés general. La idea de Estado ha ido siempre unida al propio concepto de soberanía (MOLINA, 1998: 48).

El concepto tradicional de soberanía vendría caracterizado por la atribución a una colectividad política del ejercicio del poder de forma absoluta y exclusiva. Sin embargo, esta caracterización de la soberanía ha sido superada desde el propio pensamiento político, sobre todo si se considera que la soberanía es, ante todo, una relación establecida ante la existencia de una pluralidad de poderes emergidos desde un substrato social común. Por ello, y siguiendo los ensayos del Profesor Ramiro Rico, lo relevante no es considerar que la soberanía sea, ante todo, una cualidad que dota al poder de exclusividad, sino una relación que determina su prevalencia ante la concurrencia entre los mismos, por ello donde nadie prevalece no puede hablarse de

¹³ La Guerra de los Treinta Años (1618-1648) engloba una sucesión de conflictos bélicos y religiosos entre católicos y protestantes dentro del territorio del Sacro Imperio Romano Germánico. El origen de esta guerra tuvo lugar cuando el entonces Emperador del Sacro Ferdinand II intentaba que la religión católica fuese impuesta uniformemente por todo el territorio, llegando incluso a forzar a la población a convertirse a dicha creencia religiosa. Dicho enfrentamiento finalizó con la firma del tratado de Paz de Westfalia en 1648, por el que se sanciona la disgregación en los ámbitos político y religioso producida dentro del Estado alemán. Firmaron dicho tratado el Reino de Francia, el Sacro Imperio Romano Germánico, Suecia, Dinamarca, la Monarquía Hispánica, los Países Bajos y la Confederación Suiza.

soberanía. En este sentido, define la soberanía como: *“el poder que, en concurrencia con otros poderes, solicita y obtiene la obediencia preferente del substrato social común a todos los poderes en concurrencia, y, gracias a la obediencia así obtenida, se impone a sus previos contrincantes, los subordinan, y mediante la organización unifica la acción de la totalidad social”* (1980: 130). Es ese sustrato social quien determina la persona que va a ostentar su ejercicio y que éste prevalece en relación con otros poderes, y ello al ser predicado de la soberanía estatal, significa que en la relación pública “su poder” prevalece frente a cualquier otro “poder organizado”, y se detenta tanto frente al exterior como en las propias estructuras internas.

Siguiendo el pensamiento del Profesor Nicolás Ramiro Rico, cuando una organización soberana (un Estado) se dirige a otro, no comete ninguna violación de su soberanía, ni se establece relación alguna de soberanía, pero cuando se establece una relación entre un Estado y una organización internacional, se crea una relación que puede ser caracterizada como soberana, pues concurren competencias entre ellos sobre un mismo sustrato social que resulta común (RAMIRO RICO, 1980: 129-134).

Esta concepción política se encuentra vinculada con lo expuesto por el Secretario General de Naciones Unidas Broutos Broutos-Ghali en su Informe presentado el 17 de junio de 1992, en la 47ª sesión de la Asamblea General (en adelante AG), en el Programa de Paz sobre Diplomacia Preventiva, Establecimiento de la Paz y Mantenimiento de la Paz. Confrontada esta caracterización política del concepto de soberanía con una perspectiva fundamentalmente jurídica, debemos hacer referencia a la determinación de cuáles son las libertades, competencias y responsabilidades que legitiman el Estado en el ejercicio del poder, así como el carácter “racional y justo” de sus actuaciones que lo vinculan con la sociedad. Ello puede generar conflictos entre el ejercicio de competencias nacionales e internacionales que en caso de concurrencia de funciones deben ser necesariamente resueltos a través de instrumentos jurídicos (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 1992: 5).

Desde la perspectiva del Derecho internacional, Carrillo Salcedo considera que una concepción hiperbólica de la soberanía debe ser revisada, así señala que “seguramente, si se le da a la soberanía del Estado un significado absoluto, si se define de acuerdo con una concepción más filosófica que legal, como el poder de decidir de manera completamente libre, la soberanía es incompatible con la existencia del Derecho

internacional. Esta idea abstracta de soberanía, desarrollada a partir del análisis del concepto en el Derecho interno y especialmente de otro mito, el de la voluntad ilimitada del Estado, conduce en el orden jurídico internacional a un punto muerto total”¹⁴.

Igualmente, siguiendo al Profesor Basdevant en su exposición realizada en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1936, no existe contradicción alguna en proclamar la soberanía del Estado al mismo tiempo de predicar la sumisión del Estado a la ley, pues la soberanía no significa que el Estado esté por encima del Derecho, sino que por encima del Estado no se reconoce otra autoridad establecida (BASDEVANT, 1936: 578). “De hecho, la soberanía del Estado se nos presenta bajo dos aspectos: primero, como soberanía interna, en el sentido de que el Estado es para su población y en su territorio la autoridad suprema; y en segundo lugar, como soberanía externa o internacional, en la medida en que los Estados, en sus relaciones recíprocas, no están sujetos a ningún poder superior sino solo al Derecho internacional. Desde este punto de vista, como ha escrito el Profesor Truyol Serra, la soberanía del Estado es equivalente a la independencia: establece un vínculo inmediato entre el Estado y el Derecho internacional o, en otras palabras, la inmediatez jurídico-internacional de esta relación”¹⁵.

Tras estas consideraciones, el Profesor Carrillo Salcedo señala que: “la soberanía internacional puede definirse como la expresión legal y la garantía de la independencia del Estado. Así entendido, presenta dos aspectos complementarios: un aspecto positivo, el derecho al ejercicio de la plenitud de poder y poderes estatales, y un aspecto negativo,

¹⁴ Documento original: “*Assurément, si l'on donne à la souveraineté de l'Etat un sens absolu, si on la définit selon une conception plus philosophique que juridique, comme le pouvoir de décider d'une façon entièrement libre, la souveraineté est incompatible avec l'existence du droit international. Cette idée abstraite de la souveraineté, élaborée à partir des analyses de la notion en droit interne et surtout d'un autre mythe, celui de la volonté illimitée de l'Etat, conduit, dans l'ordre juridique international, à une impasse totale*” (CARRILLO SALCEDO, 1996: 59).

¹⁵ Documento original: “*En effet, la souveraineté de l'Etat se présente à nous sous un double aspect: d'abord, comme souveraineté interne, en ce sens que l'Etat est pour sa population et sur son territoire l'autorité suprême; ensuite, comme souveraineté externe ou internationale, dans la mesure où les Etats, dans leurs relations réciproques, ne sont soumis à aucun pouvoir supérieur, mais au seul droit international. De ce point de vue, comme l'a écrit le professeur Truyol Serra, la souveraineté de l'Etat équivaut à indépendance: elle établit un lien immédiat entre l'Etat et le droit international, ou, en d'autres termes, l'immédiateté juridico-internationale de cette relation*” (CARRILLO SALCEDO, 1996: 60).

la negación de cualquier subordinación legal a una voluntad externa a la del Estado”¹⁶. Este es el sentido de soberanía que fue seguido por la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante CPJI) en el denominado asunto Lotus de 1927, en cuya fundamentación jurídica se establece como núcleo fundamental de las relaciones entre los Estados, exponiendo que: “El Derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. Las normas vinculantes a los Estados por este motivo emanan desde su propia libre voluntad como se expresan en los convenios o por los usos generalmente aceptados como principios del derecho que son expresados y establecidos para regular las relaciones entre esa coexistencia de comunidades independientes o con una perspectiva hacia el logro de objetivos comunes. Las restricciones sobre la independencia de los Estados no pueden ser por este fin presumidas”¹⁷. En este sentido, el Profesor Carrillo Salcedo, siguiendo a los Profesores Virally y Combacau, considera que la soberanía es un atributo concedido a los Estados garantizando su permanencia e independencia tras haber sido reconocida como organización colectiva (1996: 62). En consecuencia, “la soberanía de los Estados no es incompatible con la existencia de un Derecho internacional objetivamente válido; por el contrario, es por definición la condición misma de su existencia”¹⁸.

¹⁶ Fragmento original del siguiente texto: “*La souveraineté internationale peut donc être définie à la fois comme l'expression et la garantie juridiques de l'indépendance des Etats. Ainsi comprise, elle présente deux aspects complémentaires: un aspect positif, le droit à l'exercice de la plénitude des compétences et des pouvoirs étatiques, et un aspect négatif, la négation de toute subordination juridique à une volonté extérieure à celle de l'Etat*” (CARRILLO SALCEDO, 1996: 60).

¹⁷ Documento original: “*International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 18*).

La traducción al español del presente caso puede consultarse también en DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. “S.S. Lotus [1927] Corte Permanente de Justicia Internacional”, Serie. A, No. 10. Disponible en: <https://www.dipublico.org/10984/s-s-lotus-1927-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-10/>. Consultado el día 24 de abril de 2017.

¹⁸ Documento original: “*Ainsi conçue, la souveraineté des Etats n'est pas incompatible avec l'existence d'un droit international valable objectivement; elle est, au contraire, par définition, la condition même de son existence*” (CARRILLO SALCEDO, 1996: 62).

La Corte Permanente de Arbitraje (en adelante CPA)¹⁹, en el asunto de las Islas de Palmas²⁰ mediante Laudo de 4 abril de 1928, también señaló que “la soberanía en las relaciones entre los Estados significa independencia. La independencia con respecto a una parte del mundo es el derecho a ejercer en ella, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones de un Estado. El desarrollo de la organización nacional de Estados (...) y (...) el desarrollo del Derecho internacional han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio, de tal manera que lo convierte en el punto de partida para resolver la mayoría de las cuestiones que conciernen a las relaciones internacionales”, concluyendo así la Corte que “la soberanía territorial es, en general, una situación reconocida y delimitada en el espacio, ya sea por las llamadas fronteras naturales reconocidas por el Derecho internacional o por signos externos de delimitación indiscutibles, o bien por compromisos jurídicos suscritos entre Estados interesados, como convenios sobre las fronteras, o por actos de reconocimiento de Estados dentro de las mismas^{21,22}”.

¹⁹ La Corte Permanente de Arbitraje es un organismo internacional creado en 1899 tras la Conferencia de la Paz de La Haya, concretamente mediante Convenio para la Resolución Pacífica de Conflictos Internacionales, con la finalidad de resolver conflictos internacionales provenientes de los convenios y acuerdos de arbitraje que no hayan podido solventarse a través de las relaciones diplomáticas.

²⁰ Uno de los casos más importantes resueltos por la Corte Permanente de Arbitraje sobre conflictos territoriales, en el que debía determinar el ejercicio de la soberanía territorial sobre la Isla de Palmas (también conocida como Isla de Miangas). La Corte determinó que dicho territorio pertenece al Estado neerlandés ante la existencia del ejercicio continuo y pacífico de su soberanía sobre la isla, rechazando los argumentos de los Estados Unidos, que argumentaban su posesión legítima mediante el Tratado de París de 1898, por el que España cedió su soberanía sobre la Isla de Palmas al Estado (incluida dentro de Filipinas) estadounidense tras la Guerra Hispano-Estadounidense. Este asunto sentó el pilar esencial del principio del ejercicio soberano de los Estados en el Derecho internacional determinando la importancia de la soberanía territorial y su ejercicio.

²¹ Así: “*The special casts of the composite State, of collective sovereignty, etc., do not fall to be considered here and do not, for that matter, throw any doubt upon the principle which has just been enunciated. Under this reservation it may be stated that territorial sovereignty belongs always to one, or in exceptional circumstances to several States, to the exclusion of all others. The fact that the functions of a State can be performed by any State within a given zone is, on the other hand, precisely the characteristic feature of the legal situation pertaining in those parts of the globe which, like the high seas or lands without a master, cannot or do not yet form the territory of a State. (...) Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. Without manifesting its territorial sovereignty in a manner corresponding to circumstances, the State cannot fulfil this duty. Territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side, i.e. to excluding the activities of other States; for it serves to divide between nations the space upon which human activities are employed, in order to assure them at all points the minimum of protection of which international law is the guardian*” (Island of Palmas Case (Netherlands/U.S.A.), Award, 4 of April 1928, Rep. of Int. Arb. Awards 2, p. 838-839).

Con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), la dependencia de la persona con respecto del Estado ha sido puesta en cuestión, pues en el nuevo contexto la protección internacional de su dignidad ha determinado la aparición de otro principio constitutivo del orden internacional, como los derechos humanos. La persona es titular indiscutible de derechos y éstos pueden ser oponibles frente a los Estados, incluso frente al Estado del que se es nacional, y ello constituye un principio del Derecho internacional que emana como valor jurídico del progresivo reconocimiento y protección de la dignidad humana (CARRILLO SALCEDO, 2001: 18-19).

Ello queda aún más patente en el ámbito del Derecho penal, pues el trato que un Estado otorga a sus nacionales no es una cuestión estrictamente de jurisdicción interna, sino que viene conectada al orden internacional con motivo de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados de respetar los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, o dicho en las propias palabras del Profesor Carrillo Salcedo: *“por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto”* (2001: 20).

La justicia universal es un principio jurídico comprensivo de los valores de universalidad e indivisibilidad de los derechos, basados en la dignidad humana, del que emanan obligaciones jurídicas que vinculan a los Estados y que constituyen un patrimonio común de toda la humanidad, y en su protección el ejercicio jurisdiccional por éstos supone el presupuesto para su efectividad de protección de dichos valores.

²² Documento original: *“Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations. (...) Territorial sovereignty is, in general, a situation recognised and delimited in space, either by so-called natural frontiers as recognised by international law or by outward signs of delimitation that are undisputed, or else by legal engagements entered into between interested neighbours, such as frontier conventions, or by acts of recognition of States within fixed boundaries”* (Island of Palmas Case (Netherlands/U.S.A.), Award, 4 of April 1928, Rep. of Int. Arb. Awards 2, p. 838).

1.2 Concepto de la Jurisdicción Universal

En la actualidad, no hay una definición general del principio de justicia universal²³ unánimemente aceptada, lo que determina dificultades en su aplicación por los órganos jurisdiccionales²⁴. A pesar de ello, la doctrina científica ha ido progresivamente perfilando la naturaleza y fundamentos de este principio para deducir de ello un concepto general que facilite su interpretación y garantice su correcta aplicación.

El principio de justicia universal²⁵, surgido a finales del siglo XIX, “se define clásicamente como un principio legal que permite o se le exige a un Estado llevar a cabo procedimientos penales con respecto a ciertos crímenes independientemente de la localización del crimen y de la nacionalidad del criminal o de la víctima”²⁶. Dicha definición “se basa en la noción de que ciertos crímenes son tan peligrosos a los intereses internacionales que los Estados están autorizados (e incluso obligados) a formular procedimientos contra los autores independientemente de la localización del crimen o la nacionalidad del autor o de la víctima”²⁷.

Este principio, desde una visión internacional, se fundamenta en el reconocimiento a los Estados de la competencia de enjuiciar aquellos hechos delictivos que hayan sido realizados fuera de sus fronteras sin poner en peligro el ejercicio de su soberanía. Específicamente, y de acuerdo con la Profesora Inazumi, la “jurisdicción universal se manifiesta, de forma general, como una base jurisdiccional permitiendo al Estado que tenga la custodia de un sospechoso para procesar y castigar al mismo,

²³ Véase también, sobre la definición de jurisdicción universal, en el “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º. período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2018, nº de referencia A/73/10, pp. 337-356.

²⁴ Igualmente, y sobre esta afirmación, véase *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic Congo v. Belgium)*, concretamente el voto particular del Juez *ad hoc* Van den Wyngaert.

²⁵ Conviene matizar el principio de justicia universal con el denominado principio de territorialidad previsto en el Derecho procesal penal, principio en virtud del cual “*los Estados son competentes para enjuiciar los hechos cometidos dentro de sus fronteras*” (GARCÍA ARÁN, 2000: 65).

²⁶ Presente texto: “*The principle of universal jurisdiction is classically defined as a legal principle allowing or requiring a state to bring criminal proceedings in respect of certain crimes irrespective of the location of the crime and the nationality of the perpetrator or the victim*” (PHILIPPE, 2006: 377).

²⁷ Del documento siguiente: “*(...) is based on the notion that certain crimes are so harmful to international interests that states are entitled—and even obliged—to bring proceedings against the perpetrator, regardless of the location of the crime or the nationality of the perpetrator or the victim*” (BASS et al., 2001: 16).

independientemente del lugar donde el crimen fue cometido o la nacionalidad del sospechoso o de las víctimas”²⁸.

Dogmáticamente, el principio de justicia universal no es equiparable al de jurisdicción universal. Todo principio jurídico supone el fundamento normativo que concreta la regla emanada de un valor jurídico, mientras que la jurisdicción supone un derecho abstracto reconocido para el ejercicio de un derecho subjetivo. A pesar de ello, la doctrina suele utilizar como sinónimos dichos conceptos, pues en la aplicación práctica principio de justicia universal y jurisdicción universal aparecen como un único conjunto normativo conforme a su naturaleza y finalidad.

A) Justicia universal y jurisdicción universal: Matizaciones Terminológicas

La Real Academia Española (en adelante RAE) define, entre sus diversas acepciones, el término universal como aquello que es “*perteneciente o relativo al universo*”; “*que pertenece o se extiende a todo el mundo, a todos los países, a todos los tiempos*”, o “*que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción alguna*”. El concepto de universalidad contempla a las personas como pertenecientes al género humano, con independencia a su pertenencia a una concreta comunidad, vinculándola a un orden general y que le es común. La universalidad determina la aplicación de normas generalizadas a todas las personas, independientemente de los contextos sociales y culturales en los que se encuentren, al ser partícipes de una misma realidad por su condición humana. Esta conciencia se proyecta a través de un sistema de valores basado en la razón humana que, fundado en criterios éticos, integran reglas para alcanzar los ideales de justicia, equidad, seguridad y bien común, constituyendo el fundamento originario de todo sistema jurídico²⁹.

En un intento por integrar los valores de justicia y de universalidad en un principio jurídico, el magistrado del Tribunal Supremo (en adelante TS) Cándido

²⁸ Del presente texto: “(...) *universal jurisdiction is generally claimed as a jurisdictional basis allowing the State which has custody of a suspect to prosecute and punish that suspect irrespective of the place where the crime was committed or the nationality of the suspects or victims*”. (INAZUMI, 2005: 25-26).

²⁹ Sobre el concepto de universalidad y su evolución desde la perspectiva del Derecho internacional, véase GORDON, G. (2019). “Universalism”. En D’ASPREMONT, J.; y SINGH, Sh. (Eds.). *Concept for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 865-878.

Conde-Pumpido señala que la figura del principio de justicia universal “*se remonta a las concepciones iusnaturalistas de los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI Y XVII, especialmente de Covarrubias y Suárez, que desarrollaría luego Grocio*” (CONDE-PUMPIDO, 2004: 52), garantizando “*la protección de bienes esenciales para la humanidad reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión*” (CONDE-PUMPIDO, 2004: 52).

Para la Profesora Abad Castelos, “*el cristal a través del cual debe mirarse en gran medida el principio de jurisdicción universal es (...) el del Derecho de Gentes o, dicho de otra forma, el del Derecho internacional. El empleo de tal lente es imprescindible e irrenunciable para el análisis de este principio, ya que si bien está asentado en los ordenamientos internos, y en ellos es donde se aplica y la jurisdicción se hace efectiva, está conectado con el Derecho internacional*” (2012: 66).

Para el Profesor Pueyo Losa, forma parte de la conciencia pública universal combatir la impunidad de aquellos responsables de la comisión de graves crímenes que atentan contra la humanidad, pues supone la concreción del valor de justicia otorgando a las víctimas la posibilidad de reparación. Así señala que “*el fenómeno de impunidad no sólo impide la reconciliación y estabilidad en aquellos Estados que han padecido y padecen las más groseras violaciones del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho internacional humanitario, sino que alienta y fomenta las vulneraciones de las más elementales normas de humanidad que se producen en los trágicos escenarios de conflicto que vive la sociedad internacional actual*” (2006: 181). Por ello, el valor teórico del principio de justicia universal resulta innegable y como principio encuentra su fundamento en el propio ordenamiento jurídico internacional (PUEYO LOSA, 2006: 185).

Desde este ámbito del Derecho internacional deben implementarse mecanismos que permitan asegurar, por un lado, el enjuiciamiento de personas extranjeras conforme a las normas de Derecho interno y a las normas consuetudinarias y convencionales internacionales; y por otro garantizar la existencia de una relación internacional entre los Estados que, en materia de Derecho punitivo, sería la persecución de aquellos crímenes que, en atención a su gravedad pudieran vulnerar y alterar los valores y pilares que la comunidad internacional creó para la convivencia. Así, y de acuerdo con el

magistrado Conde-Pumpido, este instrumento jurídico podrá ser invocado por aquellos tribunales nacionales que tengan jurisdicción para enjuiciar y castigar a los individuos penalmente responsables por la comisión de crímenes internacionales previstos en los tratados internacionales (CONDE-PUMPIDO, 2004: 51).

El reconocimiento de la extensión de las jurisdicciones estatales constituye la base de la competencia universal, y dicho término jurídico fue utilizado por vez primera por el Juez Moore en su voto particular en la Sentencia del asunto Lotus de la CPJI de 7 de septiembre de 1927³⁰. Sobre el reconocimiento extraterritorial de las jurisdicciones nacionales, se ha establecido el origen del principio de justicia universal³¹.

Esta apreciación nos lleva a la matización entre principio de justicia universal y la competencia o jurisdicción universal, por cuanto un principio internacional se define como la concreción de un conjunto de valores aceptados por una comunidad y que garantiza la convivencia entre distintos colectivos y personas. La *praxis* de este principio se manifiesta en un sistema normativo que garantiza la aplicación de dichos valores conforme al principio de seguridad jurídica, lo que se lleva a cabo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados mediante la aplicación de normas procesales y sustantivas, y en el ámbito internacional a través de normas no sólo convencionales, sino también consuetudinarias, que tienden a una progresiva armonización adaptándose el Derecho interno a lo dispuesto en la norma internacional. Como señala Pueyo Losa, “*el principio de justicia universal genera, así, un doble tipo de obligaciones de carácter legislativo y coercitivo para los Estados*” (2006: 186).

A pesar de ser usado ambos términos de forma indistinta, y a veces como sinónimos, terminológicamente son conceptualmente distintos. Así, mientras entendemos jurídicamente por principio aquello que recoge y fundamenta un conjunto de comportamientos y normas esenciales para garantizar la seguridad dentro de la

³⁰ Sobre el voto particular del Juez Moore en este asunto, véase *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. Publications of the Permanent Court of International Justice, No. 10, Series A*, pp. 65-94.

³¹ Igualmente, consideran los autores Gambier y Amodeo Barreiro que esta Sentencia supone un supuesto de aplicación de justicia universal. Véase GAMBIER, B, y AMODEO BARREIRO, J. D. (2014). “La Abogacía frente a la Justicia Universal y los Derechos Humanos”, *Encuentros Multidisciplinares*, N° 46, Enero-Abril; y también MÁRQUEZ CARRASCO, C., y MARTÍN MÁRTINEZ, M. (2011). “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente, y futuro”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 11, pp. 251-303.

sociedad³², la competencia o jurisdicción se define como aquella facultad o potestad que tienen los Estados para ejercer su soberanía jurídica en un determinado supuesto sobre su territorio o extraterritorialmente, siempre y cuando actúe conforme a las normas de Derecho internacional³³. Ello no impide que compartan un fin común: garantizar la seguridad jurídico-penal y la protección de aquellos bienes que la comunidad internacional considera que han de ser amparados más allá de los intereses de los Estados.

Esta diferenciación no suele ser seguida por la mayoría de las resoluciones judiciales, que utilizan indistintamente dichos conceptos influenciados por su acepción inglesa, lo que es observable en las resoluciones judiciales de los tribunales internacionales en los escasos supuestos que han entrado a resolver los conflictos

³² Igualmente, el juez Antônio Cançado Trindade, en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados de 17 de septiembre de 2003, definió, en su voto concurrente, el término “principio” como: *“Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín principium) que, evocando las causas primeras, fuentes [u] orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (prima principia) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico, y su rol en el universo conceptual del Derecho. (...)*

De los prima principia emanan las normas y reglas, que en ellos encuentran su sentido. Los principios encuéntranse así presentes en los orígenes del propio Derecho. Los principios nos muestran los fines legítimos que buscar: el bien común (de todos los seres humanos, y no de una colectividad abstracta), la realización de la justicia (en los planos tanto nacional como internacional), el necesario primado del derecho sobre la fuerza, la preservación de la paz. Al contrario de los que intentan - a mi juicio en vano - minimizarlos, entiendo que, si no hay principios, tampoco hay verdaderamente un sistema jurídico. Sin los principios, el "orden jurídico" simplemente no se realiza, y deja de existir como tal. (...)

Algunos de los principios básicos son propios de determinadas áreas del Derecho, otros permean todas las áreas. La normativa jurídica (nacional o internacional) opera movida por los principios, algunos de ellos rigiendo las propias relaciones entre los seres humanos y el poder público (como los principios de la justicia natural, del Estado del Derecho, de los derechos de la defensa, del derecho al juez natural, de la independencia de la justicia, de la igualdad de todos ante la ley, de la separación de los poderes, entre otros). Los principios alumbran el camino de la legalidad y la legitimidad. De ahí el continuo y eterno "renacimiento" del Derecho Natural, el cual jamás ha desaparecido” (Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, pp. 17-19).

³³ Sobre el concepto de jurisdicción desde el punto de vista del Derecho internacional, véase RYNGAERT, C. (2019). “Jurisdiction”. En D’ASPREMONT, J.; y SINGH, Sh. (Eds.). *Concept for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 577-584; y ALLEN, S.; COSTELLOE, D.; FITZMAURICE, M.; GRAGL, P.; y GUNTRIP, E. (Eds.). (2019). *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*. Oxford, Oxford University Press.

suscitados por el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de los Estados cuando afectan a otros Estados, normalmente que ejercen su jurisdicción territorial.

En sentido amplio, la Profesora Abad Castelos, citando al Profesor Randall, considera que: *“el principio de jurisdicción universal es frecuentemente definido como un principio jurídico “que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima””* (2012: 70).

Para la Profesora Del Carpio Delgado, basándose en la doctrina mayoritaria que considera el principio de justicia universal como un criterio de atribución jurisdiccional, estima que la jurisdicción universal definida de forma negativa *“supone que no existe ningún vínculo con el Estado que pretende aplicarla, ni por el de territorialidad, ni por la nacionalidad del autor o de la víctima, ni por el interés del Estado en proteger su seguridad u otros intereses propios”* (2009: 4), siguiendo con ello la definición adoptada en la Resolución de 26 de agosto de 2005 del Instituto de Derecho Internacional (en adelante IDI), que tuvo lugar en Cracovia en su 17ª sesión, sobre la jurisdicción penal universal con respecto a los delitos de genocidio, de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

En sentido positivo, la Profesora Del Carpio Delgado, siguiendo al Profesor O’Keefe, define a la jurisdicción universal *“como aquel criterio de jurisdicción que faculta a los tribunales de un determinado Estado, para enjuiciar los delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros, cuando esos delitos no se consideran una amenaza a los intereses del Estado en cuestión”* (2009: 4-5). Esta acepción *“sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o [de procedencia], y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución”* (STC 237/2005, FJ 3º), fue seguido en nuestro derecho por el diseño originario de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que acogía un principio de jurisdicción universal considerado como absoluto. Pero no debe olvidarse que como todo criterio de atribución de la jurisdicción, el mismo queda reservado al Estado, quien a través de sus normas determina la competencia de sus tribunales para perseguir hechos ilícitos cometidos

fuera de su territorio cuando se lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por la comunidad internacional.

Estimo que la jurisdicción universal puede definirse como aquel derecho abstracto, emanado de la potestad de los Estados, que establece un instrumento o mecanismo jurídico por el que se ejerce un derecho subjetivo a la tutela judicial, basado en el principio de justicia universal, con la finalidad de exigir responsabilidad penal individual por la comisión de graves delitos que atentan contra la comunidad internacional y que, a su vez, es medio para garantizar el sistema normativo que rige las relaciones internacionales de cooperación y colaboración penal entre los Estados, y entre éstos y los tribunales internacionales o transicionales, en defensa de los valores de la comunidad internacional. Por su parte, la competencia supone la atribución de un concreto asunto a un órgano judicial determinado conforme a criterios establecidos normativamente.

B) Diferenciación con el principio “aut dedere aut iudicare”

En la historia de las organizaciones políticas, siempre han existido mecanismos para dar satisfacción a la entrega de personas que han atentado contra sus intereses. Estas relaciones fueron, basadas en la antigüedad en una situación de dominio, para dar paso a alianzas que facilitaban la entrega de los responsables en la comprensión de que la reciprocidad tenía por finalidad la mutua defensa de los intereses políticos de dichas organizaciones.

Con la llegada del Estado moderno, como sistema político caracterizado por el monopolio del ejercicio del poder, se estableció un nuevo orden de relación, no sólo entre los súbditos y su soberano, sino también entre los propios Estados como entidades políticas soberanas. En este contexto histórico, se debe a Hugo Grocio el término *aut dedere aut punire*³⁴ como principio vinculante establecido con la finalidad de evitar la

³⁴ “*Cum vero non foleant civitates permitttere ut civitas altera armata intra fines fuos poeace expetendae nomie veniat, neque id expediat, fequitur nt civitas apud quem degit *qui culpae eft compertus, alterum facere debeat, aut ut ipfa interpellata pro merito puniat nocentem, aut ut eum permittat arbitrio interpellantis. *hoc enim illud eft dedere, quod in hiftoriis faepiffime occurrit*” (GROCIO, 1613: 349).

impunidad de los responsables de la comisión de crímenes que perjudicaban no sólo a los Estados en su conjunto, sino también a todas las personas³⁵.

En su concepción actual, el principio *aut dedere aut iudicare* “constituye uno de los pilares en los que se apoya la lucha contra la impunidad” (ORIHUELA CALATAYUD, 2016: 207)³⁶. Desde esta óptica, los Profesores Bassiouni y Wise afirmaron que este mecanismo es de carácter alternativo, “en el sentido de que el Estado que esté sujeto al mismo está obligado a adoptar uno de los dos actos: debe extraditar si no se lleva a cabo el enjuiciamiento del presunto acusado, o enjuiciar si no va a realizar la entrega al Estado que exige el cumplimiento de su obligación”³⁷. Para dichos autores, este principio se fundamenta en la seguridad jurídica y la unidad del Derecho dentro de la comunidad (*civitas maxima*).

Desde la perspectiva interna de los Estados, la extradición supone un proceso judicial basado en normas de su ordenamiento jurídico, que precisa de la actuación de otro Estado, y que tiene por finalidad que le sea entregado y puesto a disposición de sus tribunales internos los presuntos responsables por la comisión de delitos. En este sentido: “La obligación de los Estados de extraditar o juzgar no es abstracta, sino que siempre está conectada a actuaciones que los Estados deben emprender necesariamente respecto de personas físicas. En todos los casos de extradición o enjuiciamiento debe haber una persona concreta contra quien se dirige la acción”³⁸.

³⁵ “Grotius contended that a general obligation to extradite or punish exists with respect to all offenses by which another state is particularly injured. The injured state has a natural right to exact punishment. A state in which the offender seeks refuge should not interfere with the exercise of this right” (BASSIOUNI y WISE, 1995: 4-5).

³⁶ Sobre el principio *aut dedere aut iudicare*, véase también MITCHELL, C.. (2009). *Aut Dedere aut Iudicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*. Geneve, Graduate Institut Publications. Disponible en: <https://books.openedition.org/iheid/249?lang=fr>. Consultado el día 28 de octubre de 2019.

³⁷ Documento original: “The obligation to extradite or prosecute is “alternative” in the sense that a state subject to this obligation is bound to adopt one of two possible courses in action: it must extradite if it does not prosecute, and prosecute if it does not extradite” (BASSIOUNI y WISE, 1995: 3).

³⁸ “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, nº de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 82.

Como hemos señalado, el Estado que solicita la entrega o Estado requirente³⁹ actúa conforme a su legalidad interna y al ejercicio de su jurisdicción. Debe tener competencia para perseguir el delito cometido, garantizando su procesamiento, enjuiciamiento y cumplimiento de la pena que le fuera impuesta, como medio de lucha contra la impunidad. Para ello se precisa de la intervención del Estado al que se le solicita la entrega o se le pide que enjuicie conforme a sus normas, y este “Estado requerido”⁴⁰ carece de discrecionalidad en su actuación, pues está sometido a las propias normas que regulan sus relaciones interestatales, ya que las mismas son parte de su propio ordenamiento jurídico interno. Como indica los Profesores Bassiouni y Wise, aunque el Estado requerido venga amparado por el principio de no injerencia en el ejercicio de su potestad judicial como manifestación de su soberanía, su actuación no resulta libre, sino sujeta a las propias normas de su Derecho interno, así como a las obligaciones asumidas conforme a normas convencionales y principios de Derecho internacional, atendiendo a su finalidad de evitar todo tipo de impunidad (1995: 26)⁴¹. Por ello, *“el requisito adicional para que las personas [responsables de los crímenes que hubiesen cometido] queden comprendidas en la obligación aut dedere aut iudicare es que se encuentren bajo la jurisdicción de Estados vinculados por dicha obligación (“bajo su jurisdicción”). Ello no supone, naturalmente, que la persona física deba encontrarse materialmente en el territorio de un Estado determinado o que de otro modo esté “en manos” de dicho Estado (por ejemplo, a bordo de una aeronave de su pabellón)”*⁴².

³⁹ Considero como Estado requirente, de acuerdo con la doctrina, aquel Estado que ejerce su jurisdicción extraterritorialmente a través de la competencia penal universal conforme a sus normas del Derecho interno, “en cumplimiento de las normas del Derecho internacional”.

⁴⁰ Considero como Estado requerido, en virtud de la doctrina general, aquel Estado al que afecta el cumplimiento de la jurisdicción ejercida por otro Estado, por encontrarse en su territorio la persona inculpada por haber cometido delito.

⁴¹ *“Cualesquiera que sean las condiciones previstas por el Derecho interno o por un tratado en relación con la extradición, no se deben aplicar de mala fe, con el efecto de proteger a un presunto infractor de su enjuiciamiento en una jurisdicción penal competente o de su extradición a esta”* (“Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º periodo de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2014, n.º de referencia A/69/10, Volumen II (Parte 2), p. 114).

⁴² “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 82. Igualmente, en el Segundo Informe de la Comisión de Derecho Internacional presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de junio de 2007, en su 59ª sesión, el Relator Zdzislaw Galicki resaltó esencialmente que: *“Aunque la jurisdicción puede establecerse y ejercerse tanto respecto de personas físicas como jurídicas, la*

Históricamente, la articulación de la entrega de los responsables estaba sujeta a acuerdos particulares entre Estados o al denominado principio de reciprocidad, que supone la práctica particular que determinaba una previsibilidad en su actuación con consecuencias jurídicas. En la actualidad, y con carácter general, este instrumento jurídico se recoge en normas convencionales bilaterales o multilaterales de carácter internacional, normalmente basadas en el “principio de doble incriminación” y en la necesaria cooperación o colaboración entre Estados, o entre éstos y los tribunales internacionales con competencia de enjuiciamiento en el ámbito penal⁴³. En este sentido, la Convención de 9 de diciembre de 1948 sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y la Convención Viena sobre Sustancias Psicotrópicas de 21 de febrero de 1971 son ejemplos sobre la inclusión de este principio y la homogeneización de las conductas tipificadas que se persiguen internacionalmente (BASSIOUNI y WISE, 1995: 20)⁴⁴.

Mención especial merece en el ámbito de la política de seguridad de la Unión Europea (en adelante UE), que se ha optado por un sistema de armonización progresiva de las legislaciones internas de cada uno de los Estados miembros que favoreciera la cooperación judicial, instituyendo un instrumento normativo sobre el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales, que tuvo su expresión en la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Aunque la misma no era una norma

extradición sólo puede aplicarse a personas físicas” (“Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, nº de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 82).

⁴³ “*En cuanto a la obligación de extraditar, se señaló que la existencia de tal obligación dependía de los tratados vigentes entre las partes y de las circunstancias. Además, como los delitos estaban tipificados con gran precisión en las leyes internas, lo que se planteaba era si existía una obligación de extraditar o juzgar en el caso de un delito exactamente definido en circunstancias exactamente definidas*” (“Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, nº de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 74). Además, “*el principio aut dedere aut iudicare había comenzado a modelar la conducta de los Estados más allá de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales con respecto a los crímenes internacionales más atroces*” (“Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, nº de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 75).

⁴⁴ “*(...) los delitos o crímenes a los que se aplica el principio aut dedere aut iudicare según la legislación o la práctica de los Estados mencionados no se distingue específicamente entre las diversas categorías de delitos o crímenes*” (“Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, nº de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 80).

directamente aplicable, como norma jurídica prevista en el antiguo artículo 34 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), obligaba a los Estados a adaptar sus legislaciones internas conforme a su contenido⁴⁵, lo que fue llevado a cabo inicialmente en nuestro país por la Ley Orgánica (en adelante LO) 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre orden europea de detención y entrega; y la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, norma actualmente derogada tras la aprobación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), adoptado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007⁴⁶, que en aplicación de lo establecido en su art. 67.2⁴⁷, determinó la promulgación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, que modificada por la Ley 3/2018, de 11 de junio, al regular la Orden Europea de Investigación, constituyen el marco normativo actual en esta materia.

Los principios en los que se asientan el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y armonización de legislaciones internas de los Estados miembros suponen el establecimiento de un sistema de cooperación exclusivamente llevado a cabo de forma directa por las autoridades judiciales, sin intervención alguna de las autoridades gubernativas con carácter decisorio característico de todos los

⁴⁵ En este sentido, y con relación a la trascendencia constitucional de la primacía del Derecho europeo, debe ser citada la STC 232/2015, de 5 de noviembre, que en su fundamentación jurídica señala que: *“En el examen de este motivo principal hemos de comenzar recordando que, según ha reiterado este Tribunal, ni el fenómeno de la integración europea, ni el art. 93 CE a través del que ésta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, «de rango y fuerza constitucionales» [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a), con cita de otras].*

Ahora bien, ello no significa, obviamente, que este Tribunal deba abstenerse de cualquier valoración sobre un acto de los poderes públicos ante él recurrido cuando el mismo aplica Derecho de la Unión Europea o, al contrario, se plantee su posible contradicción con éste, pues ello implicaría una abdicación de nuestra función señalada en los arts. 53.2 y 161.1 b) CE” (FJ 4º). Ahondando en su fundamentación que “sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva” (FJ 5º).

⁴⁶ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, constituye junto con el TUE el fundamento normativo de la UE, y ambos tienen el valor jurídico de “tratados” (art. 1.2 del citado TFUE), consecuente con ello forman parte de la primacía del Derecho comunitario y tienen carácter de aplicación directa y obligatoria para los Estados miembros.

⁴⁷ El artículo 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea profundiza en los principios de armonización y mutuo reconocimiento judicial, que tuvo su origen en el Consejo Europeo celebrado en Tampere en los días 15 y 16 de octubre de 1999.

procedimientos de extradición. Lo que se instituye es un sistema o procedimiento de exclusiva cooperación interjudicial en los que, en ocasiones, puede ser auxiliado por las autoridades policiales. Este sistema se articula a través de un documento formal que simplifica su tramitación y que constituye la ejecutividad inmediata de las órdenes de detención y entrega, con un mínimo de control judicial y una limitación de las causas que pueden impedir la entrega, y por ello se reduce los motivos de denegación. Con relación a la superación del principio de doble incriminación, se estableció un catálogo con treinta y dos categorías de delitos⁴⁸ pretendiendo la supresión de dicho requisito, si no de forma total al menos formalmente, pues no impide con carácter absoluto a las autoridades judiciales de ejecución establecer un mínimo control sobre la correcta tipificación del hecho y su inclusión en alguna de las categorías delictivas establecidas dotando con ello de una mayor eficacia el sistema de cooperación. Sin embargo, el principio de doble incriminación subyace en todo este sistema y no puede estimarse que se haya alcanzado su supresión absoluta, existe un mínimo control que sólo puede ser realizado por los órganos judiciales y ello es consecuencia no sólo de la descripción amplia y general de los tipos penales tal y como aparecen en la normativa europea, sino también porque el proceso de armonización en el ámbito penal de los Estados no ha determinado una homogeneidad en sus textos legales. Ahora bien, debe recordarse que este sistema de cooperación judicial directa no se encuentra fundamentada jurídicamente en normas enmarcadas dentro del Derecho internacional público, sino que son obligaciones que vinculan exclusivamente a los Estados miembros de la UE, y basadas en su Derecho interno.

⁴⁸ Estos delitos establecidos en la Decisión Marco y recogidos por la ley interna son: *“Perteneencia a una organización delictiva; Terrorismo; Trata de seres humanos; Explotación sexual de menores y pornografía infantil; Tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas; Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; Corrupción; Fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; Blanqueo de los productos del delito; Falsificación de moneda; Delitos informáticos; Delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; Ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; Homicidio voluntario y agresión con lesiones graves; Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; Secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; Racismo y xenofobia; Robos organizados o a mano armada; Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; Estafa; Chantaje y extorsión de fondos; Violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías; Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; Falsificación de medios de pago; Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; Tráfico ilícito de materias nucleares o radiactivas; Tráfico de vehículos robados; Violación; Incendio provocado; Delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; Secuestro de aeronaves y buques; Sabotaje”* (artículo 20 Ley 13/2014, de 20 de noviembre).

Se ha planteado dentro del Derecho internacional público si “la obligación de entrega o enjuiciamiento” puede estar fundada en norma consuetudinaria, a pesar de que en este caso su alcance resultaría limitado por la propia naturaleza flexible y espontánea de la norma jurídica no escrita. Los Profesores Bassiouni y Wise señalaron que un Estado podría ejercer su derecho de extradición si contempla el delito en un tratado de forma específica, o que estuvieran tipificadas tales crímenes internacionales en su conjunto conforme a los principios consuetudinarios (1995: 20).

En este punto, el debate sobre si una norma internacional consuetudinaria resulta suficiente para legitimar el principio *aut dedere aut iudicare*, o por el contrario resulta necesaria normas convencionales que así lo autorice, la doctrina se encuentra dividida. Así: “*Para algunos autores, [como los Profesores Bassiouni y Wise,] aunque esta regla se encuentra incluida en numerosos convenios internacionales, resulta todavía prematuro considerar que forme parte del Derecho internacional general y, por tanto, solo ampara actuaciones de los Estados partes en los convenios y respecto de los crímenes [contemplados, por cuanto las normas consuetudinarias por sí solas son insuficientes para perseguir delitos internacionales debido a su flexibilidad y espontaneidad]. En el polo opuesto existen voces [como Kenneth C. Randall,] que afirman que la máxima aut dedere aut iudicare forma parte del Derecho internacional de carácter consuetudinario y aún cabe advertir la existencia de una posición intermedia que es la mantenida por [el Profesor Bassiouni, que considera] que el carácter de Derecho internacional general cabe predicarlo cuando [se trate] de represión de crímenes prohibidos por una norma de ius cogens⁴⁹*” (ORIHUELA CALATAYUD, 2016: 215-216). Esta falta de uniformidad se refleja en la Orden de 14 de abril de 1992 de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en el caso Lockerbie, donde los jueces mostraron distintas opiniones sobre el fundamento que debía ser aplicado para motivar la denegación de la solicitud para la adopción de

⁴⁹ “*En relación con la existencia de una obligación consuetudinaria de extraditar o juzgar, se señaló que cualquier obligación de esa índole tendría que basarse, como se hacía en los tratados vigentes, en un sistema de dos niveles en virtud del cual se diese a ciertos Estados prioridad en el ejercicio de la jurisdicción, mientras que otros Estados estarían obligados a ejercer la jurisdicción si el presunto infractor no fuese extraditado a un Estado que tuviera jurisdicción prioritaria*” (“Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, nº de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 74).

medidas cautelares contra el Estado libio⁵⁰, y también puede observarse en los casos Yerodia, en Sentencia de 14 de febrero de 2002⁵¹, y Habré, en Sentencia de 20 de julio de 2012⁵², cuando los miembros de la CIJ analizaron la interrelación del Derecho interno y de las normas de Derecho internacional⁵³, con relación a los tratados en los que los Estados forman parte y la regulación que el Derecho interno establece sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas en los mismos.

La Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI), en sus informes presentados por el Profesor Zdzislaw Galicki como Relator, que tenía por objeto ofrecer una interpretación de las normas consuetudinarias o la conveniencia en la creación de norma convencional que clarificara la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* y regulara su ejercicio, consideró en su informe final⁵⁴, presentado ante la AG el 5 de junio de 2014, que era “*innecesario pronunciarse sobre esta cuestión*” (ORIHUELA CALATAYUD, 2016: 217), al no tener por objeto su trabajo la formación de un proyecto de texto articulado. Esta falta de consenso sobre su naturaleza se ve también reflejada en los cuatro informes de la CDI, presentados ante las Naciones Unidas los días 7 de junio de 2006, 11 de junio de 2007, 10 de junio de 2008, 31 de mayo de 2011 y 5 de junio de 2014 que, a pesar de haber redactado una primera articulación sobre la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare*⁵⁵, clarificando su diferenciación con

⁵⁰ Sobre el asunto Lockerbie, así como los votos de los magistrados que formaron parte del mismo, véase *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom). Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992*, concretamente las declaraciones y opiniones de los magistrados Oda, Ni, Lachs, Shahabudden, Bedjaoui, Weeramantry, Ranjeva, Ajibola, El-Koshei, Evensen, Tarrasov, Guillaume y Aguilar Mawdsely (éstos últimos hicieron una declaración conjunta).

⁵¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, en particular los votos y declaraciones de los jueces Guillaume, Ranjeva, Higgins, Kooijmans, Buergenthal (en su opinión separada conjunta); Rezek, Bula-Bula y Van Den Wyngaert.

⁵² *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, especialmente los votos y declaraciones de los magistrados Owada, Abraham, Skotnikov, Cançado Trindade, Xue y Sur.

⁵³ Sobre los casos Yerodia y Habré, véase Capítulos 2 y 3 de la presente Tesis.

⁵⁴ “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º periodo de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2014, n.º de referencia A/69/10, Volumen II (Parte 2), p. 112.

⁵⁵ Sobre el estudio de la Comisión de Derecho Internacional en este asunto, así como su proyecto de artículos, véase “Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial”, 58.º Sesión, n.º de referencia A/CN.4/571, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), Volumen

otros principios del Derecho internacional, tuvieron que incluir “*varias fórmulas (...) como directrices sui generis para otros proyectos de artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar. Dichas [directrices] contienen [a título de] ejemplo [aproximaciones normativas] como las siguientes:*

a) La obligación de juzgar o de conceder la extradición se impone al Estado de detención en cuyo territorio se hallare el presunto delincuente;

b) El Estado de detención tiene la obligación de adoptar medidas para asegurar que esa persona sea juzgada por las autoridades nacionales de ese Estado o por otro Estado que indique que está dispuesto a juzgar el caso, al solicitar la extradición;

c) [El Estado de detención] tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias y razonables para detener al presunto delincuente y asegurar su inculpación y enjuiciamiento por una jurisdicción competente;

d) La obligación de conceder la extradición o de juzgar se aplica al Estado que haya detenido a “la persona que presuntamente hubiere cometido el crimen”⁵⁶.

Compartiendo el planteamiento del Profesor Bassiouni, considero que el principio *aut dedere aut iudicare* será eficiente si los delitos internacionales están previstos conforme a las normas convencionales, o conforme a los principios consuetudinarios bien claros y definidos. Cuestión distinta es fundamentar la obligación de extradición o de entrega conforme a dichas normas, especialmente las consuetudinarias, por cuanto su espontaneidad y flexibilidad impiden precisar las conductas típicas internacionales objeto de persecución determinando con ello un conflicto sobre la interpretación de las normas y principios de Derecho internacional en su aplicación por los ordenamientos jurídicos de los Estados.

II (Parte 2), pp. 279-292; “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), pp. 71-84; “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2008, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/2008/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2), pp. 142-144; “Documentos del 63.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), pp. 201-216; e “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2014, n.º de referencia A/69/10, Volumen II (Parte 2), p.112.

⁵⁶ “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 84.

La jurisdicción universal, según el segundo informe de la CDI presentado el 11 de junio de 2007 a la AG, se encuentra vinculada al principio *aut dedere aut iudicare*, por cuanto “se señaló que el principio de la jurisdicción universal contribuía decisivamente a la aplicación cabal de la obligación de extraditar o juzgar”⁵⁷. Incluso afirma, en su cuarto informe de 31 de mayo de 2011, que: “Conforme a la obligación conexa de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*) el Estado tiene el deber, bien de ejercer su jurisdicción respecto de una persona sospechosa de haber cometido ciertas categorías de crímenes (lo que necesariamente implicaría el ejercicio de la jurisdicción universal en ciertos casos), bien de extraditar a la persona a un Estado que tenga la capacidad y la voluntad de juzgarla o de entregarla a un tribunal penal internacional con jurisdicción sobre el sospechoso y el delito”⁵⁸.

Aunque compartan sus finalidades, y como expuso el Relator Zdzislaw Galicki en el Informe Preliminar de 7 de junio de 2006, dichos mecanismos jurídicos mantienen una diferencia esencial en lo referente al proceso para perseguir las conductas ilícitas⁵⁹. En igual sentido, el Informe de Expertos de la Unión Africana (en adelante UA) y de la UE de 16 de abril de 2009, sobre el Principio de Jurisdicción Universal, llegaron a la conclusión de que la justicia universal y el principio *aut dedere aut iudicare* son conceptos diferentes. Así señala que el establecimiento de la jurisdicción universal supone un paso lógico anterior, toda vez que un Estado debe, en primer lugar, otorgar a sus tribunales competencias para juzgar una conducta delictiva, y una vez establecida ésta, es cuando surge la cuestión de la actuación pertinente en cuanto al enjuiciamiento o la extradición de las personas sospechosas de su comisión. Es cierto, además, que la obligación de someter un caso ante las autoridades judiciales o la procedencia de su extradición resulta aplicable tanto a una jurisdicción subyacente, basada en criterios de territorialidad, nacionalidad, personalidad pasiva, como a cualquier otro principio de

⁵⁷ “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 76.

⁵⁸ “Documentos del 63.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1), p. 210.

⁵⁹ Sobre esta vinculación, véase también MARULLO, Ch. M. (2016). *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española*. Pamplona, Universidad Pública de Navarra, Colección Premio Brunet, Fundación Jaime Brunet pro Derechos Humanos. Disponible en: <https://academica-e.unavarra.es/xmlui/handle/2454/27067>. Consultado el día 30 de octubre de 2019.

atribución jurisdiccional, incluida la propia justicia universal, pero sin embargo su relevancia debe encontrarse en la existencia de la extraterritorialidad de la jurisdicción que legitime el ejercicio de una competencia subyacente con la obligación de actuar conforme a lo estipulado en los tratados. En resumen, un Estado que sea parte de un tratado no sólo estará obligado a autorizar a su sistema de justicia penal el ejercicio de la jurisdicción universal, sino también estará obligado a ejercer esa jurisdicción, ya sea a través del enjuiciamiento o la extradición (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2009: 10).

La Profesora Magdalena Kmak, en su obra *The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction*, presenta una serie de directrices que nos ayuda a diferenciar el principio de la justicia universal y el principio *aut dedere aut iudicare*. Así considera que el principio de extraditar o enjuiciar es definido como una obligación “alternativa” previsto en los artículos o cláusulas de las normas convencionales (principalmente en los tratados multilaterales) entre los Estados, y que tienen por finalidad la persecución de los delitos previstos en las mismas. Por otro lado, el principio de la jurisdicción universal, según Kmak, se define como un derecho basado en las normas consuetudinarias de Derecho internacional que los Estados podrán ejercer de forma excepcional bajo determinadas circunstancias. Sin embargo, este principio únicamente persigue un limitado número de crímenes internacionales que pudieran vulnerar la seguridad jurídica de la comunidad internacional. Entre los principales delitos que pueden ser objeto de persecución en aplicación del principio de justicia universal se encuentran: la piratería, el genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, tortura y aquellas otras conductas típicas previstas en las Convenciones de Ginebra (KMAK, 2011: 90).

1.3 Fundamento Jurídico

La jurisdicción universal es un principio que tiene por finalidad la persecución en una sociedad global de delitos con transcendencia mundial, y su fundamento debe situarse en la necesaria colaboración interestatal. El Profesor Martínez Alcañiz afirmó que la jurisdicción universal “*supone una herramienta esencial dentro del sistema penal internacional*” (2004: 159), y como hemos señalado, ello conlleva la cooperación y colaboración de carácter solidario entre los sujetos con competencia en su ejercicio.

Su exigibilidad viene determinada por las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de normas convencionales y consuetudinarias, que establece un sistema de garantía colectiva basado inicialmente en el principio del consentimiento de los Estados como fundamento de sus obligaciones jurídicas. Como señala Carrillo Salcedo, “*costumbre y tratados, por consiguiente, no son compartimentos estancos, sino dos pilares que se apoyan recíprocamente (...), ya que, en virtud de la interacción existente entre Derecho convencional y Derecho consuetudinario, los tratados multilaterales pueden: a) declarar Derecho consuetudinario preexistente, que queda codificado en aquéllos; b) contribuir a la cristalización de normas consuetudinarias que se encontraban en proceso de formación; o, por último, c) servir para generar una nueva práctica que puede terminar convirtiéndose en una costumbre internacional si llega a ser generalmente aceptada como Derecho*” (2001: 101).

Pero además la jurisdicción es, ante todo, una potestad que emana de la soberanía estatal conforme a su libertad normativa y sujeta a su legalidad interna. El ejercicio de toda competencia universal por parte de los Estados debe estar basada en el principio de legalidad, así como en la permisibilidad internacional atendiendo a su finalidad y actuación conforme a las normas del Derecho internacional, del que se derivan obligaciones jurídicas que vinculan su ejercicio.

A) Las obligaciones jurídicas de los Estados como fundamento de la competencia penal universal

En la teoría general del Derecho son admisibles diversas formas de aplicación de las normas jurídicas. La coerción implícita en su deber de observancia se despliega a través de determinadas consecuencias que garantizan la eficacia del Derecho y su incumplimiento siempre determina la imposición de lo ordenado tanto de forma forzosa como a través de la aplicación de un sistema establecido de satisfacción de una compensación por equivalencia, que asegure el respeto y el acatamiento de lo jurídicamente establecido. En términos generales, la consecuencia jurídica de la desobediencia a la norma es la previsión de una sanción, pues no hay deberes jurídicos que no estén sujetos a sanciones civiles, penales o de naturaleza administrativa. La eficacia del Derecho, atendiendo a las consecuencias jurídicas derivadas de sus normas trasciende a su estructura y categorías, siendo tradicional la distinción entre normas imperativas y dispositivas. La esencia de las normas imperativas se encuentra

íntimamente relacionada con la idea de “orden público”, y supone un reforzamiento de su posición en la estructura jerárquica normativa, que se impone ante cualquier voluntarismo de las partes y se extiende a todo su contenido obligatorio.

A diferencia en lo que sucede en el Derecho interno, en el Derecho internacional esta visión sobre las diversas categorías normativas establecidas con relación a su eficacia, son difícilmente trasladables de forma directa por cuanto que en la naturaleza de la norma internacional está su carácter consensual y descentralizado. Son los Estados los que asumen, de forma voluntaria, su vinculación jurídica y no existe una instancia superior que los puedan obligar a consentir ser parte de un tratado, de una organización internacional o aceptar la competencia de un tribunal internacional.

En el Derecho internacional, la ausencia de un poder legislativo como el establecido en los Estados, el tradicional subjetivismo en la creación de sus normas derivadas de la voluntad de los Estados soberanos y no subordinados a una autoridad superior, resulta incompatible con la idea de una previa existencia de un “orden público”, que impide una estructura de su orden jurídico basado en una jerarquía normativa lo que dificulta que puedan ser apreciadas normas imperativas conforme a la teoría general del Derecho. Además, en la historia del Derecho internacional, debe tenerse en cuenta que la problemática sobre la idea del *ius cogens* tuvo su origen en el revisionismo legal defendido por los Estados denominados “socialistas” y aquellos nuevos Estados surgidos tras el proceso de “descolonización” (CARRILLO SALCEDO, 1996: 137-139).

Esta dificultad de identificar las reglas del *ius cogens* no implica que dicha categoría normativa deba desaparecer en el Derecho internacional. Como indica el Profesor Carrillo Salcedo, las normas imperativas podrían ser de utilidad “en beneficio del Derecho humanitario y las normas de protección internacional de los derechos fundamentales de la persona humana”⁶⁰.

Para el Profesor Bassiouni, el término *ius cogens* o norma imperativa ocupa una posición jerárquica superior entre las demás normas y principios del que se deriva una posición superior obligatoria e inderogable. Y añade que “los motivos básicos para este

⁶⁰ Fragmento del siguiente documento original: “(...) *au bénéfice du droit humanitaire et des règles de protection internationale des droits fondamentaux de la personne humaine*” (CARRILLO SALCEDO, 1996: 139).

desacuerdo son las diferencias significativas en las premisas psicológicas y metodologías (...). Estas diferencias se aplican a las fuentes, el contenido (elementos positivos o normativos), elementos probatorios (tales como si la universalidad es apropiada o no), y los objetivos orientados a los valores (por ejemplo, la preservación del orden en el mundo y la salvaguarda de los derechos humanos fundamentales)”⁶¹. Además, el propio autor añade que no hay acuerdo en cuanto a “los métodos para determinar la existencia de una norma imperativa, ni para evaluar su importancia o determinar su contenido. Tampoco hay acuerdo en cuanto a los medios para establecer los elementos de las normas imperativas, para determinar su prioridad sobre otras normas o principios que están en conflicto o son concurrentes, evaluar su importancia y las consecuencias de su previa aplicación, y para determinar su futura aplicación a la luz de los objetivos orientados que desean alcanzar”⁶².

Conforme a Weatherall, la protección de los valores de la comunidad internacional exige una serie de normas que garanticen la seguridad jurídica destacando su carácter obligatorio universal y considera al *ius cogens* como aquel conjunto de normas y principios que no puede ser alterado por la voluntad de las partes, pues constituye el orden esencial de toda colectividad⁶³.

Esta concepción de *ius cogens* fue introducida formalmente por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, en relación con la ilegalidad de los tratados. Así el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 estableció que:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad

⁶¹ Documento original: “*The basic reasons for this disagreement are the significant differences in philosophical premises and methodologies of the views of scholarly protagonists. These differences apply to sources, content (the positive or norm-creating elements), evidentiary elements (such as whether universality is appropriate or less will suffice), and value-oriented goals (for example, preservation of world order and safeguarding of fundamental human rights)*” (BASSIOUNI, 1996: 67).

⁶² Documento original: “*Furthermore, there is no scholarly consensus on the methods by which to ascertain the existence of a peremptory norm, nor to assess its significance or determine its content. Scholars also disagree as to the means to identify the elements of a peremptory norm, to determine its priority over other competing or conflicting norms or principles, to assess the significance and outcomes of prior application, and to gauge its future applicability in light of the value-oriented goals sought to be achieved*” (BASSIOUNI, 1996: 67).

⁶³ Sobre el *ius cogens*, véase WEATHERALL, T. (2015). *Jus cogens: International Law and Social Contract*. Cambridge, Cambridge University Press.

*internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*⁶⁴.

En el ámbito del Derecho internacional, el carácter imperativo de las normas tiene su fundamento atendiendo “a la importancia sustantiva de los intereses protegidos por la norma y al reconocimiento universal de que el/los valor/es subyacente/s no está/están a disposición de los Estados individuales”⁶⁵. En este sentido, y junto con el citado el artículo 53, el precepto 64 de la misma Convención determina que: “*Si surge una nueva norma imperativa de Derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*”.

Como expuso el Profesor Ángel José Rodrigo, citando al Profesor Remiro Brotóns, “*la idea de un ius cogens internacional, del ius preceptivum al que se refería F. Suárez en el siglo XVI, despega del campo de las aspiraciones morales para aterrizar en el del Derecho internacional poniendo límite a su nuclear relativismo*” (2018: 123). Las insuficiencias observadas en el tratamiento de la determinación de normas imperativas, tal y como se expone en la Convención de Viena, viene fundamentalmente determinada por su remisión a la idea de “comunidad internacional de los Estados en su conjunto”, lo que resulta una noción imprecisa y que ha motivado que en el seno de la CDI se haya establecido la necesidad de una mayor clarificación conceptual. En este aspecto debemos resaltar los cuatro informes presentados a dicha Comisión por el Profesor Dire Tladi, en calidad de Relator especial sobre el *ius cogens*, que tiene por objeto la distinción y caracterización de las normas imperativas, así como los criterios para su identificación y sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas.

La CDI, aceptando las conclusiones del primer Informe del Relator Dire Tladi, acoge en su 68^a reunión celebrada entre los días 2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a

⁶⁴ Igualmente, el Profesor Simma señaló que: “*A "peremptory norm" is defined in Article 53 as "a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character"*” (1994: 286).

⁶⁵ Documento original: “*(...) the substantive importance of the interests protected by the rule and of the universal recognition that the underlying value or values are not at disposal of individual states*” (ZEMANCK, 2000: 8).

12 de agosto de 2016, las siguientes conclusiones: 1° Que sólo se puede hablar de normas de Derecho imperativo cuando se trate de norma de Derecho internacional general. Así concluye que: “*Se entiende por normas imperativas de Derecho internacional (ius cogens) las normas de Derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, que no admiten modificación, suspensión o abrogación*”. 2° Que conforme a su naturaleza, estas normas son de rango superior, al amparar valores universales de la comunidad internacional y por ello concluye que “*son jerárquicamente superiores a otras normas de Derecho internacional y son de aplicación universal*”. 3° La consecuencia jurídica de la consideración de una norma como de *ius cogens* es su carácter inderogable, salvo por otra norma de Derecho imperativo, así la Comisión concluye que “*se refiere a la forma en que se deben determinar las normas de ius cogens y a las consecuencias jurídicas que de ellas dimanen*” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2016a: 49-50).

En su segundo Informe, presentado a la AG el 16 de marzo de 2017 la CDI, asumiendo igualmente el trabajo de Dire Tladi viene a reforzar que el fundamento de las normas imperativas en el Derecho internacional debe tener por objeto una norma ordinaria y general reconocida como tal por parte de la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, entendiendo que son los Estados los que determinan dicho carácter de la norma, que no admita otra en contrario, sin que ello signifique la necesidad de “*la aceptación y el reconocimiento por todos [y cada uno de] los Estados*” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2017: 43-44).

Con relación a las fuentes para la creación del Derecho internacional imperativo, la Comisión señala lo siguiente: “*1. Una norma de Derecho internacional general es aquella que tiene un ámbito de aplicación general. 2. El Derecho internacional consuetudinario es la base más común para la formación de las normas de ius cogens del Derecho internacional. 3. Los principios generales del Derecho, en el sentido del artículo 38 1) c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también pueden servir de base para las normas de ius cogens del Derecho internacional*” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2017: 43-44).

Trasladado el debate sobre la prueba del carácter imperativo de la norma internacional, sobre todo cuando se encuentra basada en el Derecho consuetudinario, la

propia Comisión establece como criterios los siguientes: “[1.] *Los siguientes materiales pueden constituir prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de Derecho internacional general ha adquirido la categoría de ius cogens: los tratados, las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales, las declaraciones públicas hechas en nombre de Estados, las publicaciones oficiales, los dictámenes jurídicos gubernamentales, la correspondencia diplomática y las decisiones de los tribunales nacionales.* [2.] *Las sentencias y decisiones de los tribunales y cortes internacionales también pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento a los efectos de determinar que una norma es norma de ius cogens del derecho internacional.* [3.] *Otros materiales, como la labor de la Comisión de Derecho Internacional, la labor de los órganos de expertos y la doctrina, pueden proporcionar un medio secundario para identificar las normas de Derecho internacional que no admiten acuerdo en contrario. Estos materiales también pueden ayudar a evaluar la entidad de los materiales principales*” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2017: 45).

La CDI, en su tercer Informe presentado ante la AG el 12 de febrero de 2018, establece las consecuencias de las normas convencionales o consuetudinarias que contravengan una norma imperativa de Derecho internacional general, estableciendo como consecuencia jurídica la ilegalidad de las mismas que hace extensible a aquellas decisiones normativas emanadas de las Organizaciones Internacionales. Igualmente, la reserva de los Estados a las normas imperativas no impedirá el carácter vinculante de éstas, no podrán modificar, alterar o dejar sin efecto ninguna norma de *ius cogens* de Derecho internacional. Pero igualmente la nulidad no es la única consecuencia jurídica derivada de la infracción de las normas de *ius cogens*, pues todo acto ilícito puede generar responsabilidad de los sujetos de Derecho internacional. Así establece que: “*Las normas imperativas de Derecho internacional general (ius cogens) establecen obligaciones erga omnes cuyo incumplimiento afecta a todos los Estados*” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2018a: 73).

Por último en el cuarto Informe de la CDI, presentado ante la AG el 31 de enero de 2019, se establece como norma de *ius cogens* de Derecho internacional las siguientes: “*a) la prohibición de la agresión o el uso agresivo de la fuerza; b) la prohibición del genocidio; c) la prohibición de la esclavitud; d) la prohibición del*

apartheid y la discriminación racial; e) la prohibición de los crímenes de lesa humanidad; f) la prohibición de la tortura; g) el derecho a la libre determinación; y h) las normas básicas del Derecho internacional humanitario” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2019a: 69). Esta enumeración no tiene el carácter de exhaustiva, pues puede ser incluida otra materia siempre que en la evolución del Derecho internacional tenga la misma naturaleza.

En conclusión, podemos reconocer, como lo hizo el Profesor Weil, que la teoría del *ius cogens* forma parte hoy del Derecho positivo internacional, pero a pesar de ello resulta escasa la aplicación práctica del mismo (CARRILLO SALCEDO, 1996: 137). En este sentido, observa que en la jurisprudencia de la CIJ en el párrafo 33 de la Sentencia en el caso *Barcelona Traction*, no había hablado de *ius cogens* sino de un concepto diferente, aunque cubriera la misma realidad, el de obligaciones *erga omnes*⁶⁶, y del mismo modo, el Tribunal no utilizó dicho término en su Sentencia de 24 de mayo de 1980, en el caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán⁶⁷.

⁶⁶ Así: “When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32*).

⁶⁷ “It is a matter of deep regret that the situation which occasioned those observations has not been rectified since they were made. Having regard to their importance the Court considers it essential to reiterate them in the present Judgment. The frequency with which at the present time the principles of international law governing diplomatic and consular relations are set at naught by individuals or groups of individuals is already deplorable. But this case is unique and of very particular gravity because here it is not only private individuals or groups of individuals that have disregarded and set at naught the inviolability of a foreign embassy, but the government of the receiving State itself. Therefore in recalling yet again the extreme importance of the principles of law which it is called upon to apply in the present case, the Court considers it to be its duty to draw the attention of the entire international community, of which Iran itself has been a member since time immemorial, to the irreparable harm that may be caused by events of the kind now before the Court. Such events cannot fail to undermine the edifice of law carefully constructed by mankind over a period of centuries, the maintenance of which is vital for the security and well-being of the complex international community of the present day, to which it is more essential than ever that the rules developed to ensure the ordered progress of relations between its members should be constantly and scrupulously respected” (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, pp. 42-43*).

Fue en el párrafo 190 de la Sentencia de 27 de junio de 1986, en el asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, donde la CIJ utiliza el término “principio de *ius cogens*” para referirse al carácter imperativo de la prohibición del uso de la fuerza, al señalar que ésta queda vetada conforme al artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, pues dicha prohibición no sólo es una norma de Derecho internacional consuetudinario, sino también un principio fundamental o central del Derecho internacional, y “ha llegado a ser reconocido como *ius cogens*”⁶⁸, remitiéndose para ello a las conclusiones de la CDI de 1966, que en sus informes sobre el estudio del Derecho de los Tratados con relación a la coerción de un Estado por la amenaza o uso de la fuerza, ya había establecido la nulidad de toda norma convencional que fuera contraria a la norma internacional general de carácter imperativo⁶⁹.

⁶⁸ “A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law. The International Law Commission, in the course of its work on the codification of the law of treaties, expressed the view that “the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens* (...). Nicaragua in its Memorial on the Merits submitted in the present case States that the principle prohibiting the use of force embodied in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations “has come to be recognized as *jus cogens*”. The United States, in its Counter-Memorial on the questions of jurisdiction and admissibility, found it material to quote the views of scholars that this principle is a “universal norm”, a “universal international law”, a “universally recognized principle of international law”, and a “principle of *jus cogens*”” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, pp. 100-101).

⁶⁹ “Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general que no admita acuerdo en contrario y que sólo pueda ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

(...)

1) La opinión de que en definitiva no hay ninguna norma de Derecho internacional de la cual no puedan prescindir a su arbitrio los Estados en sus acuerdos, resulta cada vez más difícil de sostener, aunque algunos juristas nieguen la existencia de normas de *ius cogens* en Derecho internacional porque, a su juicio, hasta las normas más generales distan aún de ser universales. La Comisión señaló que las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de Derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*. Por otra parte, aunque algunos gobiernos han expresado dudas sobre la conveniencia del presente artículo, a menos que incluya una disposición relativa a la decisión de un órgano independiente, sólo un gobierno discute la existencia de normas de *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo. Por ello, la Comisión llegó a la conclusión de que en la codificación del Derecho de los tratados debía partir de que existen ciertas normas de las cuales los Estados no pueden exceptuarse en modo alguno por arreglos convencionales y que sólo pueden ser modificadas por otra norma del mismo carácter” (“Informe de la Comisión de Derecho Internacional en la labor realizada en la segunda parte de su 17.º período de sesiones y en su 18.º período de sesiones (Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/1966/Add.I, Volumen II, p. 271).

A pesar de esta inicial utilización del término *ius cogens*, el mismo no es utilizado propiamente en su dimensión normativa, así se aprecia cuando vinculado a la cuestión de la atribución de jurisdicción a la CIJ, la Sentencia de 30 de junio de 1995, en el asunto de Timor Oriental (Portugal c. Australia), al referirse al derecho a la autodeterminación de los pueblos aunque evita utilizar el término de *ius cogens*, considera que dicho derecho se encuentra reconocido con carácter *erga omnes* y como principio general del Derecho internacional⁷⁰. Igualmente, en su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares la CIJ, a pesar de reconocer que las normas y principios de Derecho humanitario son parte del *ius cogens* previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, señaló de que ello vendría determinado por el carácter legal de la norma, pero evitó pronunciarse expresamente sobre la cuestión de la naturaleza del Derecho humanitario, por no habérselo solicitado⁷¹.

Hasta entonces, puede observarse como las resoluciones de la CIJ no establecen una clara diferenciación entre normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes* que aunque interdependientes son conceptos diferenciados, pues las obligaciones *erga omnes* son consecuencia de la norma jurídica imperativa pero no el principio de las mismas.

Con mayor propiedad, la primera resolución de la CIJ que utiliza el término *ius cogens* podemos encontrarla en la Sentencia de 3 de febrero de 2006, sobre el asunto de las Actividades militares en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda). Aunque vinculado igualmente a un tema sobre la competencia y jurisdicción de la CIJ, éste de forma expresa declara la invalidez de cualquier reserva sobre la

⁷⁰ “In the Court’s view, Portugal’s assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court (...); it is one of the essential principles of contemporary international law” (East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102).

⁷¹ “It has been maintained in these proceedings that these principles and rules of humanitarian law are part of *jus cogens* as defined in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969. The question whether a norm is part of the *jus cogens* relates to the legal character of the norm. The request addressed to the Court by the General Assembly raises the question of the applicability of the principles and rules of humanitarian law in cases of recourse to nuclear weapons and the consequences of that applicability for the legality of recourse to these weapons. But it does not raise the question of the character of the humanitarian law which would apply to the use of nuclear weapons. There is, therefore, no need for the Court to pronounce on this matter” (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 258).

Convención de Genocidio de 1948 al tener ésta fuerza de norma general de Derecho internacional en la medida en que constituyen *ius cogens*⁷². La CIJ a los efectos de determinar su jurisdicción reconoce que “el mero hecho de que los derechos y obligaciones *erga omnes* o normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*) estén en discusión (...) no puede constituir en sí mismo una excepción al principio de que su jurisdicción siempre dependa del consentimiento de las partes”⁷³.

En suma, la aceptación progresiva de obligaciones *erga omnes* supone un testimonio de la transformación del Derecho internacional que establece como doctrina que “las obligaciones derivadas de una norma o principio de naturaleza imperativa, de *ius cogens* internacional, son siempre obligaciones *erga omnes*. Por otro lado, todas las obligaciones *erga omnes* no se derivan de las normas obligatorias porque, por un lado, el círculo de este último es más pequeño y, por otro lado, también encuentran su origen en las reglas y los principios de la norma de Derecho internacional. Las obligaciones *erga omnes* y las normas internacionales de *ius cogens* son, por lo tanto, dos conceptos estrechamente relacionados pero diferentes”⁷⁴.

Siguiendo a la Profesora Alicia Cebada Romero en su artículo *Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*, señala que los magistrados de la CIJ en este caso resaltaron como rasgos característicos de estas obligaciones los siguientes: “*Se contraen ante toda la comunidad internacional[; e] incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (protegen derechos*

⁷² “In order to show that Rwanda’s reservation is invalid, the DRC maintains that the Genocide Convention has “the force of general law with respect to all States” including Rwanda, inasmuch as it contains norms of *jus cogens*” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 29).

⁷³ Documento original: “Finally, the Court deems it necessary to recall that the mere fact that rights and obligations *erga omnes* or peremptory norms of general international law (*jus cogens*) are at issue in a dispute cannot in itself constitute an exception to the principle that its jurisdiction always depends on the consent of the parties” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 52).

⁷⁴ Documento original: “A mon avis, les obligations qui découlent d’une règle ou d’un principe de nature impérative, de *jus cogens* international, sont toujours des obligations *erga omnes*. En revanche, toutes les obligations *erga omnes* ne procèdent pas des normes impératives, car, d’une part, le cercle de ces dernières est plus réduit et, d’autre part, elles trouvent aussi leur source dans les règles et les principes du droit international général. Les obligations *erga omnes* et les normes de *jus cogens* international sont donc deux notions intimement liées mais différentes” (CARRILLO SALCEDO, 1996: 144).

esenciales), siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento” (2002: 3), y así afirma que “las obligaciones *erga omnes* incorporan valores esenciales para la comunidad internacional, por lo que no es relevante únicamente el tamaño o amplitud del grupo de sujetos internacionales frente al que se asume el compromiso en cuestión, sino el contenido material de dicho compromiso” (CEBADA ROMERO, 2002: 3).

En consecuencia, los conceptos de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes* son completamente distintos, a pesar de su vinculación con la finalidad de garantizar la protección de valores de la comunidad internacional frente a cualquier vulneración⁷⁵. Así, las normas imperativas (*ius cogens*) “se diferencia de las obligaciones *erga omnes* en cuanto que éstas no protegen valores o intereses comunes de un grupo aleatorio de Estados, sino los valores básicos en los que la comunidad internacional crea en su conjunto”⁷⁶.

Hasta el asunto *Barcelona Traction*, “la relación entre *ius cogens* y *obligatio erga omnes* nunca fue articulada claramente por la CPJI y la CIJ, ni la jurisprudencia de ninguno de los tribunales declaró de forma explícita cómo una norma concreta se convierte en *ius cogens* y qué consecuencias derivan de ésta. Obviamente, una norma de *ius cogens* alcanza ese nivel cuando el principio que incorpora ha sido universalmente aceptado, mediante una práctica constante acompañada de la *opinio iuris* por la mayoría de los Estados. Así, el principio de la soberanía territorial ha llegado al nivel de una “norma internacional”, porque todos los Estados han consentido el derecho de éstos a ejercer la jurisdicción territorial exclusiva”⁷⁷.

⁷⁵ Así, el Profesor Cherif Bassiouni señaló en su trabajo *International Crimes: Jus Cogens And Obligatio erga omnes* la dificultad de diferenciar las obligaciones constituidas conforme a los principios generales del Derecho de carácter imperativo, frente a aquellas creadas a través de las obligaciones *erga omnes* (1996: 72).

⁷⁶ Documento original: “They differ from ordinary *erga omnes* obligations insofar as they do not protect common values or interests of a random group of states but the basic values on which the international community as a whole is built” (ZEMANCK, 2000: 6).

⁷⁷ Documento original: *The relationship between jus cogens and obligatio erga omnes was never clearly articulated by the PCIJ and the ICJ, nor did the jurisprudence of either court explicitly articulate how a given norm becomes jus cogens, or why and when it becomes erga omnes and what consequences derive from this. Obviously, a jus cogens norm rises to that level when the principle it embodies has been universally accepted, through consistent practice accompanied by the necessary opinio juris, by most states. Thus, the principle of territorial sovereignty has risen to the level of a “peremptory norm”*

Desde esta perspectiva del Derecho penal internacional, las obligaciones *erga omnes* figuran expuestas por vez primera en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre las Reservas de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 28 de mayo de 1951⁷⁸. Los miembros de la Corte afirmaron, en relación con la Convención de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, la importancia de la persecución del delito de genocidio previsto en una norma convencional, reflejando como principales objetivos los fines de protección y seguridad jurídica basado en valores de la comunidad internacional⁷⁹, concretamente en los derechos humanos sobre la vida y la dignidad de las personas, que tienen carácter de normas obligatorias y en los que se fundamentan la noción de delito internacional.

De acuerdo con el Profesor Bassiouni, “se debe tener en cuenta tres consideraciones adicionales para determinar si un delito internacional ha alcanzado el estatus de *ius cogens*. La primera tiene que ver con la evolución histórico-jurídica del delito. Claramente, cuantos más instrumentos jurídicos existan para demostrar la condena y prohibición de un delito particular, mejor se fundamenta la propuesta de que el delito ha alcanzado el nivel de *ius cogens*. La segunda condición es el número de Estados que han incorporado la prohibición en sus leyes nacionales. La tercera

because all states have consented to the right of states to exercise exclusive territorial jurisdiction” (BASSIOUNI, 1996: 73).

⁷⁸ En el presente caso, la Corte Internacional de Justicia debía determinar si los Estados pudieran tener derecho de reservas en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 y sus consecuencias jurídicas, cuestiones que tuvo conocimiento por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución de 16 de noviembre de 1950. El Tribunal dictaminó, tras analizar el contenido del tratado multilateral, que los Estados signatarios podrán realizar tal reserva siempre que la misma sea compatible conforme a los objetivos y fines del tratado, y que únicamente tendrán consecuencias jurídicas después de que los Estados ratifiquen la Convención.

⁷⁹ Así: “*The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d’être of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions*” (*Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 23*).

consideración es el número de enjuiciamientos nacionales e internacionales por el delito objeto del mismo y cómo se han caracterizado”⁸⁰.

Dicho autor, basándose en otras fuentes adicionales como los escritos y estudios jurídicos sobre los principios generales del Derecho, considera que son delitos internacionales fundados en normas de *ius cogens* los siguientes: “agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, piratería, esclavitud y trata de personas y tortura”, y llega a dicha conclusión analizando para ello: “1) pronunciamientos internacionales que reflejan el reconocimiento de que estos delitos son parte del Derecho consuetudinario general; 2) los preámbulos u otras provisiones establecidas en los tratados, que indica el estatus superior de estos delitos en el Derecho internacional; 3) el número de Estados que hayan ratificado los tratados relacionados con estos delitos; y 4) las investigaciones internacionales *ad hoc* y enjuiciamientos de los partícipes de estos crímenes”⁸¹.

Bassiouni advierte que lo expuesto no puede examinarse desde una visión meramente acumulativa, ya que cada uno de los crímenes individualmente considerados debe examinarse por separado para concluir si ha llegado al nivel superior que constituya una obligación específica fundada en el Derecho internacional general y no

⁸⁰ Documento original: “*Three additional considerations must be taken into account in determining whether a given international crime has reached the status of jus cogens. The first has to do with the historical legal evolution of the crime. Clearly, the more legal instruments that exist to evidence the condemnation and prohibition of a particular crime, the better founded the proposition that the crime has risen to the level of jus cogens. The second consideration is the number of states that have incorporated the given proscription in their national laws. The third consideration is the number of international and national prosecutions for the given crime and how they have been characterized*” (BASSIOUNI, 1996: 70-71).

⁸¹ Documento original: “*The legal literature discloses that the following international crimes are jus cogens: aggression, genocide, crimes against humanity, war crimes, piracy, slavery and slave-related practices, and torture. Sufficient legal basis exists to reach the conclusion that all these crimes are part of jus cogens. This legal basis consists of the following: (1) international pronouncements, or what can be called international opinio juris, reflecting the recognition that these crimes are deemed part of general customary law; (2) language in preambles or other provisions of treaties applicable to these crimes which indicates these crimes’ higher status in international law; (3) the large number of states which have ratified treaties related to these crimes; and (4) the ad hoc international investigations and prosecutions of perpetrators of these crimes. If a certain rigor is to apply, however, this legal basis cannot be examined in a cumulative manner. Instead, each one of these crimes must be examined separately to determine whether it has risen to a level above that stemming from specific treaty obligations, so that it can therefore be deemed part of general international law applicable to all states irrespective of specific treaty obligations. To pursue the approach suggested, it is also necessary to have a doctrinal basis for determining what constitutes an international crime and when in the historical legal evolution of a given crime it can be said to achieve the status of jus cogens*” (BASSIOUNI, 1996: 68).

simplemente derivada de obligaciones concretas establecidas en los tratados. Ello requiere de una opinión general y de un consenso doctrinal sobre el carácter internacional del delito, y añade sobre el alcance de la condición de norma imperativa que los delitos internacionales deben afectar a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto y que conmocionan la conciencia de la humanidad porque amenazan la paz y la seguridad. “Si ambos elementos están presentes en un delito concreto, se puede concluir que forman parte del *ius cogens*”⁸².

Los delitos internacionales fundados en *ius cogens* tienen como consecuencia jurídica la obligación *erga omnes* de su persecución (BASSIOUNI, 1996: 63), y para ello resalta que los Estados cuentan con el ejercicio de la competencia penal universal como uno de los mecanismos jurídicos esenciales para alcanzar su cumplimiento.

Sin embargo, no debe ser olvidado que la seguridad jurídica no sólo es un principio de los ordenamientos jurídicos internos, sino también del propio Derecho internacional del que emanan derechos subjetivos que deben ser respetados con especial trascendencia, sobre todo en materia relativa al ejercicio del *ius puniendi* donde la previsibilidad de la ilicitud de la conducta determina la centralidad de protección de los derechos del infractor. Desde esta perspectiva, el Profesor Cherif Bassiouni plantea la existencia de dos problemas esenciales, el primero de ellos derivado del fundamento de las normas convencionales y consuetudinarias en el Derecho penal internacional, y el segundo con relación a la tipificación de las conductas ilícitas, por exigencia del propio principio de legalidad. Así señala que:

“El *ius cogens* plantea dos problemas esenciales para el Derecho penal internacional; uno relacionado con la seguridad jurídica, y otro vinculado con la conformidad de una norma con los requisitos de los principios de legalidad. El problema del positivismo normativo es que llega a ser más evidente en el caso de la nulidad del Derecho positivo frente a una injusticia evidente y obvia, tales como los “crímenes de lesa humanidad”, como consta en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg en la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945. Los delitos concretos definidos en el apartado c) del Artículo 6 de la Carta de Londres entran en la categoría de crímenes que no fueron abordados por el Derecho positivo, pero dependían de otras fuentes del Derecho para apoyar de forma implícita la formulación del delito. Los partidarios del Derecho natural proponen que el *ius cogens* se basa en un valor jurídico más alto que debe observarse al enjuiciar a los autores de los crímenes, mientras que los

⁸² Documento original: “If both elements are present in a given crime, it can be concluded that it is part of *jus cogens*” (BASSIOUNI, 1996: 69).

defensores del Derecho positivo argumentan que debe prevalecer otro principio, cuyos valores y objetivos son, al menos en principio, de la misma dignidad, se denomina el “principio de legalidad -*nullum crimen sine lege*-. Es imposible una aproximación neutra en cuanto al valor; por lo que únicamente la solución práctica es la codificación del Derecho penal internacional”⁸³.

El debate doctrinal queda centrado en la determinación de los delitos que adquieren la condición internacional, diferenciándose de aquellos otros crímenes cuyo bien jurídico objeto de protección sea de naturaleza estatal, como los delitos financieros y económicos⁸⁴. Es la comunidad internacional la que deberá determinarlos atendiendo a las circunstancias históricas y sociales de los Estados, así como con relación a premisas psicológicas y metodológicas que permitan su consideración de normas imperativas de Derecho internacional. En palabras del Profesor Bassiouni, “no existe un consenso unánime sobre los métodos para determinar la existencia de una norma imperativa, ni para evaluar su importancia o determinar su contenido. Tampoco están de acuerdo en cuanto a los medios para establecer los elementos de las normas imperativas, para determinar su prioridad sobre otras normas o principios que están en conflicto o son concurrentes, evaluar su importancia y las consecuencias de su previa aplicación, y para determinar su futura aplicación a la luz de los objetivos orientados que desean alcanzar”⁸⁵.

⁸³ Documento original: *Thus, jus cogens poses two essential problems for ICL; one relates to legal certainty and the other to a norm's conformity to the requirements of the principles of legality. The problem of normative positivism becomes more evident in the case of a void in positive law in the face of an obvious and palpable injustice, such as with respect to "crimes against humanity," as enunciated in the Statute of the International Military Tribunal ("IMT") in the London Charter of August 8, 1945. The specific crimes defined in Article 6(c) of the London Charter fall into the category of crimes which were not addressed by positive law, but depended on other sources of law to support implicitly the formulation of a crime. Proponents of natural law advocate that jus cogens is based on a higher legal value to be observed by prosecuting offenders, while proponents of legal positivism argue that another principle whose values and goals are, at least in principle, of that same dignity, namely the "principle of legality"—nullum crimen sine lege—should prevail. A value-neutral approach is impossible; thus, the only practical solution is the codification of ICL*” (BASSIOUNI, 1996: 71-72).

⁸⁴ Sobre este aspecto, véase el apartado 3 del Capítulo 1 de la Tesis, así como DE HOOGH, A. (1996). *Obligations erga omnes and International crimes. A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*. The Hague, Kluwer Law International.

⁸⁵ Documento original: *“there is no scholarly consensus on the methods by which to ascertain the existence of a peremptory norm, nor to assess its significance or determine its content. Scholars also disagree as to the means to identify the elements of a peremptory norm, to determine its priority over other competing or conflicting norms or principles, to assess the significance and outcomes of prior application, and to gauge its future applicability in light of the value-oriented goals sought to be achieved”* (BASSIOUNI, 1996: 67).

Este debate se extiende al sistema de fuentes de creación jurídica⁸⁶, al propio contenido y presupuesto previsto en la norma, a los elementos de prueba en los que debe incluirse su universalidad y su propio objetivo orientado a la protección de valores esenciales, como la preservación del orden mundial y la salvaguarda de los derechos humanos fundamentales⁸⁷. Así concluye que estos criterios permitirían: “establecer los elementos de las normas imperativas, para determinar su prioridad sobre otras normas o principios que están en conflicto o son concurrentes, evaluar su importancia y las consecuencias de su previa aplicación, y para determinar su futura aplicación a la luz de los objetivos que desean alcanzar”⁸⁸.

El ejercicio de la competencia penal universal por parte de los Estados viene determinado por el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes* derivadas de normas imperativas de Derecho internacional (*ius cogens*). En este sentido, el Profesor Simma afirmó la necesidad de realizar una diferenciación sobre “las consecuencias jurídicas de la violación de las normas de *iuris cogentis*, de aquellas que difieren fundamentalmente de los supuestos de un simple conflicto de obligaciones convencionales”⁸⁹. Con ello plantea una alternativa en el cumplimiento de las normas imperativas por parte de los Estados, basada en la creación de una clasificación de las obligaciones *erga omnes* necesaria para el correcto ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de los Estados que respetuosa con el principio de seguridad jurídica.

Para ello establece una distinción entre dos categorías de obligaciones cuya violación puede constituir delito internacional, la primera basada en violaciones que lesionan de forma directa y material a otros Estados, de los que cita como ejemplo las

⁸⁶ “Some scholars see *jus cogens* sources and customary international law as the same, others distinguish between them, while still others question whether *jus cogens* is simply not another semantical way of describing certain “general principles”. This situation adds to the level of uncertainty as to whether *jus cogens* is a source of ICL” (BASSIOUNI, 1996: 68).

⁸⁷ “(...) to sources, content (the positive or norm-creating elements), evidentiary elements (such as whether universality is appropriate or less will suffice), and value-oriented goals (for example, preservation of world order and safeguarding of fundamental human rights)” (BASSIOUNI, 1996: 67).

⁸⁸ Documento original: “(...) as to the means to identify the elements of a peremptory norm, to determine its priority over other competing or conflicting norms or principles, to assess the significance and outcomes of prior application, and to gauge its future applicability in light of the value-oriented goals sought to be achieved” (BASSIOUNI, 1996: 67).

⁸⁹ Documento original: “(...) the legal consequences of violations of rules *juris cogentis* differ fundamentally from instances of a mere conflict of treaty obligations” (SIMMA, 1994: 287).

consecuencias derivadas de la obligación de la prohibición de toda agresión o la causación del daño intencional al medio ambiente, como el incendio de los yacimientos petrolíferos kuwaitíes por parte de Irak⁹⁰ donde la víctima serían los propios Estados; y una segunda categoría de obligaciones *erga omnes* donde los actos ilícitos se producen en el ámbito de la protección de los derechos humanos y cuyas víctimas son directamente las personas o grupos de personas cuyos bienes jurídicos son preservados incluso en contra del propio Estado, en los que incluye la preservación de los bienes comunes de naturaleza mundial, citando por ejemplo la alta mar o la capa de ozono (SIMMA, 1994: 319).

En conclusión, no toda obligación *erga omnes* tiene su fundamento en una norma de *ius cogens*. La consecuencia jurídica de toda infracción no tiene por qué derivar siempre del incumplimiento de una norma imperativa. En el ámbito del Derecho penal internacional, las conductas ilícitas deben fundamentarse en norma general de Derecho internacional y con carácter de *ius cogens*. Ello sucede por ejemplo en las violaciones que prohíben el genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, torturas y algunos crímenes de Derecho humanitario establecidos en las Convenciones de Ginebra de 1949. Ello no impide que por vía convencional puedan establecerse delitos que tengan por objeto la preservación de bienes jurídicos universales (*hostis humani generis*), como son los delitos de piratería y narcotráfico, cuyas obligaciones de persecución asumidas por los Estados no derivan directamente de una norma internacional con carácter imperativo. Ahora bien, aunque la obligación de los Estados en la prevención y, en su caso, persecución de los delitos graves internacionales estén basados en normas de *ius cogens*, la jurisdicción en el Derecho internacional no tiene la consideración de norma imperativa, pues su ejercicio emana de los propios Estados como consecuencia de su potestad soberana y sólo puede ser atribuida a un tribunal

⁹⁰ Los incendios de los yacimientos petrolíferos en Kuwait tuvieron lugar durante la Guerra del Golfo (1990-1991), que fueron provocados por las tropas iraquíes con el fin de ocupar Kuwait. Este incendio conllevó daños y perjuicios tanto a la economía como al medioambiente en el país.

Sobre este conflicto y su “internacionalización”, véase ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. (2004). *Aspectos jurídicos de la crisis del Golfo Pérsico*. Tesis Doctoral. Girona, Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídico Económicas, Universidad de Girona. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/7685#page=1>. Consultado el día 13 de octubre de 2019.

internacional por consentimiento del mismo⁹¹, que aunque pueda estar sujeto a ciertas condiciones, su respeto es un imperativo derivado del principio de seguridad jurídica.

B) Las normas convencionales y consuetudinarias de Derecho internacional como causa de las obligaciones “erga omnes”

De forma tradicional se ha venido entendiendo que el art. 38.1 del Estatuto de la CIJ, al determinar el ámbito de aplicación normativo para resolver las controversias internacionales, establece de forma general el sistema de fuentes en el Derecho internacional.

Junto a los tratados y la costumbre, se admite en la actualidad como fuente de creación normativa los actos unilaterales de los Estados⁹² y los comportamientos recíprocos entre éstos, a los que debemos añadir los actos normativos de las Organizaciones Internacionales como las declaraciones de la AG⁹³ o las resoluciones del CSNU.

⁹¹ Así en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en los casos, entre otros, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986; *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995 y *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006.

⁹² Conforme al Profesor Novak Talavera, siguiendo al ex-magistrado de la Corte Internacional de Justicia Eduardo Jiménez de Aréchaga, define como acto unilateral aquella “*declaración (...) de voluntad de un único sujeto de Derecho internacional que tiene por objeto dar origen a vínculos jurídicos internacionales, cuyos efectos están previstos o autorizados por el Derecho internacional*” (NOVAK TALAVERA, 1994: 150).

La Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de 5 de abril de 1933, sobre la Condición Jurídica de Groenlandia Oriental (Noruega c. Dinamarca), dio carta de naturaleza a la declaración del Ministro de Asuntos Exteriores noruego Ihlen sobre no interferir en la soberanía danesa sobre dicho territorio, considerando que dicha declaración era jurídicamente vinculante, que constituía una promesa o un reconocimiento que, en cualquier caso, suponía una declaración unilateral con consecuencias en el establecimiento de derechos y de obligaciones (“*Legal Status of Eastern Greenland*”, Judgment, 5 April 1933. Publications of the Permanent Court of International Justice, No. 53, Series A/B). Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia en el asunto de 20 de diciembre de 1974, sobre los Ensayos Nucleares (Australia c. Francia), reafirma el carácter vinculante de la declaración unilateral realizada por los Altos representantes del Estado francés, bajo el compromiso de cesar a futuro las pruebas nucleares en el Pacífico (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974).

Sobre los actos unilaterales de los Estados, véase NOVAK TALAVERA, F. (1994). “La teoría de los actos unilaterales de los Estados”. *Agenda Internacional*, Vol. 1, N° 1, pp. 149-166.

⁹³ A modo de ejemplo, véase NACIONES UNIDAS. (1994). *Questions relating to the voting procedure and decision-making process of the General Assembly—General rule applicable to the calculation of the majority required for the adoption of resolutions and decisions by the General Assembly—Exceptions to*

La concertación entre Estados o entre éstos y otros sujetos del Derecho internacional constituyen la forma usual de creación normativa en el Derecho internacional. Conforme al artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, un “tratado” es un instrumento que recoge mediante acuerdo escrito el consenso alcanzado entre dos o más sujetos de Derecho internacional al que se le otorga un contenido jurídico de carácter obligatorio. Los tratados vinculan a las partes que lo suscriben con la finalidad de satisfacer intereses particulares entre ellos como en el caso de los acuerdos bilaterales, o bien para satisfacer un interés común a todos ellos como sucede en las convenciones multilaterales, y su carácter obligatorio exige su cumplimiento entre las partes conforme al principio de buena fe (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969).

Los usos sociales internacionales pueden llegar a transformarse en normas jurídicas cuando su práctica es realizada con el convencimiento de que ello viene obligado jurídicamente. La importancia de la costumbre en el Derecho internacional es perceptible por cuanto la mayoría del Derecho internacional general está formado por normas consuetudinarias y por principios generales del Derecho. El segundo informe de la CDI sobre las normas imperativas del Derecho internacional de 16 de marzo de 2017, señala que la fuente de creación normativa general de carácter imperativo se encuentra en el Derecho consuetudinario. Por ello aunque una norma convencional y una norma consuetudinaria compartan el mismo contenido, el carácter autónomo entre ellas determina que los métodos de interpretación y su aplicación sean diferentes, lo que da lugar a consecuencias jurídicas distintas entre ambas normas internacionales⁹⁴. Por su propia naturaleza, la costumbre internacional ha sido considerada como la fuente prioritaria de creación normativa, sin que el proceso de codificación haya restado valor a la misma.

El apartado b) de su artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ se refiere específicamente a la costumbre como aquella norma que emana de “*una práctica generalmente aceptada como derecho*”. En este sentido amplio, Carrillo Salcedo define a la costumbre internacional como “*un procedimiento espontáneo de elaboración del*

the rule—Effect of absence or non-participation on the binding force of resolutions and decisions. United Nations Juridical Yearbook 1986, New York, United Nations Publication, pp. 274-275).

⁹⁴ En este sentido, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.

Derecho internacional, resultante del comportamiento de los Estados en sus relaciones recíprocas y con otros sujetos de Derecho internacional” (1991: 93)⁹⁵.

De la interpretación del artículo 38.1 b) del citado Estatuto, podemos determinar que la costumbre requiere una serie de presupuestos para que tenga la consideración de norma jurídica. Para la mayoría de la doctrina, estos presupuestos son la práctica generalizada de los Estados y la *opinio iuris* o convicción del carácter jurídicamente obligatorio de dicha práctica (CARRILLO SALCEDO, 1991: 93; y SÁENZ DE SANTA MARÍA, 2012: 133-137).

La jurisprudencia de la CIJ se ha basado fundamentalmente en la práctica de los Estados para determinar la existencia de consenso que revele la obligatoriedad jurídica de la norma consuetudinaria. La norma consuetudinaria en el Derecho internacional requiere: “*aceptación general; uniformidad; duración [y] convicción jurídica u opinio iuris*” (CARRILLO SALCEDO, 1991: 94). La aceptación general debe ser apreciada conforme a la práctica de los Estados, que puede revestir una forma activa, es decir, por actos exteriorizados e inequívocos, pero también una forma pasiva a través de la mera tolerancia o abstención de oposición ante una actuación concreta (SÁENZ DE SANTA MARÍA, 2012: 135-136).

Aunque los actos unilaterales de los Estados pueden generar obligaciones y por ello constituir el origen de una norma consuetudinaria, dicha actuación particular no puede ser confundida como costumbre, al carecer de una convicción general de su obligatoriedad. En el proceso de cristalización de la norma consuetudinaria, debe ser valorada el conocimiento y aceptación por parte de los Estados, de forma expresa o tácita, y para ello analizar la existencia de un consenso general sin que se exija unanimidad (SÁENZ DE SANTA MARÍA, 2012: 133). En este sentido la CIJ, en el asunto de las Pesquerías de 18 de diciembre de 1951 (Reino Unido c. Noruega),

⁹⁵ Sobre la costumbre en el Derecho internacional, véase GUZMAN, A. T. (2005). “Saving Customary International Law”. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 1, pp. 115-176; WALDEN, R. M. (1977). “The subjective element in the formation of customary International Law”. *Israel Law Review*, Vol. 12, Issue 3, pp. 344-364; ELIAS, O. (1995). “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, Issue 3, pp. 501-520; SENDER, O.; y WOOD, M. (2017). “A mystery no longer? Opinio Juris and other theoretical controversies associated with Customary International Law”. *Israel Law Review*, Vol. 50, Issue 3, pp. 299-330; y DISTEFANO, G. (2019). *Fundamentals of Public International Law. A Sketch of the International Legal Order*. Vol. 38, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Queen Mary Studies in International Law Series.

desestimó los argumentos del Reino Unido, sobre la existencia de una norma consuetudinaria de Derecho internacional sobre el límite marítimo de las diez millas, fundamentando que los criterios que siguen los Estados sobre dicho límite no se oponían con las prácticas seguidas por los demás Estados, por cuanto tal criterio no es relevante dentro de la obligación de los Estados de respetar los límites del Derecho marítimo, concluyendo en este asunto que “la práctica de los Estados no justifica la formulación de cualquier norma general del Derecho”⁹⁶.

La práctica de los Estados debe ser uniforme y constante, como expone Sáenz de Santa María, “*el hecho de que la práctica sea uniforme entraña una identidad sustancial en el contenido de la conducta entre los Estados interesados [y su carácter] constante refleja la repetición de los precedentes y excluye las respuestas contradictorias*” (2012: 134). La Corte, en su Sentencia de 20 de noviembre de 1950, en el asunto sobre el Derecho de asilo (Colombia c. Perú), afirmó que: “los hechos puestos en conocimiento de la Corte revelan tantas incertidumbres y contradicciones, tantas fluctuaciones y discrepancias en el ejercicio de asilo diplomático (...) y se observa tal falta de continuidad en la rápida sucesión de convenios sobre el asilo, ratificados por varios Estados y rechazados por otros, y la práctica ha sido tan influenciada por consideraciones de interés político en varios casos, que no es posible discernir en todo ello un uso uniforme y constante considerada como ley, con respecto a la pretendida norma de la calificación unilateral y definitiva del delito”⁹⁷. Igualmente, en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte, mediante Sentencia de 20 de febrero de 1969, insiste en la necesidad de uniformidad dentro de la práctica de los Estados, así: “La práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, debe de haber sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada y que, además, se haya manifestado

⁹⁶ Fragmento original del siguiente documento: “*the practice of States does not justify the formulation of any general rule of law*” (Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 131).

⁹⁷ Documento original: “*The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on various occasions, there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law, with regard to the alleged rule of unilateral and definitive qualification of the offence*” (Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 277).

de forma que permita establecer un reconocimiento general de que nos hallamos en presencia de una norma o de una obligación jurídica”⁹⁸.

La mera exigencia de la uniformidad y constancia en la práctica de los Estados no implica afirmar con carácter absoluto la existencia de un consenso relevante que alcance el carácter normativo (SÁENZ DE SANTA MARÍA, 2012: 134). En este sentido la CIJ, conforme a su Sentencia de 27 de junio de 1986, en el asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), afirmó lo siguiente:

“La Corte no estima que, para el establecimiento consuetudinario de una regla, la práctica correspondiente debe ser estricta conforme a dicha regla. Para deducir la existencia de reglas consuetudinarias, la Corte considera suficiente que la conducta de los Estados debe ser coherente con dichas normas en términos generales, calificando los comportamientos contrarios a la norma en cuestión como violaciones de ésta y no como manifestaciones del reconocimiento de una norma. Si un Estado actúa de forma prima facie incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta invocando excepciones o justificaciones contenidas en la norma misma, al margen de que la actitud de ese Estado encuentre o no justificación sobre esa base, conllevaría a una confirmación y no a un debilitamiento de la norma”⁹⁹.

La persistencia en el tiempo de una determinada actuación o la duración de su práctica es el tercer requisito indispensable para la formación de una norma consuetudinaria, “*ya que es el tiempo el que hace madurar una práctica [del Estado] y la transforma en costumbre*” (CARRILLO SALCEDO, 1991: 95). Este presupuesto ha sufrido cambios en su evolución histórica, pues no existe una regla general que determine con exactitud la duración que determine la formación de una norma

⁹⁸ Fragmento original del siguiente pasaje: “(...) *State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved*” (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 43*).

⁹⁹ Documento original: “*The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule*” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 98*).

consuetudinaria. Este requisito viene siendo interpretado de forma flexible atendiendo al contenido de la obligación jurídica y a la importancia de la práctica realizada por parte de los Estados. Así la CIJ, en el ya citado caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte admitió que: “el hecho de que no haya transcurrido más que un breve período de tiempo no constituye en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho internacional consuetudinario”¹⁰⁰. La práctica debe ser aceptada por el Estado y la convicción de su obligatoriedad, bien de forma activa (actuación favorable o contraria al resto de los Estados), bien de forma pasiva (entendida como la ausencia de actuación o declaración sobre los actos de los demás Estados), lo que no ocurre cuando de su actuación se desprende su oposición, así el Profesor Carrillo Salcedo afirma que “*los actos de los Estados y sus reacciones a los actos de otros Estados (de protesta o, por el contrario, de reconocimiento expreso o de aquiescencia), constituyen por consiguiente importantes elementos en la formación y cristalización de una práctica, que cuando es generalmente aceptada se transforma en Derecho*” (1991: 95).

El proceso de creación de la norma consuetudinaria ha sido objeto de profunda discusión doctrinal, especialmente con relación a la exigencia de la *opinio iuris*. Aunque pueda ser conceptuada de forma general como el consenso sobre el deber jurídico, en el ámbito internacional el mismo “*entraña que los Estados interesados deben obrar con el sentimiento o la convicción de conformarse a lo que equivale a una obligación jurídica*” (SÁENZ DE SANTA MARÍA, 2012: 137). Este presupuesto resulta ser fundamental, por cuanto los Estados deben tener la convicción de que su actuación viene motivada por el cumplimiento de una obligación jurídica, como ya había manifestado la CIJ en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte¹⁰¹.

La controversia doctrinal viene centrada sobre dos aspectos fundamentales de la *opinio iuris*: 1) la necesidad de su acreditación dentro del proceso de creación normativa y 2) la relación entre su práctica y la creencia de que dicha práctica es debida a una norma aceptada como ley (HIGGINS, 1994: 19).

¹⁰⁰ Documento original: “*Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question*” (North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 43).

¹⁰¹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 43.

Quizás resulte conveniente recordar que, de forma tradicional, la doctrina se ha mantenido dividida sobre la exigencia de la *opinio iuris* como presupuesto exigible en el proceso de creación de la norma consuetudinaria, sobre todo en los actuales momentos donde se ha desarrollado diversas organizaciones no gubernamentales con reconocimiento internacional, pudiendo destacarse dos corrientes de pensamiento denominadas como subjetiva o voluntarista y objetiva.

De acuerdo con la doctrina voluntarista, juristas como Kelsen y Guggenheim afirman que el criterio de la *opinio iuris* no es indispensable para la formación de las normas consuetudinarias, pues consideran el consentimiento de los Estados como la fuente suprema del Derecho y criterio suficiente para la formación de la costumbre (DISTEFANO, 2019: 307-308; y THIRLWAY, 1972: 47). Además, el Profesor Thirlway, citando al Profesor Zemanek, resaltó que la inclusión del criterio de la *opinio iuris* podría surgir inconvenientes para determinar y probar la existencia de una norma consuetudinaria (1972: 48). Esta teoría determina, de acuerdo con la filosofía jurídica expresada por el Profesor Hegel, que: “sólo el consentimiento de los Estados puede crear normas, dentro de las normas internas (a través, por ejemplo, de la promulgación de las leyes) y dentro del orden internacional (denominada Derecho estatal externo), conllevando en estos últimos casos que el consentimiento de los Estados se traslada a los tratados (acuerdos explícitos) o costumbres (acuerdos tácitos)”¹⁰². Esta postura es la seguida por la CPJI, en su Sentencia de 7 de septiembre de 1927 sobre el asunto Lotus, cuando afirma que: “Por tanto, las normas jurídicas vinculantes a los Estados emanan de su propia voluntad manifestada en los convenios o por el uso aceptados de forma general como expresiones de los principios del derecho y establecidas para regular las relaciones de coexistencia entre estas comunidades independientes o con una visión de logro de fines comunes”¹⁰³.

¹⁰² Documento original: “*In the wake of Hegel’s teachings, according to whom only State consent may create norms, within the municipal law (through, for instance, legislative enactments) and within the realm of international order (which is appropriately called the “External State Law”), these scholars affirm that in this latter case State consent is conveyed in treaties (explicit agreements) or in customs (tacit agreements)*” (DISTEFANO, 2019: 306).

¹⁰³ Del texto original en versión inglesa: “*The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 18*).

El Profesor Distefano, a pesar de haber señalado que algunos de estos juristas como Hans Kelsen y Karl Zemanek moderaron su visión mediante la revisión de sus teorías, criticó esta postura doctrinal en dos aspectos: 1) la teoría voluntarista no tuvo en cuenta el fenómeno del “proceso de descolonización” y la creación de los nuevos Estados tras este proceso, que supuso en su momento una alteración del orden jurídico del Derecho internacional general, por cuanto los nuevos Estados fueron creados mediante el consentimiento presunto por los demás Estados; y 2) la interpretación del apartado b) del artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ determina la exigencia de una “*una práctica generalmente aceptada como Derecho*”, práctica que no implica que todos los Estados compartan un mismo consentimiento (2019: 308-310). Estas críticas determinan que las normas consuetudinarias creadas en ausencia del criterio de la convicción jurídica u *opinio iuris* no reflejan el “verdadero” fundamento de su creación y realidad social¹⁰⁴.

La doctrina objetiva, y dominante en la actualidad, argumenta que es la espontaneidad la determinante en el proceso de creación de la norma consuetudinaria¹⁰⁵. Entre los Profesores que defienden esta postura (Condorelli, Ago, Barile entre otros), debemos destacar al jurista francés René-Jean Dupuy y su teoría sobre las normas consuetudinarias internacionales. Según Dupuy, en contraposición con las doctrinas voluntaristas (a las que denomina *coutumes sauvages*), afirma que la espontaneidad en el proceso de creación de la costumbre surge de la práctica de los Estados y de los precedentes jurídicos, lo que denomina *coutumes sages*, que garantiza la seguridad en el orden jurídico y social (DISTEFANO, 2019: 314-315)¹⁰⁶. Ahora bien, la costumbre como norma jurídica tiene que tener un contenido general, por ello internacional,

¹⁰⁴ Sobre esta doctrina, véase en KELSEN, H. (1939). “Théorie du droit international coutumier”. *Revue internationale de la Théorie du Droit*, Nouvelle Série, Vol. 1, N° 4, pp. 253-274; sobre el estudio del pensamiento de Kelsen del citado artículo, véase también COUVEINHES MATSUMOTO, F. (2016). “H. Kelsen, «Théorie du Droit International Coutumier»”. En INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES. “*Grandes pages du Droit International. Les sources*”. Vol. 2, Paris, Éditions A. Pendone, pp. 103-181; y LEBEN, Ch. (2001). *Hans Kelsen. Écrits français de droit international*. Paris, Presses Universitaires de France (PUF), Collection Doctrine Juridique.

¹⁰⁵ “A rule has been produced by spontaneous (and somewhat “mysterious”) germination, and nothing more can be done than to check whether this rule is manifested as living and acting in social life, producing effects recognized and characterized as legal effects by legal science” (DISTEFANO, 2019: 311).

¹⁰⁶ Sobre el pensamiento de René-Jean Dupuy sobre la costumbre internacional, véase LAGRANGE, E. (2011). “The Thoughts of René-Jean Dupuy: Methodology or Poetry of International Law?”. *The European Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 2, pp. 425-440.

distinta de aquellas otras de naturaleza interna o regional que sólo vinculan de forma singular a determinados Estados, y mientras que la costumbre internacional general tiene fuerza vinculante a todos los miembros de la comunidad internacional, las costumbres de naturaleza interna o regional de los Estados “*han de ser probadas por el Estado que las invoquen* [como observó la CIJ en el caso del Derecho de Paso por el Territorio Indio de 12 abril de 1960 (Portugal c. India)]” (CARRILLO SALCEDO, 1991: 98)¹⁰⁷. En este sentido, Carrillo Salcedo, al tratar el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte, afirma: “*Las reglas y obligaciones de Derecho internacional general o consuetudinario, que por su naturaleza deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional, no pueden quedar subordinadas [...] a la voluntad de uno de los miembros de la comunidad internacional*” (CARRILLO SALCEDO, 1991: 97-98)¹⁰⁸.

Esta última doctrina sentó los criterios necesarios que vienen siendo considerados de forma uniforme para considerar la existencia de norma consuetudinaria en el Derecho internacional, pues la práctica generalmente aceptada de carácter uniforme y persistente en el tiempo, junto a la convicción de su carácter obligatorio (*opinio iuris*), suponen los elementos necesarios exigido en el artículo 38.1 b) del Estatuto de la CIJ.

Con relación a la cuestión suscitada entre la práctica de los Estados y la exigencia de una *opinio iuris* que determina la obligatoriedad de su actuación como deber jurídico, la jurisprudencia de la CPJI y de la CIJ han ido evolucionando sobre su exigencia en el proceso de cristalización normativa, que partiendo de una postura voluntarista, donde la práctica de los Estados era esencial para la formación de la costumbre, se ha terminado por admitir una postura objetiva, donde lo trascendente es la

¹⁰⁷ Sobre el asunto del Derecho de Paso por el Territorio Indio de 1960, véase *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*.

¹⁰⁸ Traducción realizada por el Profesor Carrillo Salcedo del siguiente fragmento original: “*the case of general or customary law rules and obligations which, by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour*” (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, pp. 38-39*).

convicción jurídica como elemento espiritual o “formal” que presida la actuación de los Estados en cumplimiento de un deber jurídico¹⁰⁹.

Siguiendo al Profesor Carrillo Salcedo, dentro del proceso de formación de la costumbre como norma jurídica, debemos “*distinguir entre la fase inicial y el resultado final: en la primera (...) aparecen actos, incluso omisiones, comportamientos en suma de los Estados, que expresan su voluntad y su conocimiento o su aquiescencia al menos; cuando dicha práctica se generaliza, cristaliza entonces el consenso general de los Estados, (...) respecto de la obligatoriedad de una determinada pauta de comportamiento que se impone como Derecho. De este modo, (...) la pluralidad de consentimientos iniciales se transforma posteriormente en un consensus generalis de los Estados, de tal manera que en esta fase final lo que de verdad importa es que exista aceptación general de la práctica en cuestión, una convicción general [denominada también opinio iuris]*” (1991: 99)¹¹⁰.

De acuerdo con el Profesor Ambos, las normas consuetudinarias junto con los principios generales del Derecho, aunque sean difíciles de identificar por ser normas no escritas, sirven para establecer el marco normativo incluso en el Derecho penal internacional, sobre todo en ausencia de normas convencionales (AMBOS, 2005: 35). Ahora bien, con relación a la jurisdicción en materia penal, resulta difícil que con carácter general se obligue a los Estados a su ejercicio cuando se encuentran basadas exclusivamente en obligaciones emanadas de norma no escrita o vinculadas a actos unilaterales de los mismos. “*En el Derecho internacional público, la jurisdicción es un*

¹⁰⁹ *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A; Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951; Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950; Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960; North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969 y Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.*

¹¹⁰ “*(...) la costumbre internacional se forma por el obrar de los Estados, en sus relaciones mutuas. Por consiguiente, en el proceso de formación de la costumbre, el origen del comportamiento estatal aparece constituido por una exigencia social a la que trata de dar satisfacción esta norma consuetudinaria. En una visión más formal, el término inicial del proceso está constituido por una serie de actos, realizado por un Estado o grupo de Estados, que constituyen la expresión de su consentimiento respecto de un comportamiento determinado, en la esfera de las relaciones internacionales. La consolidación del proceso viene dada por la generalización de esa práctica, por parte de otros Estados. Finalmente, el proceso llega su término final cuando esta práctica general, constante y uniforme cristaliza un consensus común de los Estados respecto de la obligatoriedad de dicho comportamiento. Esto es, cuando existe la convicción común de que esa práctica internacional constituye la expresión de una norma internacional, de la que derivan derechos y obligaciones para los Estados*” (SÁENZ DE SANTA MARÍA, 2012: 132).

concepto que mantiene una conexión esencial con la soberanía. La jurisdicción permite a los Estados dar efecto a la independencia soberana con la que están dotadas en un sistema internacional de Estados formalmente iguales. En este sentido, la soberanía no sólo sirve como un concepto que permite el ejercicio de la jurisdicción, sino también como un instrumento que limita el ejercicio de la jurisdicción de los demás. Los Estados pueden aprobar leyes que regulan asuntos que no son exclusivamente de interés interno y, por lo tanto, afectan a la soberanía de otros Estados, y por ello, las leyes de jurisdicción pueden limitar competencias entre los Estados, de ahí que sus normas pueden ser consideradas como básicas para el ordenamiento internacional” (CABALLERO PÉREZ, 2019: 198).

Considero que el consenso necesario para que se cristalice en esta materia una norma consuetudinaria exige en la práctica judicial de los Estados la convergencia en el ejercicio de una potestad soberana y puede observarse que en los momentos actuales los ordenamientos jurídicos nacionales tienden a ejercer su jurisdicción de forma extraterritorial en cuanto estén vinculados por el principio de personalidad activa o pasiva (jurisdicción universal impropia), pero no aprecio esa coincidencia cuando carece de cualquier vínculo de conexión estatal (jurisdicción universal propia).

Ello no significa que deba ser ignorado el proceso de armonización de los ordenamientos jurídicos internos en los que merece destacar la influencia de la propia jurisprudencia de los tribunales internacionales, así como de las convenciones tendentes a la unificación de la doctrina jurídica internacional que permiten una mayor transposición reformadora a los Derechos internos atendiendo a las exigencias del Derecho internacional.

La categorización y tipificación de los delitos internacionales deben establecerse en normas jurídicas de Derecho imperativo (*ius cogens*), del que se deriva un especial cumplimiento por parte de los Estados como consecuencia de la naturaleza *erga omnes* de sus obligaciones que trasciende desde la responsabilidad de los Estados hasta la propia exigibilidad de responsabilidad individual del infractor.

En este sentido, aunque la norma de *ius cogens* internacional suele estar establecida en norma consuetudinaria ello no excluye que con tal carácter se establezca en norma convencional. En el debate entre el Derecho internacional y el Derecho penal, las normas consuetudinarias han entrado en conflicto con las normas convencionales.

Así, el Relator Dire Tladi, en el tercer informe elevado a la CDI, afirmó que: “*Una norma de Derecho internacional consuetudinario no surge si entra en conflicto con una norma imperativa de Derecho internacional general (ius cogens)*” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2018a: 73). Con carácter general, “*una norma de Derecho internacional consuetudinario que no tenga carácter de ius cogens deja de existir si surge una nueva norma imperativa de Derecho internacional general (...) que entra en conflicto con ella*” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2018a: 73).

Desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos de los Estados, la norma consuetudinaria internacional debido a su espontaneidad y flexibilidad no alcanza a dar plena satisfacción a los presupuestos materiales del principio de legalidad exigibles en materia penal, donde la previsibilidad de la conducta ilícita y la concreta determinación del castigo o pena que conlleva la infracción son elementos esenciales que, junto con el principio *nullum crime sine previa lege*, suponen el fundamento de la seguridad jurídica.

La objeción planteada debe guardar el debido equilibrio para evitar una situación jurídica de impunidad de aquellos responsables por la comisión de graves delitos internacionales. En este sentido, el Profesor Kai Ambos señaló que: “*Desde la óptica del Derecho internacional se presenta el problema de que la praxis de los Estados (repetitio facti), necesaria junto con un convencimiento jurídico general (opinio iuris) para el nacimiento del Derecho consuetudinario internacional, difícilmente se pueda fundamentar de cara a la amplia extensión de la impunidad de las severas violaciones a los derechos humanos [así como al Derecho humanitario]*” (2005: 37).

La lucha contra la impunidad sigue siendo uno de los objetivos básicos de la comunidad internacional. En este sentido, el ya citado tercer informe de la CDI concluyó que las normas imperativas son esenciales para asegurar la protección de los valores de la comunidad internacional, por lo que los Estados están obligados a su cumplimiento, y expresamente señala que: “*Habida cuenta de que las normas imperativas de Derecho internacional general (ius cogens) obligan a todos los sujetos de Derecho internacional, la norma del objetor persistente no es aplicable*” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2018a: 73).

En este sentido, la CIJ reconoce que en los asuntos atribuidos a su jurisdicción declara su competencia para la exigibilidad de responsabilidad a los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del Derecho internacional imperativo, con independencia de la responsabilidad de los individuos por la comisión de crímenes internacionales. Así y con relación a las violaciones de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 ha tenido la oportunidad de declarar que la responsabilidad de los Estados puede ser exigida por actos diferentes al genocidio mismo, lo que denomina complicidad en el genocidio basados en el artículo 3 de dicha Convención, norma que se encuentra fundada en la obligación de prevenir su comisión que necesariamente implica la “prohibición de cometerlo”, obligación *erga omnes* establecida por norma consuetudinaria de *ius cogens* como se infiere de los artículos 1 y 2 de la citada Convención¹¹¹. Muestra de ello es la solicitud del Estado de Gambia ante la CIJ de 11 de noviembre de 2019, para exigir la adopción de medidas cautelares y la responsabilidad del Estado de Myanmar por los actos cometidos contra la población de Rohingya (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2019a), así como la actual citada orden de 23 de enero de 2020 del mismo Tribunal¹¹², y en los antecedentes de los casos sobre la aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 11 de julio de 1996 (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), 26 de febrero de 2007 (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), 18 de noviembre de 2008 (Croacia c. Serbia), y 3 de febrero 2015 (Croacia c. Serbia), donde la Corte valoró la posible responsabilidad de los Estados ante la colaboración o auxilio en la comisión del delito de genocidio.

A pesar de ello, la competencia de la Corte en los casos examinados se fundamenta en el artículo 9 de la Convención, que le faculta para resolver las controversias entre “Partes contratantes”¹¹³, norma convencional que obliga sólo a los

¹¹¹ Así, *Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1951*.

¹¹² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020*.

¹¹³ Artículo 9 de la citada Convención: “*Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia*”.

Estados adheridos a la misma pues la jurisdicción no le viene atribuida por el carácter de norma imperativa que resulte aplicable.

En la Orden de 23 de enero de 2020 sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Gambia c. Myanmar) mediante solicitud de 11 de noviembre de 2019 el Estado de Gambia demandó ante la CIJ la comisión del delito de genocidio contra la minoría étnica de Rohingya por parte del Estado de Myanmar (Birmania), solicitando la adopción de medidas provisionales para la protección de la población¹¹⁴. La solicitud se apoya en la experiencia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (en adelante TPIR) en cuanto a la compatibilidad de la exigibilidad de responsabilidades individuales y la que resulta exigible a los Estados que estructuralmente incumplen sus obligaciones de prevención del delito de genocidio, basada ésta última en los principios de igualdad en el ejercicio soberano de los Estados y su responsabilidades¹¹⁵ como Estado Parte tanto de la Carta de las Naciones Unidas como de la Convención del 9 de diciembre de 1948 sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Tras haber recibido dicha solicitud ante el Registro del Tribunal, notifica al Estado birmano la misma con relación a sus actuaciones contra la minoría de Rohingya y su incumplimiento con las obligaciones previstas en la Convención.

Los argumentos presentados por parte del Estado de Gambia no sólo resaltaban las actuaciones políticas y la comisión de delitos internacionales por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de Myanmar contra la minoría étnica de Rohingya, sino también el incumplimiento del artículo 3 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 relativo a las obligaciones

¹¹⁴ “*In its Application, The Gambia seeks protection for “all members of the Rohingya group who are in the territory of Myanmar, as members of a protected group under the Genocide Convention”*. According to a 2016 Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rohingya Muslims “self-identify as a distinct ethnic group with their own language and culture, and claim a longstanding connection to Rakhine State”; however, “[s]uccessive Governments [of Myanmar] have rejected these claims, and the Rohingya were not included in the list of recognized ethnic groups. Most Rohingya are stateless” (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 9).

¹¹⁵ Sobre este punto de vista del Derecho internacional en el presente supuesto, véase THE WORLD (2019). “Gambian minister brought Myanmar to The Hague ‘in the name of humanity’”. *The World, Public Radio International, The World Staff*, of 12th December. Disponible en: <https://www.pri.org/stories/2019-12-12/gambian-minister-brought-myanmar-hague-name-humanity>. Consultado el día 22 de febrero de 2020.

internacionales de prevenir su comisión¹¹⁶. El Ministro de Justicia Abubacarr Marie Tambadou, representante del Estado de Gambia, afirmó que conforme a la jurisprudencia de la CIJ y del TPIR la Corte tenía competencia para resolver el asunto conforme a su Estatuto y a la propia Convención¹¹⁷ atendiendo al carácter de obligaciones *erga omnes partes* asumidas por los Estados suscritos a la Convención, al ser considerado la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens* en el Derecho internacional¹¹⁸, y por ello igualmente le viene atribuida la competencia para adoptar medidas provisionales para proteger a la minoría de Rohingya, a la que incluso se le había negado su status de ciudadanía por el Gobierno de Myanmar.

En este sentido en nombre del Estado de Gambia, el Profesor Pierre d'Argent también destacó la naturaleza de normas convencionales imperativas apoyándose para ello en los fundamentos jurídicos de la Opinión Consultiva sobre la Reservas de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 28 de mayo de 1951, concluyendo que deben ser observados los preceptos de la Convención como obligaciones *erga omnes partes* (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2019b: 50-56).

El Estado de Myanmar argumentó que la CIJ carece de competencia entendiendo que en el presente asunto no existía un conflicto sobre la interpretación de la Convención. Además, niega que el carácter de obligaciones *erga omnes partes* pueda exigir que una de las Partes de la Convención deba someterse ante la Corte sobre todo cuando su Estado había presentado reserva sobre dicha Convención y no se encontraba en la actualidad obligado por la misma. En el plano procesal señala que el Estado de Gambia actuó no en representación de la minoría étnica de Rohingya, sino en nombre

¹¹⁶ El artículo 3 de la citada Convención determina que “*serán castigados los actos siguientes: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; [y] e) La complicidad en el genocidio*”.

¹¹⁷ “*Myanmar has long been well aware of The Gambia’s views, and has opposed them, by denying all responsibility for the acts of genocide, and by denying that it has violated the Genocide Convention. There being an unresolved dispute between the Parties, The Gambia has come here, to the International Court of Justice, to protect its rights under the Convention*” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2019b: 19).

¹¹⁸ “*Mr. President, honourable Judges, this is very much a dispute between The Gambia and Myanmar. We seek to protect not only the rights of the Rohingya, but our own rights as a State party to the Genocide Convention by holding Myanmar to its erga omnes partes obligations not to commit genocide, not to incite genocide, and to prevent and punish genocide*” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2019b: 19).

de la Organización de Cooperación Islámica (OIC)¹¹⁹, que aunque es una organización reconocida internacionalmente y con personalidad jurídica no es parte de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, careciendo por tanto de legitimación ante la CIJ por no existir un conflicto entre Estados. Además, con relación al fondo de la reclamación realizada señaló que aunque pudo existir un uso abusivo de violencia en el territorio de Rakhine contra la minoría étnica de Rohingya, ello fue debido a excesos por parte de fuerzas militares, cuya represión era competencia de su Estado, habiendo puestos los medios necesarios para evitarlo (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2020c: 3).

La CIJ debía resolver si existe conflicto entre Estados signatarios conforme a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y si contaba con competencia para exigir responsabilidad al Estado de Myanmar por el incumplimiento de las normas previstas en la Convención, así como la procedencia de dictar la Orden sobre la adopción de medidas provisionales que solicitaba el Estado de Gambia.

Sobre su competencia, la CIJ estimó que los hechos acreditados reunían los elementos suficientes para estimar la existencia de un conflicto que debiera ser resuelto conforme a las disposiciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, así los magistrados de la Corte afirmaron que los hechos deberán determinar “la existencia de la intención de destruir, total o parcialmente, al colectivo de Rohingya como tal”¹²⁰, aceptando con ello su competencia conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Convención¹²¹.

¹¹⁹ Organización fundada durante la Conferencia de Rabat el 25 de septiembre de 1969 y formalizada en 1971 con sede en la ciudad Yidda (Arabia Saudí). Esta organización internacional, que cuentan con Estados observadores y delegaciones de las Naciones Unidas y la Unión Europea, realizan acciones colaborativas y de solidaridad entre los Estados miembros con el fin de preservar los valores sociales del Islam, así como económicos, políticos, culturales, tecnológicos, etc.; y garantizar la paz y seguridad internacional de la comunidad islámica. En el año 2011 se cambió de nombre, denominándose en la actualidad Organización de la Conferencia Islámica.

¹²⁰ Documento original: “(...) *the existence of an intent to destroy, in whole or in part, the group of the Rohingya as such*” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 14*).

¹²¹ El citado precepto dispone que: “*Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia*”.

El Tribunal rechaza las alegaciones del Estado de Myanmar, en cuanto a la falta de aplicación de las normas establecidas en la Convención por la pretendida reserva al Tratado realizada por su Gobierno al no acreditar que en el momento de su adhesión hubiera formulado reserva alguna terminando por declarar que dicho Estado incurría en responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones establecidas en la Convención. La Corte, siguiendo su doctrina establecida en la Opinión Consultiva sobre las Reservas de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 28 de mayo de 1951 y la Sentencia sobre la “Cuestión sobre la Obligación de Procesar o Extraditar” (Bélgica c. Senegal) de 20 de julio de 2012, señala que el carácter de *erga omnes partes* se corresponden con aquellas obligaciones convencionales que vinculan a los Estados a través de los acuerdos internacionales, al existir un interés común que comparten las partes adheridas a los tratados¹²², citando como precedente el caso sobre la Cuestión relativa a la Obligación de Procesar o Extraditar (Bélgica c. Senegal) (conocido también como el caso Habré)¹²³, sobre el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes partes* establecidas en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2019c).

El Profesor Mejía-Lemos, al hilo del estudio de la Sentencia del caso Habré, señala que las obligaciones *erga omnes partes* requieren de: 1) existencia de un consenso por las partes mediante norma convencional, 2) que del convenio se derive una obligación exigible, y 3) que dicha obligación se fundamente en un interés común vinculante para las partes signatarias (2014: 204). Estos presupuestos permiten diferenciar estas obligaciones de aquellas que tienen naturaleza *erga omnes*, cuyo cumplimiento derivan de los principios generales del Derecho internacional (MEJÍA-MELOS, 2014: 202).

En el presente caso, la Corte consideró que las obligaciones asumidas por los Estados conforme al artículo 9 de la Convención para la Prevención y Sanción del

¹²² Sobre las obligaciones *erga omnes partes*, véase MEJÍA-MELOS, D. G. (2014). “On ‘obligations erga omnes partes’ in public international law: ‘erga omnes’ or ‘erga partes’? A Commentary on the Judgment of 20 July 2012 of the International Court of Justice in the Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal) case”. *Ars Boni Et Aequi*, Año 10, N° 1, pp. 177-214.

¹²³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020*, pp. 16-17.

Sobre el caso Habré, véase el apartado C.6) del epígrafe 3.3 del Capítulo 3.

Delito de Genocidio participan de la naturaleza de *erga omnes partes*, al compartir “un interés común para garantizar la prevención de los delitos de genocidio y que, en el supuesto de que existiera, sus autores no disfruten de impunidad. Además, la Corte afirmó que cualquier Estado parte de la Convención sobre el genocidio, y no sólo los Estados afectados, pueden exigir la responsabilidad a otro Estado parte con la finalidad de determinar el incumplimiento de las obligaciones *erga omnes partes* y poner fin al mismo”¹²⁴, declarando la existencia de un riesgo de vulneración de los derechos de la minoría étnica de Rohingya por parte del Estado de Myanmar, incumpliendo sus obligaciones previstas en la Convención sobre el delito de genocidio.

Estas conclusiones alcanzadas por los miembros de la CIJ determinaron unánimemente la aceptación de la solicitud del Estado de Gambia de dictar Orden para la adopción de medidas provisionales para garantizar la protección de los derechos del colectivo de Rohingya y prevenir la comisión del delito de genocidio¹²⁵.

Los magistrados Hanquin Xue y Cançado Trindade declararon compartir el sentir mayoritario del Tribunal sobre la orden, si bien discrepan de los argumentos jurídicos en los que se fundamentan la decisión del Tribunal; y la declaración de Claus Kress comparte los fundamentos jurídicos de la Orden aunque afirmó la necesidad de precisar cuáles son los grupos minoritarios objeto de protección de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio¹²⁶. En el presente caso únicamente resaltaremos los votos separados de los magistrados Xue y Cançado Trindade, pues ofrecen otra perspectiva sobre los fundamentos jurídicos de la Orden de 23 de enero de 2020.

¹²⁴ Documento original: “*a common interest to ensure that acts of genocide are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. (...) It follows that any State party to the Genocide Convention, and not only a specially affected State, may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations erga omnes partes, and to bring that failure to an end*” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020*, p. 17).

¹²⁵ El Tribunal estaba compuesto por el Presidente Abdulqawi Ahmed Yusuf, la Vicepresidenta Hanquin Xue, los magistrados Peter Tomka, Rony Abraham, Mohamed Bennouna, António Augusto Cançado Trindade, Joan E. Donogue, Giorgio Gaja, Sebutinde, Dalveer Bhandari, Patrick Lipton Robinson, James Richard Crawford, Gevorgian, Nawaf Salam, Yuji Iwasawa, y los jueces *ad hoc* Navanethem Pillay y Claus Kress. De los diecisiete miembros de este Tribunal, se presentaron dos votos separados y una opinión declaratoria.

¹²⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020*, pp. 65-67.

En el voto separado de la Vicepresidenta Hanquin Xue comparte la decisión de la Corte, si bien rechaza que el caso Habré tenga similitud con la cuestión resuelta. Desde su punto de vista, afirmó que es necesario diferenciar el delito de genocidio de otras conductas típicas internacionales como los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, etc., incluso señaló que para determinar el delito de genocidio no es necesario una específica intencionalidad del autor, sino más bien la naturaleza y el alcance de la conducta ilícita debiendo para ello determinar, conforme al artículo 9 de la Convención, que la cuestión objeto del conflicto concierne al delito de genocidio¹²⁷. En lo que respecta a la interpretación de la jurisprudencia de la CIJ, en particular la Sentencia de 20 de julio de 2012 sobre la Cuestión relativa a la Obligación de Procesar o Extraditar (Bélgica c. Senegal), afirmó que este caso no es similar pues los fundamentos de hechos y jurídicos objetos de aplicación son diferentes¹²⁸. Estima que la Convención contra la Tortura, por la naturaleza del delito que se persigue y la aplicación de sus normas, difiere de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio¹²⁹. La juez Xue, sobre la jurisdicción de la Corte y basándose en la Opinión Consultiva de 1951 sobre las Reservas de dicha Convención, observa que “los Estados que han hecho una reserva al artículo 9 están igualmente comprometidos con la razón de ser de la Convención sobre Genocidio, pues el hecho de que el recurso a la Corte no pueda ser utilizado por ellos o en su contra de ninguna manera significa que no comparten el

¹²⁷ Así: “*For the genocide offence to be distinguished from other most serious international crimes, e.g. crimes against humanity, war crimes, genocidal intent constitutes a decisive element. Even accepting that, for the purpose of indication of provisional measures, a determination of the existence of such intent is not necessarily required, the alleged acts and the relevant circumstances should, prima facie, demonstrate that the nature and extent of the alleged acts have reached the level where a pattern of conduct might be considered as genocidal conduct. In other words, there should be a minimum standard to be applied at this early stage. In order to found the jurisdiction of the Court under Article IX of the Genocide Convention to indicate provisional measures, the Court has to determine, prima facie, that the subject-matter of the dispute between the Parties could possibly concern genocide*” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 32*).

¹²⁸ La magistrada Xue, remitiéndose a su voto particular en el caso Habré, resaltó que en ese asunto Bélgica exigía al Estado senegalés el cumplimiento del artículo 7 de la Convención contra la Tortura de 1984, que determinaba la asistencia jurídica y extradición entre las Partes suscritas al Convenio, no fue propiamente por compartir un interés común, sino más bien la cuestión se centraba en la obligación *aut dedere aut iudicare* (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 32-33*).

¹²⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 32-33*.

interés común en el cumplimiento de los propósitos de la Convención”¹³⁰. Por ello sin necesidad de recurrir a la CIJ y en virtud de lo establecido en el artículo 8 de la Convención, los Estados pueden recurrir a otras instituciones competentes de Naciones Unidas para la protección de este interés común resaltando que la prohibición y prevención de genocidio, siendo el Estado en cuestión el principal responsable de llevar incluso a los autores ante su sistema de justicia penal¹³¹.

Para el magistrado Cançado Trindade, la evolución histórico-jurídica sobre la persecución del delito de genocidio y la protección de los derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial establece el marco jurídico del presente caso sobre el genocidio de Rohingya en Rakhine y su sanción a través de la jurisprudencia de la CIJ. Merece especial atención su énfasis en las normas de *ius cogens* para la protección de los derechos humanos que los equipara con los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho interno, que conforme a los principios generales del Derecho internacional deben ser tenidos en cuenta en las resoluciones de la CIJ¹³² (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2020d: 17-19).

Las obligaciones *erga omnes partes* en el Derecho internacional convencional refuerza la consecuencia jurídica que se deriva de la voluntad e interés común de los

¹³⁰ Documento original: “*Those States which have made a reservation to Article IX are equally committed to the raison d’être of the Genocide Convention. The fact that recourse to the Court cannot be used either by or against them in no way means that they do not share the common interest in the accomplishment of the high purposes of the Convention*” (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 34).

¹³¹ Así: “*Moreover, resort to the Court is not the only way to protect the common interest of the States parties in the accomplishment of the high purposes of the Convention. Under Article VIII, any State party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in Article III. As a matter of fact, United Nations organs, including the General Assembly, the Human Rights Council and the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, all stand ready, and indeed, are being involved in the current case to see to it that acts prohibited by the Genocide Convention be prevented and, should they have occurred, perpetrators be brought to justice. In this regard, the national legal system of criminal justice of the State concerned bears the primary responsibility*” (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 34).

¹³² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, pp. 58-61.

Estados partes de los tratados, cuando éstos tienen por finalidad un interés compartido y de trascendencia para la comunidad internacional¹³³.

C) El principio de legalidad en el Derecho penal internacional y en la jurisdicción universal

El principio de legalidad, en todas las ramas del Derecho, supone que todos los poderes públicos están vinculados a la norma legal. La ley es expresión del mandato de la sociedad, y para que sea considerada como tal, viene exigiéndose como garantía jurídica que sea general, escrita y publicada con tal carácter normativo, y por ello constituye uno de los pilares fundamentales organizativos de la sociedad y de la convivencia dentro de la misma, y en los Estados garantizan el orden público y la legitimidad del ejercicio del poder soberano de los Estados.

Las normas penales tienen como finalidad la protección de los bienes jurídicos esenciales de las personas en su convivencia con otros, supone la garantía esencial de sus derechos más fundamentales frente a los ataques y vulneraciones cometidas a los mismos. Ello legitima el ejercicio de la fuerza por parte de los poderes públicos que la monopoliza a través de un sistema jurídico previamente establecido. Así, el Profesor Kenneth S. Gallant señala que “la legalidad en el Derecho penal es una de las manifestaciones de la noción general de la norma del Derecho en la sociedad”¹³⁴, por ello la exigencia de que toda norma penal sea general, escrita y establecida de forma previa supone “una limitación del poder punitivo del Estado y una garantía de libertad para el ciudadano” (LLEDÓ VÁSQUEZ, 2015: 12).

Trasladando el principio de legalidad al Derecho internacional, las normas convencionales y consuetudinarias garantizan la existencia de un orden dentro de la comunidad internacional en el que los principios y valores de la civilización aseguran la convivencia de las personas y garantizan sus derechos. La descentralización y

¹³³ Este aspecto ya ha sido tratado en mi ponencia *Los Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre armas nucleares de 1996*, presentada en el I Congreso Internacional de “Derechos Humanos y Globalización”, que tuvo lugar en la Universidad de Sevilla los días 4 y 5 de Julio de 2019. Sobre la citada ponencia, véase en CABALLERO PÉREZ, N. I. (2019). “Los Derechos Humanos en la opinión consultiva sobre armas nucleares de 1996”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 14, pp. 175-192.

¹³⁴ Documento original: “*Legality in criminal law is one manifestation of the more general notion of the rule of law in society*” (GALLANT, 2009: 14).

fragmentación del Derecho internacional no supone un impedimento para su reconocimiento, por cuanto la diferencia de valores culturales, sociales y políticos comparten como fin la defensa de la persona, su dignidad, libertad e igualdad, cuya protección inmediata queda atribuida a los Estados. En este sentido y como afirmó Kenneth S. Gallant: “Muchos Estados tienen versiones más estrictas del principio de legalidad que la del Derecho penal internacional. (...) En el Derecho internacional general no hay inconveniente que un Estado limite su ejercicio para enjuiciar el crimen. No hay una obligación para ejercer su jurisdicción en todos los casos concebibles”¹³⁵.

La exigencia del principio de legalidad en el Derecho internacional no es un fenómeno nuevo. Hans Kelsen entendió que el mismo resultaba extensible al sistema normativo internacional atendiendo a sus normas convencionales y consuetudinarias, al igual que sucede en el Derecho interno mediante con las normas positivas de su ordenamiento jurídico. El Profesor Kelsen afirmó que “*son normas de Derecho internacional general, que imponen deberes y conceden derechos a todos los Estados*”, así como que “*no pueden ser considerados como grupos de normas coordinados*” al considerar la existencia de una relación jerárquica donde “*la norma de uno de ellos es fundamento de otra*” (KELSEN, 2011: 128-129). De acuerdo con su teoría de la pirámide normativa, Kelsen defendió la posible existencia de un ordenamiento jurídico dentro del Derecho internacional, en el que existe una vinculación y orden jerárquico, señalando que “*la formación de normas generales tiene lugar por vía consuetudinaria o por medio de tratados, lo que quiere decir que son los propios miembros de la comunidad jurídica -y no un específico órgano legislativo- los que realizan dichas tareas*” (2011: 130).

Este punto de vista supera la concepción tradicional del Derecho que consideraba al Derecho internacional y a los Derechos estatales sistemas normativos distintos e independientes entre sí atendiendo a sus respectivas instituciones de creación normativa (KELSEN, 2011: 131). Resulta fundamental diferenciar los aspectos formales del principio de legalidad de aquellos de naturaleza material, sin que pueda negarse de forma general que las normas consuetudinarias de Derecho internacional no

¹³⁵ Documento original: *Many states have versions of the principle of legality stricter than the international criminal law version. (...) In general international law, there is no problem with a state limiting its authority to prosecute crime. There is no general obligation to exercise jurisdiction in every conceivable case*” (GALLANT, 2009: 398).

cumplan estas exigencias del principio de legalidad, lo que es especialmente relevante en el ejercicio de la jurisdicción universal por cuanto las conductas ilícitas constitutivas de crímenes internacionales vienen determinadas en gran medida a través de normas consuetudinarias. Desde esta perspectiva, el principio de legalidad en el ámbito internacional se complementa con las normas del Derecho interno de los Estados que tienen una doble función: de un lado y ante el carácter incompleto del sistema normativo internacional establecen un conjunto de deberes y facultades que permite perfeccionar las mismas ya que sus normas *“establecen únicamente lo que debe hacerse u omitirse (...) [y] no qué individuo humano ha de llevar a cabo la acción u omisión prescrita”* (KELSEN, 2011: 131); y por otro lado los Estados tienen la obligación de implementar mediante las reformas legislativas pertinentes las obligaciones asumidas en el orden internacional y esta adaptación de su ordenamiento jurídico supone garantizar el principio de seguridad jurídica.

Este principio básico de la organización de los Estados en las instituciones internacionales resulta relevante para comprender el marco jurídico del ejercicio de la competencia universal. Sólo en virtud de las normas internas de los Estados y de las normas del Derecho internacional se puede valorar la legitimidad del ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones nacionales. Como indicó Verdross, *“toda norma jurídico-internacional en particular tiene que ser puesta en práctica por una ley o un reglamento en cada caso, para poder ser aplicada por los tribunales y autoridades administrativas. Este proceso se denomina también transformación del Derecho internacional público en Derecho interno. Pero la verdad es que no se trata de la transformación de una norma jurídico-internacional en norma jurídico-interna, sino de la ejecución de una norma superior por una norma inferior”* (1982: 60).

La relevancia del principio de legalidad y su trascendencia en el ámbito punitivo ha sido puesta de manifiesto por pronunciamientos judiciales de nuestros tribunales, de entre los que podemos citar los casos Scilingo, Ellacuría y Falun Gong, donde se vincula el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción a las exigencias de las garantías de legalidad y seguridad jurídica constitucionalmente establecidas¹³⁶. En el mismo sentido, el Profesor Nicolás Zambrana-Tévar, tras analizar la STC 140/2018, de 20 de diciembre, resalta la importancia de que toda competencia universal debe ser ejercida

¹³⁶ Sobre los fundamentos jurídicos de los citados casos, véase Capítulo 5 de la presente Tesis.

conforme al principio de legalidad del Derecho interno, pero en cumplimiento de las normas del Derecho internacional¹³⁷.

En suma, el principio de legalidad está íntimamente relacionado con los principios y valores protegidos normativamente por la comunidad internacional, y al menos debe ser reconocible en sus aspectos materiales a través de reformulaciones que lo hagan compatible con las exigencias de la seguridad jurídica, y ello es de especial trascendencia en la persecución de los crímenes internacionales y su enjuiciamiento.

1.4 Naturaleza y presupuestos de la jurisdicción universal

La jurisdicción universal viene caracterizada por la exigibilidad de responsabilidad penal individual a los responsables de ciertos crímenes que por su gravedad atacan contra la comunidad internacional en su conjunto y la humanidad como valor de civilización.

Su naturaleza es penal y de carácter especial, en cuanto que sólo es aplicable a determinados crímenes con relevancia internacional. El Proyecto sobre la Jurisdicción Universal de Princeton¹³⁸ determinó en su apartado 1 del Principio 1 no sólo su carácter penal basado en la naturaleza especial del crimen objeto de persecución, sino que además establecía su carácter incondicional al señalar que “la jurisdicción universal se sustenta exclusivamente en la naturaleza del crimen, sin ninguna consideración hacia el lugar de la comisión del delito, la nacionalidad del presunto o convicto autor, la nacionalidad de la víctima, o cualquier otra conexión al ejercicio del Estado de tal jurisdicción”¹³⁹.

¹³⁷ Véase Capítulo 5 de la presente Tesis; así como, ZAMBRANA-TÉVAR, N. (2019). “Ruling of the Spanish Constitutional Court legitimising restrictions on universal jurisdiction”, *The European Journal of International Law*, EJIL Analysis, Blog of *The European Journal of International Law* (also known as EJIL: Talk!), of 6th February. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/ruling-of-the-spanish-constitutional-court-legitimising-restrictions-on-universal-criminal-jurisdiction/>. Consultado el día 19 de mayo de 2019.

¹³⁸ El Proyecto sobre la Jurisdicción Universal de Princeton fue una serie de grupos de trabajo fruto de la visita realizada por William J. Butler y Stephen A. Oxman (ambos en representación de la Comisión Internacional de Juristas y de la Asociación Norteamericana pro Comisión Internacional de Juristas respectivamente) en la ciudad de Princeton en enero del 2000. Dichos trabajos tenían por objetivo formular una serie de principios que pudieran explicar y ordenar sobre el enjuiciamiento de los tribunales nacionales de delitos graves del derecho internacional.

¹³⁹ Documento original: “*universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction*” (BASS et al., 2001: 28).

El Profesor Philippe exige la concurrencia de una triple condición para que los Estados puedan de forma lícita ejercer su jurisdicción universal. Éstos tres presupuestos son: “la existencia de un motivo concreto para la jurisdicción universal, una definición suficientemente clara de la ofensa y sus elementos constitutivos, y medios nacionales de ejecución permitiendo a los magistrados nacionales ejercer su jurisdicción sobre estos crímenes”¹⁴⁰, pues la naturaleza del crimen objeto especial de persecución no resulta suficiente para el ejercicio incondicional de las jurisdicciones estatales.

En la Resolución de 26 de agosto de 2005 del IDI que tuvo lugar en Cracovia en su 17ª sesión, sobre la Jurisdicción Penal Universal con respecto a los Delitos de Genocidio, de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, especifica en sus artículos 1 y 3 que: “1) la jurisdicción universal debe ejercerse sobre crímenes identificados como tales por el Derecho internacional; 2) que en el proceso de investigación o enjuiciamiento, se requiere que el presunto responsable por la comisión de estos crímenes se encuentre en territorio del Estado que ejerce la competencia de persecución y castigo de estos delitos; 3) que el Estado en cuyo territorio se encuentre los presuntos responsables debe tener en cuenta, antes de proceder a su enjuiciamiento, las jurisdicciones de los Estados de su nacionalidad así como de la jurisdicción internacional por si ésta pudiera llevar a cabo el enjuiciamiento; y por último, 4) cualquier Estado que tenga la custodia de un presunto responsable, en la medida en que dependa únicamente de la jurisdicción universal, debe considerar cuidadosamente y, según corresponda, conceder cualquier solicitud de extradición que le sea dirigida por un Estado que tenga un vínculo significativo con el delito, principalmente como la territorialidad o nacionalidad del delincuente o de la víctima, siempre que dicho Estado sea claramente capaz y esté dispuesto a enjuiciar al presunto responsable”¹⁴¹.

¹⁴⁰ Del presente documento: “(...) *the existence of a specific ground for universal jurisdiction, a sufficiently clear definition of the offence and its constitutive elements, and national means of enforcement allowing the national judiciary to exercise their jurisdiction over these crimes.*” (PHILIPPE, 2006: 379).

¹⁴¹ El artículo 3 de la citada resolución expone lo siguiente: “*otherwise lawfully agreed, the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions:*

a) Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or noninternational armed conflict.

b) Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel

En consecuencia, lo que caracteriza a la jurisdicción universal es la naturaleza de los crímenes objeto de persecución, que habilitan su ejercicio por parte de los Estados de forma objetiva atendiendo a la relevancia internacional de los mismos.

A) Sujetos competentes y su ejercicio

El principio de justicia universal permite a los tribunales nacionales extender su jurisdicción de forma extraterritorial cuando ésta se encuentre basada en una obligación internacional.

Se trata de un fundamento adicional a la jurisdicción de los Estados que los habilita para procesar a los presuntos sospechosos y castigarlos si son condenados. Esta afirmación adoptada en la citada Resolución del IDI, en su reunión en Cracovia de fecha 26 de agosto de 2005¹⁴², vino confirmada en el Informe de Expertos sobre el Principio de Jurisdicción Universal del Consejo de la UE y de la UA de 16 de abril de 2009 al incidir en la potestad de la que dispone los Estados para ejercer su jurisdicción extraterritorialmente a fin de garantizar la persecución de aquellas personas penalmente responsables sobre aquellos delitos que hayan sido cometidos fuera de su territorio.

En este sentido, el Profesor Martínez Alcañiz señala que la jurisdicción universal “*atribuye potestad a los tribunales estatales para juzgar determinados comportamientos punibles*” (2014: 163), con la finalidad de garantizar la protección de los bienes jurídicos de la comunidad internacional, así como la paz y la seguridad entre los Estados.

flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender.

c) Any State having custody over an alleged offender should, before commencing a trial on the basis of universal jurisdiction, ask the State where the crime was committed or the State of nationality of the person concerned whether it is prepared to prosecute that person, unless these States are manifestly unwilling or unable to do so. It shall also take into account the jurisdiction of international criminal courts.

d) Any State having custody over an alleged offender, to the extent that it relies solely on universal jurisdiction, should carefully consider and, as appropriate, grant any extradition request addressed to it by a State having a significant link, such as primarily territoriality or nationality, with the crime, the offender, or the victim, provided such State is clearly able and willing to prosecute the alleged offender” (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 2005).

¹⁴² Así, “*Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted (...)*” (INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, 2005).

B) Naturaleza de los crímenes internacionales: Adquisición de su carácter internacional

Hemos señalado la naturaleza especial de los crímenes internacionales, que por su gravedad legitiman el ejercicio de la jurisdicción universal. Sin embargo, no toda vulneración a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional determina el legítimo ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados. Existen distintas tipificaciones de las conductas ilícitas relevantes para su consideración de crimen internacional, al igual que existen diversos grados de protección de los bienes jurídicos que afectan a la legitimación del ejercicio de la jurisdicción. Como señala el Informe de la Asociación de Derecho Internacional, que recoge las recomendaciones y conclusiones establecidas en la Conferencia celebrada en Londres entre los días 25 a 29 de julio de 2000, “investigar y enjuiciar crímenes sobre la base de la jurisdicción universal requiere competencias específicas, tanto en términos de saber cómo investigar los delitos cometidos en el extranjero, como en términos de conocimiento especializado en el Derecho penal internacional”¹⁴³.

Siguiendo al Profesor Mir Puig, considera que: “*el Derecho [es] una construcción social cuya función asignada es la de regular la vida de los seres humanos*” (MIR PUIG, 2007: 80), y de forma más concreta en el ámbito penal señala que esta rama del Derecho tiene por finalidad la protección de los bienes jurídicos y garantizar la seguridad y la convivencia pacífica de aquellas personas que viven en una comunidad.

La gravedad del delito no sólo viene determinada por la trascendencia del bien jurídico protegido, sino también por la relevancia del medio utilizado para su ataque y vulneración. Por ello, no toda acción u omisión típica tiene la misma relevancia, pues “*hay conductas que para la comunidad internacional son más graves y, por tanto, requieren de su inmediata y forzosa punición, al contrario de otras conductas que, al ser menos graves, su sanción no es inmediata ni concreta, sino que se encomiendan a la voluntad del Estado obligado*” (CERDA ACEVEDO, 2011: 30).

¹⁴³ Documento original: “*Investigating and prosecuting crimes on the basis of universal jurisdiction requires special skills, both in terms of knowing how to investigate crimes committed abroad and in terms of the specialised knowledge of international criminal law that is required*” (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2000: 12).

De acuerdo con Creus, los crímenes internacionales adquieren dicha categoría cuando afectan a la humanidad y no simplemente a los “*súbditos o intereses de un determinado Estado*” (1990: 110). En la actualidad existe un consenso sobre los delitos internacionales que legitima el ejercicio de la jurisdicción universal, como son el genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, tortura y algunos crímenes de Derecho humanitario establecidos en las Convenciones de Ginebra (KMAK, 2011: 90). De forma convencional, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), tipifica en sus artículos 5 a 8 bis como crímenes contra la humanidad: el genocidio, crímenes de guerra, de lesa humanidad y el crimen de agresión. Ello no impide que existan otros delitos que los Estados tengan un interés común para ser perseguidos, entre los que podemos citar los delitos de piratería, narcotráfico o trata de seres humanos, pero su naturaleza no atenta contra los valores de la humanidad y orden mundial, y su persecución se fundamenta en normas internacionales de carácter convencional pues se construye desde su consideración de ser delitos nacionales “internacionalizados”.

Desde una perspectiva filosófica, el Profesor Alejandro Chehtman, en su obra *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*, afirmó que la diferenciación entre los delitos internacionales y los nacionales es fundamental para el ejercicio de la competencia extraterritorial de los Estados. En la mayoría de los casos, sin embargo, “*no logran explicar qué justifica que los Estados y los tribunales internacionales posean competencia extraterritorial sobre ellos*” (2013: 148), principalmente ante la dificultad de determinar qué delitos son los que permiten justificar dicha actuación por parte de los Estados y los tribunales internacionales.

Siguiendo los estudios realizados por los Profesores Altman y Wellman, Chehtman resalta que la definición de los crímenes internacionales no se debe propiamente a su naturaleza, sino más bien a su vinculación con la protección de los bienes jurídicos de la comunidad frente a las posibles “atrocidades” de las conductas ilícitas, definidas cuantitativa y cualitativamente por su relevancia e importancia de las mismas, contrarias a los valores y principios de la humanidad. El Profesor Chehtman señala en general que los delitos internacionales suponen una cualificación de los delitos internos de los Estados, cuya conceptualización se fundamenta en la creación de un comportamiento penal conforme a su Derecho interno, pero con carácter internacional.

Este planteamiento sobre la persecución extraterritorial de los Estados lo fundamenta en el delito de la piratería, basándose para ello en el estudio realizado por el Profesor Cowels (CHEHTMAN, 2013: 135-139). Puedo compartir en este punto la postura de Chehtman por cuanto los Estados “justifican” el ejercicio de su jurisdicción universal atendiendo a la gravedad y carácter internacional de determinados delitos cuyo interés de persecución colectiva fundamentan el ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones estatales.

La naturaleza internacional sustentada en el interés colectivo de la comunidad universal determina la articulación de instrumentos de lucha contra la impunidad que es la finalidad de la jurisdicción universal. Ello no sólo afecta al ámbito jurídico y a su normatividad, sino también a otras disciplinas extrajurídicas (especialmente en los ámbitos de las relaciones internacionales, sistemas políticos y estructuras sociales). Al igual que los demás principios y pilares del Derecho internacional, se trata de *“encontrar un régimen (...) que supere los naturales conflictos entre los Estados sin entrometerse excesivamente en los asuntos internos y el estilo de vida de las naciones”* (VILLALPANDO, 2009: 31). Para ello es necesario que los Estados (siendo sujetos originarios del Derecho internacional) entablen una serie de relaciones supranacionales que permitan alcanzar por medio de la cooperación y colaboración jurídica la persecución y enjuiciamiento individual de los responsables de cometer actos contrarios al ordenamiento jurídico internacional.

Es ahí donde la jurisdicción universal como instrumento del principio de justicia universal desempeña su papel esencial. Los Estados adquieren el compromiso de extender su jurisdicción. Si bien ello será admisible en la medida que exista un tratado o que la costumbre conciba tal jurisdicción fundada en el principio de reciprocidad (CERDA ACEVEDO, 2011: 20).

Conforme a lo expuesto, resulta evidente que toda justificación de un sistema normativo punitivo en el Derecho internacional y la competencia para su aplicación requiere de una nueva visión del concepto de “soberanía”, atendiendo a su carácter funcional y no tanto a la exclusividad de las potestades otorgadas a los Estados, necesario ello para superar las objeciones sobre una teoría en la que se fundamente la norma punitiva internacional.

1.5 Tipología

Siguiendo al Profesor Martínez Alcañiz en su tesis *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, pueden distinguirse tres clases de jurisdicción universal: la jurisdicción universal primaria, la subsidiaria y la supletoria. La primera de ellas suele conceptuarse en sentido negativo “*como aquella que (...) debe aplicarse en todo caso aunque no se hayan agotado todos los esfuerzos posibles para que los Estados con un título jurisdiccional preferente conozcan del crimen internacional o de ciertos delitos internacionales*” (2014: 178). Partiendo de esta definición “*los Estados tendrán la obligación de enjuiciar determinados comportamientos punibles desde el mismo momento en que tengan conocimiento de su comisión*” (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 178). La jurisdicción universal subsidiaria la define como “*aquella que obliga a un Estado a juzgar al presunto responsable de un crimen internacional o de ciertos delitos internacionales (...) en defecto de otras jurisdicciones preferentes*” (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 178). Por último, la jurisdicción supletoria se diferencia de la subsidiaria porque la obligación de juzgar surge por parte del Estado ante su negativa de “*extraditar al responsable de la comisión de crímenes internacionales o ciertos delitos internacionales*” (INAZUMI, 2005: 29-30; citada por MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 180).

La Profesora Inazumi establece cuatro categorías de jurisdicción universal: obligatoria, permisiva, primaria y complementaria. La jurisdicción universal es obligatoria cuando los Estados estén comprometidos a ejercerla, por el deber de perseguir a los responsables por la comisión de hechos ilícitos contrarios a los pilares y principios esenciales de la comunidad internacional. Cuando los “Estados no están obligados a ejercer jurisdicción universal, pero están autorizados para hacerlo si lo desean”¹⁴⁴, estamos ante una jurisdicción universal permisiva (también conocida como jurisdicción universal no obligatoria¹⁴⁵). De la vinculación entre jurisdicción universal y extradición, la Profesora Inazumi distingue entre jurisdicción universal primaria y la jurisdicción universal complementaria, estas categorías tienen características específicas, pudiendo señalarse que la jurisdicción es primaria cuando el Estado

¹⁴⁴ Del presente texto: “*(...) States are not obliged to exercise universal jurisdiction but are entitled to do so if they desire*”. (INAZUMI, 2005: 105).

¹⁴⁵ Sobre la jurisdicción universal no obligatoria, véase la TEDH, *Akkum y Otros / Turquía*, Sentencia (dec.) de 24 de marzo de 2005, no. 21894/93, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD002189493.

requerido para la entrega de los responsables da preferencia al ejercicio de su jurisdicción universal frente a su obligación de extraditar, siendo la jurisdicción complementaria cuando el Estado otorga preferencia a la entrega del responsable que le ha sido solicitada sin ejercer su jurisdicción (INAZUMI, 2005: 28).

Partiendo de la anterior clasificación y en atención a su naturaleza, la Profesora Inazumi señala los siguientes tipos de jurisdicción universal:

- a) Jurisdicción Universal Permisiva Complementaria: Puede ser considerada como aquella por la que un Estado tiene facultad para ejercer su jurisdicción¹⁴⁶. En este caso existe una primacía del Derecho interno aplicable frente a las solicitudes de extradición.
- b) Jurisdicción Universal Primaria Permisiva: Esta categoría se fundamenta en la libertad del Estado en el ejercicio de su jurisdicción conforme a su configuración normativa.
- c) Jurisdicción Universal Obligatoria Complementaria: Esta categoría concurre en los casos en que un Estado viene obligado a ejercer la jurisdicción universal cuando las solicitudes de extradición no hayan conseguido la entrega de los presuntos responsables, requiriendo una posición activa para agotar todos los recursos que favorezcan la entrega del responsable que le ha sido solicitada.
- d) Jurisdicción Universal Primaria Obligatoria: Esta categoría vincula a los Estados que vienen obligados a “extraditar o procesar al sospechoso”¹⁴⁷.

Para el Profesor Marc Henzelin, atendiendo a la forma de ejercicio de la jurisdicción universal, diferencia entre:

- a) jurisdicción universal unilateral como aquella que garantiza al Estado ejercer su jurisdicción extraterritorialmente conforme a las normas de su Derecho interno, sin

¹⁴⁶ Documento original: “(...) a State has the discretion to decide whether or not to exercise jurisdiction”. (INAZUMI, 2005: 29).

¹⁴⁷ Texto original: “(...) to extradite or prosecute suspects” (INAZUMI, 2005: 30).

estar vinculada con el delito objeto de persecución y sin que su ejercicio se fundamente en la protección de la comunidad internacional¹⁴⁸;

b) la jurisdicción universal delegada como aquella por la que el Estado renuncia, cede o delega el ejercicio de su jurisdicción a favor de otro Estado, normalmente donde se encuentra el presunto autor de crímenes internacionales, con la finalidad de que éste pueda perseguirlo (HENZELIN, 2000: 71; y THALMANN, 2017: 61);

c) la jurisdicción universal absoluta (también denominada jurisdicción universal propia), que es aquella que se ejerce por los Estados en interés de la comunidad internacional, finalidad que la diferencia de la jurisdicción universal unilateral¹⁴⁹.

Otras clasificaciones aparte de las expuestas por los Profesores Inazumi, Henzelin¹⁵⁰ y Martínez Alcañiz, atienden a su previsión y regulación en el ordenamiento jurídico interno de los Estados, al carácter de la aplicación del principio de la jurisdicción universal y a la fundamentación de la relación existente los Estados (horizontal), o bien entre éstos y los tribunales internacionales (vertical).

Con relación al primer criterio de clasificación expuesto, puede diferenciarse entre jurisdicción universal legislativa y jurisdicción universal contenciosa como se deduce del Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre las

¹⁴⁸ Así: “*Certains Etats affirment leur compétence pénale sans qu’il existe aucun lien de rattachement ordinaire (tenitorialité, nationalité de l’auteur ou de la victime, protection de l’Etat) avec l’infraction, sans que le jugement de l’auteur soit délégué par un autre Etat, lui-même compétent sur la base d’un principe de juridiction ordinaire, et sans que ce jugement procède d’une logique de délégation -avérée ou fictive- de la part de la communauté internationale dans son ensemble. Nous dirons que dans ces cas les Etats appliquent un principe de l’universalité unilatérale. Ces Etats ne prennent en effet en considération que des facteurs de politique interne ou se servent de leurs acteurs judiciaires comme outils de politique étrangère*” (HENZELIN, 2000: 63).

¹⁴⁹ Así: “*Avec le principe de l’universalité absolue, un Etat exerce sa compétence en exécution d’un devoir transcendant, de droit divin ou de droit naturel. Il peut même, selon ce principe, exercer sa compétence envers ou contre la volonté de l’Etat territorial ou celle de tout autre Etat qui est compétent selon un principe ordinairement reconnu. La différence entre le principe de l’universalité absolue et celui de l’universalité unilatérale dépend ainsi fondamentalement de la légitimité de l’Etat exerçant sa compétence pour représenter la communauté humaine. La question sera dès lors précisément de déterminer dans quels cas une telle légitimité est donnée. Le principe de l’universalité absolue peut coïncider avec celui de l’universalité déléguée lorsque tous les Etats sont parties à un accord de délégation*” (HENZELIN, 2000: 81).

¹⁵⁰ Igualmente, véase THALMANN, V. (2017). *Reasonable and effective universality: conditions to the exercise by national courts of universal jurisdiction over international crimes*. Thèse de doctorat, Genève, Département du Droit Pénal, Faculté de Droit, Université de Genève. Disponible en: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:96491>. Consultado el día 16 de julio de 2019.

observaciones realizadas por algunos Estados acerca del alcance y aplicación del principio de la justicia universal de 29 de julio de 2010.

Según este informe, se entenderá por jurisdicción universal legislativa aquella “*que [podrá] ejercerse mediante la promulgación de una ley interna*”, y por jurisdicción universal contenciosa aquella que se corresponde con “*la investigación y el enjuiciamiento de las personas acusadas*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2010: 6 y 7). Sobre esta clasificación, algunos Estados consideran que la jurisdicción universal legislativa prevalece sobre la contenciosa al ser considerada como la “*más aceptable en la práctica de los Estados y [constituye] generalmente una condición sine qua non de la investigación y el juicio posterior*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2010: 7).

La segunda clasificación se fundamenta en el criterio del carácter en la aplicación del principio de la jurisdicción universal, diferenciándose entre la jurisdicción universal propia (también conocida como jurisdicción universal absoluta), de la jurisdicción universal impropia (también conocida como jurisdicción universal limitada).

La jurisdicción universal propia es aquella que posibilita a los Estados perseguir y enjuiciar a los responsables por la comisión de delitos graves internacionales con independencia de la nacionalidad de los perpetradores o víctimas y del territorio donde estuvieren, y su legitimidad viene determinada por su finalidad de ser útil a la protección de los bienes de la comunidad internacional y no meramente a la satisfacción de los intereses particulares de los Estados.

El ejercicio de la jurisdicción universal impropia es aquella realizada por el Estado conforme a su Derecho interno en la medida en que existan vínculos de conexión con el mismo que legitiman su ejercicio extraterritorial¹⁵¹.

La última clasificación sobre la jurisdicción universal se fundamenta en la vinculación entre los Estados y los tribunales internacionales. Dentro de la misma diferenciamos la relación horizontal o entre Estados, y la relación vertical que se

¹⁵¹ Sobre el carácter no universal o impropio de la justicia universal, véase SIMON, J. M. (2002). “Jurisdicción universal. La perspectiva del Derecho Internacional público”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 4. Disponible en: <http://www.reei.org/>. Consultado el día 28 de octubre de 2018.

caracteriza por la relación entre los tribunales internacionales y los nacionales. La presente clasificación puede ser expuesta conforme al siguiente cuadro:

	JURISDICCIÓN UNIVERSAL
<p style="text-align: center;">HORIZONTAL (ESTADO-ESTADO)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Mecanismo jurídico de naturaleza nacional con consecuencias jurídicas internacionales. - La nacionalidad de los individuos penalmente responsables y/o las víctimas, seguido del criterio de la territorialidad, son factores vinculantes por los que se procede al ejercicio de la jurisdicción universal. - Su ejercicio se realizará en la medida en que se cumpla los presupuestos del ordenamiento jurídico interno del Estado y la aceptación del mismo por parte de la comunidad internacional.
<p style="text-align: center;">VERTICAL (ESTADO-TRIBUNAL INTERNACIONAL O HÍBRIDO)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El principio de la jurisdicción universal es llevado a cabo mediante la comunidad internacional con el objetivo de perseguir los hechos delictivos. - Existencia de relación de cooperación y colaboración entre los tribunales internacionales o especiales y los Estados. Ello conlleva la extensión de la jurisdicción de los tribunales internacionales gracias a la unión de voluntades entre el Estado con la comunidad internacional. - La falta de voluntad de los Estados en la financiación y mejora de los mecanismos jurídicos de los tribunales dificulta la instrumentalización del principio de la jurisdicción universal.

En relación a esta última clasificación, el Profesor De la Cuesta diferencia tres niveles de concurrencia de jurisdicciones: 1) la concurrencia en su sentido horizontal o transnacional, que es la que se suscita entre Estados conforme al ordenamiento jurídico interno; 2) la denominada concurrencia vertical, que tiene lugar entre las jurisdicciones

estatales y las instituciones o tribunales internacionales; y 3) la concurrencia entre jurisdicciones internacionales (también denominada concurrencia horizontal internacional) que puede tener lugar debido a la existencia de tribunales internacionales con competencia de enjuiciamiento” (2003: 738).

Como señala Martínez Guerra, la “*jurisdicción universal ha constituido uno de los instrumentos fundamentales de colaboración entre los Estados para la persecución de delitos con transcendencia internacional (...) para los que hubo que articular un especial mecanismo de persecución en una sociedad internacional formada exclusivamente por Estados soberanos con intereses compartidos*” (2015: 118).

1.6 Límites de la jurisdicción universal

La jurisdicción universal se encuentra sometida a los principios que la legitiman y como manifestación de la jurisdicción estatal precisa de la habilitación normativa del Derecho interno.

Todos los sistemas normativos establecen presupuestos, tanto sustantivos como procesales, por los que se configuran dentro de su libertad normativa la jurisdicción como potestad del poder soberano. Existen instituciones en el Derecho interno o instrumentos jurídicos que impiden materialmente llevar a cabo toda potestad judicial como las inviolabilidades, otras que procesalmente excluyen el ejercicio de la jurisdicción, como las inmunidades, o que limitan su actuación exigiendo ciertas causas para admitir su ejercicio como sucede con el principio *non bis in ídem* y de “prohibición de la doble incriminación”, así como de otras figuras jurídicas que impiden su eficacia, entre las que podemos destacar la prescripción y las leyes de amnistía.

A) El Principio Non bis in ídem

Configurado como un instrumento jurídico de control frente al poder de los Estados que limita el ejercicio del castigo por parte de los mismos, el principio *non bis in ídem* tiene sus antecedentes en el siglo III d.C., apareciendo “*en una compilación de Derecho Romano postclásico (...) (las Sentencias de Paulo), y su posterior recepción por los canonistas, en los siglos XII y XIII*” (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004:14).

El principio *non bis in ídem* supone una garantía que impide que nadie podrá ser condenado (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*) o enjuiciado (*nemo debet bis vexari*

pro una et eadem causa) más de una vez por los mismos hechos al ser ello incompatible con los principios de justicia penal. Su concepto es más amplio que el de la institución de “cosa juzgada”, y pretende con ello evitar “*el doble castigo por unos mismos hechos y el doble enjuiciamiento por unos hechos idénticos*” (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 392).

A diferencia de la cosa juzgada, que extiende sus efectos en el ámbito sustantivo por su vinculación a los principios de certeza en el derecho aplicable y de seguridad jurídica, el principio *non bis in ídem* despliega su eficacia en el orden procesal o formal, por cuanto supone una causa que impide todo enjuiciamiento cuando éstos tienen por objeto idénticos hechos a los juzgados con anterioridad, al ser ello contrario a las garantías esenciales reconocidas en todo enjuiciamiento. Como señala Zárate Conde, “*la [mera] imposición de dos o más sanciones a un mismo sujeto por un mismo hecho o su doble enjuiciamiento implica, sin más, una desproporción y correlativa arbitrariedad que afecta al principio de seguridad jurídica que debe permitir a los ciudadanos prever las consecuencias jurídicas de sus actos y la forma de actuar de la Administración*” (ZÁRATE CONDE, 2015b: 131).

Este principio ha tenido desde finales del siglo XIX un reconocimiento en el ámbito internacional y como derecho humano viene contemplado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, que establece que: “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”. Supone una garantía derivada del “juicio justo” que tiene por finalidad impedir los abusos del poder y la arbitrariedad punitiva.

El principio *non bis in ídem* se fundamenta en la identidad de los enjuiciamientos, que en el ámbito jurídico-penal adquiere especial relevancia por la previsión de la imposición de una pena como consecuencia jurídica de la conducta ilícita. Por ello debe concurrir entre sus presupuestos no sólo la identidad de sujetos y hechos, sino además la igualdad o similitud en la causa en la que se fundamenta el nuevo procedimiento.

En el Derecho penal clásico, el requisito subjetivo viene determinado por los sujetos activos de la comisión delictiva (investigados, imputados, procesados, encausados, acusados, sentenciados, condenados o reos) en su condición de

responsables de la comisión de hechos considerados como infracción criminal, y es precisamente un determinado delito el que concreta la identidad objetiva coincidente con el propio objeto del proceso penal. En cuanto a la identidad de la causa, ésta viene determinada por la vinculación del sujeto a distintos ámbitos de responsabilidad. En el ámbito jurídico-penal y de acuerdo con la letrada Boyer Carrera, debe concurrir “*identidad de bien jurídico (...) protegido, e identidad de lesión o ataque*” (2012: 324). Estos elementos determinan la identidad de la causa como fundamento de todo proceso penal.

Pérez Manzano señala que procede aplicar el principio *non bis in ídem* cuando “*las sanciones [(que persiguen y castigan los actos contrarios a la seguridad colectiva) obedezcan] a la misma perspectiva de defensa social o a la protección del mismo interés o bien jurídico protegido*” (2002: 116).

Con independencia de su dimensión formal o material, al ser el principio *non bis in ídem* una garantía esencial del “juicio justo” que prohíbe la duplicidad en el castigo o el sometimiento a un nuevo enjuiciamiento, supone que sus efectos jurídicos despliegan su eficacia como una causa que imposibilita que la jurisdicción pueda ser ejercida en un concreto procedimiento, por cuanto impide el desarrollo de toda potestad penal o sancionadora por parte de cualquier órgano judicial diferente al que previamente lo ha realizado.

En el Derecho internacional, el principio *non bis in ídem* ha sido recogido normativamente¹⁵² en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (en adelante TPIY) (artículo 10) y TPIR (artículo 9), en el Tribunal Especial de Sierra Leona (en adelante TESL) (artículo 8), Tribunal Especial para el Líbano (en adelante TEL) (artículos 4 y 5) y en los Paneles Especiales del Tribunal del Distrito de Dili (en adelante PETO) (artículo 11).

La CDI, en su informe de 1996 sobre el Proyecto de Codificación de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, recoge en su artículo 12 el principio *non bis*

¹⁵² Así a nivel universal, artículo 14.7 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966, y a nivel regional artículo 7 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, artículo 8.4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos e igualmente, de forma implícita, en los artículos 6 y 7 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

in ídem con relación a los tribunales penales internacionales¹⁵³, como una garantía fundamental para evitar procesos o castigos múltiples por el mismo crimen, siempre que haya existido un debido enjuiciamiento y un castigo proporcional al crimen cometido. La necesidad de dicho reconocimiento viene motivada por lo dispuesto en el artículo 8 del Proyecto que permite la concurrencia de jurisdicciones nacionales en el ejercicio de la competencia universal y ello posibilita que pueda originarse una pluralidad de enjuiciamientos con el riesgo de que los Estados ignoren las sentencias definitivas dictadas por otros Estados, al no haber norma en el Derecho internacional que obligue a los Estados a reconocer las sentencias penales dictadas por un Estado extranjero¹⁵⁴. Ahora bien, la propia CDI introduce excepciones a la consecuencia jurídica del principio *non bis in ídem*, con la finalidad de buscar un equilibrio entre la necesidad de preservar esta garantía y la exigencia de una recta administración de justicia, y por ello

¹⁵³ El citado precepto dispone que: “1. Nadie será juzgado en razón de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional.

2. Una persona no podrá ser juzgada de nuevo por un crimen por el que ya hubiere sido absuelta o condenada en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional, excepto en los casos siguientes:

a) Podrá ser juzgado de nuevo por un tribunal penal internacional: i) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia del tribunal nacional haya sido calificado de crimen ordinario por ese tribunal y no de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad; o ii) cuando las actuaciones del tribunal nacional no hubieren sido imparciales o independientes, hubieren estado destinadas a exonerar al acusado de responsabilidad penal internacional o no se hubiere instruido la causa con la debida diligencia;

b) Podrá ser juzgado de nuevo por un tribunal nacional de otro Estado: i) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia anterior haya tenido lugar en el territorio de ese Estado; o ii) cuando ese Estado haya sido la víctima principal del crimen.

3. En caso de nueva condena en virtud del presente Código, el tribunal, al dictar sentencia, tomará en cuenta la medida en que se haya cumplido cualquier pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo hecho” (“Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996, nº de referencia A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2), p. 40).

¹⁵⁴ En este sentido: “La posibilidad de una multiplicidad de juicios celebrados en los tribunales nacionales de diferentes Estados, así como en el tribunal penal internacional, plantea la cuestión de saber si en el Derecho internacional es aplicable el principio *non bis in ídem*. La Comisión reconoció que este dilema planteaba cuestiones teóricas y prácticas. En teoría, se señaló que este principio era aplicable en Derecho interno y que su aplicación en las relaciones entre los Estados planteaba el problema del respeto por un Estado de las sentencias definitivas dictadas en otro, ya que el Derecho internacional no obliga a los Estados a reconocer las sentencias penales dictadas en un Estado extranjero. En la práctica, se señaló que un Estado podría brindar un escudo al individuo que hubiera cometido un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y que se encontrara en su territorio, absolviéndolo en un simulacro de juicio o declarándolo culpable y condenándolo a una pena no proporcional en absoluto a la gravedad del crimen, que le permitiera evitar una condena o una pena más grave en otro Estado y, en particular, en el Estado en que se cometió el crimen o en el Estado que fue la principal víctima del crimen” (“Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996, nº de referencia A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2), p. 40).

establece en su artículo 12.2 que todo individuo podría ser juzgado por un crimen que fuera consecuencia de una misma conducta o incluso por el mismo crimen que fue objeto de una anterior decisión judicial “*cuando las actuaciones del tribunal nacional no hubieren sido imparciales o independientes, hubieren estado destinadas a exonerar al acusado de responsabilidad penal internacional o no se hubiere instruido la causa con la debida diligencia*”.

El artículo 20 del Estatuto de Roma¹⁵⁵ también reconoce el principio *non bis in idem* tanto en su dimensión formal como material, y no sólo en el ámbito de la jurisdicción de los tribunales penales internacionales sino también con relación a las jurisdicciones de los tribunales estatales, lo que resulta ineludible atendiendo al principio de complementariedad que inspira su jurisdicción, si bien introduciendo en su reconocimiento la salvaguarda que ya fueron enunciadas en el artículo 12.2 de la CDI con la finalidad de preservar el ejercicio de la jurisdicción conforme al principio de la “buena fe”.

El artículo 17 del Estatuto de la CPI¹⁵⁶ establece que la consecuencia jurídica cuando proceda apreciar la concurrencia del principio *non bis in idem* supone la

¹⁵⁵ El citado precepto dispone que: “1. *Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.*

2. *Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.*

3. *La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal:*

a) *Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia*”.

¹⁵⁶ Así, y conforme al artículo 17 del Estatuto de Roma: “*La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:*

a) *El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.*

2. *A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:*

imposibilidad de iniciar o seguir cualquier proceso penal, por ello debe considerarse como una causa procesal de inadmisión de esta nueva pretensión punitiva.

Ello supone la concreción de un límite al ejercicio de la jurisdicción universal, pero como causa de admisibilidad determina que el propio Tribunal se atribuya la competencia para resolver sobre su apreciación, que atendiendo a su trascendente función en el ámbito de exigibilidad de la responsabilidad individual por la comisión de los crímenes establecidos en su Estatuto permite que pueda ejercer su jurisdicción y declarar su competencia cuando el anterior juicio haya sido realizado con la única finalidad de eludir la responsabilidad criminal, cuando el proceso realizado no haya sido llevado a cabo de forma imparcial e independiente o cuando éste fuera incompatible para someter a los responsables a la acción de la justicia (art. 17. 2).

En el caso de la garantía del principio *non bis in ídem* en el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados, el mismo viene reconocido en el Principio 9 de los Principios de Princeton de 2001¹⁵⁷, así como en el Principio 16 de los

a) *Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;*

b) *Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;*

c) *Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.*

3. *A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.*

¹⁵⁷ El citado Principio determina que: “1. *In the exercise of universal jurisdiction, a state or its judicial organs shall ensure that a person who is subject to criminal proceedings shall not be exposed to multiple prosecutions or punishment for the same criminal conduct where the prior criminal proceedings or other accountability proceedings have been conducted in good faith and in accordance with international norms and standards. Sham prosecutions or derisory punishment resulting from a conviction or other accountability proceedings shall not be recognized as falling within the scope of this Principle.*

2. *A state shall recognize the validity of a proper exercise of universal jurisdiction by another state and shall recognize the final judgment of a competent and ordinary national judicial body or a competent international judicial body exercising such jurisdiction in accordance with international due process norms.*

3. *Any person tried or convicted by a state exercising universal jurisdiction for serious crimes under international law as specified in Principle 2(1) shall have the right and legal standing to raise before any national or international judicial body the claim of non bis in idem in opposition to any further criminal proceedings”* (BASS et al., 2001: 33).

Principios de Madrid-Buenos Aires, congreso celebrado entre los años 2014 y 2015¹⁵⁸, que se articula procesalmente como causa de admisibilidad que determina un límite en el concreto ejercicio de la jurisdicción penal universal, salvo en los casos de enjuiciamientos ficticios, la imposición de penas insignificantes e incompatibles con el derecho de las víctimas o que el proceso haya sido realizado con la finalidad de que los presuntos autores eludan sus responsabilidades criminales.

Martínez Alcañiz considera que la garantía del *non bis in ídem* no es un principio absoluto, pues no impide la aplicación de la justicia universal en “*aquellos supuestos (...) que no haya una identidad subjetiva, objetiva y de fundamento, [existirá la posibilidad de] que terceros Estados [puedan] iniciar un procedimiento penal en aplicación de la justicia universal*” (2014: 419), y esto también sucede cuando el proceso seguido pudiera ser considerado como fraudulento, entendiéndose que son los que obedecen “*al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o por no haberse instruido la causa penal con las garantías procesales debidas*” (2014: 416).

Conforme a ello la mayoría de la doctrina, basándose en el ordenamiento jurídico de los Estados y del Derecho internacional, concluye que el principio *non bis in ídem* no es un principio absoluto al ser reconocido excepciones al mismo que permiten un posterior enjuiciamiento cuando es incompatible con la “idea de justicia”. Ciertamente la garantía del *non bis in ídem*, como principio reconocido y salvaguardado por los Estados y por el Derecho internacional como concreción de los valores de libertad y seguridad jurídica, debe atender a la condición de su proporcionalidad cuando entra en colisión o conflicto con otros valores fundamentales como la dignidad humana o el acceso de las víctimas a la justicia. Ahora bien, concluir de forma general que el mismo deba ser considerado como un principio relativo entraña un riesgo de diluir su relevante significación en el sistema de garantías penales que plantea dilemas no sólo teóricos sino también prácticos, que no se encuentran debidamente resueltos pues podría ser entendido como una revisión en el ejercicio de la jurisdicción de un Estado por parte de una pretendida instancia superior que interfiere en su potestad judicial.

¹⁵⁸ El presente Principio determina que: “*Los Estados que apliquen el Principio de Jurisdicción Universal no enjuiciarán a nadie que haya sido juzgado por otro tribunal a menos que el proceso penal ante éste hubiese estado dirigido a sustraer al acusado de su responsabilidad por los crímenes cometidos*”.

El derecho de acceso a la jurisdicción y a la “justicia” reconocido a todas las personas físicas o jurídicas, incluido al propio Estado como persona jurídico-pública, viene configurado como un derecho de naturaleza abstracta que precisa en su ejercicio de la debida concreción. La pretensión supone la concreción de la jurisdicción como derecho abstracto y constituye un presupuesto para su ejercicio. En todo enjuiciamiento penal la pretensión supone la previsión de una imposición punitiva que requiere de la conexión entre hechos, tipificación de la conducta y consecuencia punitiva con relación a sus autores o partícipes constituyendo su objeto procesal. Con relación a la tipificación de las conductas, tanto en el delito de lesa humanidad como también en el delito de genocidio o contra el Derecho humanitario, considero que son crímenes que tienen sustantividad propia, no es una suma de delitos de homicidio, asesinato, detención ilegal o de agresiones, sino algo distinto con una antijuridicidad especial que es lo que determina de forma objetiva su especial consideración y reprobación.

Con esta visión de la especial antijuridicidad de los crímenes internacionales, considero que existe en la relación jurídico-criminal una vinculación específica entre los presuntos responsables y los delitos objeto de persecución al atentar contra los bienes jurídicos de la comunidad internacional y de los valores de la civilización. Esta especial vinculación distinta a la que podemos observar en los denominados delitos comunes (asesinatos, homicidios, agresiones, detenciones ilegales, etc.), afectan valorativamente a la “identidad de fundamento”, que debe concurrir como presupuesto necesario para apreciar la garantía del *non bis in ídem* cuyo juicio de razonabilidad en el ámbito penal viene dado conforme al bien jurídico objeto de protección y a la similitud comisiva que determina la lesión o ataque al mismo.

No se trata propiamente de un derecho o una garantía del enjuiciamiento que pueda ser limitado cuando entra en colisión con otros derechos. La consecuencia jurídica de ello es que la garantía de *non bis in ídem* no es una excepción jurisdiccional, como sucede con los supuestos de inmunidad, sino una causa de admisibilidad que constituye un límite al concreto ejercicio de la jurisdicción y consecuente con ello la previsión normativa tanto en el Derecho interno como en el internacional determina que constituya una causa impeditiva de la pretensión punitiva.

Las salvedades establecidas como excepciones a la garantía de *non bis in ídem* basadas en la realización de un previo proceso que sólo aparentemente ha procedido al

enjuiciamiento de los posibles responsables, o ha sido realizado con finalidad fraudulenta como medio para eludir las responsabilidades punitivas, o cuando el mismo sólo tenga mera apariencia del proceso al carecer de los parámetros de imparcialidad o independencia o en suma sea incompatible con la “idea de justicia”, comparten la ausencia de la identidad de fundamento jurídico como presupuesto para su apreciación. Esa identidad de fundamento debe ser deducida tras un juicio valorativo de proporcionalidad y prudencia por parte del órgano judicial que pretenda ejercer su jurisdicción. En este sentido podemos citar con relación a nuestro Derecho las resoluciones establecidas en los casos Ellacuría (ATS, Sala 2ª, de 20 de abril de 2015) y Desapariciones forzadas en Siria (Auto del JCI 11/2017, de 27 de marzo), donde el Tribunal al declarar su competencia se motiva de forma reforzada la justificación del ejercicio de la jurisdicción española basándose para ello en la legislación interna.

B) La Inmunidad

El Estado como organización política es sujeto de autoridad pública y por ello titular del poder soberano. Para el cumplimiento de sus fines se le reconoce personalidad jurídica pública, distinta a los organismos y personas que actúan en su nombre.

En el ámbito del Derecho internacional, el principio *par in parem non habet imperium* fundamenta la protección del ejercicio de la soberanía estatal y su libertad de actuación y prohibición de toda injerencia que viene siendo garantizada por la práctica reiterada y uniforme de los órganos judiciales internos. Su contenido jurídico se concreta en que los jueces y tribunales de un Estado no pueden juzgar a otro y abarca tanto el derecho del Estado a no ser demandado ni sometido a juicio ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado (inmunidad de jurisdicción), como el derecho a impedir toda actuación de ejecución contra el mismo (inmunidad de ejecución) (Exposición de Motivos Primera de la LO 16/2015, de 27 de octubre)¹⁵⁹.

¹⁵⁹ La inmunidad no debe ser confundida con la inviolabilidad como prerrogativa que ostentan determinadas personas, que les eximen de responsabilidad legal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, “*la inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica*”, mientras que la inmunidad “*es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal*” (STC 243/1988, FJ 3º).

En su origen¹⁶⁰ este principio tenía un carácter absoluto como se observa en la práctica jurídica desarrollada durante el siglo XIX, influenciada por el Derecho de tradición anglosajona. Como primer antecedente judicial destacable puede ser citado el caso *Schooner Exchange v. MacFaddon* de 1812, seguido ante los tribunales norteamericanos¹⁶¹. Aunque el Tribunal en este precedente consideró que los Estados Unidos carecían de jurisdicción, resulta relevante la fundamentación realizada sobre la conexión entre inmunidad y poder soberano. El Juez Marshall, como Presidente del TS, afirmó que “la jurisdicción de la nación dentro de su propio territorio es necesariamente exclusiva y absoluta. No es susceptible de ninguna limitación que no fuese impuesta por sí misma. Cualquier restricción sobre ello, que conlleva su invalidación desde una fuente externa, implicaría una disminución de su soberanía en la medida de dicha restricción y una inversión de esa soberanía en la misma medida en que dicho poder podría imponer tal restricción”¹⁶². Además, añade que “un ente soberano no se encuentra condicionado con respecto a otro y debe estar vinculado sólo por obligaciones de carácter superior para no degradar la dignidad de su nación al situarse la misma o sus derechos soberanos dentro de la jurisdicción de otro”¹⁶³.

¹⁶⁰ El jurista holandés Cornelis van Bijnkershoek (1673-1743), en su libro *De Foro Legatorum Liber Singularis: tam in causa ciuili, quam criminali, liber singularis* (1721), cita detalladamente este principio al establecer que: “*Toda jurisdicción, tanto en casos civiles como penales, pertenece solo al Príncipe, y éste puede ejercerlo o delegarlo en otro. Cualquiera de estas alternativas que adopte, nunca podrá extender su jurisdicción más allá de las personas o cosas que están sujetas a su poder*”, y al contraponer la ley civil a la canónica, determina que “*alguien que extiende sus decisiones judiciales más allá de su territorio puede ser desobedecido con impunidad*”.

¹⁶¹ En este caso, que fue el primero tratado por los tribunales de los Estados Unidos sobre la inmunidad de sus navíos en aguas extraterritoriales, recomienda la necesidad de elaborar y crear normas jurídicas que la regulen. El litigio enfrentaba a los Estados Unidos y la entonces Francia de Napoleón Bonaparte sobre la jurisdicción aplicable a un navío militar propiedad del Sr. MacFaddon y Greetham, que se encontraba en territorio español, en un puerto de San Sebastián que por aquel entonces, el Imperio Napoleónico había ocupado como consecuencia de la guerra con España.

¹⁶² Documento original: “*The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving validity from an external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction*” (*Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116, 136 (1812)).

¹⁶³ Documento original: “*One sovereign being in no respect amenable to another; and being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his nation, by placing himself or its sovereign rights within the jurisdiction of another (...)*” (*Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116, 137 (1812)).

De acuerdo con el Profesor Espósito Massicci, la inmunidad se fundamenta en la protección del poder soberano frente al ejercicio de la jurisdicción y de la actuación de los órganos judiciales por parte de otros Estados, destacando la especial vinculación existente entre la exclusividad jurisdiccional (sobre todo desde su perspectiva territorial) y la inmunidad, pues ambas se encuentran especialmente conectadas desde el ámbito de la soberanía estatal.

Como principio jurídico su naturaleza es de carácter procesal y supone una excepción al ejercicio de la jurisdicción por parte de otros Estados, pudiendo ser definido como aquel principio por el cual un Estado no puede ejercer sus poderes sobre otros o interferir en las actividades legítimamente ejercida por éste en su territorio¹⁶⁴. Ello supone una garantía “*que prohíbe el conocimiento de causas judiciales por tribunales nacionales cuando el demandado sea un Estado extranjero*” (ESPÓSITO MASSICCI, 2007: 29).

La igualdad e independencia son los principios en los que se fundamentan esta garantía; mientras que la igualdad descansa en el respeto hacia los demás Estados por medio de “*la prohibición del ejercicio de competencias jurisdiccionales por los tribunales de un Estado, el Estado del foro, sobre otro Estado, el Estado extranjero*” (ESPÓSITO MASSICCI, 2007: 48), el principio de independencia se basa en la protección del poder soberano de los Estados como conjunto de una serie de derechos de carácter exclusivo que posibilitan “*determinar su propia política y decidir la forma más apropiada de gestionarla públicamente*” (ESPÓSITO MASSICCI, 2007: 49).

Espósito Massicci ya advirtió que la globalización ha propiciado la alteración en la forma de actuar soberana de los Estados, llegando incluso a modificar “*las categorías de exclusión e interdependencia para incorporar un proceso de participación en una madeja de relaciones de redes conformadas por jueces nacionales e internacionales conectadas en el plano mundial*” (2007: 21). Por ello la inmunidad se configura como

¹⁶⁴ Así viene precisado en la Sentencia del TEDH *Al-Adsani c. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001, “*sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle par in parem non habet imperium, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State*” (TEDH, *Al-Adsani / Reino Unido*, Sentencia [GS] de 21 de noviembre de 2001, no. 35763/97, apdo. 54). Igualmente, en la Sentencia TEDH, *Kalogeropoulou y otros / Grecia*, Sentencia (dec.) de 12 de diciembre de 2002, no. 59021/00, Recueil 2002-X, ECLI:CE:ECHR:2002:1212DEC005902100; y TEDH *Jones y otros / Reino Unido*, Sentencia (dec.) de 14 de enero de 2014, nos. 34356/06 y 40528/06, ECLI:CE:ECHR:2014:0114JUD003435606.

un fenómeno complejo y en la actualidad se aplica también a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, los navíos de guerra y buques y aeronaves de Estado y fuerzas armadas extranjeras, incluyendo a las organizaciones, conferencias y reuniones internacionales (Exposición de Motivos Primera de la LO 16/2015).

“La definición de inmunidad está vinculada al concepto de jurisdicción, toda vez que aquélla es una excepción a ésta. La inmunidad funciona como barrera o impedimento para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado, particularmente, con respecto a la competencia jurisdiccional y la competencia de ejecución” (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 374), atendiendo a su naturaleza procesal esta garantía comprende tanto a la inmunidad de jurisdicción como de ejecución.

Como derecho o privilegio la inmunidad puede ser objeto de renuncia, tanto expresa como tácita, apreciándose en la actual evolución del Derecho internacional una tendencia restrictiva a la misma que la limita a las actividades públicas u oficiales.

Como primer criterio de limitación, la doctrina suele distinguir entre los actos realizados por los representantes estatales *iure imperii* o actos soberanos de aquellos realizados a título particular o *iure gestionis* estimando sólo justificada la inmunidad en aquellos que derivan del ejercicio de su soberanía. Este criterio subyace en el proceso codificador en el Derecho internacional y prueba de ello lo tenemos en la Convención de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, donde se establece como criterios no sólo la propia naturaleza de la función sino además la finalidad de la propia actuación. Estos criterios aplicables, tanto a la inmunidad de jurisdicción como a la de ejecución, siguen considerando un concepto amplio de Estado, incluyendo no sólo al mismo y sus órganos de gobierno sino también a organismos e instituciones públicas dependientes, lo que ha provocado en ocasiones confusión interpretativa derivada sobre su aplicación.

Un segundo criterio de limitación viene constituido por el denominado proceso de “humanización del Derecho internacional” (CARRILLO SALCEDO, 2001: 14), donde el reconocimiento paulatino de los individuos como sujeto de Derecho internacional, dotándolo de una mayor capacidad (activa) en el marco de la protección de sus derechos, y correlativamente de una mayor exigencia de responsabilidad (pasiva), ha determinado un nuevo cuestionamiento de la aplicación de las inmunidades

a situaciones no sólo de carácter penal, donde resultan más perceptibles, sino además en el ámbito privado y comercial (REYES MILK, 2008: 75). En efecto, puede observarse que las estructuras de la sociedad internacional y los principios normativos del Derecho internacional tienden actualmente a otorgar una dimensión comunitaria de la sociedad internacional. Ello resulta jurídicamente apreciable en la caracterización de las normas imperativas o de *ius cogens* que priva de eficacia a todo acuerdo o práctica en contrario.

En nuestra doctrina judicial, tanto el principio de inmunidad de jurisdicción como de ejecución carecen de carácter absoluto o ilimitado y se configura como un conjunto de potestades cuyo ejercicio está sujeto al Derecho no sólo a las normas, mandatos y facultades constitucionales, sino también a las propias obligaciones que el Derecho internacional público imponen a los Estados¹⁶⁵.

¹⁶⁵ En este sentido, la STC 140/1995, de 28 de septiembre, señala que “cuando la soberanía estatal se proyecta en el ámbito internacional en cualquiera de sus dimensiones, incluida la potestad jurisdiccional, no cabe entender que la Constitución la configure como un poder absoluto o ilimitado frente a otros Estados sino como un haz de potestades cuyo ejercicio por los poderes públicos está sujeto al Derecho... Ahora bien, es indudable que también la soberanía estatal está limitada por las obligaciones que el Derecho internacional público impone a los Estados. Lo que es relevante en relación con el art. 21.2 LOPJ, ya que el legislador se ha remitido precisamente en este precepto al Derecho Internacional público para determinar el contenido y alcance de las inmunidades de jurisdicción y de ejecución que dicho ordenamiento establece. Y si nos preguntamos cual es la extensión de la potestad jurisdiccional de los Estados en el ámbito internacional, ha de tenerse presente que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (Sentencia de 1927 en el asunto del Lotus, Francia c. Turquía, Serie A núm. 10) ha declarado al respecto que aunque el Derecho Internacional atribuye a los Estados una amplia libertad en esta materia, permitiéndoles extender su jurisdicción a supuestos relacionados con personas, actos y bienes que se hallan fuera de su territorio, no es menos cierto que también les impone determinadas prohibiciones y límites. Entre ellos, el límite negativo que se deriva de la inmunidad jurisdiccional atribuida a los Estados extranjeros y sus órganos, así como a sus representantes, incluidos los Agentes diplomáticos, que posteriormente se ha extendido, en ciertos supuestos, a las Organizaciones Internacionales ...”, y concluye en dicho razonamiento que “el legislador necesariamente ha de tener presente los límites, positivos y negativos, que el Derecho internacional impone a los Estados, ello viene a corroborar la justificación objetiva y razonable de la inmunidad” (FJ 9º).

En el ámbito específico referente a la inmunidad de ejecución, la STC 18/1997, de 10 de febrero, tiene declarado que: “El régimen concreto de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros, ... se contiene en normas de Derecho internacional público que se obtienen por inducción de datos de origen muy diverso, entre los que se encuentran las convenciones internacionales y la práctica de los Estados” y reiterando lo ya declarado en sus sentencias 107/1992, de 1 de julio y 292/1994, de 27 de octubre, concluye que no existe una inmunidad absoluta, sino de relativa de los Estados, que tiene su razón en la salvaguarda de la integridad de su soberanía, y añade que “la delimitación del alcance concreto de la inmunidad de ejecución de los Estados debe partir de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inejecute una Sentencia”, e incluye esta delimitación genérica que “es preciso tener en cuenta que determinados bienes gozan de una particular inmunidad por la calidad de sus titulares, como ocurre con los de las misiones diplomáticas y consulares; de modo que la inmunidad de los

El principio de inmunidad abarca no sólo las actividades llevadas a cabo por el Estado sino también los actos realizados por las altas autoridades del Estado: Jefes de Estados, miembros del Servicio Diplomático y Consular, Ministros de Asuntos Exteriores y miembros de misiones oficiales en el exterior. Por otra parte, la comunidad internacional ha extendido el principio de inmunidad a los miembros de sus organizaciones con la finalidad de preservar la libertad en el ejercicio de sus funciones como se establece en los instrumentos constitutivos de las mismas, sus convenciones, acuerdos bilaterales sobre su sede, proyectos y actuaciones (BERESON, 2013: 211). *“Por ello, al abarcar el principio de inmunidad, resulta necesario distinguir claramente entre el principio de inmunidad del Estado, el principio de inmunidad de los Jefes de Estado o de Gobierno, el principio de inmunidad de los agentes diplomáticos, el principio de inmunidad de los funcionarios consulares, y el principio de inmunidad de algunos miembros del gabinete. También podrán gozar de este privilegio los miembros de algunas organizaciones internacionales, como por ejemplo los altos funcionarios de Naciones Unidas, así como las fuerzas militares extranjeras. El principio de inmunidad también tendrá su alcance sobre las naves y aeronaves de un tercer Estado”* (REYES MILK, 2008: 70).

En nuestro Derecho el régimen de las inmunidades viene regulado por la LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, que complementa a la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado y a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, como medio de superación de casuismo judicial que ha provocado inseguridad jurídica en cuanto a su aplicación, regulando de forma sistemática esta materia con pleno respeto de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país.

En el estatuto internacional de las inmunidades ha de tenerse en cuenta la concurrencia de tres planos normativos que han determinado su configuración como

Estados se asienta sobre una doble distinción: 1) son absolutamente inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares; 2) son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades iure imperii, pero no los destinados a actividades iure gestionis” (FJ 6º).

excepción del ejercicio jurisdiccional. En sus orígenes, su regulación y fundamento parte del Derecho internacional consuetudinario, pero en su evolución y con el desarrollo de inmunidades específicas, ha determinado una regulación especial, y a veces fragmentaria de alguna de ellas, como el caso de la inmunidad del Estado que viene siendo regulada en la Convención de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes¹⁶⁶, y a nivel regional por la Convención Europea sobre Inmunidad Estatal de 16 de mayo de 1972. En aspectos específicos, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, contempla la inmunidad en referencia a los buques de guerra que pertenezcan al Estado y en algunos casos como sucede con las aeronaves su regulación convive con normas consuetudinarias, ejemplo de ello puede citarse las aeronaves pertenecientes a los Estados, que quedaron fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Chicago sobre la Aviación Civil Internacional de 7 de diciembre de 1944 y que su inmunidad es reconocida jurídicamente.

Incluso en el ejercicio de la jurisdicción por un Estado en un supuesto de “justicia universal en materia civil” que tenía por objeto exigir compensaciones y reclamaciones indemnizatorias por graves delitos cometidos contra el Derecho humanitario y el derecho aplicable a los conflictos armados, la CIJ en su Sentencia de 3 de febrero de 2012 sobre el asunto de la inmunidad jurisdiccional del Estado (Alemania c. Italia con intervención de Grecia), atendiendo a la forma actualmente reconocida por el Derecho internacional consuetudinario conforme a la práctica internacional y de los

¹⁶⁶ La Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, adoptada el 2 de diciembre del 2004, previsto en su 65ª sesión plenaria en el documento A/59/PV.65, y aprobada el 16 de diciembre del mismo año por la Asamblea General, en su 59ª sesión mediante Resolución A/RES/59/38, al considerar que son meros actos *iuri gestionis*, establece en su Parte 3, que las inmunidades jurisdiccionales no pueden hacerse valer en los supuestos de: transacciones mercantiles (art. 10), contratos de trabajo (art. 11), lesiones a las personas y daños a los bienes (art.12); propiedad, posesión y uso de bienes (art. 13); propiedad intelectual e industrial (art. 14); participación en sociedades u otras colectividades (art. 15); buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado (art. 16), y los efectos de un convenio arbitral (art. 17), pudiendo añadirse la obligación de los Estados de consentir el ejercicio de la jurisdicción por parte de otro Estado conforme al artículo 7.1 del citado texto internacional, en virtud del cual expone lo siguiente: “*Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto: a) por acuerdo internacional; b) en un contrato escrito; o c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado*”. Señalando en el segundo apartado del citado precepto que “*el acuerdo otorgado por un Estado respecto de la aplicación de la ley de otro Estado no se interpretará como consentimiento en el ejercicio de jurisdicción por los tribunales de ese otro Estado*”.

propios Estados, ha afirmado que un Estado no queda privado de su inmunidad por el hecho de que se le acuse de graves violaciones a las normas internacionales de derecho imperativo. Así concluye que “según el Derecho internacional consuetudinario en la actualidad, un Estado no está privado de inmunidad por el hecho de ser acusado de violaciones graves del Derecho internacional de los derechos humanos o del Derecho internacional de los conflictos armados. Al llegar a esa conclusión, la Corte enfatiza que solo aborda la inmunidad del propio Estado con relación a la jurisdicción de los tribunales de otros Estados; la cuestión de (...) en qué medida la inmunidad podría aplicarse en los procesos penales contra un funcionario del Estado no está en discusión en el presente caso”¹⁶⁷. El Tribunal reitera en su Decisión que la misma tiene por objeto únicamente determinar la existencia de inmunidad del Estado mismo y frente a la competencia de los tribunales de otros Estados, para ello señala que no existe conflicto entre las normas de *ius cogens* de Derecho internacional y las reglas de Derecho consuetudinario que requiere que un Estado otorgue inmunidad a otro, pues ambos conjuntos de normas regulan situaciones diferenciadas debido al carácter procesal de las reglas de inmunidad que se limitan a determinar si los tribunales de un Estado pueden ejercer jurisdicción frente a otro. Así señala que: “En opinión de la Corte, (...) las reglas de conflicto armado que prohíben el asesinato de civiles en territorio ocupado, la deportación de civiles y prisioneros de guerra a trabajos forzados son reglas de *ius cogens*, y no existe conflicto entre esas normas y aquellas sobre la inmunidad del Estado. Los dos conjuntos de reglas abordan cuestiones diferentes. Las reglas de inmunidad del Estado son de carácter procesal y se limitan a determinar si los tribunales de un Estado pueden o no ejercer jurisdicción con respecto a otro Estado”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Documento original: “*The Court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case*” (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 139).

¹⁶⁸ Documento original: “*In the opinion of the Court, (...) the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of jus cogens, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State*” (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 140).

Junto a la inmunidad jurisdiccional del Estado, un segundo plano normativo hace referencia a la inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares, donde nos encontramos con una regulación más completa por vía del Derecho convencional respectivamente llevadas a cabo por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 y en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, a los que debe añadirse las inmunidades relativas a los representantes de Organizaciones Internacionales, como la de funcionarios de Naciones Unidas, regulada en el artículo 105.1 de la Carta, o más recientemente, la de los magistrados, fiscal, fiscales adjuntos y secretarios de la CPI, regulada en el artículo 48 del Estatuto de Roma, y en el ámbito de la UE el Protocolo número 7 anexo al TFUE, sobre los privilegios y las inmunidades de la UE.

Por su especial relevancia en el ámbito del Derecho internacional, motivado por el debido equilibrio entre los principios de independencia en la actividad de los Estados y el principio de jurisdicción territorial, resulta conveniente profundizar en las Convenciones de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y sobre las Relaciones Consulares de 1963, que reconocen las inmunidades de diplomáticos, agentes y funcionarios consulares, justificando sus privilegios e inviolabilidades en el “interés de la función” sobre la base de preservar a los mismos de cualquier tipo de coacción o falta de independencia que le impida realizar sus funciones de forma adecuada. Como señala Carrillo Salcedo, basándose en la Sentencia de 24 de mayo de 1980 de la CIJ en el asunto del Cuerpo Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán, *“la institución de la diplomacia ha demostrado ser un instrumento que permite a los Estados, a pesar de las diferencias de sus sistemas constitucionales y sociales, alcanzar la comprensión mutua y resolver sus controversias por medios pacíficos”* (1991: 240). Esta misma Sentencia resalta la existencia de un equilibrio entre los derechos del Estado “receptor” y los derechos del Estado “acreditante” pues las reglas del Derecho internacional relativas a las relaciones diplomáticas constituyen un régimen jurídico completo, que establece los privilegios e inmunidades que debe concederse a las misiones diplomáticas y prevén las medidas que dispone el Estado receptor ante un posible uso indebido de ellas (CARRILLO SALCEDO, 1991: 238)¹⁶⁹.

¹⁶⁹ *“These means are, by their nature, entirely efficacious, for unless the sending State recalls the member of the mission objected to forthwith, the prospect of the almost immediate loss of his privileges and immunities, because of the withdrawal by the receiving State of his recognition as a member of the*

En este sentido, el artículo 31 de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones Diplomáticas, establece que: *“El Agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:*

a) De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el Agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

b) De una acción sucesoria en la que el Agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

c) De una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el Agente diplomático en el Estado receptor fuera de sus funciones oficiales”.

Con relación a la inmunidad derivada de la actuación y ejercicio de funciones públicas por parte de agentes diplomáticos y representantes consulares invocadas como excepción al ejercicio de la jurisdicción penal de los Estados, su reconocimiento se concede no como privilegio personal sino como fin para garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados. Ello viene establecido en la Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive agentes diplomáticos de 14 de diciembre de 1973. Conforme a esta convención, Carrillo Salcedo concluye que en estos casos la inmunidad de jurisdicción supone un trato especial concedido por el Derecho internacional sobre la “ficción” jurídica de que los actos atribuibles a los mismos deben ser imputados al propio Estado que representa, y por ello supone una excepcionalidad a la aplicación de la jurisdicción territorial de los Estados que, al no estar sometido a sus tribunales, sólo puede ser objeto de medida de expulsión (1991: 239).

Por último, y en un tercer plano normativo especialmente considerado en el Derecho internacional, debemos tratar la inmunidad de los Jefes de Estado y cargos oficiales, como Presidentes del Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores y ciertos

mission, will in practice compel that person, in his own interest, to depart at once” (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 40).

ministros como miembros de órganos colegiados del poder ejecutivo además de otros funcionarios estatales, a los que debe añadirse la inmunidad de miembros de organismos internacionales conforme a normas establecidas en el Derecho internacional convencional. Debe tenerse en cuenta que dichas inmunidades no son coincidentes con las inmunidades habitualmente reconocidas en el Derecho interno de los Estados pues por un lado se amplía su ámbito subjetivo a los miembros de organismos internacionales, y por otro no se incluye la inmunidad de los parlamentarios y representantes electos.

Con relación a los Jefes de Estado y cargos oficiales, el principio de inmunidad se encuentra reconocido a través de norma internacional consuetudinaria a pesar de la existencia de algunos proyectos de codificación, como la Resolución alcanzada en la reunión celebrada en Nápoles en septiembre del año 2009 por la Tercera Comisión del IDI, sobre la Inmunidad de Jurisdicción y Ejecución de Jefes de Estado y de Gobierno en el Derecho Internacional, que coexiste con una regulación internacional específica como la establecida en la Convención sobre Misiones Especiales de 8 de diciembre de 1969 que reconoce la inmunidad de los Jefes de Estado o cargos oficiales que participan en las mismas.

Al igual que ocurre con los diplomáticos o representantes consulares, el reconocimiento de la inmunidad a los Jefes de Estado o cargos oficiales puede estar basada tanto en la función pública realizada como en su propia consideración personal, por lo que la inmunidad puede ser funcional o personal que coincide con la clasificación tradicional entre inmunidades *ratione materiae* y *ratione personae*.

La inmunidad por razón de la materia se define como “*aquella que tiene una persona por [las actuaciones] llevadas a cabo mientras ejercía actos soberanos, ostentando un cargo oficial dentro del Estado*” (MARTÍNEZ ALCAÑIZ, 2014: 383). En este sentido, son inmunidades funcionales aquellas que cubren las actividades realizadas por *todo* agente estatal, siempre y cuando estas se realicen en el ejercicio de sus funciones y al margen del lugar donde estas sean llevadas a cabo.

Un aspecto importante a destacar de este primer tipo de inmunidades es que las mismas no culminan con el fin del mandato del agente estatal, sino que se extienden más allá de la duración del cargo garantizando la protección incluso cuando su titular finalice sus funciones oficiales amparando a la mayor parte de los actos tanto *de iure*

como *de facto* realizados en nombre de los Estados, siendo oponibles a cualquier otro Estado. La lógica detrás de esta regla es la presunción de que los actos oficiales del Jefe de Estado son realizados en representación del propio Estado y no en su capacidad privada (REYES MILK, 2008: 75).

Por su parte, la inmunidad *ratione personae* tiene una finalidad protectora frente al resto de los Estados y es aplicable con relación a “*ciertas personas sólo por el mero cargo que ostentan*” (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 385). En este sentido, los Jefes de Estado, Presidentes y miembros del Gobierno, diplomáticos, representantes consulares, y funcionarios del cuerpo diplomático, así como funcionarios y otros cargos oficiales, ostentan dicha inmunidad atendiendo a su “estatus” personal. El fundamento de la inmunidad personal radica en permitir al agente estatal el libre ejercicio de sus funciones dentro del territorio de un tercer Estado al ser otorgada la misma en razón de su persona. Debe considerarse que estas inmunidades amparan *toda* actividad realizada, ya sea en su capacidad oficial o privada, realizada tanto antes como durante el ejercicio de su mandato así como dentro o fuera del territorio del Estado extranjero. Ahora bien y a diferencia de las inmunidades funcionales, las inmunidades personales otorgadas al agente estatal con motivo del ejercicio de sus funciones en el exterior solo podrán ser invocadas mientras se encuentre en el desempeño de sus funciones oficiales, pues éstas culminan con la finalización del mandato del agente o cargo estatal (REYES MILK, 2008: 76).

Estas inmunidades carecen de carácter absoluto cuando se trata del ejercicio de la jurisdicción penal universal, pues el cumplimiento de las obligaciones internacionales basadas en normas de *ius cogens* determina que no pueda ser oponible en la persecución de la responsabilidad individual por la comisión de graves crímenes internacionales.

Siguiendo a Martínez Alcañiz, la inmunidad puede impedir el ejercicio de la jurisdicción de los Estados especialmente en lo que respecta a aquellos “*actos llevados a cabo (...) en el ejercicio de sus funciones*” (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 385). Ahora bien, considera que dicha inmunidad pierde su eficacia en determinadas circunstancias, sobre todo cuando entra en conflicto con otros principios esenciales no siendo aplicable “con respecto a los delitos graves bajo el Derecho internacional (...), el cargo oficial de cualquier persona acusada, sea jefe de Estado o de gobierno, o como

oficial responsable del gobierno, no eximirá al individuo de tal responsabilidad penal, ni atenuará su castigo”¹⁷⁰.

Ciertamente el progresivo fortalecimiento del Derecho internacional público ha determinado que los Estados asuman ciertas consecuencias jurídicas como las obligaciones *erga omnes*. Ello acontece fundamentalmente en el ámbito del Derecho penal internacional, que puede ser definido como el conjunto de “normas imperativas” que regula aquellas conductas criminales que atentan contra los principales intereses de la comunidad internacional, y que se encuentran reguladas en diversos instrumentos internacionales o derivan del propio Derecho internacional consuetudinario (REYES MILK, 2008: 79-80). En este sentido la jurisprudencia de la CIJ, a pesar de contemplar de forma amplia el principio de inmunidad, ya había realizado una interpretación restrictiva del mismo en el asunto Yerodia, en su Sentencia de 14 de febrero de 2002, afirmando que únicamente podrán disfrutar de dicha inmunidad si se hubiesen llevado a cabo actos “oficiales” en el ejercicio de sus funciones¹⁷¹, estableciendo cuatro escenarios distintos donde podrá estimarse la irrelevancia de la inmunidad de un alto funcionario de un Estado, a saber: en primer lugar, ante los propios tribunales internos del Estado al que representa dicho agente; en segundo lugar, cuando el Estado del agente decide renunciar a la inmunidad del mismo (*waiver of immunity*); en tercer lugar, cuando el agente cesa en sus funciones (por lo que se podrá desestimar la inmunidad *ratione materiae*, que es la única que permanece tras el cese de funciones, a diferencia de la inmunidad *ratione personae*); y en cuarto lugar, ante ciertos tribunales penales internacionales¹⁷² pues en estos casos se carece del privilegio de inmunidad por cuanto su protección pertenece a otro ámbito jurídico (HIGGINS, 1994: 79).

En el proceso de codificación del Derecho internacional debe destacarse los informes sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del

¹⁷⁰ Documento original: “*With respect to serious crimes under international law (...), the official position of any accused person, whether as head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment*”. Correspondiente al Principio 5 del Proyecto de los Principios de Princeton sobre la jurisdicción universal (BASS et al., 2001: 31).

¹⁷¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 21.*

¹⁷² *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 21.*

Estado de la Relatora Especial Concepción Escobar Hernández que, partiendo de los antecedentes de los informes del Relator Roman Anatolevich Kolodkin, abordó el análisis de los conceptos de inmunidad y jurisdicción, así como de la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, además del régimen normativo aplicable a la inmunidad *ratione personae*, estableciendo en su proyecto de artículos que el mismo sería de aplicación “a los funcionarios de un Estado” respecto a la jurisdicción de otros (arts. 1 y 2), “*sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de Derecho internacional de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado*”¹⁷³, añadiendo en el artículo 3 que “*los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad ratione personae respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera*”¹⁷⁴, ampliando dicho alcance a los actos realizados tanto a título privado como oficial, si bien durante su mandato o anterioridad al mismo, y todo ello sin perjuicio de las reglas del Derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae* conforme al art. 4 del citado proyecto¹⁷⁵. En su cuarto informe de fecha 2 de junio de 2014 desarrolla los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2014b), afrontando el tema de sus límites en su quinto informe de fecha 29 de mayo de 2015 fundamentalmente con relación a las normas imperativas del Derecho internacional, estableciendo que la excepción a la inmunidad por razón de la materia queda esencialmente circunscrita con relación a la comisión de los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, tales como el delito de genocidio, de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes contra el Derecho internacional humanitario, así como el delito de torturas y contra las desapariciones forzadas de personas (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2015). En los

¹⁷³ “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2013, n° de referencia A/CN.4/SER.A/2013/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2), p. 44.

¹⁷⁴ “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2013, n° de referencia A/CN.4/SER.A/2013/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2), p. 47.

¹⁷⁵ “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2013, n° de referencia A/CN.4/SER.A/2013/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2), p. 52.

informes elaborados por la CDI en los años 2016 y 2017, se abordó desde la perspectiva del artículo 7 del proyecto las cuestiones que han suscitado un mayor debate relativo a los límites y excepciones a la inmunidad, destacando el establecimiento de criterios identificadores de los crímenes en los que la inmunidad *ratione materiae* no debe ser apreciada ante el ejercicio de la jurisdicción penal de un Estado extranjero (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2018b)¹⁷⁶.

Delimitado los aspectos sustantivos de la inmunidad y el establecimiento de sus límites, en el sexto informe de fecha 12 de junio de 2018 se profundizó en el estudio procesal de la misma percibiendo su inevitable conexión con el propio concepto de jurisdicción. Se pone de manifiesto que las restricciones a la inmunidad de jurisdicción no deben limitarse a los crímenes internacionales sino que debe de tenerse en consideración una serie de cuestiones generales para abordar dichos límites de manera integral. Se estima que el principio de igualdad soberana de los Estados no opera de manera autónoma sino que debe ser considerado conjuntamente con el principio del territorio, las excepciones a la inmunidad del Estado suponen una derogación al principio de igualdad soberana en el mismo sentido que la inmunidad puede constituir una derogación al principio de la soberanía territorial y al poder de jurisdicción que se deriva de ella. En consecuencia, el carácter procesal de la inmunidad constituye una excepción al ejercicio de la jurisdicción y no una causa de irresponsabilidad por los Estados¹⁷⁷. Ello determina el estudio sobre el momento en que deba ser invocada y la competencia del órgano que deba de resolverla, abordándose en su séptimo informe de fecha 19 de abril de 2019 aspectos concretos sobre la solicitud de notificación e intercambio de información entre los Estados afectados¹⁷⁸. Todo ello fue recogido en el

¹⁷⁶ El citado artículo 7 del Proyecto determina que: “1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional: a) crimen de genocidio; b) crímenes de lesa humanidad; c) crímenes de guerra; d) crimen de apartheid; e) tortura; f) desapariciones forzadas.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

¹⁷⁷ Ello viene apoyado por la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Inmunidades de Jurisdicción del Estado (Alemania c. Italia). Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012.

¹⁷⁸ En los artículos 8 y 9 del Proyecto determina lo siguiente:

“Proyecto de artículo 8

Consideración de la inmunidad por el Estado del foro

octavo informe de fecha 20 de febrero de 2020, en cuyo proyecto de artículos se reformula los conceptos de jurisdicción penal, de jurisdicción penal extranjera y se establece una interpretación normativa de los conceptos de inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*, a la vez que se establece las disposiciones y garantías procesales sobre la inmunidad, su renuncia y el intercambio de información, además de las garantías del trato justo e imparcial del funcionario para el caso de que no proceda el reconocimiento de la inmunidad, dando una visión más integrada sobre esta cuestión en la que se tuvo en cuenta la jurisprudencia emanada por la CPI, y de forma especial los fundamentos jurídicos expuestos por la Sala de Apelaciones en el asunto de Omar Al-Bashir (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2020: 26-30)¹⁷⁹.

Aunque la CDI ha iniciado un proyecto de regulación integral sobre la inmunidad de jurisdicción, en el ámbito de la justicia penal horizontal en el ejercicio de los Estados de su jurisdicción universal, la tendencia actual es considerar que la inmunidad no puede suponer impunidad cuando se trata de enjuiciamientos por la comisión de delitos graves de Derecho internacional, así muestra de ello fue lo ya establecido en el Principio 5 del Proyecto de Principios de Princeton sobre la

-
1. Las autoridades competentes del Estado del foro deberán considerar la inmunidad tan pronto como tengan conocimiento de que un funcionario extranjero puede verse afectado por un procedimiento penal.
 2. La consideración de la inmunidad se deberá producir en un momento temprano de procedimiento, antes del procesamiento del funcionario y del inicio de la fase de enjuiciamiento.
 3. La consideración de la inmunidad deberá producirse en todo caso si las autoridades competentes del Estado pretenden adoptar respecto del funcionario extranjero una medida coercitiva que pueda afectar al desempeño de sus funciones.

Proyecto de artículo 9

Determinación de la inmunidad

1. La determinación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado corresponderá a los tribunales del Estado del foro competentes para ejercer la jurisdicción, sin perjuicio de la participación de otros órganos del Estado que, de acuerdo con la legislación nacional, puedan cooperar con aquellos.
2. La determinación de la inmunidad del Estado extranjero se realizará de conformidad con lo previsto en el presente proyecto de artículos y a través de los procedimientos establecidos por el derecho nacional.
3. El tribunal competente deberá tener en cuenta si el Estado del funcionario ha invocado la inmunidad o ha renunciado a la misma, así como la información que le sea proporcionada por otras autoridades del Estado del foro y por las autoridades del Estado del funcionario cuando ello sea posible” (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 2019b: 14-15).

¹⁷⁹ Destaca de forma esencial el establecimiento de una excepción general en los supuestos de no reconocimiento al principio de inmunidad, al disponer el art. 8.3 del Proyecto lo siguiente: “3. La consideración de la inmunidad deberá producirse en todo caso si las autoridades competentes del Estado pretenden adoptar respecto del funcionario extranjero una medida coercitiva que pueda afectar al desempeño de sus funciones”.

jurisdicción universal, que establece que “con respecto a los delitos graves bajo el Derecho internacional (...), el cargo oficial de cualquier persona acusada, sea jefe de Estado o de gobierno, o como oficial responsable del gobierno, no eximirá al individuo de tal responsabilidad penal, ni atenuará su castigo”¹⁸⁰.

Ahora bien, debemos recordar que la inmunidad de los Presidentes y Altos cargos del Estado se fundamenta en el Derecho internacional consuetudinario, así como la de los diplomáticos y agentes representantes se recogen además en los tratados, por ello no deja de tener una vertiente sustantiva a pesar de su carácter esencialmente procesal. En el Proyecto de los Principios de Princeton resulta patente que la inaplicabilidad de la inmunidad se refiere a la vertiente sustantiva en sintonía con lo que se estableció el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (en adelante TMI), lo que no impide desde la perspectiva del Derecho interno la vigencia de la inmunidad desde el ámbito procesal como excepción al ejercicio de la jurisdicción mientras éstos desempeñen y se encuentren en el ejercicio de sus funciones. Así, “*en los procedimientos que se celebran ante tribunales nacionales, la inmunidad procesal se aplicará durante el mandato de un Jefe de Estado o de cualquier otro funcionario, o durante el período en el que un diplomático esté acreditado ante un Estado anfitrión*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2001: 25). Por ello, aunque el Proyecto de los Principios de Princeton no estableció como principio de Derecho internacional la inmunidad procesal, tampoco pretendió dejar sin efecto la misma pues consideraron que la jurisprudencia de los tribunales internacionales podría resolver su aplicación atendiendo a cada caso (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2001: 27).

En el ámbito de la justicia penal internacional en su sentido vertical, es decir la ejercida por tribunales internacionales e internacionalizados con competencia de enjuiciamiento en exigibilidad de responsabilidad individual por la comisión de graves crímenes internacionales, los Estatutos de los tribunales internacionales *ad hoc* TPIY y TPIR declararon la inaplicación de la inmunidad en su sentido sustantivo en el enjuiciamiento de los delitos internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra), pero ninguno de ellos determina el alcance de la inmunidad

¹⁸⁰ Documento original: “*With respect to serious crimes under international law (...), the official position of any accused person, whether as head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment*” (BASS et al., 2001: 31).

procesal, aunque los Jefes de Estado y Altos cargos gubernamentales puedan gozar de inmunidad mientras se encuentran en ejercicio de sus funciones, una vez que cesan o dejan de desempeñar las mismas podrán ser enjuiciados (ASAMBELA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2001: 26-27). Debe tenerse en cuenta que estos tribunales fueron creados por resoluciones del CSNU, cuya obligación de cumplimiento emana de lo establecido en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y fueron creados siguiendo los precedentes establecidos del TMI y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (en adelante TPMILO), acogiendo la inaplicabilidad del principio de inmunidad estableciendo que el cargo oficial que pueda desempeñar el inculpaado, ya sea Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionarios públicos, no le eximirá de responsabilidad ni atenuará la pena. El TPIR, conforme al art. 6.2 de su Estatuto, procedió al enjuiciamiento y condena de Jean Kambanda por Sentencia de 4 de septiembre de 1998 cuando cesó en su cargo de Primer Ministro de Ruanda, aunque los hechos hubieren sido cometidos durante su mandato¹⁸¹, y el TPIY, en virtud del art. 7.2 de su Estatuto, procedió a la detención y enjuiciamiento de Slobodan Milošević declarando el Tribunal su competencia y desestimando la inmunidad alegada para el enjuiciamiento por crímenes de guerra y de lesa humanidad por actos cometidos mientras desempeñaba sus funciones como Jefe de Estado, si bien su fallecimiento el 11 de marzo de 2006 debido a un ataque al corazón determinó que se archivara la causa contra el mismo con fecha de 14 de marzo del mismo año¹⁸².

Igualmente, en los “tribunales internacionalizados” sus estatutos contemplan de forma general la inaplicación del principio de inmunidad llegando incluso en determinados casos, como sucede en el Estatuto Salas Extraordinarias del Tribunal de Camboya (en adelante ECCC), a considerarlo plenamente responsable cuando se le acusa de la comisión de delitos internacionales¹⁸³. La Sentencia de la ECCC de 16 de noviembre de 2018 condena a Khieu Samphan a cadena perpetua por la comisión de

¹⁸¹ Véase “The Prosecutor versus Jean Kambanda”, Judgement and Sentence, of the 4th of September 1998, case n°. ICTR 97-23-S”.

¹⁸² Sobre el asunto Slobodan Milošević, véase “Prosecutor v. Slobodan Milosevic”, case number IT-02-54.

¹⁸³ En este sentido, el segundo párrafo del artículo 29 del Estatuto de ECCC dispone lo siguiente: “*The position or rank of any Suspect shall not relieve such person of criminal responsibility or mitigate punishment*”.

crímenes de lesa humanidad ya no siendo Presidente de Camboya¹⁸⁴ y en el TESL (constituido por Acuerdo de 16 de enero de 2002 entre el Gobierno de Sierra Leona y Naciones Unidas, tras Resolución del CSNU 1315 (2000), de 14 de agosto), en su artículo 6.2 de su Estatuto determinó la inaplicabilidad de la inmunidad procediendo en el ejercicio de su competencia a condenar a Charles Ghankay Taylor en su Sentencia de 20 de mayo de 2012 donde se le impuso de 50 años de prisión por crímenes de lesa humanidad y de guerra, una vez que el mismo había cesado en el desempeño de sus funciones como Presidente de Liberia¹⁸⁵.

Con relación a la CPI, su competencia para enjuiciar los crímenes internacionales tipificados en el Estatuto de Roma se extiende a aquellas personas que gozan de inmunidades según el Derecho internacional, al recoger la irrelevancia del cargo oficial a los efectos de la exigibilidad de responsabilidad penal individual. Así, en el artículo 27 del citado Estatuto determina que: *“1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.*

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

Dicho precepto supone la concreción de lo establecido en el art. 25 al determinar que la responsabilidad penal internacional del individuo debe ser aplicada por igual a toda persona sin excepciones, exigibilidad de responsabilidad que viene reforzada conforme al art. 28 que la hace extensiva a los jefes o superiores por hechos cometidos por las personas sometidas a su mando o cargo.

¹⁸⁴ Sobre el presente caso, véase “Judgement against Nuon Chea and Khieu Samphan”, Case 002/02, Judgment, Trial Chamber, of 16th November 2018, Document nº E465, Case file nº 002/19-09-2007/ECCC/TC.

¹⁸⁵ Sobre el citado caso, véase “The Prosecutor against Charles Ghankay Taylor”. Sentencing Judgment, of 30th May 2012, reference number SCSL-03-01-T-1285.

Debe tenerse en cuenta que esta regulación del Derecho penal internacional aplicable se complementa con la previsión establecida en el artículo 98 del Estatuto, al establecer que: *“1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.*

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”. Esta norma introducida a modo de cláusula de salvaguarda para resolver los problemas de cooperación entre los Estados y la CPI, estimo que debe ser interpretada de forma restrictiva para no alterar el objeto y la finalidad consensuadamente alcanzada con la firma del Tratado de Roma, pues no puede sostenerse por mera aceptación tácita que la irrelevancia de la inmunidad de los Jefes de Estado o cargos oficiales determine la cristalización de una norma consuetudinaria, debiendo ser compatible con los principios establecidos en el Derecho internacional general, pues una correcta comprensión de la competencia de la Corte establecida en el art. 98 del Estatuto y refrendada por la Regla 195 del Reglamento de Procedimiento y Prueba sólo sería aplicable frente a los Estados Parte, pues los Estados no Parte del Estatuto de Roma no deberían ser afectados, en principio, por ninguna decisión de la CPI.

Entre los asuntos sometidos a la CPI, tanto en lo referente a la inmunidad como a la propia competencia de enjuiciamiento, debemos destacar el caso Omar Al-Bashir¹⁸⁶, en el que se observa tres peculiaridades sobre su complejidad: en primer lugar, la de seguirse causa de exigibilidad de responsabilidad individual por la comisión de crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio de un Jefe de Estado en ejercicio

¹⁸⁶ El estudio y comentario del citado caso puede verse también en ABRISKETA URIARTE, J. (2016). “Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, N° 1, pp. 19-47.

de sus funciones cuando dichos hechos fueron cometidos; en segundo lugar, por ser nacional de un Estado, Sudán, que no forma parte del Estatuto de Roma (si bien en la actualidad ha firmado dicho Tratado en 2005 y se encuentra pendiente de su ratificación); y en tercer lugar, porque fue el CSNU, por Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo, quien instó del Fiscal de la Corte la iniciación de la investigación, y por ello del procedimiento.

Iniciada la investigación y a petición del Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares adoptó una primera orden de arresto contra el Sr. Al-Bashir el 4 de marzo de 2009, y un año después, con fecha 12 de julio de 2010¹⁸⁷, volvió a adoptar una segunda orden de arresto a la vez que se comunicaron dos requerimientos de cooperación dirigido a todos los Estados Parte, pues el Jefe de Estado sudanés no fue detenido durante sus visitas a Chad, Malawi, República Democrática del Congo y Sudáfrica. Las decisiones sobre el incumplimiento del deber de cooperación fueron adoptadas por la Sala de Cuestiones Preliminares I en fecha 12 y 13 de diciembre de 2011, que desde el punto de vista sustantivo, no reconocía la inmunidad del Sr. Al-Bashir frente a la CPI, y por ello acordó que se debió proceder al arresto y entrega sin necesidad de obtener previamente la retirada de la inmunidad por parte de Sudán, recalando en su fundamentación el “rasgo consuetudinario” de la “no inmunidad”, aunque ciertamente dicha resolución termina por confundir la improcedencia de la inmunidad con el deber de cooperar.

Estas dos decisiones adoptadas por a la Sala de Cuestiones Preliminares I fueron contestadas por la Comisión de la UA, sobre el fundamento jurídico de que la inmunidad de los funcionarios del Estado constituye un derecho que un tratado que no ha sido firmado no puede privar, así como que la Resolución 1593 (2005) del CSNU no retiraba de forma expresa a Al-Bashir su inmunidad garantizada por el Derecho internacional con motivo de su desplazamiento al Estado congolés. El Fiscal solicitó de la Sala de Cuestiones Preliminares II que se requiriera de ejecución las órdenes de arresto, lo que se realizó por Decisión de fecha 26 de febrero de 2014. Sobre este punto,

¹⁸⁷ Sobre las órdenes de arresto, véase “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Pre-Trial Chamber I, 4th of March 2009, No. ICC-02/05-01/09; y “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Pre-Trial Chamber I, 12th of July 2010, No. ICC-02/05-01/09.

la fundamentación de la Sala de Cuestiones Preliminares II sitúa a Sudán bajo la obligación de cooperar con la Corte y de retirar la inmunidad del Sr. Al-Bashir pues las obligaciones internacionales asumidas por la Resolución del CSNU 1593 (2005), de 31 de marzo, coloca a dicho Estado en una posición equivalente a los Estados Parte del Tratado de Roma, que es el que regula los fines y deberes de cooperación con la CPI¹⁸⁸.

La Sala de Cuestiones Preliminares II, al tener conocimiento de que el Sr. Al-Bashir estuvo en Jordania el 29 de marzo de 2017, imputa a dicho Estado el incumplimiento de la orden de arresto mediante Decisión de 11 de diciembre del mismo año, que fue recurrida por Jordania elevándose la cuestión a la Sala de Apelaciones¹⁸⁹.

Jordania, como parte signataria del Tratado de Roma desde 2002, se opuso a la Decisión y en su recurso aclara que las cuestiones objeto de discrepancia se refieren al hecho de si el Sr. Al-Bashir goza de “inmunidad personal frente a la jurisdicción penal extranjera en virtud del Derecho internacional consuetudinario” o del “Derecho internacional convencional”, y con remisión a su Derecho interno señala que la norma internacional habitualmente aplicada en Jordania sobre la inmunidad de los Jefes de Estado frente a la jurisdicción extranjera es que ésta no se encuentra sujeta a excepciones ni tan siquiera en el ámbito penal, argumentando para ello el precedente del caso relativo a la “Orden de Arresto de 11 de abril de 2000” de la CIJ. Por el contrario, la Fiscalía alegó que las obligaciones asumidas tanto en relación a la Corte como entre los Estados son indivisibles y hacen compatible lo dispuesto en el art. 27 del Estatuto de Roma con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y que tanto un Estado Parte como de un “Estado de referencia del CSNU”¹⁹⁰ no puede reclamar inmunidad frente al ejercicio de la jurisdicción de la Corte, ni oponerse válidamente a cualquier solicitud dirigida para la detención y entrega, por ello no existe ninguna obligación contradictoria pues Jordania está obligada en virtud del art. 27 del Estatuto de Roma (es decir, como efecto vertical entre los Estados y la CPI), sin que por

¹⁸⁸ “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09 OA2, pp. 7-8.

¹⁸⁹ “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09 OA2, pp. 8-10.

¹⁹⁰ En este caso, se utiliza el término “Estado de referencia” aquellos que vienen obligados por Decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

otra parte pueda invocar el artículo 98.1 del citado Estatuto como fundamento para no cooperar con la CPI¹⁹¹.

La cuestión debatida en derecho se centra en determinar, en primer lugar, si el art. 27.2 del Estatuto de Roma excluye la aplicación del art. 98 del citado Estatuto, en segundo lugar, si la Resolución 1593 (2005) del CSNU afectó a las obligaciones de Jordania en virtud del Derecho internacional consuetudinario y/o convencional al no considerar la inmunidad del Presidente de Sudán Omar Al-Bashir; y en tercer lugar, si la Sala abusó de su facultad discrecional al decidir remitir dicho incumplimiento a la Asamblea de los Estados Parte y al CSNU.

Con respecto a las cuestiones planteadas, la Sala de Apelaciones recuerda que sólo intervendrá si el error de “discreción” o de derecho afecta materialmente a la Decisión impugnada, y si con motivo de ello procediese el dictado de una sentencia sustancialmente diferente a la Decisión adoptada. Con relación a los argumentos expuestos por Jordania, la Sala de Apelaciones afirma que la jurisdicción de la Corte debe ser efectiva, lo que quebraría en el supuesto de que un Estado Parte no estuviere obligado a cooperar plenamente con la CPI, pues ésta depende de la cooperación de los Estados para ejecutar las órdenes de detención siendo contrario a lo establecido en el art. 27.2 que se prohibiera a la CPI ejercer su competencia debido a la existencia de inmunidades, que tratándose de delitos del art. 5 del Estatuto de Roma resultan inaplicables, que por otra parte constituye obligaciones que ya venían establecidas por norma de Derecho consuetudinario.

La Sala continúa argumentando que el término “cooperar plenamente” establecido en el art. 86 debe entenderse e interpretarse en el contexto del art. 27.2 del Estatuto, lo que determina que un Estado Parte no estaría cooperando plenamente con la Corte si ante una solicitud de detención y entrega se negara a cumplirla, basándose en el reconocimiento de la inmunidad del Jefe de un Estado extranjero, por lo que considera correcta la Decisión de la Sala de Primera Instancia.

Con relación al art. 98.1 del Estatuto de Roma, la Sala de Apelaciones señaló que es una norma procesal que determina la forma de proceder cuando existe

¹⁹¹ “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09 OA2, pp. 26-30.

inmunidad, de tal manera que ésta pueda obstaculizar la solicitud de cooperación pero no establece un derecho propio a la inmunidad, por ello no se requiere ninguna renuncia a ella toda vez que en este caso no hay inmunidad alguna que deba ser renunciada. Por ello dicha Sala considera que el hecho de ratificar o adherirse al Estatuto conlleva que los Estados Parte han dado su consentimiento a la inaplicabilidad de la inmunidad del Jefe de Estado a los efectos de los procedimientos seguidos ante la CPI, ello afecta tanto a la relación vertical entre éstos y la Corte como en su relación horizontal entre Estados, por lo que estima que la Sala de Cuestiones Preliminares constató correctamente que un Estado Parte no puede negarse a arrestar y entregar al Jefe de otro Estado por motivo de su inmunidad¹⁹².

En conclusión, acuerda que “con arreglo al artículo 82.1 d) del Estatuto, la Sala de Apelaciones podrá confirmar, revocar o modificar la resolución recurrida (Regla 158.1 del Reglamento de Procedimiento y Prueba). En el caso de Autos “por unanimidad”, procede confirmar la Decisión impugnada en la medida en que la Sala de Primera Instancia constató que Jordania había incumplido sus obligaciones (...) al no ejecutar la solicitud del Tribunal de Justicia sobre la detención del Sr. Al-Bashir y su entrega a la Corte mientras se encontraba en territorio jordano el 29 de marzo de 2017.

La Sala de Apelaciones considera por mayoría, (...) revocar la Decisión impugnada en la medida en que la Sala de Primera Instancia remitió a Jordania a la Asamblea de los Estados Partes y al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas porque, por las razones expuestas anteriormente (referida a la ausencia de contestación a la comunicación remitida por Jordania sobre la forma de proceder), el ejercicio de la facultad discrecional de la Sala de Primera Instancia fue, a juicio de la Sala de Apelaciones, erróneo”¹⁹³.

¹⁹² “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09 OA2, pp. 26-30.

¹⁹³ Documento original: “*In an appeal pursuant to article 82(1)(d) of the Statute, the Appeals Chamber may confirm, reverse or amend the decision appealed (rule 158(1) of the Rules of Procedure and Evidence). In the present case it is appropriate to confirm the Impugned Decision to the extent that the Pre-Trial Chamber found that Jordan had failed to comply with its obligations under the Statute by not executing the Court’s request for the arrest of Mr Al-Bashir and his surrender to the Court while he was on Jordanian territory on 29 March 2017. This decision of the Appeals Chamber is unanimous. The Appeals Chamber finds by majority, Judge Ibáñez and Judge Bossa dissenting, that it is appropriate to reverse the Impugned Decision to the extent that the Pre-Trial Chamber referred Jordan to the Assembly of States Parties and the UN Security Council because, for the reasons explained above, the*

En el presente asunto debemos resaltar la opinión conjunta de los jueces Chile Eboe-Osuji, Howard Morrison, Piort Hofmański y Solomy Balungi Bossa que, con relación a la jurisdicción de la CPI establece que: “El ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal internacional no es una contradicción, sino una mejora, a la idea de la igualdad soberana de los Estados y su independencia unos de otros. Para la Corte o tribunal deriva su jurisdicción del acuerdo de los Estados involucrados para aunar su soberanía e independencia con el propósito de resolver pacíficamente las disputas de interés para la comunidad internacional dentro de ese dominio. Por lo tanto, un tribunal internacional no ejerce la jurisdicción de ningún soberano. Ejerce la jurisdicción de todos los soberanos interesados entre sí para su beneficio general.

En consecuencia, en el resultado, la idea moderna de que ningún soberano está por encima de la ley en su propio reino (dentro de sus fronteras) ahora encuentra una equivalencia fácil en el plano internacional: en el sentido de que ningún soberano está por encima del Derecho internacional en ese plano, por el bien internacional de la paz y seguridad”¹⁹⁴.

Con relación a la inmunidad y basándose en el Informe de la CDI de 1996 sobre el Proyecto de Codificación de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, señalan que “los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, a menudo requieren la participación de personas en puestos de autoridad gubernamental que sean capaces de formular planes o políticas que involucren actos de gravedad y magnitud excepcionales. Estos crímenes requieren el poder de usar o autorizar el uso de los medios esenciales de destrucción y movilizar al personal requerido para llevar a cabo

Pre-Trial Chamber’s exercise of discretion was, in the Appeals Chamber’s view, erroneous” (“Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09 OA2, pp. 97-98).

¹⁹⁴ Documento original: “*The exercise of jurisdiction by an international tribunal is no contradiction—but an enhancement—to the idea of sovereign equality of States and their independence from one another. For, the court or tribunal derives its jurisdiction from the agreement of the States concerned to pool their sovereignty and independence for purposes of peaceful settlement of disputes of interest to the international community within that domain. Hence, an international court exercises the jurisdiction of no one sovereign. It exercises the jurisdiction of all the concerned sovereigns inter se, for their overall benefit.*

Accordingly, in the outcome, the modern idea that no sovereign is above the law in his or her own realm now finds ready equivalence on the international plane: in the sense that no sovereign is above international law on that plane, for the sake of international peace and security” (“Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr, pp. 25-26).

estos crímenes. Un funcionario del gobierno que planifica, instiga, autoriza u ordena dichos delitos no solo proporciona los medios y el personal necesarios para cometer el delito, sino que también abusa de la autoridad y el poder que se le confía. Por lo tanto, puede considerarse que es aún más culpable que el subordinado que realmente comete el acto criminal. Sería paradójico permitir que las personas que, en algunos aspectos, son las más responsables de los crímenes cubiertos por el Código, invoquen la soberanía del Estado y se escondan detrás de la inmunidad que se les confieren de sus funciones, especialmente en estos crímenes atroces que conmocionan la conciencia de la humanidad, violan algunas de las reglas más fundamentales del Derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales”¹⁹⁵. “La ausencia de inmunidad procesal, con respecto al enjuiciamiento o castigo en los procedimientos judiciales idóneos, es un corolario esencial de la ausencia de inmunidad”¹⁹⁶.

En lo que respecta al conflicto sobre el principio de inmunidad y las normas de *ius cogens*, la norma de inmunidad debe ceder siempre ante la comisión de crímenes internacionales, sobre todo en los casos en que no se cuenta con un tribunal capaz o dispuesto a garantizar el enjuiciamiento y castigo de los individuos penalmente responsables. Estos magistrados en su declaración conjunta recuerdan el voto particular del juez Cançado Trindade en el caso de las Inmunidades Jurisdiccionales del Estado de la CIJ de fecha 3 de febrero de 2012, que lo expuso en los siguientes términos: “Lo que pone en peligro o desestabiliza el orden jurídico internacional son los crímenes internacionales y no las demandas individuales de reparación en la búsqueda de justicia.

¹⁹⁵ Texto original: “[C]rimes against the peace and security of mankind often require the involvement of persons in positions of governmental authority who are capable of formulating plans or policies involving acts of exceptional gravity and magnitude. These crimes require the power to use or to authorize the use of the essential means of destruction and to mobilize the personnel required for carrying out these crimes. A government official who plans, instigates, authorizes or orders such crimes not only provides the means and the personnel required to commit the crime, but also abuses the authority and power entrusted to him. He may, therefore, be considered to be even more culpable than the subordinate who actually commits the criminal act. It would be paradoxical to allow the individuals who are, in some respects, the most responsible for the crimes covered by the Code to invoke the sovereignty of the State and to hide behind the immunity that is conferred on them by virtue of their positions particularly since these heinous crimes shock the conscience of mankind, violate some of the most fundamental rules of international law and threaten international peace and security” (“Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr, p. 73).

¹⁹⁶ Documento original: “The absence of any procedural immunity with respect to prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defence” (“Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr, p. 74).

En mi opinión, lo que preocupa al orden jurídico internacional es el encubrimiento de tales crímenes internacionales acompañado de la impunidad de los perpetradores, y no la búsqueda de justicia por parte de las víctimas. Cuando un Estado sigue una política criminal de asesinar a una parte de su propia población y de la población de otros Estados no puede, más adelante, colocarse detrás del escudo de inmunidades soberanas, ya que estos últimos nunca fueron concebidos para ese propósito. Las violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, que constituyen crímenes internacionales, no son en absoluto actos *iure imperii*. Son actos antijurídicos, son violaciones del *ius cogens*, que no pueden simplemente eliminarse o arrojarse al olvido confiando en la inmunidad del Estado. Esto bloquearía el acceso a la justicia e impondría impunidad¹⁹⁷. Dichos magistrados concluyen que “las infracciones del *ius cogens* provocan la eliminación de las reclamaciones de inmunidad del Estado, de modo que se pueda hacer justicia¹⁹⁸”, por lo que el Sr. Al-Bashir no gozó de inmunidad y al no ser entregado a la Corte Jordania incumplió su obligación con respecto a la misma, obligación que tiene su fundamento en el art. 27 del Estatuto y en la Resolución 1593 (2005) del CSNU por la que remitió a la competencia de la CPI la situación en Darfur de conformidad con el art. 13 b) del Estatuto de Roma¹⁹⁹.

De la resolución comentada debemos destacar que establece un criterio de eficacia de las resoluciones adoptadas por parte de la CPI, reforzando el criterio de cooperación entre los Estados Partes y el Tribunal Internacional, resolviendo el conflicto derivado de la invocación del principio de inmunidad al establecer la primacía

¹⁹⁷ Documento original: “[W]hat jeopardizes or destabilizes the international legal order are the international crimes and not individual suits for reparation in the search for justice. In my perception, what troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims’ search for justice. When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never conceived for that purpose. Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are not at all acts *iure imperii*. They are anti-juridical acts, they are breaches of *jus cogens*, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity” (“Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr, p. 88; y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 288).

¹⁹⁸ Texto original: “breaches of *jus cogens* bring about the removal of claims of State immunity, so that justice can be done” (“Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr, p. 88).

¹⁹⁹ Sobre la cuestión de la competencia jurisdiccional en el presente asunto, véase Capítulo 6 de la Tesis.

del enjuiciamiento en la exigibilidad de responsabilidad individual por la comisión de los graves delitos internacionales establecidos en el art. 5 del Estatuto de Roma, como *ultima ratio* de protección de normas esenciales para la comunidad internacional con carácter de *ius cogens*. Sin embargo en la relación horizontal entre Estados derivada del ejercicio de la justicia penal universal, parece que el sistema de cooperación se encuentra bajo el principio de igualdad soberana de los Estados que determina una eficacia más débil al establecido con relación a la CPI, que se fundamenta en un principio jerárquico.

Podemos incluso plantearnos si la inaplicación del principio de inmunidad personal, al menos con relación a la comisión de graves delitos internacionales, supone la formación de una doctrina con la aceptación suficiente que diera origen al proceso de cristalización de una futura norma consuetudinaria. Sin embargo, considero que en los actuales momentos no puede llegarse a tal conclusión, no se observa una uniformidad en su práctica por parte de los Estados en su convicción de actuar sujetos a una obligación, existiendo además precedentes judiciales contrarios a dicha doctrina como la Sentencia de la CIJ de fecha 3 de febrero de 2012 sobre la inmunidad jurisdiccional del Estado (Alemania c. Italia) que ha sido seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en su Sentencia de fecha de 11 junio de 2013 (Las Madres Sticking de Srebrenica y otros c. Países Bajos)²⁰⁰. En consecuencia, estimo

²⁰⁰ En esta Sentencia, la Sección 3ª de la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró inadmisibile la demanda presentada por parte de una organización no gubernamental que representaba a víctimas de la Masacre de Srebrenica de 1995, en su reclamación de reparación formulada ante los tribunales de los Países Bajos contra Naciones Unidas que al ser rechazada al reconocer la inmunidad de Naciones Unidas respecto de la jurisdicción nacional, estimaron con ello que le había sido violado su derecho de acceso a la justicia, contraviniendo el art. 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En su fundamentación, el Tribunal consideró que la atribución de privilegios e inmunidades a las Organizaciones Internacionales es un medio esencial para garantizar el buen funcionamiento de las mismas sin interferencias unilaterales por los gobiernos individuales, considerando que la inmunidad de Naciones Unidas tenía la misma naturaleza que la inmunidad restringida de un Estado soberano extranjero, sobre todo en este asunto donde debe tenerse en cuenta que las operaciones militares realizadas por las fuerzas de protección bajo Naciones Unidas (UNPROFOR) fueron *acta iure imperii*. Además el Derecho internacional no apoya la posición de que una demanda civil deba anular la inmunidad de jurisdicción por el solo hecho de que se trata de una violación particularmente grave de una norma de Derecho internacional, incluso una norma de *ius cogens*, y aunque el Tribunal consideró que era un “factor importante” determinar si las demandantes habían tenido a su disposición alternativas razonables para proteger eficazmente sus derechos reconocidos en el Convenio, en este caso particular no se consideró que en ausencia de una vía alternativa al reconocimiento de la inmunidad suponga de forma automática una violación del derecho a la tutela judicial efectiva; y por la naturaleza de las pretensiones de las demandantes el Tribunal no considera que se imponga una obligación a los Países Bajos de proporcionar un recurso contra Naciones Unidas en sus propios tribunales (*Las Madres Sticking de*

que no se ha alcanzado el consenso suficiente para privar de eficacia general el principio de inmunidad personal, sin que ello suponga en sí mismo la privación del derecho de las víctimas al acceso a la justicia sobre todo cuando se articulan medios alternativos para que no sean privadas de su derecho de reparación.

C) La Prescripción

La prescripción significa “*la expresa renuncia, por parte del Estado, del derecho a juzgar, en razón a que el tiempo transcurrido borra de alguna manera los efectos de la infracción*” (STS de 1 de diciembre de 1999, FJ 3º), ello supone una causa de extinción de la responsabilidad penal, así como la renuncia de ejercer su *ius puniendi* por parte de los que tiene competencia para el castigo de las conductas ilícitas, por haber asumido el “monopolio de la fuerza”.

A pesar que la naturaleza de esta institución haya sido controvertida, siendo considerada como de derecho sustantivo o bien como instrumento del Derecho procesal, su principal fundamento doctrinal radica en el avance de la sociedad a través del tiempo y la exigencia de una justicia dentro de los parámetros del derecho al “juicio justo”, que se infringe cuando existan dilaciones incompatibles con el castigo de los responsables siendo relevante para ello el tiempo en el que resulta legítimo el derecho a ejercer el castigo “debido”, por ello en la actualidad es objeto de debate no sólo en el ámbito nacional sino también en la comunidad internacional, debiendo encontrar un equilibrio equitativo entre las aspiraciones de justicia de las víctimas y las garantías reconocidas a los agresores, que quedan afectadas en este caso por el transcurso del tiempo.

Su origen se encuentra en el Derecho Romano y en la actualidad su fundamento viene determinado por la falta de finalidad del castigo cuando por el tiempo transcurrido carece de objeto su imposición, lo que supone una consolidación y mejora del ordenamiento jurídico de los Estados establecido por la necesidad de dotar de seguridad jurídica situaciones consolidadas. Trasladando esta acepción de la prescripción al ámbito internacional, se debate su aplicación en lo que respecta a los comportamientos graves y contrarios a la humanidad y si resulta admisible dicha causa de extinción de la responsabilidad penal en los crímenes internacionales. El Principio 6 del Proyecto de los

Srebrenica / Países Bajos, Sentencia (dec.) de 11 de junio de 2013, no. 65542/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212).

Principios de Princeton establece que “la prescripción u otras formas similares no se aplicarán a los delitos graves bajo el Derecho internacional (...)”²⁰¹.

Con carácter general, Ogas Cabrera y Soto Nilo sostienen que el tiempo en la prescripción “borraría el recuerdo del delito de la conciencia del pueblo, y transformaría la personalidad del autor, de modo que la pena no ejercería coacción psicológica alguna” (2007: 114-115). Esta teoría fundamenta su aplicación no sólo en la desvalorización de la pena sino también porque “pierde fuerza el sentimiento de antijuridicidad, por lo cual va perdiendo sentido la necesidad de castigo, es decir, la necesidad de que la pena sea impuesta” (2007: 115).

Además del transcurso del tiempo, se requieren dos elementos para que se estime que la prescripción sea causa de extinción de la responsabilidad penal: el comportamiento de la persona penalmente responsable de haber realizado una conducta típica y la existencia de actividad o inactividad en la persecución de tal acto ilícito por parte del Estado.

Con respecto al comportamiento del reo en el momento en que comete la infracción criminal, la comisión de la conducta ilícita vulneradora del bien jurídico protegido determina la respuesta del Estado o de las instituciones con poder de sancionar, mediante actos tendentes a la iniciación del proceso contra su autor que permite que pueda ser juzgado y le pueda ser impuesta una sanción o una condena. No obstante, si por la concurrencia de circunstancias extraordinarias o anómalas se dilata la persecución para el castigo o el propio cumplimiento de la pena impuesta, los ordenamientos jurídicos, para no frustrar los fines de resocialización, prevén la renuncia al procedimiento o a la ejecución de la condena. Existen pues en los ordenamientos jurídico-penales dos tipos de prescripción, la prescripción de la infracción criminal o del delito y la prescripción de la pena o de ejecución.

Si el fundamento de la renuncia del Estado a la persecución de un hecho delictivo se encuentra en la obligación de dar una respuesta judicial en tiempo adecuado la prescripción de ejecución se fundamenta en los principios de reeducación, rehabilitación y reinserción de la pena.

²⁰¹ Texto original: “*Statutes of limitations or other forms of prescription shall not apply to serious crimes under international law (...)*” (BASS et al., 2001: 31).

Mientras que la acción de *“reeducar (...) consiste en compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad”* (MAPELLI CAFFARENA, 1983: 150-151), la rehabilitación suele *“aludir a una institución jurídica que modifica el status ciudadano de quien ha cumplido ya su condena, proclamando que vuelve a ser sujeto de todos sus derechos en absoluta igualdad de condiciones con el resto”* (URIAS, 2001: 45). Con la reinserción del individuo a la sociedad se favorece con ello *“el contacto [directo y] activo recluso-comunidad”* (MAPELLI CAFFARENA, 1983: 151). No cabe por tanto una vinculación pasiva con la sociedad, por cuanto se exige la voluntad *“del interno a participar en su propia reinserción social, o lo que es lo mismo, su derecho como tal a ello, de igual modo pareciera reflejarse la obligación que tiene de colaborar en el mismo”* (FERNÁNDEZ BERMEJO, 2014: 407).

En cuanto al fundamento de la prescripción de la infracción criminal se han formulado una amplia gama de teorías, que siguiendo a Ogas Cabrera y Soto Nilo, podemos destacar las siguientes: aquellas que se fundamentan en la renuncia de un derecho, la denominada teoría del interés disminuido, basada en la ausencia o falta de medios de pruebas, y por último la teoría del olvido social, teoría a la que dedicaremos especial atención por ser la habitualmente utilizada cuando se ejercita la jurisdicción basada en el principio de justicia universal.

La teoría de renuncia de un derecho se fundamenta en la inactividad, pues transcurrido el tiempo legalmente previsto sin haber ejercido las facultades jurídicas inherentes a un determinado derecho debe estimarse renunciado el mismo. En nuestro ordenamiento jurídico este aspecto tipo de prescripción se denomina liberatoria y se aplica especialmente en el ámbito del Derecho privado con relevancia tanto en las obligaciones contractuales como en los derechos reales.

En cuanto a la teoría del interés disminuido, ésta se centra en que el transcurso del tiempo juega un papel esencial por cuanto determina que *“el interés del Estado (...) se va debilitando paulatinamente, hasta llegar un momento en que se extingue la necesidad punitiva”* (OGAS CABRERA y SOTO NILO, 2007: 117).

La teoría de la falta de evidencias pretende garantizar la eficacia del ejercicio de los derechos en el proceso penal. Los medios de prueba deben cumplir los presupuestos de forma y tiempo previstos procesalmente, por lo que aquellos que no hayan sido

presentados en el tiempo establecido no pueden ser utilizados en el mismo. La extinción de la responsabilidad penal, en este caso, tiene por finalidad no sólo evitar errores de juicio sino también garantizar los derechos del infractor, dotando de seguridad jurídica el procedimiento.

Por último, es la denominada teoría social del olvido la que mayor relevancia suele tener en el ámbito de la justicia universal. De acuerdo con esta teoría, *“la prescripción se justifica al constatar el hecho de que a medida que transcurre el tiempo desde la comisión de un delito, sus consecuencias y el sentimiento que despierta en la sociedad, se van desdibujando, lo cual implica consecuentemente que también se disminuya la necesidad de aplicar sanción”* (VARGAS VIANCO, 1994: 118; citado por OGAS CABRERA y SOTO NILO, 2007: 117-118).

En la evolución del Derecho, los delitos se han ido adaptando a la realidad social para la protección de un marco adecuado de convivencia. Es en este ámbito donde se plantea si el transcurso de los ataques graves que atentan contra los valores de la comunidad y si la propia inacción en la persecución del delito supone una justificación suficiente para evitar su enjuiciamiento.

No todos los delitos y crímenes tienen el mismo grado de relevancia o de importancia, la sociedad siempre exigirá una respuesta más dura a los individuos que atentaron contra su convivencia pacífica de forma relevante, o utilizaron medios especialmente lesivos para el bienestar de la sociedad, lo que determina que estas conductas sean castigadas de forma más severa y ello por su relevancia también es tomada en cuenta a la hora de valorar el tiempo para que pueda ser apreciada la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad. En este sentido, la prescripción también puede cumplir la finalidad de evitar situaciones de venganza social o uso indiscriminado de pretensiones punitivas en los que el proceso penal asume un papel exclusivamente represor, desconectado de su finalidad de justicia que justifica la conveniencia de establecer una serie de límites legales para el ejercicio del *ius puniendi* o del castigo impuesto. Martínez Alcañiz propone como solución a este aspecto la *“homogeneidad de criterios, en aras de la seguridad jurídica”* (2014: 435), y en el ámbito internacional resalta esencialmente *“la cooperación entre Estados (...) para solventar las diferencias existentes (...) dentro de la legalidad de las partes implicadas”* (2014: 435).

En el Derecho internacional la imprescriptibilidad de los crímenes más graves contra el Derecho humanitario y el “Derecho de Gentes” es la norma general. Esta tendencia es la seguida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos cuando tipifican los delitos contra el orden internacional en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Derecho internacional.

Así podemos citar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 26 de noviembre de 1968²⁰² y la Resolución 3074(XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 de la AG, sobre los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad²⁰³. Igualmente el principio de imprescriptibilidad viene recogido en el artículo 29 del Estatuto de la CPI con relación a los crímenes internacionales cometidos tras su entrada en vigor, al disponer que “*los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán*”. En el ámbito del Derecho internacional regional puede citarse el Convenio Europeo sobre la imprescriptibilidad de

²⁰² Así, los artículos 1 y 4 de la citada Convención determinan que:

“Artículo I

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las " infracciones graves "enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Artículo IV

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”.

²⁰³ En este sentido, el octavo punto de la citada Resolución dispone que: “*Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*”.

los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1974, que acordado como “tratado abierto” no entró en vigor hasta el 27 de junio de 2003²⁰⁴.

En el ámbito de la justicia penal universal el Principio 6 de los Principios de Princeton se refiere expresamente a la prescripción, al señalar que “los estatutos sobre las limitaciones u otras formas de prescripción no se aplicarán a los delitos graves de conformidad con el Derecho internacional”²⁰⁵, refiriéndose como delitos graves de Derecho internacional la piratería, esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, crímenes de lesa humanidad, genocidio y torturas (apartado 1 del Principio 2 de Princeton). Ello también viene reforzado por el Principio 13 al señalar que los órganos judiciales no podrán interpretar de forma limitativa ni de forma contraria estos Principios en el ejercicio de la jurisdicción conforme al Derecho internacional²⁰⁶.

Algunos autores conforme a la evolución del Derecho internacional, y basándose para ello en la Convención de 1968, vienen a considerar que la imprescriptibilidad de los crímenes graves de Derecho internacional constituye norma de Derecho consuetudinario, sobre todo con relación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad. El Profesor Bassiouni ha estudiado las convenciones y la evolución de los delitos internacionales como manifestación de la *opinio iuris* y considera que en el proceso de codificación de los delitos internacionales no puede adoptarse una norma general atendiendo a la falta de uniformidad en la evolución de su prohibición por el Derecho internacional. Así pone de manifiesto que, a diferencia de los delitos de piratería, esclavitud y crímenes de guerra que han ido evolucionando a lo largo del tiempo a través de declaraciones prescriptivas hasta llegar al reforzamiento de su prohibición, otros crímenes como el genocidio, el *apartheid* y la tortura no tuvieron esa evolución

²⁰⁴ Ratificado en la actualidad por los Estados de Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Malta, Montenegro, Países Bajos, Serbia, Rumanía y Ucrania. Francia firmó el citado convenio el 25 de enero de 1974 y hasta la fecha no ha sido ratificado y ni ha entrado en vigor en su Derecho interno.

²⁰⁵ Texto original: “*Statutes of limitations or other forms of prescription shall not apply to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1)*” (BASS et al., 2001: 31).

²⁰⁶ “*Principle 13 — Strengthening Accountability and Universal Jurisdiction*

1. *National judicial organs shall construe national law in a manner that is consistent with these Principles.*

2. *Nothing in these Principles shall be construed to limit the rights and obligations of a state to prevent or punish, by lawful means recognized under international law, the commission of crimes under international law.*

3. *These Principles shall not be construed as limiting the continued development of universal jurisdiction in international law*” (BASS et al., 2001: 35).

atendiendo a sus respectivas convenciones. Con relación al delito de lesa humanidad, que tiene su antecedente en 1919 tras la Primera Guerra Mundial y fue incorporado al Estatuto del TMI en 1945 y posteriormente mencionados en los estatutos del TPIY y TPIR hasta llegar a su actual configuración normativa en el Estatuto de la CPI, carece de una convención específica como sucede con los delitos de genocidio, crímenes de guerra, torturas y *apartheid*. Incluso en estos delitos internacionales las convenciones carecen de previsión clara sobre el ejercicio de la jurisdicción universal y la práctica de los Estados se ha demostrado como inconsistente e irregular para ver en ella una aceptación general. Ello afecta al propio ejercicio de la justicia universal por parte de los Estados, donde la justificación de esta jurisdicción sigue descansado en la convicción de su universalidad (2001-2002: 151-152).

Partiendo de estas consideraciones resulta difícilmente aceptable que la imprescriptibilidad de los delitos internacionales venga establecida por norma de Derecho consuetudinario, por cuanto que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 sólo ha sido ratificada por 9 Estados de los 55 que suscribieron dicho convenio²⁰⁷. Prueba de que la imprescriptibilidad no está aceptada como norma consuetudinaria es el Informe sobre el Proyecto de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la CDI de 1996, que eliminó del mismo la imprescriptibilidad que sí aparecía anteriormente en su informe de 1991²⁰⁸.

En nuestro Derecho, la imprescriptibilidad de los delitos descritos en el Estatuto de Roma fue llevado a cabo por la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, pero difícilmente puede tener carácter retroactivo dicha previsión normativa atendiendo a los efectos materiales que el instituto de la

²⁰⁷ Los 55 Estados han ratificado dicha convención, si bien 9 son signatarios del mismo. Los Estados en cuestión son Bielorrusia, Bulgaria, Rumanía, Hungría, Mongolia, México, Polonia, Rusia y Ucrania. Los datos del mismo pueden consultarse en NACIONES UNIDAS. “Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity”. United Nations Publications, Treaty Series. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&lang=en. Consultado el día 3 de mayo de 2020.

²⁰⁸ Así, en el artículo 7 del citado informe determinó que: “*El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es imprescriptible*” (“Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43.º período de sesiones (29 de abril-19 de julio de 1991)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991, nº de referencia A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2), p. 102).

prescripción tiene en nuestro Derecho. Así, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) se establece como doctrina consolidada que la naturaleza de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal despoja al Estado de su potestad de imposición de pena, y se traduce en la obligación ineludible de comprobar que la acción penal pervive. Sin acción no sólo no puede existir pronunciamiento de condena, sino que ni tan siquiera el juez puede delimitar los presupuestos fácticos de la misma. Por ello la prescripción no sólo constituye una circunstancia que extingue la responsabilidad sino además una causa que impide la persecución del delito y la propia sustanciación del proceso penal, que puede ser incluso declarada de oficio por los tribunales al tratarse de una cuestión que afecta al orden público normativo (entre otras SSTC 63/2005, 14 de marzo; 29/2008, de 20 de febrero y 22/2017, de 13 de febrero).

D) Las Leyes de Amnistía y otros mecanismos de impunidad

Uno de los instrumentos jurídicos que afectan a la eficacia de la justicia universal y que son causa habitual de impunidad son las llamadas leyes de amnistía.

Atendiendo a su origen en la terminología griega *amnestia* y en palabras del filósofo alemán Christian von Wolff, la “amnistía se define como el completo y perdurable olvido de errores y ofensas cometidas previamente. Además, cuando se da una amnistía, desde que todos los actos son enviados al olvido perpetuo y eterno silencio, nadie puede ser acusado o castigado por actos cometidos con anterioridad”²⁰⁹. Partiendo de esta definición, la amnistía pretende garantizar y promover la paz en países que se han visto involucrados en un conflicto armado.

A diferencia de los indultos, que suponen un “*instrumento (...) que exime a un delincuente o delincuentes condenados de la aplicación de la pena en todo o en parte*” mediante acto oficial (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2009: 5), la amnistía se define como “*la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil,*

²⁰⁹ Documento original: “*Amnesty is defined as complete and lasting forgetfulness of wrongs and offences previously committed. Therefore, when an amnesty is given, since all deeds are consigned to perpetual oblivion and everlasting silence, no one can be accused or punished for acts before committed*” (WOLFF, 1794: 989; citado por O’ SHEA, 2002: 4).

administrativa o disciplinaria (...)” (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, 2005a: 6).

Por razones jurídico-políticas existen otros mecanismos, que suponen en mayor o menor grado la impunidad de ciertos responsables por la comisión de delitos en la pretensión de promover la reconciliación como medio de superación de graves conflictos en el que se ha ejercido violencia generalizada contra un grupo de la población, de los que podemos destacar las denominadas Comisiones para la Verdad y la Reconciliación como las realizadas en Sudáfrica como medio de pacificación²¹⁰.

La eficacia jurídica de la amnistía se fundamenta en el ejercicio de la soberanía por parte de los Estados, con ello la ley surge o proviene de las *“normas internas que exoneran la responsabilidad penal a ciertas personas por unos hechos punibles determinados”* (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 447), y añade el Profesor Martínez Alcañiz que *“estas normas solo regirán en el propio Estado al ser una norma doméstica, no obligando a terceros Estados”* (2014: 447).

No existe una única clase de amnistía, por cuanto son los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado los que determinarán y especificarán su alcance. Ello nos lleva a diferenciar conforme a su contenido entre las amnistías absolutas y las amnistías condicionadas. Las amnistías absolutas se definen como aquel instrumento jurídico cuyo fin *“es esconder completamente crímenes del pasado prohibiendo cualquier investigación”* (AMBOS, 2009: 63), mientras que las amnistías condicionadas son aquellas que *“no exime automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s)”* (AMBOS, 2009: 71).

Históricamente también existían las llamadas amnistías de benevolencia que se caracterizaban por ser un instrumento utilizado tras la conclusión de una guerra y que

²¹⁰ La Comisión para la Verdad y la Reconciliación fue un mecanismo creado por el gobierno de Sudáfrica a fin de seguir una de las frases célebres de Nelson Mandela (1918-2013), que es: *“Sin perdón no hay futuro, pero sin confesión no puede haber perdón”*. Basándose en el pensamiento de Nelson Mandela para cerrar el doloroso capítulo de la política del apartheid, este instrumento jurídico tenía como finalidad alcanzar una justicia restaurativa, para dar satisfacción a las víctimas del sistema de opresión e injusticia política. Para ello las víctimas de delitos graves eran invitadas a dicha Comisión para contar sus experiencias, y ante las mismas los autores o presuntos responsables de los comportamientos que atentaron contra ellos o sus familiares reconocían su comportamiento. Tras esto, eran las víctimas a las que se le permitían la decisión de concederle o no la impunidad sobre sus hechos.

solían introducirse como cláusula en los tratados de paz entre vencedores y vencidos con la finalidad de no perseguir los delitos cometidos en el marco de la lucha armada y por el que se renunciaba a la represión de los vencidos, impidiendo que fueran perseguidos “*los partidarios del otro beligerante en la propia o en terceras naciones*” (REVISTA DE FOMENTO SOCIAL, 1977: 3).

Otro tipo de amnistía pretende la rehabilitación de la convivencia social (REVISTA DE FOMENTO SOCIAL, 1977: 4). Esta amnistía juega un papel esencial en la reconciliación y garantiza la restauración de un nuevo régimen político, siendo utilizados con fines de apertura democrática o como medio de normalización tras un período revolucionario.

Por último, debemos referirnos a las amnistías denominadas de autoperdón, utilizadas por los vencedores en las guerras y conflictos bélicos que tienen por finalidad exonerarse de toda responsabilidad basándose en la excepcionalidad de la violencia cuya utilización se estima legítima. Este tipo de amnistía tiene su equivalencia en la actualidad en los supuestos de autoamnistía o *amnesic amnesties* según el Profesor Ronald Slye²¹¹, pues su “*única finalidad es configurarse un blindaje legal para que no se proceda penalmente contra ellos*” (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 444).

Toda esta tipología de las leyes de amnistía tiene dos elementos comunes: el primero, que se trata de una expresión de la soberanía estatal frente a los derechos reconocidos como fundamentales por la cultura universal, y segundo, que viene motivada por circunstancias que tienden a asegurar la seguridad y convivencia pacífica de la comunidad a nivel estatal, pero con olvido del derecho de las víctimas.

El abuso que los Estados han hecho de las leyes de amnistía ha determinado que desde el Derecho internacional. Así, desde Naciones Unidas se establece la doctrina que: “*las amnistías son impermisibles si:*

a) Impiden el enjuiciamiento de personas que pueden resultar penalmente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos, incluidos los delitos que afecten concretamente a la mujer y la violencia de género;

²¹¹ Esta definición se encuentra en el presente texto original: “*Amnesic amnesties typically are granted by a regime that has been involved in human rights abuses*” (SLYE, 2002: 240).

b) Interfieren con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, incluida la reparación, o

c) Limitan el derecho de las víctimas y las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de Derechos Humanos y del Derecho humanitario” (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2009: 11). Incluso en aquellas circunstancias en las que se procedan a “restaurar los derechos humanos deben estar formuladas con miras a velar, sin limitar los derechos restaurados ni perpetuar en algún sentido las violaciones iniciales [cometidas]” (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2009: 11).

El Principio 7 de los Principios de Princeton contempla la incompatibilidad de las leyes de amnistía con el ejercicio de la justicia universal cuando se trata de la persecución de los crímenes de piratería, esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, crímenes de lesa humanidad, genocidio y tortura, y como fórmula de consenso, llegaron a establecer que: *“1. Las amnistías en general son incompatibles con la obligación de los Estados de imputar responsabilidad por la comisión de los delitos graves de Derecho internacional (...).*

2. Las amnistías que sean incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado que las concede no impedirán el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los delitos graves de Derecho internacional (...)”²¹².

La redacción de este principio fue alcanzada tras un profundo debate y división por parte de los profesores y juristas integrantes del proyecto, que se encontraban divididos entre aquellos que estimaban ilegítimas las leyes de amnistía, en cuanto impedían el ejercicio de la justicia universal y era fuente de impunidad por parte de aquellos responsables de la comisión de estos graves delitos internacionales, mientras que otro sector doctrinal estimaba que alguna amnistía, siempre que no impidan de forma absoluta la persecución de los responsables de los crímenes establecidos en el proyecto, podría ser admisible en determinadas circunstancias de transición política

²¹² Traducción realizada por la Asamblea General de Naciones Unidas del presente documento original: *“1. Amnesties are generally inconsistent with the obligation of states to provide accountability for serious crimes under international law as specified in Principle in 2(1).*

2. The exercise of universal jurisdiction with respect to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1) shall not be precluded by amnesties which are incompatible with the international legal obligations of the granting state” (BASS et al., 2001: 31).

como instrumentos jurídicos alternativos al proceso penal. Sobre la experiencia acontecida en Sudáfrica con la Comisión de Verdad y de Reconciliación, se debatió la posibilidad de establecer los criterios de exigibilidad de responsabilidad criminal para que fuera admisible conforme a la rendición de cuentas individualizadas como mecanismo de reparación. La dificultad de establecer un consenso sobre dichos criterios determinó que en la redacción del proyecto se desatendiese dicha cuestión (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2001: 27-28).

En su redacción final, este Principio establece una presunción de ilegitimidad de las leyes de amnistía cuando sean contrarias a las obligaciones internacionales, pero no establece una prohibición general sobre todo tipo de amnistías debiendo valorarse cada caso concreto y siempre que no suponga una fuente de impunidad.

Debe tenerse en cuenta que existen amnistías condicionadas que suelen tener una justificación de carácter político en situaciones difíciles de transición hacia un régimen más respetuoso con los derechos humanos. Como expone el Profesor Slye sobre lo que denomina amnistía de compromiso (*compromise amnestie*), éstas tienen por finalidad imponer una serie de restricciones que, aunque justificadas desde un punto de vista interno, pueden imposibilitar la intervención del orden internacional para perseguir los actos contrarios al Derecho humanitario y a los derechos humanos, y éstas pueden considerarse ilegítimas si no establecen mecanismos alternativos al proceso penal y cuentan con instrumentos de reparación a las víctimas, pues lo contrario supondría el establecimiento de un sistema de impunidad generalizado que impediría la exigibilidad de cualquier responsabilidad por los graves delitos cometidos (SLYE, 2002: 241-243).

No existe norma consuetudinaria internacional que prohíba la amnistía, tampoco puede estimarse que ello venga determinado por la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la doctrina jurídica existente sólo prevé una presunción de ilegitimidad cuando su justificación fuera procurar la impunidad de los responsables de la comisión de graves delitos internacionales.

1.7 Otros principios jurisdiccionales de Derecho Internacional: relación y diferencia con el principio de justicia universal

Resulta conveniente profundizar en el análisis de principios que tienden a garantizar la actuación judicial de los Estados. Por ello tendremos que referirnos a los principios de: territorialidad, protección de intereses, personalidad, beligerancia, justicia supletoria, justicia penal internacional, y complementariedad. Conviene resaltar que estos principios son predicables de la jurisdicción²¹³ de los Estados, como criterios de atribución que determinan la justificación y eficacia de su ejercicio.

A) El Principio de Territorialidad

El ejercicio del poder como manifestación de la soberanía se extiende sobre un territorio, por ello el principio de territorialidad resulta esencial para los Estados como organización política.

En palabras del Profesor Martínez Alcañiz, *“el territorio es [uno de los elementos constitutivos] del Estado, ya que éste necesita de un espacio físico en el cual poder desarrollar sus funciones, establecer un gobierno y dirigir la población”* (2014: 91). Cada Estado, desde la óptica internacional, puede ser considerado como una entidad *“basada en un territorio particular, gobernando una población dentro de su territorio”*²¹⁴.

Una manifestación de la soberanía estatal es la monopolización del uso legítimo de la fuerza. Los Estados son los únicos legitimados para perseguir los delitos y crímenes cometidos dentro de su territorio, generalmente con independencia de la nacionalidad tanto de su presunto autor como de la víctima. Este fundamento es esencial en la jurisdicción, por cuanto *“todas las legislaciones reconocen (...) el principio de territorialidad como principio básico regulador de la eficacia de la ley penal en el espacio”* (ZÁRATE CONDE, 2015a: 91).

²¹³ La jurisdicción refleja una de las manifestaciones de la soberanía del Estado, y (a pesar de que no exista un concepto unitario sobre el mismo) es definida como aquella potestad concedida a los tribunales nacionales a fin de que puedan juzgar aquellos comportamientos realizados por los presuntos responsables, sean civiles o penales (O'KEEFE, 2004: 736).

²¹⁴ Texto original: *“(...) based on a particular territory, governing a population within its territory”* (INAZUMI, 2005: 22).

Quintano Ripollés calificó el principio de territorialidad como “*egoísta*, [pues presupone] *el encasillamiento de cada Estado en su órbita jurídico-penal, ajeno a todo lo que pudiera acontecer más allá de las propias fronteras, y en que, hasta el crimen más atroz fuera de ellas perpetrado, es irrelevante para su derecho*” (1955: 30). La CPIJ en el asunto Lotus señaló “que el Derecho internacional prohíbe a los Estados ejercer jurisdicción de su propio territorio con respecto a cualquier situación que se refiera a hechos que hayan tenido lugar en el extranjero cuando no se pueden amparar en una regla permisiva del Derecho internacional”²¹⁵; y añade: “sólo podría sostenerse si el Derecho internacional impusiera sobre los Estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre personas, bienes y actos que estén fuera de su territorio y si sólo como excepción a esta prohibición general del Derecho internacional se permitiera a los Estados hacerlo en ciertos casos específicos”²¹⁶. Ésta última afirmación planteada por la Corte Permanente refleja una salvedad al principio de territorialidad pues: “*el propio Estado [podrá] ceder parte de esta soberanía [territorial] a favor de terceros Estados o incluso a órganos internacionales mediante los correspondientes convenios internacionales. [Ello con el objetivo de entablar vinculaciones] de cooperación y colaboración internacional, a fin de evitar la impunidad de los criminales*” (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 93).

Para determinar el ejercicio territorial de la jurisdicción de los Estados se vincula a los tribunales del foro el lugar donde el delito es cometido, y como ello puede generar dudas a la hora de determinar la competencia resulta tradicional dentro de la doctrina penal al tratar sobre la teoría de la aplicación normativa la existencia de tres criterios, que conforme expone el Profesor Martínez Alcañiz constituye medios adecuados para resolver los conflictos de jurisdicción entre jurisdicciones estatales. Estos criterios se estructuran en tres teorías: teoría de la actividad del autor, teoría del resultado del delito y la denominada teoría de la ubicuidad.

²¹⁵ Documento original: “(...) *that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law*” (véase *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A*, p. 19).

²¹⁶ Documento original: “(...) *only be enable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases*” (véase *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A*, p. 19).

La teoría de la actividad pone el énfasis en la conducta de la persona infractora y en la constatación de los actos externos en el que se materializa su intención delictiva. Sin embargo, dicha teoría no resuelve el lugar donde se produjo la consumación del delito por cuanto tanto la jurisprudencia como la doctrina han resaltado la existencia de un determinado supuesto en el que, habiéndose materializado su actuación en un Estado, el delito haya sido consumado que puede tener lugar en territorio distinto al que el presunto autor llevó a cabo su conducta activa u omisiva.

En un enfoque distinto a la anterior, la teoría del resultado señala que *“la ley penal a aplicarse será aquella en dónde se produce el resultado del crimen internacional, no teniendo en consideración alguna la acción típica”* (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 94). Del mismo modo que la teoría de la actividad presentaba diversos inconvenientes para su aplicación, pues hay delitos llamados de peligro o de riesgo que no requieren para su consumación un resultado concreto.

Como solución a las lagunas que presentaban las teorías anteriores, la teoría de la ubicuidad contempla los elementos de actividad del autor y el resultado del delito que de forma unitaria determinan su fundamentación, por cuanto *“mantienen que el crimen se ha cometido tanto en el lugar donde se ejecutó la acción típica, como en el lugar en donde se produce su resultado lesivo”* (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 94).

La jurisdicción universal supone el ejercicio de la jurisdicción de los Estados fuera de sus fronteras. Este ejercicio extraterritorial frente a terceros Estados puede generar conflictos, y por ello *“el Derecho internacional puede imponer algunas limitaciones a la jurisdicción nacional, y la jurisdicción territorial debe ser ejercida dentro del marco general previsto bajo el Derecho internacional”*²¹⁷.

B) El Principio de Protección de Intereses

El principio de protección de intereses, también conocido con el nombre de principio de protección, objetivo o real, tiene carácter extraterritorial y supone el ejercicio de la jurisdicción estatal fuera del territorio por necesidades de otorgar protección a los intereses esenciales del Estado. Conforme a su acepción, *“un Estado se considera*

²¹⁷ Texto original: *“(…) international law can place some limitations on national jurisdiction, and territorial jurisdiction must be exercised within the general framework provided under international law”* (INAZUMI, 2005: 23).

competente para conocer determinados delitos, señalados previamente por la ley, aunque no se hayan cometido en el territorio de ese Estado ni el autor sea un nacional del mismo, siempre que se lesionen intereses que se consideran esenciales para ese Estado” (CEREZO MIR, 2004: 252 y ss.; citado por ROMEO CASABONA, 2007: 667).

Los bienes jurídicos objeto de protección son aquellos a los que afectan de forma trascendente el ejercicio de la soberanía estatal y se concretan en aspectos reales o materiales, cuya vulneración podría paralizar u obstaculizar el correcto funcionamiento de los órganos estatales así como exponerlo a riesgo de quiebra o crisis del mismo, lo que sucede no sólo cuando se atenta contra su estructura política sino también económica. Bajo este principio se atribuye al Estado la jurisdicción para la persecución de delitos contra las instituciones estatales, sus altos representantes e intereses esenciales como la falsificación de moneda o los efectos timbrados.

Para el Profesor Ambos, la protección real permite la ampliación del *“ius puniendi nacional (...) a hechos que lesionan o amenazan bienes jurídicos internos, con independencia de dónde y a través de quién se produzcan”*, pues *“ningún Estado puede verse impotente, obligado a presenciar pasivamente atentados a su integridad política y militar, mientras que (...) el Estado territorial o no puede perseguirlos por falta de punibilidad o, por razones políticas, renuncia a hacerlo”* (2008: 61).

El Profesor Ambos considera de forma crítica que este principio de atribución jurisdiccional debe ser interpretado de forma restrictiva en cuanto que puede entrar en conflicto con los Estados del fuero territorial. Así, cita como precedente al TC de la República Federal de Alemania en su Sentencia de 15 de mayo de 1995²¹⁸ que establece *“que el Estado agredido no puede, apelando a un estado de legítima defensa, llevar a cabo de modo ilimitado intervenciones en el territorio del Estado del lugar del hecho aplicando su ius puniendi para preservar, de dichos atentados, todos los <<bienes imaginables>>”* (2008: 62 y 63).

²¹⁸ Sobre la citada Sentencia, véase “BVerfG 15.5.1995 – 2 BvL 19/91, 2 BvR 1206/91, 1584/91, 2601/93. Zur Spionage aus der ehemaligen DDR gegen die Bundesrepublik Deutschland”, BVerfGE 92, 277-DDR Spione, Entscheidungen. 15. Mai 1995, Verfassungsrecht. Strafrecht, JuristenZeitung, 50. Jahrgang, Nr. 18, 15. September 1995, pp. 885-897.

El principio de la jurisdicción basada en la protección de intereses tiene en común con la jurisdicción universal en que ambos suponen la extraterritorialidad de la jurisdicción de los Estados, pero a diferencia de ésta no contempla de forma directa la protección de bienes jurídicos subjetivos que son objeto de protección a través del principio de personalidad.

C) El Principio de Personalidad

Para el Profesor Quintano Ripollés el principio de personalidad tiene la finalidad de *“mantener el Estado su propio fuero jurisdiccional sobre personas que se hallan más allá de los propios límites territoriales y en las que la cualidad subjetiva, el status, puede más que la consideración geográfica y localista”* (1955: 66; citado por MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 98). Podemos señalar que el criterio de personalidad (asociado al criterio de nacionalidad) atribuye la jurisdicción a un Estado en protección de sus ciudadanos, y por ello dicho principio tiene carácter subsidiario al principio de territorialidad.

Este principio, de acuerdo con la clasificación aportada por el Profesor Martínez Alcañiz, se divide en cuatro categorías: personalidad absoluta, personalidad mixta, personalidad activa y personalidad pasiva.

La personalidad absoluta *“consiste en la aplicación de la ley penal exclusivamente a los nacionales del Estado, sin que pueda aplicarse a los extranjeros”* (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 99). Su puesta en práctica anula completamente el carácter subsidiario del principio de territorialidad y por ello es incompatible con el sistema penal de otros Estados.

El principio de personalidad mixta se define como *“aquél mediante el cual sólo se aplica la ley penal del Estado a los nacionales que delinquen en el extranjero contra otros nacionales”* (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 99), con ello garantiza *“mayor protección a los nacionales de un Estado”* (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 99).

El principio de personalidad activa o principio de nacionalidad permite que el ordenamiento jurídico penal interno de un Estado pueda ser aplicado *“a sus nacionales por los delitos que éstos hayan podido cometer en el extranjero”* (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 103). Este principio también resulta de aplicación a los residentes de

un Estado conforme al principio del domicilio. Este principio se caracteriza, conforme expone la Profesora García Sánchez, por “1) *La ley penal del Estado sigue a sus nacionales allá donde vayan*; 2) *el Estado siempre está interesado y afectado por la conducta de sus nacionales*; 3) *los nacionales de un país conocen mejor el Derecho penal de éste que el extranjero, por lo que podría conllevar mayores garantías para el justiciable*; 4) *el deber de fidelidad del nacional a las leyes de un Estado*; 5) *cuestiones de buenas relaciones internacionales entre Estados, para evitar que crímenes cometidos en el extranjero queden impunes*; y 6) *razones de evitación de la impunidad, ya que normalmente existe dentro del Derecho nacional un principio por el cual se prohíbe la extradición de nacionales, por lo que si un nacional delinque en el extranjero y se refugia en su Estado, en principio, sólo éste podría juzgarlo, al no poder extraditarlo*” (GARCÍA SÁNCHEZ, 2004: 72 y 73).

Por último, procederemos a analizar el principio de personalidad pasiva, que atribuye al Estado el ejercicio de la jurisdicción y de la aplicación de su ley penal por hechos acaecidos en otro territorio afecten a individuos de su nacionalidad.

Este principio comparte el ámbito de protección con la justicia universal, diferenciándose del mismo por cuanto el principio de personalidad ejerce la extraterritorialidad jurisdiccional para perseguir los ataques cometidos contra sus nacionales mientras que la jurisdicción universal pretende su aplicación general con independencia de la nacionalidad de los afectados.

D) El Principio de Beligerancia

El principio de beligerancia tiene naturaleza militar y es reconocido en el Derecho internacional en los únicos supuestos en que puede ser legitimada el uso de la fuerza como medio de autoprotección del Estado. En virtud de este principio, se otorga a los Estados inmersos en conflictos bélicos la facultad de juzgar y “castigar con medidas penales apropiadas a miembros de las fuerzas enemigas que se encuentran bajo su custodia cuando hayan violado las leyes y costumbres de guerra”²¹⁹. Su finalidad no es otra que “*hacer cumplir los compromisos internacionales suscritos por los Estados y*

²¹⁹ Documento original: “(...) *punish with appropriate penalties members of the enemy forces within its custody who have violated the laws and customs of war*” (ALLEN, 1943: 665).

mantener la seguridad de los territorios ocupados” (MARTÍNEZ ALCAÑIZ, 2014: 113).

El carácter no pacífico de este principio determina que sea admitida de forma restrictiva y como observa Martínez Alcañiz, sólo debe ser invocado cuando: “1) *El hecho de que el Estado tiene en su poder, no una mera presencia en el territorio, un prisionero de guerra o a una persona que no goza de [protección o garantía alguna que se le concediese el ordenamiento jurídico interno de un Estado]; 2) la existencia de un conflicto armado en el que participa el Estado beligerante; [y] 3) la posible ocupación de un territorio enemigo*” (2014: 110).

Desde su origen, se ha pretendido legitimar la actuación del Estado bajo el principio de beligerancia atendiendo fundamentalmente al propio Estado beligerante y no a las circunstancias de defensa que justificaría su invocación. A partir de finales del siglo XIX la doctrina destaca las circunstancias que legitiman la actuación como pone de manifiesto el Manual de Oxford de 9 de septiembre de 1880, sobre los derechos de guerra terrestres²²⁰, cuyo artículo 84 expone que “si cualesquiera de las normas precedentes fuesen violadas, los autores deben ser castigados, tras una audiencia judicial, por la parte del beligerante donde se encuentre. Los perpetradores contra las normas de guerra son, por tanto, susceptibles de castigo especificado en el Derecho penal”²²¹.

Como consecuencia del principio de beligerancia, resulta permisible para los Estados en tiempos de guerra aplicar su jurisdicción tanto en su propio espacio físico como en aquellos territorios ocupados. Suele fundamentarse este principio en la necesidad de dotar de seguridad jurídica la defensa a los individuos, si bien va

²²⁰ El citado texto jurídico fue creado por Gustave Moynier (1826-1910), abogado suizo conocido por ser uno de los fundadores (junto con Henry Dunan) y presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja. Si bien no debemos olvidar que también fue fruto de una investigación científica realizada por miembros del Instituto de Derecho Internacional (fundado en 1873), en un intento por hacer evolucionar el Derecho Internacional progresivamente. Pudiendo añadirse su intento por elaborar y crear un derecho codificado.

En lo que respecta al Manual de Oxford de 1880, debemos tener en cuenta que su creación ha permitido formar y perfilar, junto con la Declaración de Bruselas de 27 de agosto de 1874, las bases de los Convenios de la Haya de 1889 y 1907 sobre la Guerra Terrestre y las Regulaciones anexionadas.

²²¹ Redacción del siguiente precepto: “*If any of the foregoing rules be violated, the offending parties should be punished, after a judicial hearing, by the belligerent in whose hands they are. Therefore Art. 84. Offenders against the laws of war are liable to the punishments specified in the penal law*”.

perdiendo relevancia en la medida que se desarrolla el ejercicio de la jurisdicción universal.

El principio de beligerancia tiene en común con la justicia universal en que se persiguen delitos graves de relevancia para el orden internacional, pero mientras el principio de beligerancia precisa del elemento bélico para su aplicación directa de su jurisdicción y normas de Derecho interno, el principio de justicia universal se aplica en tiempos de paz y sobre la base de la colaboración jurídica que se constata en los procedimientos de extradición.

E) El Principio de Justicia Supletoria

El principio de justicia supletoria, también llamado sustitutoria, supone una manifestación del denominado Derecho penal de representación, que permite que los Estados sean competentes para conocer y enjuiciar una serie de hechos cometidos fuera de su jurisdicción territorial, *“bien porque la conducta no fuera punible en el lugar donde se llevó a cabo, bien porque el Estado competente para perseguir el delito no quisiera o pudiera solicitar la extradición del autor o responsables”* (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2012: 973).

Este principio tiene carácter restrictivo, pues sólo se aplica *“en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de [su] Ley penal, juzgarlo”* (STS 582/2007, de 21 de junio, FJ 3º). Como señala Martínez Alcañiz, este principio adquiere una especial relevancia en los compromisos asumidos en el Derecho internacional por cuanto permite *“enjuiciar a los responsables de ciertos delitos que se hallen en su territorio y no sean extraditados”* (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 123), y reflejo de ello puede encontrarse en el Convenio de Ginebra de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito del genocidio.

Su fundamento *“(…) no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos”* (Como en nuestro Derecho interno declaró la STS 582/2007, de 21 de junio, FJ 3º). Este principio ha sido criticado pues la imposibilidad de enjuiciar ciertos delitos no siempre coincide

con la falta de competencia para perseguirlos, por cuanto en estos casos no puede ampararse en la ausencia de facultades para ello. Así, Cerezo Mir afirma que este principio no será objeto de aplicación ni *“afectará a los intereses esenciales del Estado (...) ni a intereses de la comunidad internacional”* (CEREZO MIR, 2004: 251 y 252).

El principio de justicia supletoria se diferencia del principio de justicia universal por cuanto puede ser aplicado a delitos de menor entidad a los considerados como graves por parte de la comunidad internacional, y que la justicia supletoria actúa en representación del Estado y no de la comunidad internacional.

Conviene precisar que el principio de supletoriedad no debe ser confundido con el principio o criterio de subsidiariedad. Aunque la expresión “subsidiaria” adquiere diversos significados conforme al ámbito en el que se aplique, en líneas generales supone la elección entre dos o más facultades o alternativas, aplicando una de ellas (llamada subsidiaria) en ausencia o defecto de la principal. En suma, supone una limitación a la acción del Estado y responde a una lógica distribución de tareas o funciones complementarias pero con distintas causas, que no son equiparables ni intercambiables con ellas. Lo que caracteriza al principio de subsidiariedad es la existencia de situaciones jurídicas alternativas, determinando su actuación sólo por defecto de la contemplada de forma prioritaria, con la que mantiene igual finalidad y eficacia.

En cierto sentido, el principio de subsidiariedad se contrapone al de solidaridad, propio de la justicia universal, pues en este último no se establece un orden de prelación de alternativas pudiendo ejercerse de forma electiva, mientras que la subsidiariedad siempre supone la sujeción a la inacción de la actuación preferente.

En nuestro Derecho, la STS (Sala 3ª) núm. 939/2007, de 5 de mayo, acogiendo el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante AN) núm. 6122/2001, de 23 de octubre de 2001, afirma que se *“incurre en el más que frecuente error de confundir dos conceptos cuyo alcance jurídico y hasta coloquial es sin embargo diferente, cuales son la subsidiariedad y la supletoriedad. Ocurre sin embargo, frente a dicho erróneo planteamiento de parte, que el recurso a la subsidiariedad es una fórmula de colaboración normativa para los casos de concurso de normas, esto es, para los casos en los que resulten aplicables dos o más de ellas al mismo supuesto de hecho, de manera que la subsidiaria cede en beneficio de la*

primaria a la que, en su caso, complementa. La supletoriedad es por el contrario un instrumento de relleno de lagunas; de tal manera que cuando un determinado supuesto no es objeto de regulación por la norma inicialmente aplicable se da paso a la supletoria, siempre, eso sí, que semejante operación no resulte, por otras circunstancias, disconforme al ordenamiento jurídico” (FJ 1º).

F) El Principio de Justicia Penal Internacional

Desde el enjuiciamiento a Peter Von Hagenbach en 1474²²² por crímenes de guerra cometidos tras la rebelión del Alto Rin, que pasa por ser la primera aplicación del principio de justicia penal internacional, surgió la necesidad de establecer en las relaciones entre Estados medios de cooperación que pudieran reprimir ciertas conductas atentatorias realizadas contra los mismos. Por ello surge este principio que *“comprende esencialmente sistemas de colaboración interestatal respecto de las personas buscadas por la comisión de delitos contra el orden jurídico (...) interno, y no por delitos contra el orden jurídico internacional”* (BASSIOUNI, 1982: 7). La cooperación entre Estados es lo que determina su carácter transnacional dando satisfacción a intereses comunes con la finalidad de asegurar las fronteras territoriales y preservar el ejercicio de la soberanía territorial.

Aunque éste puede ser históricamente el origen de la aparición del principio de justicia penal internacional como exigibilidad de responsabilidad individual cuando la misma no puede ser exigida por la jurisdicción donde haya sido cometido el delito, su concepto ha ido evolucionando hasta ser considerado *“como la potestad que tienen determinados órganos judiciales internacionales para juzgar a los responsables de la comisión de [ciertos] crímenes (...) aplicando el Derecho penal internacional”* (MARTÍNEZ ALCANIZ, 2014: 26).

De su concepto se deduce la diferencia entre este principio y la jurisdicción universal. La jurisdicción universal puede ser ejercida por la jurisdicción de los Estados y conforme a sus normas jurídicas internas, mientras el principio de justicia penal

²²² Uno de los casos más destacados dentro del Derecho internacional, al ser uno de los juicios que determinó la aplicación del Derecho penal internacional. En este asunto se juzgó y condenó a Sir Peter von Hagenbach por crímenes de guerra durante el asedio en la ciudad de Breisach, así como por asesinar a ciudadanos y violar a sus mujeres, incluyendo a monjas y religiosas, a los que se añadió acusaciones de asesinato de cuatro personas de la ciudad de Thann, realizado en 1473 y traición a la familia Hagenbach.

internacional se ejerce por tribunales penales internacionales y conforme al Derecho internacional.

Siguiendo al Profesor Cassese, el principio de justicia penal internacional no sólo garantiza la imparcialidad en el enjuiciamiento sino que también “puede servir para mitigar el odio de las víctimas y sus deseos de venganza”²²³. Ello supone una especial garantía en el cumplimiento de los preceptos y obligaciones establecidas en el Derecho internacional y un sistema preventivo para aquellos individuos que, por ejercer poder o mando sobre otros, puedan llevar a cabo u ordenar actos contrarios a la civilización, que deben ser perseguidos por el Derecho internacional (CASSESE, 1998: 9 y 10).

Tras la Segunda Guerra Mundial y a pesar de una inicial previsión establecida en el Tratado de Versalles, las atrocidades de los crímenes cometidos determinó la necesidad de reprender los graves delitos contra la humanidad cometidos y para su enjuiciamiento y en aplicación del principio de justicia penal internacional se crearon los Tribunales Especiales de Tokio y Nüremberg pues “los crímenes contra el Derecho internacional son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas, y solamente castigando a los individuos que comentan tales crímenes pueden aplicarse las disposiciones del Derecho internacional”²²⁴. Este concepto de justicia penal internacional fue aplicado en fechas más recientes en los tribunales creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante CSNU) para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales con motivo de la guerra en Yugoslavia y Ruanda, habiendo formado un sistema jurídico permanente para su enjuiciamiento tras la creación de la CPI por la AG.

La jurisdicción universal otorga una mayor amplitud para la perseguir los delitos internacionales, pues la justicia penal internacional se reserva exclusivamente para reprender conductas tipificadas como genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión.

²²³ Documento original: “(...) can serve to blunt the hatred of the victims and their desire for revenge”. (CASSESE, 1998: 9).

²²⁴ Texto original: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced” (U.S. GOVERNMENT, 1947: 53).

G) El Principio de Complementariedad

El término complementario es definido por la RAE como aquello que “*sirve para completar o perfeccionar algo*”, aunque en el diccionario de Oxford podemos encontrar una definición más completa acerca de su significado como “una relación o situación en la que dos o más cosas distintas mejoran o resaltan las cualidades del otro”²²⁵. Como principio jurídico inspira el ejercicio de la jurisdicción por la CPI.

El Profesor Mohamed M. El Zeidy en su obra *The principle of complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, establece como antecedente del mismo los preceptos del Tratado de Versalles de 1919 con el objetivo de establecer entre el Estado alemán y las potencias vencedoras (Inglaterra, Rusia, Francia, Estados Unidos e Italia) la creación de tribunales militares que permitieran el enjuiciamiento a los responsables por la comisión de crímenes de guerra, estando ello previsto en los artículos 228-230 del Tratado de Versalles (EL ZEIDY, 2008: 12-18)²²⁶, concretamente en su VII sección titulada “Sanciones”²²⁷. Aunque para el funcionamiento del tribunal se contaba con la cooperación de Alemania, el Profesor El

²²⁵ Definición original: “*A relationship or situation in which two or more different things improve or emphasize each other's qualities*”.

²²⁶ Sobre el origen y evolución del principio de complementariedad, véase también EL ZEIDY, M. M. (2002). “The principle of complementarity: A new machinery to implement International Criminal Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4, pp. 869-975.

²²⁷ Dichos preceptos disponían lo siguiente:

“Artículo 228.

El Gobierno alemán reconoce a las Potencias aliadas y asociadas el derecho de llevar ante sus tribunales militares a los acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra. Se aplicarán a los que resulten culpables las penas previstas por las leyes. Esta disposición se aplicará, sin perjuicio de los procedimientos que se sigan ante una jurisdicción de Alemania o de sus aliados.

El Gobierno alemán deberá entregar a las Potencias aliadas y asociadas, o a la que de entre ellas le fuere indicado, las personas que, acusadas de haber cometido un acto contrario a las leyes y a las costumbres de la guerra, sean designadas, bien por su nombre, bien por el grado, la función o el empleo que tenían en las jerarquías alemanas.

Artículo 229.

Las personas curables de actos criminales contra súbditos de varias Potencias aliadas y asociadas comparecerán ante tribunales militares, compuestos de miembros pertenecientes a los tribunales militares de las Potencias interesadas.

En todo caso, el acusado tendrá derecho a designar por sí mismo a su abogado.

Artículo 230.

El Gobierno alemán se compromete a suministrar todos los documentos y datos, sea cual fuere su naturaleza, cuya presentación se considere necesaria para el conocimiento pleno de los hechos delictivos, el descubrimiento de los culpables y la apreciación exacta de las responsabilidades” (INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO COMPARADO, 1920: 304).

Zeidy pone de manifiesto que “cuando los aliados exigieron a los alemanes la entrega de un gran número de presuntos responsables por crímenes de guerra, éstos rechazaron dicha solicitud ante la imposibilidad de llevarla a cabo”²²⁸, por lo que el principio de complementariedad resultó un fracaso pues en la aspiración del ejercicio de ambas jurisdicciones no se articularon los mecanismos para imponer de forma coercitiva la colaboración entre Alemania y las potencias aliadas.

El principio de complementariedad puede ser definido como aquel criterio de naturaleza internacional que tiene por objeto la atribución de la jurisdicción en el caso de que ésta no sea ejercida por los órganos judiciales estatales, bien porque no hayan podido o no hayan querido ejercerla, permitiendo la impunidad de los responsables de la comisión de graves delitos contra la paz y seguridad sin haber instado en contra de los mismos el debido procedimiento penal.

El 10º párrafo del Preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 dispone que “*la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*”, y en su artículo 1 señala que “*la Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales*”²²⁹.

El principio de complementariedad aparece como subsidiario del ejercicio de la jurisdicción de los Estados y sobre el mismo se fundamenta la jurisdicción de la CPI.

²²⁸ Del documento original: “(...) when the Allies demanded the surrender of the large number of alleged German war criminals and the Germans refused due to what they claimed was the impossibility of executing this request” (EL ZEIDY, 2008: 17).

²²⁹ Sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma, véase Capítulo 4 de la presente Tesis.

Capítulo 2: El principio de justicia universal bajo la visión originaria en el Derecho internacional

2.1 El ejercicio extraterritorial de la jurisdicción y el principio de igualdad soberana de los Estados

2.2 Los orígenes de la universalidad de la jurisdicción

A) La búsqueda de mecanismos contra la impunidad

B) Respaldo internacional a los intereses de los Estados: Caso Savarkar

2.3 Visión internacional al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados

A) Respaldo internacional al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados

B) Límites al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados basados en el Derecho internacional

2.4 El carácter dispositivo de la jurisdicción universal desde la óptica internacional

Capítulo 2: El principio de justicia universal bajo la visión originaria en el Derecho internacional

Como pudimos observar en el Capítulo Primero, el principio de justicia universal tiene por finalidad garantizar la protección de los bienes esenciales para la humanidad reconocido por todas las naciones civilizadas. En la exigibilidad de responsabilidad individual de aquellos que hayan atentado de forma grave contra el orden internacional y los valores de la civilización existe un interés legal único que debe ser compartido por todos los Estados. El principio de justicia universal se articula sobre la potestad de los Estados de perseguir y enjuiciar aquellos delitos que hayan sido realizados fuera de sus fronteras sin que ello suponga en principio vulnerar el ejercicio soberano de otro Estado. Se trata, desde la perspectiva jurídica, de un mecanismo que *“ha constituido uno de los instrumentos fundamentales de colaboración entre los Estados para la persecución de delitos con trascendencia internacional (...) para los que hubo que articular un especial mecanismo de persecución en una sociedad internacional formada exclusivamente por Estados soberanos con intereses compartidos”* (MARTÍNEZ GUERRA, 2015: 118).

No obstante, y de acuerdo con el Profesor Philippe, “la implementación del principio general seguía siendo difícil, porque el principio de justicia universal es un problema no sólo del Derecho internacional, sino también nacional”²³⁰. En efecto, no resulta suficiente con su reconocimiento formal por parte de los Estados, sino que debe garantizarse su función en orden a una convivencia pacífica y de respeto a la dignidad humana dentro de la comunidad internacional.

El ejercicio por los Estados de la competencia universal ha suscitado cierta polémica desde sus orígenes, por cuanto al ser la jurisdicción una manifestación esencial del poder soberano su ejercicio extraterritorial puede interferir y afectar a otras jurisdicciones nacionales.

La compatibilidad entre el principio de territorialidad y la aplicación extraterritorial de la jurisdicción estatal en ciertos casos, no tiene por qué suponer un

²³⁰ Fragmento del presente documento original: *“(...) implementation of the general principle remained difficult, as the principle of universal jurisdiction is an issue not only of international but also of national law”* (PHILIPPE, 2006: 379).

obstáculo en el ámbito jurídico y político de las relaciones internacionales, pudiendo los principios rectores del Derecho internacional regular su coexistencia desde el ámbito del Derecho convencional. La CPJI ya estableció en el asunto Lotus que “el Derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes”²³¹, pero además añade que “las normas jurídicas vinculantes a los Estados emanan de su propia voluntad manifestada en los convenios o por el uso aceptados de forma general como expresiones de los principios del derecho y establecidas para regular las relaciones de coexistencia entre estas comunidades independientes o con una visión de logro de fines comunes”²³².

Los principios establecidos en el Derecho internacional público sobre el ejercicio de la jurisdicción de los Estados fuera de su ámbito territorial, conforme a la doctrina establecida en el asunto Lotus, pueden concretarse en lo siguiente: 1) se reconocen a los Estados un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de su jurisdicción con la única limitación de no invadir competencias propias de otros Estados; 2) se presume internacionalmente que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial es conforme a Derecho, ello implica que el Estado afectado por el mismo tenga que probar su ilicitud por interferir en sus potestades soberanas; y 3) que dicho ejercicio de la jurisdicción no sea arbitrario debiendo para ello existir un vínculo legítimo.

2.1 El ejercicio extraterritorial de la jurisdicción y el principio de igualdad soberana de los Estados

He señalado en el Capítulo anterior que la soberanía de los Estados debe ser entendida como poder dotado de primacía originaria, cualidad que se impone en concurrencia con otros poderes. En su relación con otros poderes soberanos, la soberanía equivale a independencia y ello determina un vínculo inmediato con el orden internacional.

Conforme al artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas, la organización internacional está basada en la igualdad de todos sus miembros. La igualdad soberana

²³¹ Documento original versión inglesa: “*International law governs relations between independent States*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 18*).

²³² Del texto original en versión inglesa: “*The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 18*).

de los Estados es un principio básico del Derecho internacional que supone el respeto a su independencia política e integridad territorial, así como de su libertad organizativa y normativa. La extensión del poder soberano de los Estados en el ámbito internacional sólo se encuentra limitado por la prohibición de toda injerencia en la soberanía de otro poder soberano. Así, el artículo 2.7 de la Carta determina que: “*Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII*”²³³.

El Derecho internacional actual regula un complejo mundo de relaciones entre los Estados pretendiendo dotar de contenido jurídico valores universales que determinan el establecimiento normativo de nuevos derechos y obligaciones cuyo incumplimiento amplía el ámbito de responsabilidad, que vendrían siendo impuestas en virtud de un poder externo. A pesar de ello, los Estados mantienen una posición central dentro del Derecho internacional, no sólo en su creación normativa sino como receptores de sus normas.

Aunque en la actualidad algunos juristas se plantean la reformulación de la independencia de los Estados tal y como fue concebido en el asunto Lotus atendiendo al proceso de codificación de los derechos humanos²³⁴, que sitúa en el centro del orden jurídico internacional a la persona humana y su dignidad, no es menos cierto que a pesar de las matizaciones realizadas por pronunciamientos de la propia CIJ²³⁵, ello no ha

²³³ El Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas contempla la acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión.

²³⁴ En este sentido, véase HANDEYSIDE, H. (2007), “The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship ever Afloat?”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, Issue 1, pp. 71-94; O’NEILL, T. (2017), *Rethinking the Lotus Principle: New perspectives on the Kosovo Advisory Opinion*. Master Thesis. Lund, International Human Rights Law, Faculty of Law, Lund University, Sweden; y HERTOGEN, A. (2016), “Letting Lotus Bloom”, *The European Journal of International Law*, Vol. 26, Issue 4, pp. 901-926.

²³⁵ Véase fundamentación jurídica y opiniones disidentes de: *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950; Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950; South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion,*

vaciado de contenido en el Derecho internacional el principio de la libertad e igualdad soberana de los Estados.

En suma, el Derecho internacional sigue reconociendo la libertad normativa y judicial de cada uno de los Estados. Con relación al ejercicio de la soberanía como manifestación esencial de la potestad soberana, ello se reconoce desde una triple perspectiva: el derecho de los Estados a establecer normas, enjuiciar conductas ilícitas y hacer cumplir sus decisiones judiciales. En el ámbito del Derecho penal, estas competencias normativas y judiciales comprenden la libertad normativa para establecer y tipificar las conductas objeto de represión criminal, la atribución a los órganos judiciales de las facultades para su enjuiciamiento y el estableciendo de un sistema jurídico para la ejecución de los pronunciamientos.

Desde el punto de vista del ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los Estados, la misma tiene como eje central el principio de territorialidad, al ser éste la conexión más natural con el ejercicio de su soberanía. Sin embargo, dicho criterio no es el único para la defensa de los derechos e intereses de los nacionales o residentes, de ahí que las jurisdicciones estatales se hayan atribuido competencias que puedan enjuiciar hechos ilícitos cometidos fuera de sus fronteras, sobre todo, cuando afectan a sus nacionales o residentes, e incluso cuando atenten directamente contra los intereses esenciales de los propios Estados. En estos casos, resulta indiscutible la potestad jurisdiccional de los Estados, que ha llevado a su reconocimiento internacional como norma de Derecho consuetudinario o basada en el principio de reciprocidad²³⁶. Además de ello, se viene reconociendo el ejercicio de las jurisdicciones estatales ante hechos tipificados como crímenes internacionales que por su gravedad pueden ser perseguidos por cualquiera de los Estados aunque se encuentren desconectados de su territorio, de sus intereses, así como de su afectación directa a sus nacionales o residentes, y son en estos supuestos donde se concretan los conflictos sobre la legitimidad de actuación y su

I.C.J. Reports 1996; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011; Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017; y Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Provisional Measures, Order of 23 July 2018, I.C.J. Reports 2018.

²³⁶ Sobre este aspecto, véase del presente estudio los Capítulos 1 y 6.

verdadera justificación internacional, toda vez que no existe norma convencional, consuetudinaria o principio de Derecho internacional que vinculen de forma imperativa a los Estados.

Como hemos expuesto en el Capítulo anterior, y atendiendo al ejercicio de la jurisdicción por parte de los Estados, no debe ser confundido los principios de extradición y entrega con el ejercicio jurisdiccional basado en el principio de justicia universal, aunque exista una estrecha conexión entre ellos por compartir la misma función de colaboración entre los Estados²³⁷.

Desde el punto de vista interno la extradición viene caracterizada como un instrumento de cooperación institucional entre Estados con la finalidad de evitar la impunidad de los responsables en la comisión de conductas constitutivas de delito, pero al vincular la decisión al ejercicio soberano de otros Estados adquiere unas consecuencias jurídicas que no son ajenas al propio Derecho internacional. La regla *aut dedere aut iudicare* se ha generalizado hoy a través de las instituciones internacionales, que con la finalidad de evitar espacios de impunidad han limitado la discrecionalidad de la decisión de los Estados a los que se le reclama la entrega de los responsables que hubieren cometido crímenes reconocidos en el Derecho internacional, pues en este caso y a través del principio de sustitución éstos venían obligados a garantizar el enjuiciamiento. Pero por ello no hay obligación de juzgar si no existe petición de extradición y no se deniega la entrega de responsable alguno si la competencia de un tribunal nacional no es de carácter obligatoria conforme a lo establecido en los tratados (REMIRO BROTONS et al., 2007: 1254-1255).

La universalidad de la jurisdicción se fundamenta en la cooperación de carácter solidario entre los Estados, normalmente emanada de la suscripción de convenios internacionales en representación de unos intereses de naturaleza universal y ello a pesar de que *“la ausencia de una verdadera comunidad jurídica internacional y de un ordenamiento penal internacional que proteja todos estos intereses (...) son los Estados, en virtud de la aplicación indirecta del Derecho penal internacional, en particular los que están legitimados para tutelarlos como representantes de la comunidad de Estados civilizados”* (GARCÍA SÁNCHEZ, 2004: 269).

²³⁷ Sobre el principio *aut dedere aut iudicare* de forma más extensa, véase el apartado B) del epígrafe 1.2 del Capítulo 1 de la presente Tesis.

Los Estados en un intento por unificar su ejercicio, suscriben tratados y acuerdos internacionales en los que se observan que se reservan “*la aplicación de este criterio (el de la cooperación) para concretas infracciones de bienes jurídicos cuya represión ha sido acordada internacionalmente*” (GARCÍA SÁNCHEZ, 2004: 248); y “*sobre esta base cabría proponer que si la práctica convencional relativa a la regla aut dedere...hubiese originado ya una norma general, el iudex apprehensionis de un presunto responsable de genocidio o de crímenes contra la humanidad estaría obligado en todo caso, incluso a falta de tratados, a aplicarla. (...) En este sentido cabe interpretar el art. 9 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), que codifica la regla aut dedere aut iudicare*” (REMIRO BROTONS et al., 2007: 1255).

Atendiendo a la naturaleza del principio de justicia universal no puede sostenerse su carácter absoluto, pues el mismo determina el ejercicio de la jurisdicción nacional únicamente ante hechos delictivos que reúnan una serie de rasgos característicos especiales²³⁸. Es por ello que “*los Tratados internacionales deben de ser la guía para los Estados nacionales a la hora de extender su jurisdicción fuera de sus fronteras, y así garantizar el respeto de los principios de Derecho internacional, como el principio de respeto de las soberanías ajenas*²³⁹” (GARCÍA SÁNCHEZ, 2004: 249). En consecuencia, “*el principio de justicia universal no es aplicado uniformemente en todas partes (...) y además no es un concepto único, pero puede ser representado al tener múltiples aspectos del Derecho internacional y nacional que pueden crear bien una obligación o bien una potestad para procesar*”²⁴⁰.

En la jurisdicción universal los Estados ejercen sus potestades soberanas para ampliar sus competencias jurisdiccionales en la medida en que los textos normativos, tanto nacionales como internacionales, les permitan la posibilidad de su ejercicio y el correcto uso de “*criterios lógicos de conexión acordes con el Derecho internacional y*

²³⁸ Sobre este aspecto, resaltamos que aquellos delitos adquirirán el carácter internacional no sólo desde la óptica legislativa internacional, sino también cuando aquellos comportamientos tipificados fuesen contrarios a la convivencia pacífica y segura dentro de la comunidad internacional.

²³⁹ Principio en virtud del cual ningún Estado interferirá para su resolución en el ejercicio de la soberanía de otro Estado, y con mayor relevancia, en lo que respecta a asuntos internos de éste.

²⁴⁰ Documento original: “*(...) the universal jurisdiction principle is not uniformly applied everywhere (...) is thus not a unique concept but could be represented as having multiple international and national law aspects that can create either an obligation or an ability to prosecute*” (PHILIPPE, 2006: 379).

con el Derecho penal” (GARCÍA SÁNCHEZ, 2004: 248-249). Con ello se garantiza su actuación judicial en aplicación de las normas previstas tanto del ordenamiento jurídico interno como basados en los principios del Derecho internacional.

La Profesora García Sánchez, desde una perspectiva histórica, expone que estos *“crímenes internacionales han quedado impunes porque generalmente el Estado de comisión u otro Estado con vínculos de conexión con el delito en cuestión, no los han querido o podido perseguir por diferentes motivos”* (2004: 270). Ello es debido a la ausencia de preceptos normativos que especifiquen un mecanismo de actuación en el momento de su invocación, dando lugar a la aparición de cierta *“laguna legal”*²⁴¹ en los tratados y textos jurídicos internacionales.

En este sentido cobra interés las observaciones realizadas en la práctica política por el Consejero de Estado estadounidense Henry Kissinger durante los mandatos de los Presidentes Richard Nixon y Gerad Ford, en torno a la protección de los ordenamientos jurídicos internos y la libertad del poder legislativo que los Estados ostentan sobre la determinación y tipificación de las conductas consideradas como delito, por cuanto que *“la noción de que los tribunales puedan juzgar ciertos delitos “universales” que no tienen conexión con el foro o con cualquiera de las limitaciones de “razonabilidad” que se encuentran en las bases tradicionales de la jurisdicción extraterritorial invitan al poder judicial a arrogarse del poder político y frustrar el delicado equilibrio de poder encomendado a los poderes políticos”*²⁴². Ciertamente, la aplicación arbitraria de la jurisdicción universal puede generar desequilibrios abusivos al dotar a los Estados de un

²⁴¹ Entenderemos como laguna legal aquellos supuestos controvertidos no previstos o regulados mediante norma aplicable, si bien en determinados casos éstos puedan ser resueltos a través de la costumbre, principios generales del Derecho, o desde la óptica del Derecho civil, mediante el uso de la analogía, siempre y cuando se aprecie identidad de razón al caso en cuestión. Desde la perspectiva del Derecho penal, y conforme al principio de legalidad, únicamente podrá apreciarse la analogía en aquellos supuestos que favorezcan al reo (*in bonam partem*), en virtud de lo establecido en el Código Penal.

Bajo la visión del Derecho internacional, estas lagunas se fundamentan en la falta de unificación y armonización de normas escritas que garanticen no sólo la adopción e invocación de instrumentos en materia de persecución de delitos, sino también ante un derecho sustantivo heterogéneo y fragmentado en lo que respecta a determinados delitos, como por ejemplo los delitos económicos, o que atenten contra el patrimonio de las persona físicas o jurídicas.

²⁴² Texto original: *“The notion that courts can adjudicate certain “universal” offenses that have no connection to the forum or any “reasonableness” limitations found in traditional bases of extraterritorial jurisdiction invites the judicial branch to arrogate political power and frustrate the delicate balance of power entrusted to the political branches”* (KISSINGER, 2001a: 273-282; citado por BODY, 2004: 1-2).

mecanismo jurídico que podría imponer una distribución desigual del poder económico y político en la comunidad internacional sobre aquellos otros Estados débiles (GARCÍA SÁNCHEZ, 2004: 271-272).

Constituye “*el núcleo duro del fundamento del principio universal (...) [la lesión de aquellos] bienes jurídicos pertenecientes al orden internacional como son los derechos humanos cuando se lesionan por el Estado y, precisamente por ello, necesitan de la intervención de la comunidad internacional porque el Estado del territorio en que se han cometido no los persigue o no puede perseguirlos*” (GARCÍA ARÁN, 2000: 71). Esta imposibilidad puede deberse a causas jurídicas debidas a la diversidad de tratamiento dentro de los Derechos internos sobre la justicia penal que conlleva la falta de uniformidad y homogeneidad que dificultan las relaciones interestatales. Es por este motivo por el que “los Estados están autorizados para conceder a sus propios tribunales el principio de justicia universal sobre ciertos crímenes como resultado de una decisión nacional, y no sólo de una norma o principio del Derecho internacional”²⁴³. La justicia universal exige ampliar el marco de las relaciones entre Estados para la satisfacción de un interés común de carácter internacional, pues como señala el Profesor Gabriel Bottini: “lo que hace excepcional es que este sea “ejercido de forma unilateral por un Estado” donde el crimen no tuvo lugar sin que pueda “involucrar a un tercer Estado u organización internacional”²⁴⁴.

Bajo la visión social y cultural de cada Estado, sus códigos o textos penales definen o especifican qué es lo que debe entenderse por delito en cada momento, su naturaleza, calificación o consideración como tal de las conductas ilícitas, así como la sanción o pena correspondiente emanada de esa responsabilidad criminal conforme a sus normas penales, y esa responsabilidad también viene determinada normativamente en atención a su *iter criminis* o grados de ejecución, formas comisivas, grado de participación, así como atendiendo a su naturaleza antijurídica y la necesidad de la protección de los valores y del hecho de la convivencia dentro de la colectividad. Es por

²⁴³ Texto original: “*States are entitled to grant their own courts universal jurisdiction over certain crimes as a result of a national decision, and not only of a rule or principle of international law*” (PHILIPPE, 2006: 379).

²⁴⁴ Fragmento original del presente texto: “*What makes it exceptional is that it is “exercised unilaterally by a state” where the crime did not take place and may either “involve a third state or an international organization” or be exercised over crimes committed in international waters*” (BOTTINI, 2004: 513; citado por LETT, 2015: 548).

ello que “la mayoría de las naciones tienen sus propias normas contra tales actos”²⁴⁵, si bien es cierto que “la aplicabilidad del Derecho doméstico para enjuiciar delitos internacionales a menudo implica que el delito esté sujeto a los plazos de prescripción”²⁴⁶, pues el mismo también viene determinado por las normas internas atendiendo a sus propios valores culturales y sociales en los que se fundamentan el Derecho.

A la hora de iniciar una relación interestatal en materia de cooperación jurídica, los Estados se encuentran con un obstáculo que, en palabras del Profesor Neff, radica en “aceptar que las personas que fueron en su conjunto más allá del horizonte cultural puedan o deberían tener derecho a una forma de trato por igual, sobre algún tipo de base objetiva, con vecinos comunes”²⁴⁷. Esta afirmación centra la mayoría de las dificultades que existen a la hora de acordar (incluso de forma multilateral) la creación y/o elaboración de normas que permitan garantizar tanto el cumplimiento de los principios del Derecho internacional como los mecanismos o instrumentos jurídicos procesales que permitan asegurar la resolución de conflictos que pudieran surgir entre los Estados.

Un Estado basándose en sus valores culturales y sociales que difieren de aquellos que pretendan ejercer su jurisdicción fundada en la justicia universal determina su actuación jurídica. Desde este ámbito de la sociología jurídica, destacan los estudios del Profesor Karl Nickerson Llewellyn²⁴⁸ sobre la transformación del Derecho y su

²⁴⁵ Fragmento del presente documento original: “*Most nations have their own laws against such acts*” (LETT, 2015: 548).

²⁴⁶ Fragmento del presente documento original: “*The applicability of national law to prosecute international criminal crimes often means that the offense is subject to statutes of limitations*” (HOOVER, 2011: 12).

²⁴⁷ Fragmento del presente documento original: “*(...) accepting that peoples who were altogether beyond one’s cultural horizon could or should be entitled to equal treatment, on some kind of objective basis, with familiar neighbors*” (NEFF, 2014: 34).

²⁴⁸ Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962), fue un prominente investigador americano asociado con la escuela del realismo jurídico (doctrina filosófica en virtud del cual el derecho es identificado mediante la aplicación de las normas bien debido a la organización autónoma del Estado, o bien a la probabilidad asociada a las decisiones judiciales). Siendo también muy conocido por su teoría de las funciones para determinar la transformación que sufre el Derecho.

función social en una determinada comunidad (1981: 157), estudio que fue el origen de la formulación de la teoría de las funciones del Derecho debida a Manfred Rehbinder²⁴⁹.

Pues el pensamiento social dominante es un elemento transformador del orden jurídico basado en la conciencia colectiva de pertenencia a una comunidad y aunque “el ejercicio de la jurisdicción universal en casos relacionados con crímenes de Derecho internacional sigue siendo muy debatida (...) en su implementación”²⁵⁰, la tendencia a dar satisfacción a este interés colectivo viene determinada en la aplicación e interpretación de las propias normas existentes en el Derecho interno.

En la teoría expuesta en su artículo *The Normative, The Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*, Llewellyn, basándose en la transformación que el Derecho ha experimentado en los Estados Unidos, debido tanto a los comportamientos sociales como al papel que juegan los operadores jurídicos (principalmente los jueces) en la aplicación normativa, realiza una crítica tanto a los mecanismos como a la metodología jurídica utilizada que en gran medida persisten hoy en día, pues éstas se centran en la dualidad entre lo establecido o previsto en la norma y los valores culturales o éticos de la convivencia.

Llewellyn diferencia entre el modo de actuación conforme a lo establecido en la norma jurídica o textos legislativos, de aquellos fenómenos culturales que podrán causar divergencia con lo jurídicamente regulado, distinguiendo lo que denomina *Law-Ways* y *Law-Stuff* (1940: 1357-1358)²⁵¹.

A pesar de que este pensamiento esté ubicado dentro del realismo jurídico y especialmente dentro de la Escuela americana²⁵², no deja por ello tener importancia por

²⁴⁹ Manfred Rehbinder (1935), jurista y sociólogo alemán del Derecho, profesor de las Universidades de Bielefeld (1969-1973) y de Zúrich (1973-2003) conocido por ser uno de los precursores dentro del campo de la sociología del Derecho de carácter empírico.

²⁵⁰ Texto original: “*The exercise of universal jurisdiction in cases involving crimes under international law remains highly debated (...) in its implementation*” (HOOVER, 2011: 1).

²⁵¹ Como medio para resolver las divergencias surgidas entre las instituciones y la sociedad, afirma que: “*“Juristic method” is likely, to a modern, to connote the task, or the ways of doing the task, of determining disputed questions of Law under the relevant prevailing authorities: the task peculiarly of the appellate court, reviewing on “The Law”, or of the jurist at work on the elaboration of his dogmatic*” (LLEWELLYN, 1940: 1393).

²⁵² Dentro del campo del realismo jurídico, debemos resaltar tres escuelas contemporáneas en las que se centraron en desarrollar este pensamiento jurídico-filosófico cuyo origen se encuentra en la Escuela del Realismo Clásico (bajo la figura de Aristóteles y de los juristas romanos), en virtud del cual exponen lo

cuanto analiza en profundidad los factores que condicionan no sólo la evolución del Derecho estatal, sino además la penetración de los cambios que determinan su evolución. Por eso el Derecho, para esta corriente de pensamiento jurídico, se encuentra en constante movimiento para solventar los problemas que puedan surgir ante la evolución social que va mucho más adelantada que cualquier regulación ofrecida por el Derecho, pues la colectividad suele articular una autotutela como mecanismo para dar satisfacción a las nuevas circunstancias que puedan surgir en la relación de los individuos con la colectividad²⁵³.

que se entiende por justicia y Derecho bajo la visión del jurista. Dichas escuelas son, a saber: la Escuela de Realismo Estadounidense, la Escuela Escandinava y la Escuela de Interpretación Jurídica de Michel Troper.

En lo que respecta a la citada Escuela de Realismo Estadounidense surgido en los años 30, destaca como una de sus figuras relevantes el juez norteamericano Oliver Wendell Holmes (1809-1894), que define el Derecho como aquellas decisiones tanto las adoptadas por el juez como las que están integradas dentro de una determinada colectividad. Determinando con ello que el derecho no es tanto el que está previsto en un texto normativo, sino más bien el que opera para llevar a cabo su *praxis*.

En cambio, la Escuela Escandinava, bajo la figura del jurista sueco Axel Hägerström (1868-1939), señaló que el Derecho no está en las decisiones que adopta el juez, sino más bien en la vinculación que existe entre este campo y los miembros de la sociedad determinando con ello la importancia de las normas que fueron creadas por parte de dicha colectividad y la obligación de cumplirlas. De ahí que postularan que la ley será vinculante al juez en la medida en que en la sociedad acepte un determinado comportamiento conforme a lo establecido en las normas.

Por último, y no por ello el menos importante, debemos resaltar la Escuela de Interpretación Jurídica bajo la figura del jurista francés Michel Troper (1938). Según esta escuela, el Derecho no se interpreta conforme a los textos legislativos, sino más bien al *animus* del juez, determinando con ello la importancia de la interpretación que llevan a cabo los juristas sobre las normas.

²⁵³ Siguiendo esta teoría, Llewellyn expone un total de cinco fundamentos por el que evidencia esa transformación jurídica y la sintetiza en: “*la resolución de conflictos, la dirección de la conducta, la legitimación y organización del poder social, la configuración de las condiciones de vida y la administración de justicia [(dicho fundamento también hace referencia a lo que denomina “cuidado del Derecho”)]*” (REHBINDER, 1981: 157).

En el primer fundamento, que denomina resolución de conflictos (“*the disposition of trouble-cases*”), analiza el pensamiento que todo jurista necesita a fin de resolver un conflicto basado tanto en normas escritas como consuetudinarias previstas en su ordenamiento jurídico unido a la percepción que las instituciones u órganos estatales tienen de dicho conflicto. Dentro de este fundamento, Llewellyn resalta la importancia de los conflictos que se produzcan dentro de la colectividad por cuanto permiten que el ordenamiento jurídico y las normas de dicha sociedad puedan avanzar, en aras de garantizar mecanismos o instrumentos resolviendo dichos enfrentamientos, correspondiéndose en este aspecto a la importancia de la rápida eficacia de la labor que desempeñan las instituciones, determinando con ello un intento por asegurar una convivencia pacífica dentro de la comunidad, y evitando con ello una interrupción prolongada para la colectividad ante un caso (REHBINDER, 1981: 158). El enfrentamiento previsto en este aspecto radica entre el conjunto de normas (escritas o consuetudinarias) tradicionales que han sido aceptadas unánimemente por la sociedad y un nuevo fenómeno cuyos elementos podrían diferir de los valores y normas de convivencia propias de dicha comunidad.

Esta visión de la sociología jurídica explica no sólo los modos de actuación de las instituciones estatales sino también refleja el comportamiento de las autoridades no siempre coincidentes con los valores éticos y morales de su comunidad, lo que es apreciable en el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados basado en la justicia universal, donde no siempre es coincidente el comportamiento de los Estados con los valores y principios universales que reconocidos por el Derecho internacional se pretenden garantizar. Los Estados pueden verse obligados a incumplir sus compromisos internacionales no tanto por la falta de medios y/o recursos para procesar a los responsables por los delitos internacionales cometidos, sino más bien por una serie de motivos que estiman “bajo su visión” contrarios a sus normas de convivencia, que justifican en la existencia de un “supuesto” peligro de perder su identidad que afecta a su integridad como Estado. Es ésta la dualidad que persiste en la actualidad entre el Derecho penal internacional y el Derecho penal interno de los Estados.

El Profesor Llewellyn también resalta dentro de este fundamento la relevancia de los profesionales del Derecho, poniendo el énfasis en la organización interna de sus sistemas jurídicos, lo que denomina también su cultura legal, analizando la extensión y expansión de sus normas dentro de una estructura social y su influencia a otras colectividades con una diversa organización normativa (LLEWELLYN, 1940: 1376).

En el segundo fundamento, que denomina la dirección de la conducta (*“the preventive channeling and the reorientation of conduct and expectation”*), señala Llewellyn que el Derecho actúa como medida preventiva frente a determinados comportamientos que puedan alterar o perjudicar la convivencia de la comunidad. Aquí advierte como factores que pueden dificultar su eficacia la existencia de pensamientos, ideas y valores que cada individuo posea en relación a su comunidad, por cuanto su comportamiento podría contravenir lo regulado en las normas (1940: 1376-1383).

La legitimación y organización del poder social (*“allocation and regulation of authority”*), en cambio, se centra en la decisión que adopta el Derecho para resolver conflictos mediante instrumentos jurídicos, que dotan a las autoridades competentes de mecanismos materiales y procesales para su eficacia, y que a su vez limitan su ejercicio de actuación como consecuencia de la forma en que se organiza el poder del Estado atendiendo al propio Derecho.

El cuarto fundamento mencionado por Llewellyn, hace referencia a la configuración de las condiciones de vida (*“net organization so as to unleash incentive”*), y se centra en la organización de la colectividad conforme a las normas previstas. En su análisis incluyen no sólo las relaciones de coordinación entre los individuos y su relación con la colectividad, sino también el conjunto de sus derechos y obligaciones que puedan verse influidos positiva o negativamente por la regulación social.

Por último, y con relación a la administración de justicia, o el cuidado del derecho en terminología de Rehbinder, su visión debe centrarse en la aplicación de los instrumentos y/ o métodos jurídicos (*“juristic method”*), Llewellyn llega a la conclusión que dentro de la organización y estructura de los Estados, y con una clara finalidad de garantizar el cumplimiento de las normas, su eficacia en orden a la resolución de conflictos y efectividad que posibiliten la convivencia, descansan sobre órganos e instituciones preestablecidas, con especialización de sus funciones que difieren de las generales en defensa de los intereses de los ciudadanos a través del Estado.

El “Estado requerido”, en el cumplimiento de una orden dictada por los órganos judiciales de un Estado extranjero, puede encontrarse ante la insuficiencia de normas internas que resulten específicamente aplicables. El Profesor Kaleck observó que: “cuando se exigen evidencias de un Estado cuyos altos cargos del Gobierno están involucrados de alguna manera en estos crímenes (...) el Gobierno involucrado no sólo dificulta el acceso a las víctimas, testigos y pruebas documentales, sino también impide el interrogatorio de los actores y agentes estatales responsables de los crímenes”²⁵⁴. Ello no es sólo una manifestación en la defensa de sus propios nacionales, sino que supone una garantía del propio “Estado requerido” para proteger el ejercicio de su soberanía frente a otro Estado.

En la actuación por parte de los Estados que pretenden ejercer su jurisdicción de forma extraterritorial también puede hacer un uso “abusivo” de la justicia universal que puede ser instrumentada de forma ilegítima. Como señala el Profesor Bassiouni señalando que: “La jurisdicción universal desenfrenada puede causar perturbaciones en el orden mundial y la privación de los derechos humanos cuando ésta es usada por motivos políticos o para fines vejatorios. Incluso con las mejores intenciones, la jurisdicción universal puede ser ejercida imprudentemente creando fricciones innecesarias entre los Estados, abusos potenciales de los procesos jurisdiccionales y el acoso injustificado de las personas enjuiciadas o perseguidas por la acusación”²⁵⁵.

El ejercicio de la jurisdicción de los Estados basado en la justicia universal supone una expansión de su propio Derecho interno, cuya aplicación se pretende sobre otro Estado al que se le impone un sistema jurídico que no le es propio. Ello conlleva el establecimiento de límites exigibles en el ejercicio de la jurisdicción universal, y en este sentido Bassiouni señala que “un Estado necesariamente ha de estar sujeto a ciertas obligaciones jurídicas internacionales, tales como la inmunidad procesal de Altos cargos y diplomáticos, y también debe estar subordinado a las reclamaciones jurisdiccionales

²⁵⁴ Fragmento original del presente documento: “*when evidence is required from a State whose government officials are somehow involved in the alleged crimes (...) Government involvement not only complicates access to victims, witnesses, and documentary evidence, but also impedes examination of the State actors and agencies responsible for the crimes*” (KALECK, 2009: 961-962).

²⁵⁵ Fragmento del presente documento original: “*Unbridled universal jurisdiction can cause disruptions in world order and deprivation of individual human rights when used in a politically motivated manner or for vexatious purposes. Even with the best of intentions, universal jurisdiction can be used imprudently, creating unnecessary frictions between states, potential abuses of legal processes, and undue harassment of individuals prosecuted or pursued for prosecution under this theory*” (BASSIOUNI, 2001: 82).

de otros Estados que solicitan ejercer su jurisdicción penal cuando dichas reclamaciones están basadas en intereses más serios y sean solicitadas para ser ejercidas de forma efectiva y de buena fe”²⁵⁶. Hesenov también señaló que “el principal problema de la jurisdicción universal descansa en la contradicción entre la universalidad de su misión y la particularidad de los intereses políticos de la soberanía nacional de los Estados que proporcionan el marco legal para su aplicación”²⁵⁷.

El cuestionamiento de la legitimidad en el ejercicio de la jurisdicción universal ha llevado al Profesor Langer a estudiar su práctica desde una visión política. Así señala que “los partidarios de la jurisdicción universal han tendido a descartar las consideraciones políticas como obstáculos inadecuados en la lucha contra la impunidad”²⁵⁸ y “los críticos a su aplicación han tendido en subestimar el papel de la política en esos enjuiciamientos, y probablemente teniendo en cuenta los casos de Bélgica y España, han dado por sentado que estos procedimientos internos se encuentran en manos de fiscales y jueces que carecen de responsabilidad”²⁵⁹. Una evidencia de ello se observa en la advertencia que realizó Kissinger sobre el peligro que supone aplicar la jurisdicción universal en base a unos fines que son contrarios a su justificación (2001b: 88), al afirmar que “el peligro se centra en empujar el esfuerzo a extremos que corren el riesgo de sustituir la tiranía de los jueces por la de los gobiernos:

²⁵⁶ Fragmento del presente documento original: “(...) a state necessarily has to be subject certain international legal obligations, such as procedural immunity for heads of state and diplomats, and also to be subordinated to the jurisdictional claims of other states seeking to exercise their criminal jurisdiction when such claims are based on weightier interests and are sought to be exercised effectively and in good faith” (BASSIOUNI, 2001: 87).

²⁵⁷ Texto original: “The main problem of universal jurisdiction lies in the contradiction between the universality of its mission and the particularity of the political interests of the sovereign nation states which provide the statutory framework for the application of the doctrine” (HESENOV, 2013: 276).

²⁵⁸ Fragmento original del presente documento: “Supporters of universal jurisdiction have tended to dismiss political considerations as improper obstacles in the fight against impunity” (LANGER, 2011: 4).

²⁵⁹ Fragmento original del presente documento: “Critics of (...) have tended to overlook the role of political branches in these prosecutions and (...) have tended to assume that the proceedings are in the hands of prosecutors and judges who lack accountability” (LANGER, 2011: 5).

históricamente la dictadura de los virtuosos ha conducido a menudo a inquisiciones e incluso a la caza de brujas”²⁶⁰.

En la práctica política, Langer observa que “los incentivos que operan en los procesos y juicios de jurisdicción universal tienden a favorecer su ejercicio sobre los acusados pocos relevantes, que son aquellos que no pueden comprometer la relación internacional, política, de coste económico y de cualquier otra clase para los posibles Estados que pretenden su procesamiento y especialmente para estos acusados en contra de los cuales existe un amplio acuerdo en la comunidad internacional. Si este es el caso, la jurisdicción universal no reducirá sustancialmente la "brecha de impunidad" como esperan sus seguidores ni conducirá a los peligros que temen sus críticos”²⁶¹.

Igualmente, y desde el punto de vista de la clase política, observa que la actividad de los grupos de defensa de los derechos humanos, los medios de comunicación en cuanto se hacen eco de las atrocidades de los crímenes cometidos de forma mundial, determina un Estado de opinión pública que resulta relevante para que la acción política modifique estructura que posibiliten la jurisdicción universal, al suponer un incentivo que puede ser aprovechado electoralmente (LANGER, 2011: 5).

En su análisis, Langer aborda desde la *praxis* tres criterios que conforme a su concurrencia determinan la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción universal: 1º) su utilización para neutralizar el ejercicio político y/o militar, 2º) el régimen político de los Estados y 3º) el sistema económico y disponibilidad de recursos y su posición ante la nacionalidad de las personas responsables (2011: 41-45).

Del resultado de su observación, la justicia universal será más legítima en cuanto: 1º) se garantice por su ejercicio que se neutraliza actividades políticas/militares que pudieran ser llevadas a cabo por el Estado al que se le exige el cumplimiento, 2º)

²⁶⁰ Texto original: “*The danger lies in pushing the effort to extremes that risk substituting the tyranny of judges for that of governments: historically, the dictatorship of the virtuous has often led to inquisitions and even witch-hunts*” (KISSINGER, 2001b: 86).

²⁶¹ Texto original: “*This article’s central argument is that if we consider the incentives operating on the political branches in universal jurisdiction prosecutions and trials, they tend to favor the assertion of universal jurisdiction over low-cost defendants—those defendants who can impose little or no international relations, political, economic, and other costs on potential prosecuting States—and especially over those low-cost defendants against whom there is a broad agreement in the international community. If this is the case, universal jurisdiction will neither substantially reduce the “impunity gap” as its supporters hope nor lead to the dangers that its critics fear*” (LANGER, 2011: 5).

que se lleve a cabo por regímenes políticos “democráticos”, por cuanto que éstos garantizan la protección de derechos individuales con escasa probabilidad de que su sistema jurídico se encuentre vinculado al poder político²⁶², y 3º) que el comportamiento del Estado es independiente a los costes económicos prevaleciendo siempre el ejercicio de la justicia universal sin tener en consideración la nacionalidad de los posibles responsables (2011: 41-45). Por el contrario, aquellos que dudan sobre la legitimidad de la justicia universal, sus argumentos son contrarios a los criterios expresados, así señalan que: 1º) su ejercicio pretende dificultar o impedir la acción política/militar de los “Estados requeridos” neutralizando sus competencias soberanas, 2º) se cuestiona la independencia del poder judicial ante posibles influencias y/o manipulaciones de carácter político habitual en los regímenes “no democráticos” y 3º) puede ser utilizada como amenaza o coerción por parte de los Estados por la pretensión de obtener algún tipo de “soborno” o de cualquier otra ventaja económica (LANGER, 2011: 41-45).

La compleja relación entre justicia universal y soberanía de los Estados también se manifiesta en aspectos jurídicos que dificultan su ejercicio. La ausencia de una definición generalmente aceptada de crímenes a nivel interestatal junto con la imposición de las normas jurídicas de un Estado sobre el ordenamiento jurídico interno de otro que puede encontrarse sustentando en valores y tradiciones normativas diferentes determina un cuestionamiento sobre la legitimidad de la jurisdicción universal, además de la crítica de la ausencia de controles efectivos ante el riesgo de que pueda deberse a un uso indebido o “abusivo”.

Así, el Profesor Langer señala que “los sistemas de selección de los casos de jurisdicción universal son claramente imperfectos, pues los Estados pueden sopesar otras consideraciones además de la gravedad del delito en la toma de sus decisiones y no todo acuerdo ha sido constituido equitativamente”²⁶³.

²⁶² Sobre este aspecto debemos mencionar la idea que el entonces Secretario de Estado estadounidense Kissinger expuso al señalar que el principio de justicia universal radica en el proceso de reconciliación que trata de llevar a cabo los estados democráticos en un intento por afrontar aquellas posibles cuestiones que emergieron en un momento histórico determinado (2001b: 90).

²⁶³ Fragmento original del presente texto: “*This system of selection of universal jurisdiction cases is clearly imperfect because states may weigh considerations other than the gravity of the crime in making their determinations and because not every agreement is created equal*” (LANGER, 2011: 49).

Ello no quiere que este instrumento carezca de relevancia, incluso Kissinger señaló que “este es un principio importante para aquellos responsables que cometieran crímenes de guerra o violasen sistemáticamente los derechos humanos. Pero la consolidación del derecho, la paz interna y el gobierno representativo en una nación que se esfuerza por asumir un pasado cruel también puede reclamar derechos”²⁶⁴. En este sentido, la Profesora Devika Hovell observa que “el principio de justicia universal, en su encarnación moderna, no se ha desarrollado a partir de las necesidades de proteger y preservar las estructuras e intereses de los Estados, sino como mecanismo novedoso (y todavía controvertido) para penetrar y alterar la maquinaria del Estado cuando las autoridades estatales actúen en contra de determinadas normas fundamentales”²⁶⁵.

2.2 Los orígenes de la universalidad de la jurisdicción

A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha producido una expansión de los sistemas penales internos de los Estados, lo que ha motivado una intensificación de la cooperación transnacional no sólo cuantitativa, en cuanto al número de convenios suscritos, sino también cualitativa, en cuanto a la naturaleza de las infracciones criminales contempladas en los mismos. Como observa Cecily Rose: “mientras que los tratados en otros campos jurídicos se fundan en la implementación y actualización del Derecho interno, procurando una armonización del mismo, ello no sucede de igual manera con los textos penales internos, por las reticencias de los Estados en admitir cualquier tipo interferencia en el ejercicio de su jurisdicción penal al afectar a elementos esenciales de sus sistemas jurídicos y suponer una cuestión esencial de su soberanía”²⁶⁶.

En una realidad mundial más interdependiente, los Estados tienden a establecer un interés jurídico único en la persecución de crímenes que les afectan directamente.

²⁶⁴ Fragmento original del presente documento: “*It is an important principle that those who commit war crimes or systematically violate human rights should be held accountable. But the consolidation of law, domestic peace, and representative government in a nation struggling to come to terms with a brutal past has a claim as well*” (KISSINGER, 2001b: 91).

²⁶⁵ Fragmento original del presente texto: “*Universal jurisdiction in its modern incarnation has not developed out of the need to protect and preserve state structures and interests but, rather, is a novel (and still controversial) means to penetrate and disrupt the machinery of the state where state officials act contrary to certain fundamental norms*” (HOVELL, 2018: 443).

²⁶⁶ Véase ROSE, C. (2018). “Treaty monitoring and compliance in the field of Transnational Criminal Law”. En JARLE CHRISTENSE, M., and BOISTER, N., “New Perspectives on the Structure of Transnational Criminal Justice”, *Brill Research Perspectives on Transnational Crime*, Issue 1.2-3, pp. 40-64.

Ello supone una extensión de su propia jurisdicción para garantizar la aplicación de su Derecho interno y en la práctica penal transnacional supone el establecimiento de mecanismos para hacer efectivo el *iudex apprehensionis* vinculado principalmente a la seguridad de los Estados.

A) La búsqueda de mecanismos contra la impunidad

Salvo precedentes aislados y conectados a los propios intereses particulares del poder político²⁶⁷, existe un consenso en el origen de la justicia universal a partir del siglo XIX²⁶⁸, momento en el que se produce una alianza entre Estados sobre la aplicación de ciertos principios humanitarios que debían ser observados tanto en tiempos de guerra como de paz²⁶⁹.

Históricamente, las organizaciones políticas han establecido mecanismos jurídicos de defensa de su población, de sus intereses y sobre todo de sus dirigentes no políticos y religiosos²⁷⁰. A medida que los Estados fueron extendiendo sus

²⁶⁷ Sobre el enjuiciamiento de Sir Peter von Hagenbach por crímenes de guerra de fecha 1474 por el tribunal del *ad hoc* en la época del Sacro Imperio Romano-Germánico, véase pie de nota núm. 222, en la página 151 del presente estudio.

²⁶⁸ Así, y según la Profesora Aparicio Torres, “*la aparición de este principio humanitario y su regulación normativa como derecho marca un antes y un después en el Derecho internacional. Su inclusión como principio inspirador en la Convención de Viena Congreso de 1815 y en los tratados multilaterales posteriores dio lugar entre otras normas a la Ley general integral de la Conferencia de Bruselas en relación con el Trata de Esclavos Africanos de 1890. El Derecho humanitario, como parte del Derecho internacional de la guerra, adquirió características más específicas cuando comenzó a contener normas que se refieren, más detalladamente, al régimen general de la protección internacional de las víctimas de conflictos armados*” (APARICIO TORRES, 2017: 14).

²⁶⁹ Por su trascendencia, podemos citar como ejemplo de esta consolidación normativa la denominada Cláusula Martens, que se introdujo en el Preámbulo II del Convenio de la Haya de 1899 a propósito de leyes y costumbres de la Guerra Terrestre. El nombre se le atribuye al jurista y diplomático Friedrich Fromhold Martens que representó en nombre de Nicolas II, Zar de Rusia, en las Conferencias de la Haya celebrada entre los años 1899 a 1907, en la primera de las cuales redactó la conocida Cláusula que lleva su nombre y sobre el fundamento que expresó de la siguiente forma: “*mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública*”. Dicha esta cláusula fue expuesta de nuevo en *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*.

²⁷⁰ Sobre este aspecto, debemos tener especial consideración al contexto histórico, social y político de los textos normativos sobre la extradición. Así, y de acuerdo con el sentir mayoritario de los investigadores y egiptólogos, el primer acuerdo por el que regula la extradición fue el denominado Tratado de paz de Kadesh del año 1259 a.C. El citado acuerdo, firmado por el faraón Ramsés II del Antiguo Egipto y el rey Hattusili III del Imperio hitita, determinaba no sólo la alianza y la cooperación mutua entre ambas partes,

competencias sobre la persecución de crímenes que atentaban contra sus intereses, se fueron intensificando los acuerdos para garantizar que los responsables por su comisión le fueran entregada a su justicia con la finalidad de evitar su impunidad. Ello dio lugar a los mecanismos de extradición que suponía un procedimiento interno, pero que al necesitar del concurso de un Estado exterior precisó el establecimiento de acuerdos primero de naturaleza bilateral y posteriormente, tras un proceso de consolidación, fueron plasmados multilaterales²⁷¹.

Desde la antigüedad, la piratería ha sido considerada como una de las actividades más perjudiciales para personas y bienes que atentaban directamente a los intereses de los Estados. Tras la intensificación del comercio marítimo en los siglos XVI y XVII, los Estados mostraron un interés común en su persecución y castigo con independencia del lugar de comisión y por ello la piratería supone el primer delito que, por atacar contra intereses colectivos, queda vinculado al concepto de justicia universal.

La piratería siempre ha estado asociada a aquellas actividades llevadas a cabo en mares y océanos con la finalidad de enriquecerse ilícitamente a través del apoderamiento de navíos o buques y de sus bienes, perjudicando así no sólo a los propietarios de los mismos sino también a los propios intereses patrimoniales y comerciales de los Estados. Desde la antigüedad ha habido un amplio consenso por las organizaciones políticas en la necesidad de cooperar para su persecución, siendo considerado desde Cicerón como *hostis humani generis* (RAMOS KOPRIVITZA, 2013: 33-37), al entender que el mero hecho de que se cometa cualquier acto de piratería supone convertirse en un enemigo de la humanidad. En nuestro Derecho no fue

sino también la obligación de repatriar a aquellos individuos que hubiesen cometido delitos o estuvieran refugiados en otra comunidad por circunstancias políticas.

²⁷¹ Como ejemplos de tratados bilaterales sobre la regulación de la extradición tras la Ilustración, que supuso un cambio de los individuos con relación al poder político, podemos citar el Convenio entre España y Francia de 29 de septiembre de 1765 sobre la entrega recíproca de delincuentes; y el Tratado de Webster-Ashburton suscrito entre Estados Unidos y Gran Bretaña de 9 de agosto de 1874, por el que regula las fronteras territoriales entre el Gobierno norteamericano y las colonias antiguas británicas, así como la abolición del comercio de esclavos en alta mar y la determinación de delitos objeto de extradición, siendo un total de siete que son asesinato, asalto con intención de cometer asesinato, piratería, robo, falsificación, incendio intencionado, y divulgación de documentos falsificados. Igualmente, como ejemplo de tratado multilateral sobre este aspecto, debemos resaltar el Tratado de Paz de Amiens de 25 de marzo de 1802, firmado y suscrito por el Reino de la Gran Bretaña y de Irlanda, la República de Francia, la República de Báltava y España.

hasta el año 1831 cuando se promulgó mediante Orden del Rey Fernando VII el *Diccionario Marítimo Español*, donde la acepción de la acción de piratear es definida como “*correr los mares robando*” y la acepción de pirata como “*ladrón de mar; que por consiguiente navega sin patente de Príncipe, y se ejercita en piratear. Dícese del buque y cada uno de los individuos que lo tripulan, y singularmente del que hace de capitán*” (1831: 423). La persecución común a la piratería a veces tenía excepciones cuando éstas eran amparadas desde el poder político como sucede con las “patentes de corso”, que eran documentos jurídicos utilizados durante la Edad Media y Moderna por la que se autorizaba en nombre del Rey o de una nación a atacar a otros buques e incluso territorios con la justificación de perseguir a embarcaciones enemigas y apresarlas (DICCIONARIO MARÍTIMO ESPAÑOL, 1831: 182-183).

Aunque no existe un consenso sobre la definición del delito de la piratería y sus elementos, se trata fundamentalmente de un crimen contra la seguridad marítima en alta mar que tiene una naturaleza singular en cuanto a su necesaria relación con los Estados y ataca intereses comunes a todos ellos cometidos normalmente por personas que se sitúan fuera de cualquier jurisdicción²⁷² (RAMOS KOPRIVITZA, 2013: 36). En nuestro Derecho Vigier de Torres, conforme al artículo 9 de la antigua Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 1955²⁷³, define la piratería como “*actos de depredación y violencia contra las personas realizados en el mar o desde él por individuos de la*

²⁷² Los delitos de piratería mantienen su vigencia como se pone de manifiesto en actos de esta naturaleza acontecidos en el Mar de la India y en el Mar Rojo que tienen la singularidad de que son cometidos con la anuencia de Estados costeros, siendo ejemplo de ello los abordajes a buques a partir del año 2005 en la costa de Somalia, para apropiarse de los mismos, de sus bienes y pedir rescate por su tripulación, lo que ha motivado que la Unión Europea organizara la operación Atalanta para garantizar la seguridad.

²⁷³ En España, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante fue un texto normativo de fecha 22 de diciembre de 1955, que tenía por finalidad la derogación de la Ley Penal de la Marina Mercante aprobado mediante Real Decreto de 7 de noviembre de 1923, así como el Reglamento de Policía y Disciplina a bordo de los buques mercantes (Disposición Final). Así como señalar su apartado primero de la Disposición Adicionales por el que señalaba su no aplicación “*a los tripulantes no españoles de embarcaciones extranjeras, aunque se hallen dentro de las aguas jurisdiccionales de España, mientras el hecho sólo afectara al orden interior del buque y hubieren únicamente participado en él súbditos extranjeros. En estos casos, las Autoridades españolas se limitarán a prestar a los Capitanes y Cónsules del país a que pertenezca el buque los auxilios que soliciten y fueren procedentes de acuerdo con los Tratados Internacionales*”.

No obstante, esta Ley fue modificada en lo que respecta a las sanciones penales mediante Real Decreto Ley 45/1978, de 21 de diciembre, por el que se reforma el Código de Justicia Militar, La Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, por cuanto en éstas se incluían la pena de muerte. Si bien, ya pesar de dicha modificación, fue derogada con posterioridad mediante Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

dotación de un buque que se han colocado fuera de la jurisdicción de todo Estado perteneciente a la comunidad internacional y lo emplean indistintamente contra súbditos de uno u otro país sin tener comisión alguna legítima de guerra” (1972: 288-289).

En la actualidad, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 dispone en su art. 101 la definición de la piratería cuando exista: “*a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;*

b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;

c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente”.

Los actos de piratería son comúnmente realizados en aquellas áreas marítimas en las que ningún Estado ostenta jurisdicción lo que facilita su impunidad. Como indica la Profesora Inazumi, la alta mar facilita su comisión ante la dificultad de que los Estados puedan perseguirlo y de ahí el interés de todos ellos en su persecución que le otorga su carácter internacional (2005: 50-51).

Para los Profesores Kenneth C. Randall y Willard B. Cowels, el carácter internacional de la piratería se fundamenta en su propia naturaleza. Para el Profesor Randall, la persecución de este crimen se fundamenta en el hecho de que atenta contra la humanidad como sucede con el comercio de esclavos (1988: 788) y ello permite el ejercicio de la jurisdicción de forma transnacional. La jurisprudencia ha recogido esta especial naturaleza del delito de piratería, como se evidencia en el fundamento que el Juez Justice Story expuso en el caso *Peter Harmony and Others, Claimants of the Brig Malek Adhel v. The United States* de 1844²⁷⁴: “Si un individuo hunde o destruye un

²⁷⁴ También conocido bajo el nombre de *The United States v. The Cargo of the Brig Malek Adhel*, y conocido por el Tribunal Supremo mediante recurso de apelación instado desde el *Circuit Court of the United States* por el Tribunal del Distrito de Maryland, se juzgaba a los miembros de la tripulación del

buque mercante intencionadamente, sin cualquier otra objeción que gratificar su apetito ilegal para hacer daño, se trata más bien de una agresión pirata en el sentido de la ley nacional, (...) como si él lo hiciera única y exclusivamente para saquear *lucri causa*. La ley lo considera como un acto de hostilidad, y al ser cometido por un navío no contratado ni comprometido en un conflicto armado legítimo, lo trata como un acto de piratería y de quien es *hostis humani generis* firmemente”²⁷⁵. En este sentido, el Profesor Cowels en su artículo *Universality of Jurisdiction over War Crimes* señaló que el motivo por el que no se perseguía el delito de piratería de forma eficaz y efectiva se debía principalmente a la ausencia de mecanismos estatales (*lack of governmental control*), pues a diferencia de los bandidos, los piratas cometen sus crímenes en espacios geográficos donde los Estados no ejercen su soberanía (1945: 193).

En la práctica de los Estados desde el siglo XVII hasta el XX se observa que de forma general éstos contemplan en sus ordenamientos jurídicos internos el delito de piratería y establecen dentro de sus normas internas la extensión de su jurisdicción territorial para su persecución, como la bandera del pabellón que indica la nacionalidad de los buques y navíos con independencia del lugar en donde se encuentren con la finalidad de someterlo a su legislación interna. Para asegurar la extensión de las jurisdicciones nacionales, se intensifica la firma de tratados particulares con la finalidad

bergantín Malek Adhel (Peter Harmony, Leonardo Swarez y Bernard Graham) de haber cometido supuestos actos de piratería contra navíos mercantes, simplemente por el mero hecho de dejar varios buques en alta mar. El fallo de la sentencia determinó la no culpabilidad de los acusados por dicho delito, fundamentándose la sentencia no sólo en la aplicación de la *Act to Protect the Commerce of the United States and Punish the Crime of Piracy* de 1819, sino también en la teoría del delito de piratería.

De acuerdo con el fallo del Tribunal del Distrito de Maryland, los acusados fueron condenados a la restitución de los bienes a las partes actoras. Ello se demostró mediante pruebas encontradas dentro del bergantín Malek Adhel, que fueron los cañones y el armamento (munición, dagas y pistolas), así como de la declaración de los testigos sobre los hechos en cuestión (*Peter Harmony and Others, Claimants of the Brig Malek Adhel v. The United States. The United States v. The Cargo of the Brig Malek Adhel*, 43 U.S. 210, 210-221 (1844)).

²⁷⁵ Documento original: “If (...) willfully sinks or destroys an innocent merchant ship, without any other object than to gratify his lawless appetite for mischief, it is just as much a piratical aggression, in the sense of the law of nations, (...), as if he did it solely and exclusively for the sake of plunder, *lucri causa*. The law looks to it as an act of hostility, and being committed by a vessel not commissioned and engaged in lawful warfare, it treats it as the act of a pirate, and of one who is emphatically *hostis humani generis*” (*Peter Harmony and Others, Claimants of the Brig Malek Adhel v. The United States. The United States v. The Cargo of the Brig Malek Adhel*, 43 U.S. 210, 232 (1844)).

de facilitar el enjuiciamiento de los responsables²⁷⁶. La consolidación de la práctica de los Estados en la persecución del delito de piratería basado en un interés común ha determinado su carácter internacional en el “Derecho de Gentes”. El juez Moore en su voto particular en la Sentencia del asunto Lotus de la CPJI de 1927 declaró que la naturaleza *sui generis* del delito de piratería otorga a los Estados una “competencia universal” para su persecución²⁷⁷. Más recientemente el juez Guillaume en su opinión separada en la Sentencia del asunto “Orden de Arresto de 11 de abril de 2000” de la CIJ considera que la piratería ha sido reconocida en el Derecho internacional consuetudinario como un caso de jurisdicción universal. Este criterio es el seguido en las Convenciones de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre la Alta Mar y de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, disponiendo éste último en su artículo 105 que *“todo Estado puede apresar, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe”*²⁷⁸. Más recientemente el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el asunto Enrica Lexie ha venido considerando que los espacios marítimos, por su naturaleza, constituye un bien jurídico en el que la comunidad internacional forma parte del mismo²⁷⁹.

²⁷⁶ Ejemplo de ello y con relación a nuestro país, Bevans hace una recopilación de las relaciones entre Estados Unidos y España, poniendo de manifiesto que incluso a pesar del conflicto bélico se mantuvo la colaboración entre ambos países para la lucha contra la piratería. Así, tras el tratado firmado en Madrid el 5 de enero de 1877, que incluía en su artículo 2 los mecanismos de extradición en los delitos de piratería, por acuerdo de fecha de 7 de agosto de 1882 se amplió el mismo y que mantuvo vigencia hasta el Tratado de Amistad firmado por ambas partes el 2 de julio de 1902 en Madrid, por el que se ponía fin al conflicto mantenido entre ambos países (BEVANS, 1974a: 549-628).

²⁷⁷ Sobre el asunto Lotus y el voto disidente de Moore, véase el apartado A) del epígrafe 2.3 del presente Capítulo.

²⁷⁸ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 37. Sobre el citado caso, véase el apartado B) del epígrafe 2.3 del presente Capítulo.

²⁷⁹ En el caso Enrica Lexie suscitado entre Italia e India por el que dos oficiales de dicho buque italiano fueron detenidos en la India acusados de actos de piratería en sus aguas territoriales, concretamente por la muerte de dos pescadores hindúes que se encontraban a bordo de barco St. Antony durante un incidente acontecido el 12 de febrero de 2012 en la costa de Kerala (India). El Tribunal Internacional del Derecho del Mar dictó una Orden de fecha 24 de agosto de 2015 por el que falló a favor de suspender cualquier

Al tratarse de una competencia esencialmente estatal, existen escasas resoluciones dictadas en el ámbito internacional, que solamente se suscitan en el caso de protesta por parte de los Estados, resolviéndose la mayoría de los conflictos a través de los mecanismos de la extradición, utilizándose la misma como un instrumento del ejercicio transnacional de las jurisdicciones internas, aunque se fundaran en aspectos de universalidad, determinando con ello las vías propias de la cooperación entre los Estados que dotaran de seguridad jurídica los procesos de extradición limitando los supuestos en los que los Estados requeridos pudieran oponerse a la misma, límites de la soberanía basado en su propio consentimiento.

B) Respaldo internacional a los intereses de los Estados: Caso Savarkar

El ejercicio de la jurisdicción de los Estados, incluso basado en el criterio de territorialidad, puede generar conflictos en cuya resolución no es ajeno el Derecho internacional. Como antecedente sobre la obligación de entrega e interpretación de acuerdos bilaterales de colaboración puede citarse el Laudo de la CPA de fecha 24 de febrero de 1911 sobre el asunto del Arresto del Sr. Vinayak Damodar Savarkar²⁸⁰, que

medida provisional existente, adoptada por los tribunales hindúes conforme a la jurisdicción ejercida atendiendo al principio de personalidad pasiva, hasta que ambas partes alcanzaran un acuerdo. Ante su imposibilidad, el Estado italiano se dirigió a la Corte Permanente de Arbitraje con el fin de resolver el conflicto conforme a la aplicación de los artículos 1 y 287, y el Anexo VII del Convenio del Derecho del Mar de las Naciones Unidas de 1982. No obstante, y conforme al Laudo de la Corte Permanente de Arbitraje que fue dictado con fecha 29 de abril de 2016, resolvió establecer un cauce de colaboración jurídica entre el Gobierno italiano y el Estado hindú, especialmente debido al hecho del inicio de un proceso civil por parte del Tribunal Supremo de la India, en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas, con el compromiso por parte del Estado italiano de entregar a sus dos oficiales a las autoridades hindúes para un eventual enjuiciamiento en caso de que la Corte decida que India tiene jurisdicción sobre este asunto. Por Laudo de fecha 2 de julio de 2020 la Corte de Arbitraje, tras declarar su jurisdicción en la resolución del conflicto, declaró el derecho de inmunidad que asistía a los dos oficiales como miembros de la marina italiana y ordenó al Estado indio que dejara de ejercer la jurisdicción penal en el presente asunto. Sobre este caso, véase CABALLERO PÉREZ, N. I. (2019). “Sentencia de 7 de septiembre de 1927 de la Corte Permanente de Justicia Internacional: La inadvertida visión del caso “S.S. Lotus” conforme al voto particular de Rafael Altamira”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, N° 10, pp. 188-276; EBOLI, V., y PIERINI, J. P. (2012). The “Enrica Lexie Case” and the limits of the Extraterritorial Jurisdiction of India, *I Quaderni Europei*, Online Working Paper, N° 39; *M/V The Enrica Lexie Incident (Italy v. India)*, *Provisional Measures, Order of 24 August 2015*, *ITLOS Reports 2015*; *The Italian Republic v. The Republic of India concerning The “Enrica Lexie” Incident*. PCA Case 2015-28, Order Request for the Prescription of Provisional Measures, UNCLOS, 29 April 2016; y *The Italian Republic v. The Republic of India concerning The “Enrica Lexie” Incident*, PCA Case 2015-28, UNCLOS, Award, 2 of July 2020.

²⁸⁰ Vinayak Damodar Savarkar (1883-1966), abogado y político hindú activista a favor de la Independencia de la India. Conocido también con el nombre de *Swatantryaveer Savarkar*, participó en actividades y movimientos revolucionarios para la independencia de la India. Fundó la asociación

aprovechando que el navío inglés “Morea” donde se encontraba detenido para su enjuiciamiento por atentar contra la Corona se encontraba atracado en Marsella, huyó del mismo siendo con posterioridad aprehendido en territorio francés y entregado de forma directa a las autoridades inglesas.

Las autoridades francesas solicitaron que le fueran entregado el Sr. Savarkar al haber sido arrestado en territorio francés y no estando autorizado los oficiales policiales para conducir el mismo ante las autoridades británicas. Al ser denegado ello por Reino Unido, decidió someter la resolución del conflicto ante la CPA en virtud del artículo 1 del Acuerdo firmado por ambas partes el 25 de octubre de 1910. El objeto del Laudo era valorar la legalidad de la entrega para su enjuiciamiento ante el Tribunal Superior de Justicia de Bombay conforme al derecho de extradición, o por el contrario la improcedencia de la misma ante la pretensión del Sr. Savarkar de que le fuera reconocida por el Estado francés su estatus de refugiado. En su exposición ante la Corte de Arbitraje, Eyre Crowe, en nombre del Gobierno británico como consejero de la Embajada y jefe de la sección del Departamento de Asuntos Exteriores, defendió que la no restitución venía amparada por el ejercicio soberano de la jurisdicción inglesa, al ser persona huida de su custodia y que ello era un principio de Derecho internacional que el Estado francés debía de respetar. Igualmente señala que el Sr. Savarkar fue arrestado en suelo inglés y acusado de conspiración contra el Estado de acuerdo con sus normas penales siendo sometido a arresto y extradición por no comparecer ante el tribunal, que al evadirse nuevamente de la custodia mientras iba siendo trasladado ante el tribunal que legitimaba desde el punto de vista de su Derecho interno que fuera apresado y traslado como preso fugitivo.

Por el contrario André Weiss, que actuó como representante del Gobierno francés al ser jurisconsulto del Ministerio de Asuntos Exteriores, estimó que Reino Unido había violado los preceptos previstos en el acuerdo bilateral sobre extradición de

Abhinav Bharat Society o *Young Indian Society* (1903-1952) y formó parte de la organización política *Free Indian Society*.

Además, fue autor de la obra prohibida por las autoridades de Reino Unido *The Indian War Independence* publicado en 1909, por el que refleja la revuelta hindú de 1857 contra la Compañía Este de las Indias Británicas. Amén de esta obra, podemos destacar la acuñación del término *hindutva* para hacer referencia al colectivo hindú como un elemento identitario esencial de Bharat (India), y la defensa de aquellos individuos reconvertidos en la religión del hinduismo.

fecha 14 de agosto de 1876, así como el derecho de asilo²⁸¹, que supone una potestad soberana irrenunciable del Estado y de los principios del Derecho internacional sobre el ejercicio de la soberanía estatal al extender la jurisdicción de los tribunales ingleses fuera de sus límites territoriales²⁸². La extradición no deja de ser un contrato, cuyo cumplimiento y eficacia exige los siguientes presupuestos: “a) En primer lugar, es indispensable que el consentimiento sobre el que se basa el ejercicio de la extradición haya sido otorgado por las autoridades competentes que, en este caso, son los órganos responsables de los Estados contratantes. b) En segundo lugar, el consentimiento debe ser fruto de la voluntad libre, reflexiva y consciente, sin que existiera ningún vicio ni error que pudiera alterar sustancialmente dicha voluntad. c) Por último, siga siendo necesario que el consentimiento se exprese de acuerdo con las formas exigidas por la práctica internacional de los Estados y por los tratados”²⁸³. Ello determinaba la nulidad del procedimiento de extradición en cuanto a la falta de competencia del agente que procedió a la entrega, el error sobre la condición jurídica del extraditado y el

²⁸¹ El derecho de asilo puede ser definido como la protección de un individuo o grupo en un lugar concreto, y cuya regulación ha estado en constante evolución históricamente (OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES RÉFUGIÉS ET APATRIDES), con especial relevancia en el caso del Gobierno francés. En Francia, y hasta la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y posteriormente en la Constitución del 24 de junio de 1793, la jurisdicción del derecho de asilo correspondía a la Iglesia (previsto en el Concilio de Orleáns del año 511) y, posteriormente a la Monarquía tras su secularización en un intento por reforzar su poder soberano (ACTION DES CHRÉTIENS POUR L'ABOLITION DE LA TORTURE, 2013: 1). Fue en ese momento cuando podemos observar dentro del ordenamiento jurídico francés que el derecho de asilo está vinculado con el ejercicio soberano del Estado.

Tras la Revolución Francesa de 1789, la Constitución de 24 de junio de 1793 prevé dentro del acto constitucional “*Des Rapports de la République Française avec les Nations étrangères*” el derecho de asilo bajo los siguientes términos del artículo 120: “*Il donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il la refuse aux tyrans*”.

²⁸² Alegando para ello: “1. *L'erreur commise par le brigadier PESQUIÉ. 2. Les erreurs commises par les agents britanniques pour avoir: A accepté la remise du fugitif; B. caché son identité. 3. Irrégularité d'extradition. 4. Omission d'une demande d'autorisation de transit*” (BUREAU INTERNATIONAL DE LA COUR PERMANENT D'ARBITRAGE, 1911: 37).

²⁸³ Documento original: “a) *Il est indispensable tout d'abord que le consentement sur lequel il repose ait été donné par les autorités qui, en cette matière, sont les organes responsables des Etats contractants. b) Il faut en second lieu que ce consentement soit l'oeuvre d'une volonté libre, réfléchie et consciente, qu'aucun vice, qu'aucune erreur substantielle ne l'ait altéré. c) Enfin il est encore nécessaire que le consentement se soit exprimé de la manière et dans les formes exigées par les usages internationaux et par les traités*” (BUREAU INTERNATIONAL DE LA COUR PERMANENT D'ARBITRAGE, 1911: 18).

incumplimiento de las formalidades exigidas en la Convención franco-británica de 14 de agosto de 1876²⁸⁴.

La CPA, tras tener en consideración los argumentos de ambos Estados, determinó en su Laudo que Reino Unido no tenía obligación de entregar al detenido Sr. Savarkar a las autoridades francesas pues no le habían sido violados sus derechos de ejercicio soberano ni vulnerado su territorio, no encontrando por estos hechos incumplimiento alguno a lo acordado entre dichos Estados en el Tratado sobre extradición de 1876. Aunque admitieron la existencia de irregularidades en cuanto al propio procedimiento de extradición, ante la entrega de “buena fe” realizada por un agente francés de un detenido y fugado de las autoridades inglesas, no existe norma de Derecho internacional que sobre estos hechos obligue a los Estados a la devolución de un prisionero custodiado cuando le ha sido previamente entregado por otro Estado, aunque la entrega hubiere sido por error cometido por sus propias autoridades y no a través del correspondiente proceso de extradición (BUREAU INTERNATIONAL DE LA COUR PERMANENT D’ARBITRAGE, 1911: 54 y 58).

En este caso la CPA entendió que los conceptos de soberanía y jurisdicción estatal son indisolubles, que Reino Unido con la legitimación interna que justificaba su actuación ante hechos graves que atentaban contra bienes esenciales del Estado, por lo que la entrega de un acusado que había huido de sus autoridades constanding la existencia de procedimiento judicial contra ella no vulnera potestades soberanas de otros Estados.

No es hasta la Sentencia del asunto Lotus de la CPJI cuando se vuelve a tratar el tema de la jurisdicción de los Estados. En esta Sentencia se analiza los conceptos de soberanía y jurisdicción, y considera que la jurisdicción es una manifestación esencial de la soberanía estatal, si bien concluye que la territorialidad del Derecho criminal no es un principio absoluto del Derecho internacional y que no tiene por qué coincidir con el de soberanía territorial.

²⁸⁴ Así, “*Absence de qualité chez l’agent qui a procédé à l’extradition. Erreur substantielle sur l’individualité juridique de l’extradé. Inobservation des formes exigées par la convention franco-britannique du 14 août 1876, compliquée, aggravée d’une violation du territoire français*” (BUREAU INTERNATIONAL DE LA COUR PERMANENT D’ARBITRAGE, 1911: 22).

2.3 Visión internacional al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados

Derivado del poder soberano, los sistemas judiciales de los Estados se organizan preferentemente bajo el principio de territorialidad. El principio de territorialidad sirve de fundamento a todas las legislaciones y determina no sólo la aplicación de sus normas sino también garantizan el ejercicio de su jurisdicción, pues toda jurisdicción tiene por finalidad la realización del Derecho objetivo, la tutela y garantía de los derechos de las personas.

Ya el juez Marshall, en el caso *The Schooner Exchange v. MacFaddon* (1812), afirmaba el carácter imperativo y exclusivo del ejercicio de la soberanía dentro de las fronteras territoriales de un Estado y que la mera exigencia de disminuir su ejercicio determinaría la vulneración del principio de la soberanía estatal a excepción de determinadas circunstancias que pudieran interferir en este pronunciamiento. En su evolución, el Derecho internacional ha ido introduciendo reglas que han sido tenidas en cuenta para configurar el principio de territorialidad.

Como señala Martín Martínez, “este principio reconoce al Estado en cuyo territorio hubiese tenido lugar la comisión del ilícito (*forum comissi delicti*) un derecho preferente respecto a las jurisdicciones de otros Estados afectados por el delito. No sólo está vinculado a la noción de estatalidad, sino que también se apoya en razones de carácter práctico, tales como la inmediación y la correcta disposición y valoración de las pruebas” (2000-2001: 173). En consecuencia, el principio de territorialidad tiene carácter fundamental en el Derecho internacional resultando preferente sobre otros criterios de atribución de la jurisdicción.

Las primeras referencias generales a la competencia de los Estados para extender el ejercicio de su poder soberano fuera de los límites territoriales se encuentran en las aportaciones de Hugo Grocio: “Si los reyes y los pueblos hacen rectamente la guerra por aquellas cosas que se cometen contra el Derecho natural, más no contra ellos mismos o sus súbditos; explícate, rechazando la sentencia que establece que para exigir pena se requiere naturalmente jurisdicción”²⁸⁵. Por ello, en sus orígenes, puede

²⁸⁵ Traducción realizada por Jaime Torrubiano Ripoll del siguiente documento original: “*sciendum quoque est reges, & qui par regibus jus obtinent, jus habere poenas poscendi non tantum ob injurias in se aut subditos suos commissas, fed & ob eas quae ipsos peculiariter non tangunt, sed in quibusvis personis*”

decirse que la competencia extraterritorial de la soberanía se fundamentó en la práctica admitida por los Estados que permitían el castigo de los actos de piratería que eran cometidos en alta mar, al quedar fuera del espacio donde cualquiera de los Estados podía ejercer su jurisdicción territorial. Su fundamento es el principio de que existían intereses idénticos y propios de los Estados cuya represión concernían a los mismos existiendo para ello un interés común y cuya respuesta resultaba necesaria en su conjunto, evolucionando desde el principio de reciprocidad hacia el de universalidad en cuanto que legitima a cualquier Estado para actuar en interés de todos. Igualmente, ante los supuestos de una jurisdicción condicionada por los criterios de la nacionalidad de los partícipes o de las víctimas, Hugo Grocio determinó que:

“Es lícito naturalmente, como antes dijimos, exigir penas a cualquiera a quien nada semejante puede objetarse; constituidas las ciudades, conviene ciertamente que los delitos de cada uno que se refieren propiamente a su reunión, se dejasen a ellas o a sus rectores castigarlos o disimularlos, a su arbitrio; pero no se les es también concedido derecho tan pleno en los delitos que pertenecen de algún modo a la sociedad humana, de perseguir los cuales así tienen derecho las otras ciudades y sus rectores como en cada una de las ciudades dase acción popular contra algunos delitos; y mucho menos tienen aquel pleno arbitrio en los delitos en los cuales fue peculiarmente herida otra ciudad o su rector, y por el cual título, él o ella, por su dignidad o seguridad, tienen derecho de exigir pena, según lo que antes dijimos.

Este derecho, pues, no deben impedir la ciudad en la que mora el delincuente o su rector”²⁸⁶.

jus naturae aut gentium immaniter violant” (GROCIO, 1613: 318; así como en su traducción al español de TORRUBIANO RIPOLL, 1925: 58).

²⁸⁶ Traducción realizada por Jaime Torrubiano Ripoll del siguiente fragmento original: *“Poenas ut ante diximus naturaliter cuius cui nihil simile objici potest exigere licet. institutis civitatibus id quidem convēnit, ut iungulorum delicta quae ipform coetum proprie fpectant ipfis ipfarumque rectoribus pro arbitrio puniēda aut diffimulanda relinquerentur. at non etiam jus tam plenum illis conceffum est in delictis quae ad focietatem humanam aliquomodo pertinent, quae perfequi ita civitatibus aliis earumve rectoribus jus est, quomodo in civitatibus fingulis de quibusdam delictis adio datur popularis: multoque minus illud plenum arbitrinm habent in delictis quibus alia civitas auc ejus redtor peculiariter laefus est. & quo proinde nomine ille illave ob dignitatem aut fecuritatem fuam jus habent pcente exigenda: fecundum ea qua ante diximus. Hoc ergo jus civitas apud quem nocens degit ejufve redtor impedire non debet”* (GROCIO, 1613: 348-349; así como en su traducción al español de TORRUBIANO RIPOLL, 1925: 159-160).

Algunos juristas consideran este pasaje fundamental, por cuanto determina la responsabilidad de los Estados en el ejercicio de su jurisdicción penal. Si bien podemos resaltar la traducción realizada por el Profesor Ángel Sánchez Legido en su obra *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional* que, siguiendo la traducción realizada al inglés por Francis W. Kelsey, editado por J.B. Scott, manifiesta de forma clara el pensamiento de Hugo Grocio sobre esta cuestión. Así, el citado pasaje traducido determina que: *“Los soberanos, y aquellos que están investidos con un poder igual al de los soberanos, tienen derecho a castigar no solo las injurias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también aquellas que no les conciernen especialmente pero que son, para cualquier persona, graves violaciones de la ley*

A) Respaldo internacional al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados

La doctrina que sienta las bases del principio de justicia universal en el ámbito del Derecho internacional público tiene su origen en la Sentencia de la CPJI de fecha 7 de septiembre de 1927, que resolvió el conflicto entre los Estados de Francia y Turquía con motivo del abordaje y hundimiento provocado por el vapor Lotus (denominado asunto Lotus)²⁸⁷.

Esta Sentencia dictada por la CPJI supone uno de los antecedentes jurídicos más importantes de la jurisprudencia internacional. Su doctrina debe ser contemplada desde una triple perspectiva: 1) desde el ámbito de la teoría general del Derecho internacional, al considerar que las normas internacionales suponen un sistema positivo y de carácter voluntarista, al ser creadas por el consentimiento de los Estados y sujetos del propio ordenamiento jurídico internacional, pero de naturaleza claramente positiva, pues no existen normas que puedan estar situadas fuera del propio sujeto legislador; 2) desde el propio principio de Derecho internacional establecido en la resolución, por cuanto considera la naturaleza permisiva de las normas del Derecho internacional y la necesidad de que sólo a través de norma expresa puede ser limitada la libertad soberana de los Estados, determinando con ello una cláusula de cierre que permite la resolución

natural o de las naciones (...). Los soberanos, junto a la responsabilidad de sus particulares dominios, tienen a su cargo el cuidado de la sociedad humana en general” (SÁNCHEZ LEGIDO, 2004: 41).

Igualmente, el Profesor Sánchez Legido traduce el presente pasaje del autor De Vattel, en virtud del cual también comparte la visión del jurista holandés Hugo Grocio bajo los siguientes términos: “*Aun cuando la jurisdicción de cada Estado está en general limitada a castigar los crímenes cometidos en su territorio, una excepción debe hacerse respecto de los criminales que, por el carácter y la gravedad de sus crímenes, son una amenaza a la seguridad pública allá donde estén y se proclaman enemigos de la raza humana en su conjunto” (SÁNCHEZ LEGIDO, 2004: 42; así como, y conforme al documento original, en DE VATTEL, 1844: 108-109).*

²⁸⁷ En la Resolución del denominado asunto Lotus, la Corte Permanente de Justicia Internacional, sentó uno de los más firmes precedentes que han servido de aplicación, con mayor o menor matización, para la resolución de los conflictos internacionales. En efecto, la Corte Internacional de Justicia, sucesor de aquella, ha basado algunas de sus resoluciones en la doctrina sentada en dicha sentencia, de las que podemos citar entre otras por su expresa remisión la sentencia de 20 de febrero de 1969 en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte, o en fechas más recientes, la Opinión Consultiva expresada con motivo de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo de fecha 22 de julio de 2010, e incluso actualmente ha sido alegada para resolver el conflicto suscitado en el denominado caso Enrica Lexie, que al mantener una similitud con los hechos, ha servido de inspiración en la fundamentación de la orden de adopción de medidas provisionales por parte de la Corte Permanente de Arbitraje de fecha 29 de abril de 2016, aún pendiente de resolución sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

de todo conflicto entre los Estados, y que completa el sistema jurídico internacional (principio Lotus); y 3) desde la perspectiva del reconocimiento primario del principio de justicia universal, al resolver una cuestión esencialmente de la permisibilidad del ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones estatales (CABALLERO PÉREZ, 2019: 194-201).

El ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones nacionales y su permisibilidad en el Derecho internacional determina el presupuesto básico para que los Estados puedan ampliar y extender su jurisdicción para la protección de intereses que les son relevantes. Debemos considerar que el asunto Lotus estableció los perfiles del principio de la jurisdicción universal tal y como son conocidos en la actualidad como instrumento necesario para favorecer el ejercicio universal de la justicia evitando espacios de impunidad cuando los delitos fueren cometidos fuera de la jurisdicción de los Estados.

La Corte al analizar el principio de territorialidad que fundamenta el ejercicio de la jurisdicción de los Estados, razonó que: “a pesar de que es cierto que en todos los sistemas jurídicos el principio de la territorialidad del Derecho criminal es fundamental, es igualmente cierto que todos o casi todos estos sistemas jurídicos extienden su acción a delitos cometidos fuera del territorio del Estado que las adoptan, y lo hacen de modo que varían de un Estado a otro. La territorialidad del Derecho criminal, por lo tanto, no es un principio absoluto del Derecho internacional, y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”²⁸⁸. Para ello, resultaba esencial: “determinar si existe o no una regla de derecho internacional que limite la libertad de los Estados de extender la jurisdicción criminal de sus tribunales a una situación que reúne las características del presente caso”²⁸⁹.

Conviene recordar el supuesto de hecho en el que se fundamenta la resolución de dicho tribunal internacional. El 2 de agosto de 1926, cerca de la Costa Sigri (Mytilene),

²⁸⁸ Documento original: “*Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all or nearly all these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State. The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 20*).

²⁸⁹ Texto original: “*(...) therefore must, in any event ascertain whether or not there exists a rule of international law limiting the freedom of States to extend the criminal jurisdiction of their courts to a situation uniting the circumstances of the present case*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 21*).

fuera de las aguas territoriales del Estado de Turquía, aunque cercana a su territorio, tuvo lugar una colisión marítima en alta mar entre el barco correo de vapor bajo bandera francesa “Lotus” y el barco carbonero bajo bandera turca, que determinó el hundimiento de este último navío y el fallecimiento de ocho ciudadanos de nacionalidad turca.

Tras la llegada de la embarcación Lotus al puerto de destino las autoridades turcas iniciaron el proceso de investigación sobre dicha colisión. Posteriormente se produjo el arresto preventivo tanto del primer piloto Demons como del capitán Bey con el fin de llevar a cabo la acusación iniciada por la Corte Criminal de Estambul conforme a las querellas que fueron presentadas por terceros y familiares de las víctimas de la colisión, que fue realizado sin previo aviso al Consulado francés.

En el juicio el Sr. Demons alegó que el Gobierno turco carecía de jurisdicción para exigirle responsabilidad personal por la colisión, afirmación de falta de jurisdicción que fue rechazada. El fallo de la Sentencia dictada por la Corte Criminal de Estambul con fecha 15 de septiembre de 1926 condenó al Teniente Demons a prisión y multa por su participación en delito de homicidio imprudente, así como al propio capitán del navío turco Hassan Bey.

Ello motivó la protesta del Gobierno francés, que anteriormente había solicitado la libertad de su nacional o bien su extradición para que fuera enjuiciado por los tribunales franceses. El conflicto diplomático determinó que aunque Turquía no fuera miembro de la Sociedad de Naciones manifestara su disposición a que el conflicto por el ejercicio de su jurisdicción fuera sometido a la Corte de La Haya, lo que fue aceptado por los representantes del Gobierno francés firmándose entre ambos Estados un tratado especial, en la ciudad de Ginebra el día 12 de octubre de 1926, que una vez ratificado fue entregado y depositado en la CPJI con fecha 27 de diciembre de 1926.

Conviene resaltar que el Estado turco mantenía que conforme a su Derecho interno tenía competencia para la persecución de estos hechos conforme a la norma interna establecida en su artículo 6 del Código Penal (en adelante CP) turco (Ley N° 765 del 1 de marzo de 1926)²⁹⁰, así como que no existía inconveniente en ello conforme a lo

²⁹⁰ El citado precepto objeto de estudio en el asunto Lotus de 1927 expone lo siguiente: “*Any foreigner who, apart from the cases contemplated by Article 4, commits an offence abroad to the prejudice of Turkey or of a Turkish subject, for which offence Turkish law prescribes a penalty involving loss of freedom for a (...) minimum period of not less than one year, shall be punished in accordance with the Turkish Penal Code provided that he is arrested in Turkey (...)*”.

dispuesto en el artículo 15 de la Convención de Lausana de 1923 sobre las condiciones de residencia, negocio y jurisdicción, que determinaba que todas aquellas cuestiones en lo que respecta al ejercicio de jurisdicción entre el Estado de Turquía y las demás potencias vinculadas por dicho tratado, como lo era Francia, se llevará a cabo conforme a los principios del Derecho internacional sin perjuicio de lo previsto en el artículo 16²⁹¹.

Por el contrario, el Estado francés alegó que el Estado turco actuó en contra de los principios del Derecho internacional, manteniendo como razonamiento que: el Derecho internacional no permite a un Estado iniciar un juicio con respecto a ofensas cometidas por extranjeros fuera de su territorio, basándose en la simple nacionalidad de la víctima; que las normas internacionales reconoce la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón en lo que respecta a todo lo que ocurra a bordo de un barco en alta mar; y que estos principios del Derecho internacional son los que deben ser aplicables a los hechos.

El objeto del pronunciamiento por parte de sus doce magistrados que componían la CPJI venía determinado por el hecho de si era permisible la extensión territorial de la jurisdicción turca para enjuiciar crímenes acontecidos fuera de sus fronteras, y si existía

Nevertheless, in such cases, the prosecution will only be instituted at the request of the Minister of Justice or on the complaint of the injured Party” (The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, pp. 14-15).

²⁹¹ Texto original: “*Subject to the provisions of Article 16, all questions of jurisdiction shall, as between Turkey and the other contracting Powers, be decided in accordance with the principles of international law*”.

En lo que respecta al citado artículo 16 de dicho texto internacional, expone lo siguiente: “*In matters of personal status, i.e., all questions relating to marriage, conjugal rights, divorce, judicial separation, dower, paternity affiliation, adoption, capacity majority, guardianship, trusteeship and interdiction; in matters relating to succession to personality, whether by will or on intestacy, and the distribution and winding up of estates; and family law in general, it is agreed between Turkey and the other Contracting Powers that, as regards non-Moslem nationals of such Powers in Turkey, the national tribunals or other competent national authorities established in the country of which the party whose personal status is in question will alone have jurisdiction.*

The present stipulation does not affect the special attribution's of consuls in matters of status in accordance with international law or special agreements which may be concluded, nor the right of Turkish courts to request and receive evidence respecting matters acknowledged above as being within the competence of the national tribunals or authorities of the parties concerned.

By way of exception to the first paragraph of this Article, the Turkish courts will also have jurisdiction in the matters referred to therein, if all the parties to the case submit in writing to the jurisdiction of the said courts. In such case the Turkish courts will apply the national law of the parties”.

alguna regla o principio de Derecho internacional que impidiera la libertad de los Estados en extender su jurisdicción criminal.

En su pronunciamiento la Corte resolvió que el Estado de Turquía no violó el artículo 15 de la Convención de Lausana sobre las condiciones de residencia, negocio y jurisdicción, negando cualquier regla de Derecho internacional que limite la libertad de los Estados en establecer aquellas normas que estimen adecuadas para el ejercicio de su jurisdicción, pues no puede concluirse “que el Derecho internacional prohíba a los Estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación que se refiera a hechos que hayan tenido lugar en el extranjero cuando no se pueden amparar en una regla permisiva del Derecho internacional”²⁹²; y añade que: “sólo podría sostenerse si el Derecho internacional impusiera sobre los Estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre personas, bienes y actos que estén fuera de su territorio y si sólo como excepción a esta prohibición general del Derecho internacional se permitiera a los Estados hacerlo en ciertos casos específicos”²⁹³.

Para la Corte sólo puede limitarse el ejercicio de la jurisdicción de los Estados cuando ello lo impida una norma coercitiva de Derecho internacional, pues la finalidad de las normas internacionales es la regulación de las relaciones entre los Estados con la finalidad de alcanzar un fin común, pues como límite natural en el ejercicio de la jurisdicción sólo puede establecerse la prohibición de intromisión en otro territorio que no fuese el suyo propio, salvo la existencia de reglas o principios internacionales que dispongan lo contrario, lo que no fue observado por la Corte en el presente caso.

La Corte resaltó como hechos esenciales que la colisión en alta mar, fuera de los límites de las aguas jurisdiccionales estatales, entre dos buques de banderas diferentes (son las banderas las que determinan la pertenencia nacional del buque), además del

²⁹² Documento original: “(...) *that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 19*).

²⁹³ Documento original: “(...) *only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 19*).

hecho de que en una de las embarcaciones se encontraban las personas responsables penalmente de la infracción mientras que en la otra embarcación se hallaban las víctimas. Además no tuvo en consideración al entenderlo como innecesario que un Estado tenga competencia para castigar a aquellas personas que hayan cometido hechos delictivos en territorio extranjero por el simple criterio de la nacionalidad de la víctima, siempre que ello sea permitido por la jurisdicción penal del Estado.

En su razonamiento, los magistrados que apoyaron el sentir mayoritario de la Resolución, comprenden que en la mayoría de los sistemas jurisdiccionales de los distintos países “interpretan el Derecho criminal en el sentido de que los delitos cuyos autores al momento de cometerlos están en territorio de otro Estado, deben, no obstante, ser considerados como cometidos en el territorio nacional, si uno de los elementos constitutivos del delito y, más especialmente, sus efectos, han ocurrido allí”²⁹⁴. La Corte resalta, con ello, que el criterio esencial en el presente enjuiciamiento no es sólo de la nacionalidad, sino también el efecto de la acción ilícita (factor que desde el ámbito criminal tiene mayor relevancia que la propia conducta del autor en los supuestos de homicidio culposo), por ello concretó que los hechos delictivos tuvieron lugar en la embarcación turca y ello justifica la aplicación del criterio de territorialidad por parte del Estado turco. Por ello no se cuestiona la aplicación de su ordenamiento jurídico interno basado en el criterio de territorialidad como tampoco que exista incompatibilidad entre las normas nacionales y los principios del Derecho internacional.

En su fundamento, la Sentencia de la Corte Permanente desestima la exclusividad de la jurisdicción basada en el pabellón del buque propia del Derecho de la navegación. Es cierto que el Derecho marítimo es considerado como una de las ramas jurídicas más amplias, por cuanto no sólo contienen normas propias del Derecho Público, sino también del Derecho mercantil, ya que “*comprende el estudio (...) de fenómenos jurídicos que ocurren respecto a la navegación, a la industria, y al tráfico de mercancías y pasajeros por mar*” (DE LUNA OMAR, 1981: 11). En palabras del Profesor Juan Carlos Faidutti, “*se considera que los mares constituyen un medio de comunicación y navegación, una fuente de alimentos, un depósito de recursos*

²⁹⁴ Texto original: “(...) interpret criminal law in the sense that offences, the authors of which at the moment of commission are in the territory of another State, are nevertheless to be regarded as having been committed in the national territory, if one of the constituent elements of the offence, and more especially its effects, have taken place there” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 23*).

aprovechables, un mundo donde pulula la vida marina y un eslabón vital de la cadena de sostenimiento de la vida en la tierra” (2004: 7). Ello supone una extensión en el ejercicio de su soberanía, siempre que sea compatible con las normas internacionales²⁹⁵, cuyo origen consuetudinario se basaban en la doctrina de “*Hugo Grocio sosteniendo la tesis de “mare liberum”* [frente a] *John Selden*²⁹⁶[, que] *propugnaba un “mare clausum” en favor de ciertos Estados*” (FAIDUTTI, 2004: 9). Ello fue objeto de consideración por parte de la Corte cuando reconoce en su fundamentación que “*las embarcaciones no están sujetas a ninguna autoridad excepto aquella del Estado del pabellón*”²⁹⁷, a lo que hay que añadir que al menos con carácter general que la alta mar se define como aquellas aguas que van más allá de las aguas territoriales²⁹⁸ y se

²⁹⁵ Hasta la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de la Haya de 1930, los Estados luchaban por el dominio de los mares desde la óptica política. Si bien en el campo del derecho, los intentos de llevar a cabo una regulación sobre este aspecto no fueron tenidos en cuenta hasta los planteamientos sobre el Derecho marítimo de Hugo Grocio, que abogaba por la libertad de los mares (*mare liberum*), y de John Selden, señalando la necesidad de establecer una “*frontera marítima*” (*mare clausum*) de los Estados.

La Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de la Haya de 1930, promovida por la Sociedad de las Naciones que contó con la participación de un total de 48 Estados, de los cuales 9 no eran miembros dicha Sociedad, que tenía por finalidad la codificación de textos normativos internacionales en determinadas materias, de entre las cuales figuraba las aguas territoriales. En lo que respecta a dicha materia, no se logró alcanzar ningún acuerdo al surgir “*serias dificultades al tratar los puntos correspondientes a la anchura del mar territorial y de la zona contigua*” (FAIDUTTI, 2004: 13).

Si bien pudieron aclarar “*las nociones de mar territorial y zona contigua [destruyéndose] el falso concepto de que el Derecho Internacional consuetudinario consagraba la regla de las tres millas*” (FAIDUTTI, 2004: 14), así como acordar una extensión máxima para la zona contigua de al menos 12 millas marinas (22 kilómetros aproximadamente).

No obstante, no fue hasta Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar del 30 de abril de 1982 cuando se aprobó los instrumentos jurídicos internacionales necesarios para delimitar los aspectos de soberanía, utilización, jurisdicción y derecho de los Estados sobre los mares y océanos.

²⁹⁶ John Selden (1584-1654), jurista, orientalista y político inglés destacado por sus monografías sobre la interrelación entre la Biblia Hebrea y el Protestantismo europeo, así como por su obra “*Mare clausum*”. Dicho texto de 1635, y posicionándose en las circunstancias económicas y políticas de la Inglaterra del siglo XVII, manifestó la existencia de problemas jurídicos en las relaciones internacionales con otros Estados sobre las aguas territoriales y aguas de alta mar. Ello conllevaría a la necesidad de establecer límites y fronteras marítimas entre los países territorialmente, determinando la posibilidad de que los Estados puedan llevar a cabo el ejercicio de su soberanía sobre zonas marítimas.

²⁹⁷ Texto original: “*(...) vessels on the high seas are subject to no authority except that of the State whose flag they fly*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 25*).

²⁹⁸ Entendemos por aguas territoriales aquella zona marítima en la que un Estado puede ejercer su soberanía, siempre respetando la norma del paso inofensivo a buques extranjeros.

caracteriza por la ausencia de actuación por parte del Estado sobre dichas zonas marítimas. Como resalta el Profesor De Luna Omar de acuerdo con Hugo Grocio, este tipo de zona marítima se caracteriza por “*estar abierta al uso común de toda persona*”, pues todo aquello “*que no pueda ser cintado o cercado no puede convertirse en sujeto de propiedad; así, las inquietas aguas del océano son forzosamente libres*” (DE LUNA OMAR, 1981: 58).

La CPJI, aunque reconoce el principio internacional de libertad de mares, al razonar que “en virtud del principio de la libertad de mares, es decir, la ausencia de cualquier soberanía territorial sobre alta mar, ningún Estado puede ejercer cualquier modo de jurisdicción sobre embarcaciones extranjeras”²⁹⁹, establece como excepción al mismo aquellos casos en los que el Estado aplique su ordenamiento jurídico y jurisdicción cuando un navío en alta mar porte su pabellón³⁰⁰, lo cual determina la aplicación del ordenamiento jurídico más allá de las fronteras estatales impidiendo con ello a los demás países ejercer su soberanía sobre el mismo, pues “lo que ocurre a bordo de un barco que se encuentra en alta mar debe ser considerado como si hubiese ocurrido en el Estado cuyo pabellón enarbola el barco”³⁰¹, pero sin embargo, en el caso de colisión razona en su pronunciamiento que la aplicación de estos mismos principios determina que los efectos de la conducta ilícita se hayan producido en otro buque cuyo pabellón sea de otro Estado o en territorio extranjero no impide el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de otro Estado, pues existe una concurrencia de jurisdicciones que no debe ser considerada como excluyentes y por eso no puede sostenerse que el Estado turco actuara en contra de los principios del Derecho

En lo que respecta al citado paso inofensivo, conviene resaltar que es una norma internacional consuetudinaria prevista en la Convención de Ginebra de 1958 en virtud del cual los Estados deberán permitir el acceso a su territorio marítimo a navíos extranjeros siempre y cuando éstos no atenten contra la seguridad, el orden público, la paz, ni tan siquiera los intereses del Estado.

²⁹⁹ Texto original: “*In virtue of the principle of the freedom of the seas, that is to say, the absence of any territorial sovereignty upon the high seas, no State may exercise any kind of jurisdiction over foreign vessels upon them*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 25*).

³⁰⁰ Desde esta óptica jurídica, debe entenderse por pabellón aquella bandera que utiliza el buque en zonas marítimas. La mera utilización de la bandera implica la exteriorización de la nacionalidad de la embarcación.

³⁰¹ Texto original: “*that what occurs on board a vessel on the high seas must be regarded as if it occurred on the territory of the State whose flag the ship flies*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 25*).

internacional, no ya por la ausencia de normativa que indicara la excepción del principio de territorialidad sino más bien por reconocer que la actuación penal contaba con la jurisdicción aplicable por el Estado turco, al no existir un texto normativo internacional que prohiba a éste acusar al Teniente Demons por homicidio culposo.

En suma, los fundamentos de la Sentencia contemplan el germen de la aplicación del llamado principio de justicia universal reconociendo que un Estado puede ejercer su jurisdicción de forma extraterritorial, al no existir un principio internacional de especial atención y de aplicación al caso que resultara vinculante, pues siguiendo a Sáenz de Santa María, *“aunque la determinación de la naturaleza de los principios internacionales no está exenta de controversia (...) los trabajos preparatorios [del Estatuto] de la CPJI se entendió como aquellos aceptados por todos los estados in foro doméstico, esto es, los principios comunes a los distintos ordenamientos estatales, por expresar una común concepción de la justicia, de su aplicación a las relaciones privadas puede extenderse a las relaciones internacionales (...) la jurisprudencia internacional ha acogido los principios generales del Derecho internacional, obtenidos a partir de normas consuetudinarias internacionales, así como de los principios propios de los ordenamientos estatales. (...) En cuanto a su relevancia, podemos llegar a dos conclusiones. En primer lugar, que la invocación de los principios comunes a los órdenes estatales nunca ha sido determinante para la decisión de los asuntos sometidos [a los tribunales internacionales], más bien han sido empleados para completar el razonamiento judicial desde una visión unitaria del Derecho. En segundo término, los principios generales del Derecho internacional han tenido un mayor peso para informar un concreto sector de normas, a las que vertebran por su fundamento racional, si bien tampoco han sido un fundamento autónomo de la decisión judicial, que ha estado basada en las normas, consuetudinarias o convencionales”* (2012: 26-28).

La Corte, ante la diversidad de antecedentes judiciales por parte de los Estados en circunstancias análogas y la ausencia de norma escrita dentro del ordenamiento jurídico internacional que resultara de aplicación, consideró que no era trascendente profundizar en los Derechos internos sino más bien en la naturaleza de la infracción del Derecho penal que dio origen al proceso iniciado por parte de la Corte Criminal de Estambul, afirmando que: “el delito por el cual el Teniente Demons resultó procesado fue un acto —de negligencia o imprudencia— que tuvo su origen a bordo del Lotus, mientras que sus efectos se hicieron sentir a bordo del Boz-Kourt. Estos dos elementos

son desde el punto de vista jurídico, enteramente inseparables, tanto que su separación significaría la inexistencia del delito”³⁰².

Aclarado ello, la CPJI llegó a la conclusión de que no existía ningún instrumento jurídico internacional ni acuerdo tácito entre Estados que en los supuestos de colisión entre buques por el que el Estado del pabellón tuviese la competencia exclusiva en cuestiones procesales criminales. No obstante, conviene resaltar que la Sentencia resolvió que el otorgamiento de jurisdicción exclusiva a un Estado en casos de colisión corresponde al ordenamiento jurídico interno “por parte de cada marino mercante y que un castigo efectivo no consiste tanto en la imposición de algunos meses de cárcel sobre el capitán sino en la cancelación de su licencia como maestro, es decir, en quitarle el comando de su barco”³⁰³. Este fundamento jurídico determina la aplicación de los preceptos normativos únicamente en los supuestos acaecidos dentro del buque que navegue bajo bandera de un determinado país. Este razonamiento desconcertante en la Resolución creo que debe ser interpretado más en la valoración subjetiva de los magistrados que estimaron desproporcionada la pena de prisión impuesta al Teniente Demons³⁰⁴, pero no enturbia el razonamiento sobre la legitimidad del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción turca, y que quizás haya que ponerlo en concordancia

³⁰² Texto original: “*The offence for which Lieutenant Demons appears to have been prosecuted was an act – of negligence or imprudence – having its origin on board the Lotus, whilst its effects made themselves felt on board the Boz-Kourt. These two elements are, legally, entirely inseparable, so much so that their separation renders the offence non-existent*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 30*).

³⁰³ Documento original: “*(...) of each merchant marine and that effective punishment does not consist so much in the infliction of some months' imprisonment upon the captain as in the cancellation of his certificate as master, that is to say, in depriving him of the command of his ship*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 30*).

³⁰⁴ Podemos destacar el voto particular formulado por el Profesor Altamira, que formaba parte de la Corte Permanente de Justicia Internacional desde su creación, y que en este sentido estima que, conforme al Derecho natural (Derechos Humanos) debe ser respetado los derechos a todos los individuos conforme a las garantías para su enjuiciamiento, y ello es esencial para el propio sistema jurídico general de las naciones que integra la comunidad internacional, de lo contrario, se produciría un fracaso de la misma, por lo que el posible responsable desconoce el derecho y la trascendencia jurídica de los actos contenidos en una legislación que desconoce y es distinta al de su comunidad, sobre todo en los supuestos de falta de intencionalidad, por lo que resulta excesiva la condena penal impuesta por el Estado turco. Además, no existe en la convicción de los Estados que diera origen a la correspondiente norma internacional consuetudinaria ni en los principios de la misma la aceptación clara de la extraterritorialidad de la jurisdicción penal de un Estado aplicable a un extranjero en delitos de esta categoría, por lo que es un exceso de criminalización.

con los pareceres de los magistrados que se apartaron del sentir mayoritario³⁰⁵. Debemos recordar que la decisión adoptada por el Tribunal fue fruto de un intenso debate y división entre sus jueces donde el acuerdo mayoritario fue adoptado tras hacer

³⁰⁵ Para los Jueces Loder, el anterior Presidente de la Corte Weiss, Lord Finlay, y Nyholm manifestaron tras compartir con el sentir mayoritario de que no existe un consenso general del reconocimiento del Derecho de las Naciones a la protección de sus ciudadanos fuera de sus fronteras, que los Estados deben limitarse a ejercer su jurisdicción en su territorio salvo que esté amparado en convención o norma escrita, o norma consuetudinaria de Derecho internacional, porque de lo contrario se quebraría el principio de igualdad entre los Estados, seguridad y orden público, y ello es incluso consecuencia de su propio derecho.

Especial atención tiene el pensamiento disidente de Moore, de Estados Unidos, que comienza por lamentar el hecho de que el tribunal no tuvo a su disposición la Sentencia dictada por la Corte de Estambul y que el objeto de estudio supondría en todo caso una revisión de la misma. Realiza un pormenorizado análisis del Derecho internacional, y podemos concretar su valoración en lo siguiente: 1) Que el acuerdo de sometimientos de la cuestión del Tribunal delimitaba su objeto a la competencia de la jurisdicción turca. En el enjuiciamiento de la responsabilidad personal del capitán Demons, y si ello había violado el artículo 15 de la Convención, y lamenta que no se permitió a la Corte examinar y revisar el procedimiento seguido por la Corte de Estambul, ni probar si la colisión se produjo a seis millas de la costa o dentro de las aguas territoriales turcas; 2) Por el principio de igualdad entre Estados independientes todas las naciones tienen un derecho equitativo de no impedir el derecho a no interferir en la libre navegación en tiempos de paz y en los casos de piratería o de extraordinaria autodefensa. Por lo que no es de aplicación el principio de exclusividad del territorio; 3) que los Estados tienen jurisdicción exclusiva y excluyente en su territorio, y su extensión sólo puede estar justificada en determinados y excepcionales supuestos graves, que no son los que concurren en el caso; 4) que el principio de la jurisdicción concurrente tiene su justificación en la protección de los ciudadanos nacionales, pero ello no puede ser entendido de forma absoluta sino prioritariamente a aquellos que se encuentran dentro del territorio del Estado no pudiendo extenderse dicha protección de forma generalizada a cualquier nacional con independencia donde se encuentre y del acto delictivo cometido contra el mismo; y por último 5) con una visión sobre los derechos de la persona enjuiciada, viene a establecer de que ningún Estado tiene potestad para someter a su derecho a los extranjeros que no se encuentren en su territorio por hechos que le son alegados al tiempo de la infracción. En suma, Moore concluye que no es aplicable a estos hechos el reconocimiento de actuación en asuntos como la piratería por el “Derecho de Gentes”, en el que se ha concedido *“una competencia universal en virtud de la cual todas las personas inculpadas de haber cometido este delito, pueden ser juzgadas y castigadas por todos los países bajo la jurisdicción donde viene a ser encontradas”* (The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 71).

Para el Profesor Altamira, además de lo expuesto en la nota anterior, su voto disidente viene determinado por el respeto a las garantías que todo individuo tiene en el enjuiciamiento, al ser ello esencial a todo sistema jurídico de las naciones que integran la comunidad internacional, concluyendo que aunque la jurisdicción se aplica sobre nacionales o extranjeros, en el territorio de cada Estado, y por ello la aplicación extraterritorial de la jurisdicción supone una vulneración a los principios internacionales. En el ejercicio de la jurisdicción estatal rige el criterio de territorialidad, que sólo tiene como excepción la persecución de crímenes de trascendencia para la comunidad internacional (como por ejemplo, piratería, comercio de esclavos, etc.), y la persecución del delito de homicidio culposo no se encuentra en esas excepciones amparadas en un tratado o costumbre internacional. Introduce con ello el denominado principio de proporcionalidad a través del Derecho humanitario, que estima debe ser observado por la comunidad internacional.

uso el Presidente Huber de su voto de calidad para dirimir el empate de la votación final³⁰⁶.

A pesar de la aparente coincidencia en los magistrados que discreparon con el fallo de la Corte, podemos apreciar ciertas diferencias importantes entre ellos. En primer lugar, los jueces Weiss y Lord Finlay pusieron de manifiesto que la cuestión tal como fue expuesta para la decisión de la Corte no estaba debidamente formulada y ello pudo confundir el tema de decisión (*thema decidendi*).

Siguiendo al Profesor Handeyside, debe ponerse de manifiesto que los miembros disidentes estimaron que la opinión mayoritaria había basado su decisión en una presunción pura, fundada en el principio de “que cuando no se haya probado la existencia de una norma especial aplicable al caso, debe prevalecer la libertad absoluta de los Estados”³⁰⁷. Dicho Profesor resaltó sobre la afirmación que establece la Sentencia cuando afirma que “*los Estados son libres de actuar cómo consideren oportuno, salvo norma convencional o consuetudinaria que los prohíba*”, no se corresponde con la decisión adoptada, pues en realidad lo que determina es la aplicación de un principio residual, que es utilizado para resolver la cuestión sometida a la Corte.

Para dicho autor sólo en las opiniones de los jueces Moore y Altamira puede ser apreciada una posición diferente. En sus votos disidentes no sólo aplican un principio residual, sino que une al mismo una presunción pura, y de ahí su principal oposición con la opinión mayoritaria al no poder asumir la afirmación: “*nosotros no somos competentes para deducir la norma aplicable a un caso específico por el simple hecho de la soberanía independiente de los Estados*”, dicha conclusión que compartimos, sólo

³⁰⁶ Para la ocasión, la Corte Permanente de Justicia Internacional estaba integrada por un juez nacional del Estado turco invitado a participar del mismo, pues por su parte Francia también contaba con un juez permanente en su calidad de Estado fundador de este tribunal internacional, y estaba compuesto por 12 miembros, que aunque actuaban con imparcialidad y sin sujeción a su país de origen, debemos recordar que respectivamente pertenecían a las nacionalidades de los Países Bajos, España, Estados Unidos, Japón, Cuba, Reino Unido, Dinamarca, Brasil, Italia, Francia, Turquía, y Suiza. De los mismos apoyaron la decisión los jueces, Oda, De Bustamante, Pessoa, Anzilotti, Feizi-Dam Bey, y el presidente Huber, de nacionalidad suiza; disintiendo del sentir mayoritario, los jueces Loder, Altamira, Moore, Lord Finlay, Nyholm y Weiss que formularon sus respectivos votos particulares.

³⁰⁷ “*Cada puerta está abierta a no ser que ésta se encuentra cerrada por tratado*” (HANDEYSIDE, 2007: 80).

puede ser alcanzada al constatar y probar que no hay norma internacional aplicable y en ello no subyace la premisa de libertad de actuación de los Estados.

En conclusión, la Corte estableció la trascendental doctrina que en estos casos habría que entender que “ni la jurisdicción exclusiva de cualquier Estado, ni las limitaciones de la jurisdicción por los principios del Derecho internacional de cada uno de los hechos que tuvieron lugar en los respectivos buques, parecería intencionado para satisfacer los requerimientos de justicia y para proteger eficazmente los intereses de los dos Estados. Esto es normal si cada uno pudiera ser capaz de ejercer su jurisdicción y hacerlo con respecto al incidente en su conjunto. Por lo tanto, esto es un caso de jurisdicción concurrente”³⁰⁸.

B) Límites al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados basados en el Derecho internacional

Debemos recordar que el Derecho internacional se fundamenta en la propia soberanía e independencia de los Estados que se integran en plano de igualdad en la comunidad internacional. El ejercicio de la soberanía queda legitimado por la defensa de los intereses de sus nacionales o residentes y ello fundamenta su ejercicio territorial cuya exclusividad debe ser respetada por parte de los demás Estados (Resolución 2625 (XXVI) de la AG de 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios de Derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas). El territorio es elemento esencial para el principio de soberanía en su sentido westfaliano, que determina un especial deber de respeto por parte de los Estados que vienen además amparado en las propias normas y principios internacionales. La inmunidad es consecuencia del principio de respeto a la soberanía de los Estados y supone una excepción al ejercicio de la jurisdicción.

Uno de los ejemplos claros donde se refleja la protección a través de los tribunales internacionales de la jurisdicción y su relación con la inmunidad como límite

³⁰⁸ Documento original: “Neither the exclusive jurisdiction of either State, nor the limitations of the jurisdiction of each to the occurrences which took place on the respective ships would appear calculated to satisfy the requirements of justice and effectively to protect the interests of the two States. It is only natural that each should be able to exercise jurisdiction and to do so in respect (...) of the incident as a whole. It is therefore a case of concurrent jurisdiction” (The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 30).

al ejercicio de la jurisdicción se encuentra en el caso de la República Democrática del Congo c. Bélgica, resuelto mediante Sentencia de fecha 14 de febrero el año 2002 por la CIJ³⁰⁹.

Los hechos venían determinados por la orden de arresto internacional solicitado por el entonces juez belga Damien Vandermeersch del Juzgado de Primera Instancia de Bruselas de fecha 11 de abril de 2000 contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores congolés Abdulaye Yerodia Ndombasi³¹⁰. En la citada orden no sólo solicitaba la detención y extradición del Sr. Yerodia sino que también se le acusaba de haber cometido “crímenes que, bajo el Derecho internacional, constituyen violación grave causando daño mediante acción u omisión a personas o propiedades protegidas bajo los Convenios firmados en Ginebra el 12 de agosto de 1949, los Protocolos I y II de los citados Convenios y de crímenes de lesa humanidad”³¹¹. Estos crímenes tuvieron lugar en agosto de 1998, imputándose al Sr. Yerodia que entonces ejercía el cargo de Secretario Privado del Presidente del Congo enaltecimiento al odio racial a través de discursos que fueron emitidos en televisión durante la masacre de grupos rebeldes principalmente contra el grupo étnico *Tutsi* (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2000).

³⁰⁹ El conflicto en cuestión llegó a la Corte Internacional de Justicia mediante denuncia por parte del Estado congolés de fecha 17 de octubre de 2000 contra el Estado Belga, solicitando la no aplicación de la orden de arresto internacional del Estado belga, fundamentándose principalmente en la jurisprudencia del asunto Lotus de 1927 de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y del caso Estados Unidos v. Irán de 1980.

Ambos Estados son signatarios a la Carta de las Naciones Unidas de 1945, el Gobierno belga se suscribió a dicho texto en 1945, y el Estado congolés lo hizo más tarde en 1960. Si bien debemos señalar que el territorio congolés se independizó de Bélgica el 30 de junio de 1960, pues hasta la citada fecha y desde 1908, dicho territorio fue colonia del Estado belga -concretamente propiedad del entonces Rey Leopoldo II (1835-1909)-.

³¹⁰ Abdulaye Yerodia Ndombasi (1993-2019), político congolés que ejerció como Ministro de Asuntos Exteriores entre 1999 y 2001 dentro del Gobierno de la República Democrática del Congo, así como el cargo de Vicepresidente desde 2002 hasta 2006 (durante ese tiempo el Gobierno congolés estaba en período de transición durante el cual se procedió a finalizar mediante un acuerdo de paz el enfrentamiento entre los rebeldes y los partidos de la oposición).

³¹¹ Fragmento original del siguiente documento: “*crimes under international law constituting grave breaches causing harm by action or omission to persons or property protected under the Conventions signed at Geneva on 12 August 1949 and Protocols I and II additional to said Conventions, [and] crimes against humanity*” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2000: 3).

Con fecha 7 de junio del 2000 se transmitió la orden de arresto tanto a INTERPOL³¹² como al Gobierno congolés, que tras haber sido recibida el 12 de julio por sus autoridades, con fecha 17 de octubre demandó al Estado belga solicitando la anulación de la misma por vulneración de los principios del Derecho internacional. Los principios violados según la demanda fueron: “(1) Violación del principio por el que un Estado no puede ejercer su autoridad en el territorio de otro Estado, y el principio de igualdad soberana de todos los miembros de las Naciones Unidas, como viene establecido en el artículo 2, párrafo 1º, de la Carta de las Naciones Unidas; y (2) violación de la inmunidad diplomática del Ministro de Asuntos Exteriores de un Estado soberano, como viene reconocido por la jurisprudencia de la Corte y siguiendo el artículo 41, párrafo 1, de la Convención de Viena del 18 de abril de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas³¹³”³¹⁴. La jurisprudencia en la que se apoyó el Gobierno

³¹² Bajo las siglas de Organización Internacional de Policía Criminal y con sede en Lyon (Francia). Fue creado en 1923 y tiene como función principal es apoyar a las fuerzas policiales a combatir la delincuencia internacional (en su mayoría corrupción, terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de personas, tráfico de armas, organización criminal, pornografía infantil, blanqueo de dinero, y delitos económicos), además de realizar comunicaciones policiales.

Cuenta con un total de 190 países miembros, que son: Albania, Argentina, Alemania, Andorra, Angola, Antigua y Barbuda, Antillas Neerlandesas, Arabia Saudita, Argelia, Afganistán, Armenia, Aruba, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Baréin, Bangladés, Barbados, Bielorrusia, Bélgica, Belice, Benín, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botsuana, Brasil, Brunéi, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Bután, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Canadá, Colombia, Comoras, República del Congo, República Democrática del Congo, Corea del Sur, Costa Rica, Costa de Marfil, Croacia, Cuba, Chad, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Etiopía, Macedonia, Filipinas, Finlandia, Fiyi, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Granada, Grecia, Guatemala, Guinea, Guinea-Bisáu, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Honduras, Hong Kong (China), Hungría, India, Indonesia, Irak, Irán, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajistán, Kenia, Kirguistán, Kuwait, Laos, Lesoto, Letonia, Líbano, Liberia Libia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Madagascar, Malasia, Macao (China), Malauí, Maldivas, Malí, Malta, Islas Marshall, Mauricio, Mauritania, México, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Mongolia, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nauru, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Papúa Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Catar, Reino Unido, República Centroafricana, República Checa, República Dominicana, Ruanda, Rumania, Rusia, Samoa, San Cristóbal y Nieves, San Marino, San Vicente y las Granadinas, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Serbia, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sri Lanka, Suazilandia, Sudán, Suecia, Suiza, Sudáfrica, Surinam, Tailandia, Tanzania, Tayikistán, Timor Oriental, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Ciudad del Vaticano, Venezuela, Vietnam, Yemen, Yibuti, Zambia, y Zimbabue.

³¹³ El Convenio de Viena del 18 de abril de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas es un tratado internacional que tiene por objeto regular las relaciones diplomáticas entre los estados, así como la inmunidad de aquellos que ejerzan las funciones de los diplomáticos. Dicho tratado entró en vigor el 24 de abril de 1964, y se han suscrito en ella un total de 190 Estados (entre los cuales se encuentra España).

congolés fue el antecedente establecido por la CPJI en el llamado asunto Lotus de 1927, y en concreto en sus consideraciones jurídicas sobre el principio de territorialidad estatal que consideró dicho Tribunal como uno de los principios respaldados por el Derecho internacional. Igualmente la demanda del Gobierno congolés fundamentaba su petición de anulación de la orden de arresto en la Sentencia dictada por la CIJ en el asunto de los Estados Unidos de América c. Irán de fecha 24 de mayo de 1980, que resolvió el conflicto surgido con motivo del asalto del Consulado de los Estados Unidos en Teherán y la detención de diplomáticos estadounidenses y miembros del equipo consular, estimando el derecho de inmunidad diplomática como principio del Derecho internacional³¹⁵.

La cuestión principal que fue sometida a decisión de la CIJ se centraba en la legitimidad del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción por el Estado belga así como el derecho a la inmunidad diplomática del Sr. Yerodia como Ministro de Asuntos Exteriores. El ejercicio de su jurisdicción basado en el principio de justicia universal por el Estado belga venía amparado en su Derecho interno en su Ley de la jurisdicción universal (también conocida como “la ley de Bélgica sobre genocidio”), que establecía en cuyo artículo séptimo que: “Los tribunales belgas tendrán jurisdicción respecto a los delitos previsto en la presente ley, dondequiera que hubiesen sido cometidos. Para los delitos cometidos en el extranjero por un belga contra un extranjero, ni una reclamación del extranjero o su familia, ni tan siquiera un comunicado oficial de las autoridades en el

³¹⁴ Fragmento original del siguiente texto: “(1) *Violation of the principle that a State may not exercise [its authority] on the territory of another State and of the principle of sovereign equality among all Members of the United Nations, as laid down in Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations.*

(2) *Violation of the diplomatic immunity of the Minister for Foreign Affairs of a sovereign State, as recognized by the jurisprudence of the Court and following from Article 41, paragraph 2, of the Vienna Convention of 18 April 1961 on Diplomatic Relations*” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2000: 3).

³¹⁵ En el asunto *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Estados Unidos demanda contra Irán por la crisis de rehenes, que tuvo lugar entre el 4 de noviembre de 1979 y el 20 de enero de 1981, en el que diplomáticos y miembros del Consulado norteamericano en Teherán fueron secuestrados por los militantes revolucionarios de dicho país. Las cuestiones a resolver por parte de la CIJ fueron dos: la primera relativa al ataque armado contra la Embajada por los estudiantes y militantes; y si los actos llevados a cabo tanto por los estudiantes como los militantes formaban parte del Gobierno iraní durante ese período de tiempo. El fallo de la Sentencia determinó que Irán había vulnerado el Derecho internacional en materia de inmunidad diplomática, así como exigió el restablecimiento del Gobierno y la liberalización de los diplomáticos norteamericanos (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*).

país en el que se hubiese cometido el delito será requerido”³¹⁶. Basándose en ello los representantes de Bélgica alegaron que: 1) la Corte carece de jurisdicción en este caso, pues sólo existe un conflicto entre las partes sobre los términos en el que aceptaron la jurisdicción; 2) que al no ostentar el Sr. Yerodia Ndombasi cargo alguno del Gobierno del Congo, ni representación del mismo, la Corte debe negarse a proceder al carecer su jurisdicción de objeto y no tener competencia para juzgar sobre el fondo del asunto; 3) que la Corte debe declarar la inadmisibilidad de la solicitud al ser materialmente diferente las circunstancias que fundamentaron la presentación del conflicto; y 4) que la falta de agotar por parte del Sr. Yerodia Ndombasi todos los recursos internos, y carecer en las actuales circunstancias de protección diplomática, la solicitud resulta improcedente porque la Corte no es competente para la protección individual del mismo; y por ello concluye que los tribunales belgas son competentes para enjuiciar y juzgar al Sr. Yerodia Ndombasi, estimando la legitimidad de la orden de detención cursada³¹⁷.

La CIJ, en su fallo, desestimó los argumentos planteados por el Estado belga conforme a los siguientes fundamentos:

1º.- La CIJ sostiene su competencia al existir un conflicto jurídico entre las partes, tomando como inicio del mismo la fecha en la que se cursó la orden y declarando que los hechos producidos con posterioridad no afectan a su competencia (*pertuatio jurisdictiones*)³¹⁸.

2º.- La CIJ analizó la relación entre el cargo de Ministro del Estado congolés y las acusaciones contra el mismo por delitos de genocidio y lesa humanidad así como la orden de detención dictada por los tribunales belgas y su vigencia una vez que el Sr. Yerodia había cesado en el ejercicio de su cargo. La Corte decretó que el cambio de

³¹⁶ Fragmento original del siguiente precepto: “*The Belgian courts shall have jurisdiction in respect of the offences provided for in the present Law, wheresoever they may have been committed.*

For offences committed abroad by a Belgian against a foreigner, neither a complaint by the foreigner or his family nor an official notice from the authority in the country in which the offence has been committed shall be required”.

³¹⁷ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 11-17.*

³¹⁸ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 12.*

cargo del Sr. Yerodia no determinaba la carencia de objeto del procedimiento instado, señalando que dichas circunstancias no alteran al “*thema decidendi*” sobre el que debe resolver el Tribunal.

3º.- Con relación a la inaplicación del derecho de inmunidad al Sr. Yerodia una vez cesado en sus funciones públicas y como representante o miembro del Gobierno de la República Democrática del Congo, la CIJ determinó que “no puede, en principio, permitirse que un conflicto presentado mediante solicitud ante la Corte sea transformado por enmiendas entre las Partes en otro que sea de distinta naturaleza”³¹⁹, desestimando con ello lo alegado por el Estado belga.

4º.- Finalmente la objeción central del Estado belga se centraba en la inmunidad del Sr. Yerodia en su calidad de Ministro de Asuntos Exteriores del Estado congolés y el respeto a su protección diplomática, que estimaba que no debería ser aplicada por cuanto que los actos imputados al mismo no fueron realizados dentro del ejercicio de sus funciones y que tenían carácter privado. La defensa de la legitimidad de la orden de arresto internacional se basaba en que ésta tendría efectos “contra un ciudadano particular del Congo, y que estos hechos se enmarcan dentro del ámbito de la acción de protección diplomática”³²⁰. Añadiendo incluso “que el interesado no ha agotado todos los recursos disponibles conforme al Derecho belga, condición necesaria antes de que el Congo pueda defender la causa de sus nacionales en los procedimientos internacionales”³²¹. La Corte en su fundamentación jurídica estableció que, con independencia de las circunstancias profesionales del acusado, la cuestión jurídica objeto de resolución no sufrió alteración alguna y que el Gobierno congolés no actuó en

³¹⁹ Texto original: “it “cannot, in principle, allow a dispute brought before it by application to be transformed by amendments in the submissions into another dispute which is different in character” (Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 16).

³²⁰ Fragmento original del presente documento: “against a private citizen of the Congo, and that these issues fall within the realm of an action of diplomatic protection” (Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 17).

³²¹ Fragmento original del presente documento: “that the individual concerned has not exhausted all available remedies under Belgian law a necessary condition before the Congo can espouse the cause of one of its nationals in international proceedings” (Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 17).

la protección de sus individuos, desestimando con ello dicho argumento por cuanto no era necesario agotar todos los recursos de acuerdo con la legislación belga³²².

Sin embargo, y en lo que respecta a este último fundamento, la CIJ entró a debatir una cuestión fundamental del Derecho internacional como es la inmunidad de jurisdicción y la protección diplomática de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados y en concreto la distinción entre su ejercicio profesional de aquellos “actos privados” que son realizados fuera del cumplimiento de sus obligaciones políticas o representativas³²³. Si bien la Corte determinó que los Ministros de Asuntos Exteriores gozan de dicha inmunidad frente a los demás Estados sea en el ámbito civil o penal, por cuanto protegen su ejercicio frente a la intervención de otros Estados y durante el período de tiempo en que ocupara dicho cargo³²⁴, “no puede hacerse la distinción entre los actos llevados a cabo por el Ministro de Asuntos Exteriores dentro de una capacidad “oficial”, y aquellos que afirman haber sido realizados dentro de la “capacidad privada”, o en este sentido, entre los actos realizados antes de que el interesado ejerciera su cargo como Ministro de Asuntos Exteriores y los actos cometidos durante el período de oficio”³²⁵, por cuanto tales actuaciones pueden tener igualmente consecuencias graves.

La decisión fue adoptada con cierta controversia trece votos favorables de los dieciséis jueces integrantes. En la misma decretó que la inmunidad sólo tiene eficacia mientras se desempeña un cargo que la lleve reconocida y cesa con éste, por lo que permite desde ese momento la persecución penal por los hechos ocurridos durante su mandato, pues el ejercicio de funciones públicas no exime de responsabilidad por los crímenes cometidos durante dicho tiempo. Los jueces Oda, Al-Khasawneh, y Van den Wyngaert formularon votos particulares al discrepar de la posición mayoritaria en cuanto que mantenía la inaplicación de la inmunidad del Sr. Yerodia. Por su parte los

³²² *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 17.*

³²³ Sobre la inmunidad, véase el apartado B) del epígrafe 1.6 del Capítulo 1 de la Tesis.

³²⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 22.*

³²⁵ Fragmento original del presente documento: “no distinction can be drawn between acts performed by a Minister for Foreign Affairs in an “official” capacity, and those claimed to have been performed in a “private capacity”, or, for that matter, between acts performed before the person concerned assumed office as Minister for Foreign Affairs and acts committed during the period of office” (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 22*).

jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal a pesar de apoyar el sentir mayoritario en sus opiniones separadas mostraron sus reservas sobre el alcance que en este caso había sido dado a la inmunidad³²⁶.

Debe tenerse en cuenta que las leyes estatales recogen los derechos de inmunidad basándose para ello no sólo en el Derecho internacional consuetudinario, sino también en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Corte priorizó el principio de seguridad jurídica determinando que debía ser reconocida la inmunidad de los agentes estatales mientras se encontraba en el ejercicio de sus funciones, lo que no implica necesariamente su impunidad pues permite la persecución del delito en los supuestos de cese en su ejercicio o de renuncia a la misma.

En su pronunciamiento la Corte, tras analizar la práctica de los Estados de algunos tribunales supremos como la Cámara de los Lores (en adelante HoL)³²⁷ o la Corte de Casación francesa, establece que: “no se ha podido deducir de esta práctica que exista dentro del Derecho internacional consuetudinario ninguna forma de excepción a la norma de inmunidad penal e inviolabilidad de los Ministros de Asuntos Exteriores, cuando ellos fuesen sospechosos de haber cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad”³²⁸.

La Corte concluyó que la orden de arresto internacional interpuesta por Bélgica vulneró el principio de igualdad soberana entre los Estados, así como el principio de no interferencia en el ejercicio soberano de otro Estado. Ello determinó que se decretara la

³²⁶ Debe ser tenido en cuenta que con anterioridad Alfred Verdross, venía manteniendo que la jurisdicción de los Estados es esencialmente interna y depende del desarrollo del Derecho internacional, distinguiendo desde la aplicación de la norma jurídica, tres grupos de materias: 1) aquellas que se encuentran completamente regidas por el Derecho internacional, 2) aquellas cuya competencia exclusiva compete a los Estados, sin perjuicio de que su ámbito pueda encontrarse restringido por normas convencionales del Derecho internacional, y 3) materias que aunque estén en principio reguladas por el Derecho internacional, los Estados cuentan con un amplio margen discrecional de su aplicación (VERDROSS, A., *La compétence nationales dans le cadre de l'ONU et l'indépendance des États*, Revue Générale de Droit International Public, 1965, citado por CARRILLO SALCEDO, 1984: 30-31).

³²⁷ Debe ser tenido en cuenta que hasta la Constitutional Reform Act 2005 no se creó propiamente el Tribunal Supremo del Reino Unido, que comenzó a desempeñar sus funciones el 1 de octubre de 2009.

³²⁸ Texto Original: “*It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity*” (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 24).

obligación del Estado belga de anular la orden de arresto internacional contra el Sr. Yerodia y por consiguiente la no efectividad de su aplicación.

Ello provocó que el Gobierno belga modificara su normativa por la que regulaba el principio de justicia universal³²⁹ mediante Ley de fecha 23 de abril de 2003, el Estado belga limitó el ejercicio de su jurisdicción para adaptarla a las normas del Derecho internacional, disponiendo que: “La inmunidad internacional vinculada al cargo oficial de una persona no impedirá la aplicación de la presente ley sólo dentro de los límites establecidos por el Derecho internacional”³³⁰. La actual normativa viene establecida en la *Loi du 5 Août* de 2003³³¹ destacando el Profesor Baker su importancia por cuanto amplía la persecución de los responsables por la comisión de delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra, además de incluir una previsión general de perseguir otras conductas atentatorias contra la humanidad, los derechos humanos y el orden internacional³³² (2009: 157). Por el contrario, el Profesor Reydams critica esta regulación al señalar que la normativa refleja un distanciamiento entre la jurisdicción universal tal como aparece regulada y el contenido de las obligaciones asumidas en los convenios y normas consuetudinarias del Derecho internacional, además de poner en riesgo su eficacia por su extensión y la falta de capacidad institucional de los sistemas

³²⁹ Originariamente el principio de justicia universal se regulaba mediante Ley de 26 de junio de 1993, modificada por Ley de 10 de febrero de 1999, que introducía la persecución de delitos de genocidio y crímenes de guerra de forma amplia conforme a su art. 5.2 que establecía que: “*Le fait que l'accusé a agi sur l'ordre de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité si, dans les circonstances existantes, l'ordre pouvait manifestement entraîner la perpétration d'une infraction grave aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et à leur premier Protocole additionnel du 8 juin 1977*”, del que destaca su tercer apartado al determinar que: “*L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi*”. El ejercicio universal de su jurisdicción se realizaba de forma amplia sin que le pudiera ser opuesta excepciones por razón de inmunidad (BAKER, 2009: 152).

³³⁰ Documento original: “*L'immunité internationale attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche l'application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international*”.

³³¹ Esta norma conllevó un reforzamiento de la jurisdicción universal, y fue modificada por la *Loi du 22 Mai* de 2006 a fin de corregir y mejorar la labor de su Fiscalía General, reforzando la investigación de un hecho delictivo que hubiese sido cometido en el extranjero por un ciudadano o residente belga, o si éstas hubiesen sido víctimas de algún delito.

³³² El artículo 163 del Código Penal belga de 1867, ubicado en el Título Bis de la Disposición Común, enumera esta serie de serie crímenes que, atendiendo a las exigencias de la comunidad internacional, son objeto de persecución conforme a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado de Bélgica. Igualmente, debemos resaltar que, tras la firma y ratificación de estos textos normativos, los Estados adaptan su ordenamiento jurídico interno con la finalidad de cumplir con sus obligaciones internacionales tras ceder parte de su ejercicio soberano a la comunidad internacional.

judiciales en materia penal para la efectividad de la represión de los delitos internacionales previsto en la normativa penal interna (2004: 118).

Volviendo a la Sentencia dictada por la CIJ en el asunto Yerodia, aunque plenamente consciente de la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción universal para proteger los valores de la comunidad internacional que trasciende de la nacionalidad como criterio de atribución jurisdiccional, se planteó incidentalmente la presencia del sospechoso ante los tribunales competentes para su enjuiciamiento. El Juez Francisco Rezke resaltó en su voto particular que toda investigación conlleva necesariamente medidas coercitivas que en la práctica imposibilita el ejercicio de la jurisdicción cuando no se tiene la presencia del responsable para su enjuiciamiento, citando para ello de forma expresa las consideraciones del Profesor Claude Lombois que al analizar las Convenciones de Ginebra de 1949 señaló que: “Cuando esta condición no se formula, solo puede estar implícita: ¿cómo podría un Estado buscar un criminal en un territorio que no sea el suyo? ¿Entregarlo, si no está presente en su territorio? La investigación como entrega implica actos de restricción, vinculados a las prerrogativas del poder público soberano, que tienen el territorio como límite espacial”³³³. Criterio contrapuesto fue el expresado por los jueces Rosalyn Higgins, Pieter Kooijmans y Thomas Buergenthal que en su opinión conjunta separada estimaban la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción universal, proponiendo criterios que limiten la posibilidad de ejercicio abusivo considerando que la ausencia del responsable no impide el inicio de la investigación por crímenes internacionales, sin perjuicio de los derechos que el mismo ostenta en el enjuiciamiento³³⁴.

Puede observarse que en la evolución sobre la aplicación del principio de la jurisdicción universal existe una tendencia seguida por la mayoría de los Estados de adecuar sus legislaciones internas a los instrumentos y medios que garanticen su efectivo ejercicio en cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Evidencia de ello no sólo son los Principios del Proyecto de Princeton sobre la Jurisdicción Universal

³³³ Documento original: “*Là où cette condition n'est pas formulée, on ne peut que la sousentendre: comment un Etat pourrait-il rechercher un criminel sur un autre territoire que le sien? Le livrer, s'il n'est pas présent sur son territoire? Recherche comme livraison supposent des actes de contrainte, liés à des prérogatives de puissance publique souveraine, qui ont le territoire pour limite spatiale*” (Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 93).

³³⁴ Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 79-80.

de 2001 sino también a nivel europeo el Informe de Expertos sobre el Principio de Jurisdicción Universal del Consejo de la UE y de la UA del 16 de abril del 2009, que en su punto noveno expone que “el Derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, regula la afirmación de los Estados ante la jurisdicción penal universal. Los Estados, en términos generales, aceptan que el Derecho internacional consuetudinario permita el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales de genocidio, de lesa humanidad, crímenes de guerra y torturas, así como la piratería. Además, numerosos tratados obligan a los Estados parte legitimar a sus sistemas penales de justicia a ejercer la jurisdicción universal sobre los crímenes definidos en aquellos tratados, aunque esta obligación se extienda únicamente al ejercicio de la jurisdicción cuando un sospechoso se presente después en el Estado del foro”³³⁵.

2.4 El carácter dispositivo de la jurisdicción universal desde la óptica internacional

El Derecho internacional protege la soberanía territorial de los Estados y la igualdad entre ellos. En su evolución puede ser apreciable un fortalecimiento del Derecho internacional público como se constata en los proyectos de codificación y en la creciente aceptación por parte de la comunidad internacional de normas imperativas (*ius cogens*), que en su aplicación han supuesto un reforzamiento de las obligaciones de los Estados y la armonización de sus ordenamientos jurídicos internos en cumplimiento de las normas internacionales. Ello es aún más apreciable en el ámbito del Derecho penal internacional, donde los Estados asumen un especial deber de actuación en la exigibilidad de responsabilidad individual ante violaciones consideradas como crímenes internacionales.

Desde el ámbito objetivo puede establecerse que a través de las normas de derecho imperativo se ha consolidado la tipificación de los crímenes de Derecho

³³⁵ Documento original: “*International law, both customary and conventional, regulates states' assertion of universal criminal jurisdiction. States by and large accept that customary international law permits the exercise of universal jurisdiction over the international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and torture, as well as over piracy. In addition, numerous treaties oblige states parties to empower their criminal justice systems to exercise universal jurisdiction over the crimes defined in those treaties, although this obligation extends only to the exercise of such jurisdiction when a suspect is subsequently present in the territory of the forum state*” (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2009: 7-8).

internacional (genocidio, torturas, lesa humanidad y crímenes de guerra), como se manifiesta en el Proyecto de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, y la propia Conferencia de Roma al adoptar el Estatuto de la CPI de 1998.

Pero ello no significa que exista en todo caso una obligación que establezca una única forma de regular jurídicamente la jurisdicción universal por parte de los Estados, pues los mismos siguen ostentando la libertad normativa y la libre configuración del ejercicio de su jurisdicción, siempre que sea adecuado a la finalidad establecida por normas internacionales.

Como se deriva del estudio tanto del asunto Lotus como del caso Yerodia, la competencia universal es un principio facultativo para los Estados al no existir norma internacional general que vincule y obliguen a los Estados a ejercer su jurisdicción universal, así como a determinar un modo jurídico específico para la exigibilidad de responsabilidad por la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, esta manifestación debe ser actualmente matizada. Ya expusimos que los criterios de atribución de la jurisdicción a favor de los Estados se fundamentaban preferentemente sobre el principio de territorialidad, al ser éste el modo natural de su ejercicio y donde con eficacia puede perseguirse los crímenes, facilitando con ello su enjuiciamiento y sanción, a lo que hay que añadir la atribución a las jurisdicciones estatales de la persecución de los crímenes cometidos por sus nacionales o residentes (principio de personalidad activa), y también, aunque con ciertas excepciones, los cometidos cuando las víctimas son sus ciudadanos (principio de personalidad pasiva). Estos criterios de atribución a la jurisdicción de los Estados suelen tener un reconocimiento generalizado. Ahora bien, con relación al ejercicio de la jurisdicción propiamente universal por parte de los Estados en exigibilidad de responsabilidad individual por la comisión de crímenes que atentan contra el orden internacional, sin conexión a los criterios de territorialidad o nacionalidad del agresor o de la víctima, aunque estos crímenes internacionales estén reconocidos por norma imperativa consuetudinaria de Derecho internacional³³⁶, las obligaciones asumidas por los Estados para su persecución tienen

³³⁶ Aunque no existe ningún catálogo oficial de normas imperativas, la doctrina considera mayoritariamente que son: la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición del genocidio, la prohibición del racismo y el apartheid, el derecho de autodeterminación de los pueblos, la prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, así como la prohibición de atentados contra las normas fundamentales del Derecho humanitario.

generalmente carácter convencional, como se observa en la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, la Convención sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes³³⁷, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas³³⁸ y la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes³³⁹ entre otras. Pero analizando el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados, éstas pueden ser cumplidas ejerciendo su jurisdicción fundamentalmente basadas en el criterio de territorialidad o a través de la regla de entrega o extradición para el caso de que el Estado no proceda a su enjuiciamiento (*aut dedere aut iudicare*), que no deja de ser un instrumento jurídico de colaboración y de reciprocidad más que de universalidad, aunque no pueda ser negada la conexión entre esta regla y la jurisdicción universal que tiene por finalidad evitar la impunidad coincidiendo por ello en cuanto a su función aunque no se trate de verdadera jurisdicción universal.

Como señala el Profesor Remiro Brotons, si la cuestión se plantea sobre la competencia del sistema jurídico de los Estados fundado en el principio de persecución universal, con independencia de que los sujetos implicados activos o pasivos tengan conexión alguna con el territorio del Estado, no puede concluirse que existan normas de Derecho internacional general que obliguen a éstos a incorporar dicho principio de jurisdicción universal a sus ordenamientos jurídicos internos (2006: 494).

En este sentido, en la actualidad persisten todavía las preguntas planteadas por el Profesor Lombois, que en sus observaciones se cuestiona la verdadera aplicación práctica de la jurisdicción universal pues ésta sólo puede cumplir su finalidad a través de mecanismos de cooperación entre los Estados más que en actuaciones internas de imposición extraterritorial de su jurisdicción, basándose para ello en los principios de

³³⁷ Texto internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, y entró en vigor el 26 de junio de 1987.

³³⁸ Convención internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006, y entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. Dicho texto normativo fue fruto de los informes realizados por los Grupos de Trabajo sobre las desapariciones forzadas de personas durante el período de tiempo comprendido entre 1980 y 2009.

³³⁹ Tratado adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 34/146 de 17 de diciembre de 1979, y entró en vigor el 3 de junio de 1983.

mutua reciprocidad más que en su universalidad pues los instrumentos jurídicos con respaldo en reglas internacionales vienen justificados en cuanto a su finalidad de perseguir y enjuiciar a los responsables que se encuentren dentro de su territorio o en todo caso a solicitar su extradición y entrega. De hecho, la Profesora García Arán señaló que *“el principio de justicia universal constituye el punto de conexión entre la soberanía estatal y las normas de Derecho internacional -normalmente convencionales- que establecen las bases para la demanda de responsabilidad por atentados a intereses supranacionales de diferente importancia. No se trata, por tanto, de una mera extensión de la propia competencia para proteger a los propios nacionales o los propios intereses, sino del ejercicio de la soberanía propia, en cierta forma como delegación de un grado de soberanía supranacional admitido en torno a determinados bienes jurídicos o como órgano de la comunidad internacional que es el primer titular de los mismos”* (2000: 66).

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que el principio de territorialidad determina la conexión espacial de las conductas delictivas y la aplicación del derecho y de la jurisdicción, de ahí su esencialidad en el Derecho penal. La facultad atribuida a los Estados para enjuiciar y castigar los crímenes internacionales se fundamenta, al menos con carácter general y no exclusivo, en una doble perspectiva como el principio de no intervención en la soberanía de otro Estado (principio de independencia estatal) y el principio de territorialidad (como límite general de la jurisdicción estatal), que aunque esencial ha dejado de ser principio absoluto cuando se pone en conexión con los crímenes internacionales, porque la garantía de protección internacional de ciertos derechos humanos básicos trascienden a los propios ordenamientos jurídicos internos.

Aunque pueda mantenerse la libertad de los Estados para configurar sus normas penales y su sistema judicial en ejercicio de su jurisdicción, desde un punto de vista sociológico la implementación del principio de justicia universal ha supuesto un fenómeno de cambio social ya sea interno (la evolución de la comunidad, que ha determinado reformas legislativas para satisfacer su interés) o externo (bien mediante la penetración de otras normas previstas a través del Derecho internacional o bien ante la aparición de una serie de fenómenos culturales o sociales determinando la necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias que le rodean a su entorno). Ello resulta ser esencial por cuanto la jurisdicción universal, por su naturaleza nacional y “finalidad” internacional, supone un reforzamiento de la soberanía estatal para hacerla valer

extraterritorialmente sobre otros Estados lo que supone sin duda una superación del principio de la soberanía westfaliana basada en el principio absoluto de no intervención en el ejercicio soberano de los Estados, sin que la jurisdicción haya dejado de ser en la actualidad una manifestación esencial de dicho poder soberano.

La extraterritorialidad de las jurisdicciones estatales supone el instrumento básico para garantizar la universalidad de la justicia. Además, y como reflexiona el Profesor Remiro Brotóns, *“la extraterritorialidad de la jurisdicción estatal ha de mirarse con circunspección, en particular cuando se invoca el principio de protección de intereses estatales esenciales o se confunden éstos con los de la comunidad internacional en su conjunto. En materia de torturas o de terrorismo no es difícil encontrar supuestos en que se utiliza la acción judicial sobre hechos ocurridos en el extranjero no tanto para reprimir los crímenes como para hostigar a países que se consideran enemigos”* (2006: 511).

Es cierto que en el asunto Lotus la CPJI, bajo la ficción jurídica de extender la competencia territorial de los Estados que sufren las consecuencias del hecho ilícito, legitima el ejercicio de la jurisdicción por parte de éstos fuera de sus fronteras en la pretensión de no dejar impune las conductas criminales contra un Estado y sus ciudadanos, sin que ello suponga prohibición alguna basada en norma o principio de Derecho internacional, con ello no impide lo que podemos denominar un *“reforzamiento de la soberanía de los Estados”*, que necesariamente deberá encontrar límites o contrapesos derivados no sólo del principio de independencia estatal sino sobre todo de la naturaleza y finalidad del propio principio de justicia universal, pues su abuso puede traer consecuencias que podrían perjudicar no sólo a los valores establecidos por la comunidad sino también a violar la propia finalidad de la jurisdicción universal y su razón de ser en cuanto instrumento de persecución de los responsables de delitos contra la humanidad.

Desde la filosofía jurídica, la cuestión del “castigo extraterritorial” tiene una importante dimensión normativa. La extraterritorialidad se encuentra profundamente arraigada en la práctica moderna del castigo y los Estados suelen reclamar para sí este Derecho y ha habido un importante desarrollo cuando se trata de la persecución de crímenes contra el Derecho internacional, siendo frecuente su extensión fuera de las fronteras o incluso de la propia estructura institucional de los Estados. Existe un

régimen jurídico, que sin embargo no presenta una fundamentación sólida desde el mero análisis del Derecho positivo o desde una normatividad abstracta que justifique de forma satisfactoria el “derecho a castigar” con relación a los fundamentos y límites de la “justicia global”. Como señala el Profesor Alejandro Chehtman, desde la perspectiva de la filosofía jurídica, vincular el marco jurídico existente la justificación “del castigo” con el problema de la extraterritorialidad sugiere las dificultades de basarlas en explicaciones retributivas así como en teorías pretendidamente basadas en la disuasión, defendiendo como puntos de solución las siguientes proposiciones interrelacionadas: 1) la existencia de un interés lo suficientemente importante para justificar que se reconozca el derecho a castigar con una autoridad que tenga capacidad para reclamar llevarlo a cabo; 2) que el alcance extraterritorial de ese derecho debe estar justificado en un interés especial que reconozca el derecho a castigar de forma particular; 3) que el derecho de un Estado a castigar quede justificado por la existencia de un interés colectivo sobre la preexistencia de un sistema de normas jurídico-penales; 4) el alcance del derecho a castigar de los Estados es primordialmente territorial, si bien puede ejercerse legítimamente fuera del territorio sobre delitos regulados en el Derecho interno cuando éstos son perpetrados contra la soberanía, la seguridad o funciones gubernamentales importantes de los Estados; y 5) los crímenes internacionales que justifican reconocer a los Estados el derecho a castigar, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del responsable perpetrado o de la víctima (2013: 21-30).

Sobre lo expuesto, Chehtman concluye que *“estas proposiciones son, en general, consistentes con el marco jurídico existente. Permiten distinguir los delitos internos de los crímenes internacionales, y explicar las normas o principios relativos al alcance extraterritorial del derecho de los Estados y de otros órganos internacionales a castigar a los responsables”* (2013: 26).

Podemos concluir, tanto desde una visión filosófica como normativa, que los presupuestos para el ejercicio de la universalidad de la jurisdicción por parte de los Estados deben estar sustentados sobre el propio principio de legalidad interna y la permisibilidad del ejercicio de su jurisdicción extraterritorial³⁴⁰.

³⁴⁰ Sobre la importancia del principio de legalidad, véase el epígrafe 1.3 del Capítulo 1 de la Tesis.

Capítulo 3: De la jurisdicción penal universal a la jurisdicción penal internacional

3.1 El origen de la jurisdicción penal internacional

A) Los Tribunales Militares Especiales creados tras la Segunda Guerra Mundial

A.1) El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg

A.2) El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente

B) El papel de los Tribunales Militares de Nüremberg y Tokio en el Derecho penal internacional

3.2 Jurisdicción universal y jurisdicción internacional: contexto y evolución

A) Algunos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia sobre los conflictos suscitados entre los Estados en el ejercicio de la jurisdicción universal

A.1) Caso Yerodia

A.2) Caso Sassou Nguesso y otros

A.3) Asunto sobre la asistencia mutua en materia penal

A.4) Caso Habré

B) El acceso a la jurisdicción universal en los Tribunales Regionales de protección de los Derechos Humanos

B.1) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

B.2) Corte Interamericana de Derechos Humanos

B.3) La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

3.3 Los Tribunales Internacionales para el enjuiciamiento de la responsabilidad penal personal

A) El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia

B) El Tribunal Internacional para Ruanda

C) Tribunales Especiales de naturaleza mixta y Salas Extraordinarias

C.1) Tribunal Especial de Sierra Leona

C.2) Tribunal Especial para el Líbano

C.3) El Alto Tribunal Iraquí

C.4) Paneles Especiales del Tribunal del Distrito de Dili

C.5) Salas Extraordinarias del Tribunal de Camboya

C.6) Salas de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina

C.7) Salas Extraordinarias Africanas

C.8) Tribunal Especial de Kosovo

C.9) Otros Tribunales y Salas Especiales

Capítulo 3: De la jurisdicción penal universal a la jurisdicción penal internacional

Hemos señalado que la jurisdicción forma parte esencial del ejercicio del poder soberano de los Estados. Ahora bien, nos interesa resaltar que el término “jurisdicción del Estado” se encuentra determinado por el Derecho internacional público que ha consolidado con carácter normativo una regla general que describe el ejercicio exclusivo del poder soberano de los Estados dentro de sus fronteras³⁴¹, a la vez que otorga un amplio margen de discrecionalidad que sólo se ve limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas. Como hemos señalado en la Sentencia de la CPJI en el caso Lotus de 1927, fue establecida una presunción favorable del libre ejercicio del poder legislativo y judicial de cada Estado en relación con los demás. Aunque el Derecho internacional público regula el ejercicio del poder estatal entre Estados, no puede encontrarse en dicho complejo normativo una prohibición general que impidan a éstos extender la aplicación de sus leyes y la competencia de sus tribunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio³⁴².

Atendiendo a su carácter normativo dentro del Derecho internacional, el concepto de jurisdicción equivale al de “competencia”, que se reconoce a los Estados para aplicar su derecho a sus nacionales (libertad legislativa), para someter a sus personas ante sus tribunales (libertad de ejercicio de su jurisdicción en sentido propio o estricto) y para ejercer la coerción con el fin de hacer obligatoria el respeto a sus

³⁴¹ Esta soberanía territorial hace referencia al conjunto de competencias que un Estado ejerce sobre las actividades que se desarrollan en su territorio y tiene un carácter exclusivo. “*El principio de exclusividad de las competencias territoriales del Estado implica [según J. Pueyo] la prohibición, en principio absoluta, para cualquier Estado de realizar toda actividad en un territorio extranjero, sin que medie su consentimiento o amparado [...] por normas de Derecho internacional*” (2007: 420).

³⁴² Esto fue señalado principalmente por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927 en el caso Lotus y seguido con posterioridad en el asunto Cristina de 1938 por la Cámara de los Loes. Como expusimos en su estudio, es una consecuencia lógica del principio de la igualdad soberana de los Estados. En el caso “Lotus”, la Corte señaló que: “El Derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. Las normas vinculantes a los Estados por este motivo emanan desde su propia libre voluntad como se expresan en los convenios o por los usos generalmente aceptados porque expresan los principios del derecho y establecidos para regular las relaciones entre esa coexistencia de comunidades independientes o con una perspectiva hacia el logro de objetivos comunes. Las restricciones sobre la independencia de los Estados no pueden ser por este fin presumidas” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 18*).

normas, imponiendo consecuencias jurídicas para caso de incumplimiento (libertad de ejecución).

El poder de coerción ha sido considerado como una de las manifestaciones esenciales de la potestad soberana. Por ello, el establecimiento de un sistema punitivo, donde el Estado conserva de forma originaria la monopolización del “castigo”, constituye una competencia intrínseca del mismo. Ahora bien, ante la realidad de la existencia de un derecho supranacional, *“un Estado tiene competencia en un asunto, cuando su contacto con un conjunto dado de hechos es tan estrecho, tan sustancial, tan directo e intenso, que su pretensión, respetando lo anterior, está en armonía con el Derecho internacional público, incluyendo la práctica de los Estados, y los principios de no intervención y de proporcionalidad”* (SIMON, 2002: 10).

Aunque ello pueda afectar a la concepción clásica de la soberanía, su vinculación al mantenimiento del orden internacional ha determinado que su concepto deba ser reinterpretado destacando su carácter funcional dentro del conjunto normativo internacional, como exigencia de su eficacia. Como observa el Profesor Rodrigo Hernández, *“los cambios en el medio social internacional han provocado también transformaciones en el Derecho internacional que afectan a algunos de sus principios básicos e incluso a su propia estructura. Tales cambios, en distinto grado y sentido, conciernen también, como no podía ser de otra forma, a la soberanía”*, y citando al Profesor Jennings, afirma que *“la cuestión de la soberanía y los debates sobre ella siempre han estado en el centro del sistema del Derecho internacional público”* (2004: 279)³⁴³.

En el propio concepto de *ius puniendi*, como potestad soberana, se encuentra potencialmente su capacidad de expansión. Por ello, tras establecer normativamente los bienes jurídicos objeto de protección y las conductas, que por atentar a ellos deben ser objeto de sanción, se han desarrollado medios e instrumentos para garantizar el ejercicio jurisdiccional que permite la exigibilidad de responsabilidad a los transgresores. La conexión entre Derecho penal y jurisdicción penal son casi insolubles, son dos caras

³⁴³ Sobre la obra citada por el Profesor Rodrigo Hernández, véase JENNINGS, R. (2002). “Sovereignty and International Law”. En KREIJEN, G.; BRUS, M.; DUURSMA, J.; DE VOS, E. y DUGARD, J. (Eds.), *State Sovereignty and International Governance*, Oxford, Oxford University Press, pp. 27-44.

de una misma realidad y con mayor grado de vinculación que el existente entre Derecho penal sustantivo y procesal.

Desde una perspectiva histórica, Bassiouni señala que son los *“intereses sociales de alcance mundial, resultado de una común experiencia a lo largo del tiempo y reflejo de la existencia de ciertos valores compartidos que la comunidad mundial considera necesitados de un esfuerzo colectivo de cooperación y de coerción para asegurar su protección. El objeto de las prescripciones normativas del Derecho penal internacional consiste, por tanto, en delimitar las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de trascendencia mundial dado, para cuya protección parece necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales; sanciones impuestas por los Estados miembros de la comunidad a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación”* (BASSIOUNI, 1982: 6). La materialización jurisdiccional histórica de esta competencia fundamentalmente interestatal se encuentra en la práctica de la extradición.

De esa potenciación del Derecho penal y del establecimiento de mecanismos jurídicos para su efectividad proviene la *“internacionalización”* del Derecho penal interno, que dio lugar a la aprobación de normas reguladoras de la cooperación internacional en materia penal, basada en norma positiva estatal. En su progresión, sin embargo, también se pudo observar su fundamento en *“normas culturales válidas en la conciencia de la comunidad internacional dominante”*, por lo que puede apreciarse una titularidad estatal en la configuración de un Derecho penal internacional, así como una titularidad propia de la comunidad internacional basada en normas culturales y jurídicas uniformemente reconocidas. Ya en la década de los años 50 del pasado siglo, el Profesor Quintano Ripollés señaló esta diferencia al distinguir entre el *“Derecho penal internacional y el Derecho internacional penal”*, así expuso que: *“el Derecho penal internacional es una parte del Derecho penal que regula las relaciones de coordinación entre los Estados respecto a la aplicación de normas penales sobre individuos que residen en otras potencias; [por su condición] este cuerpo de normas arbitra los casos de aplicación extraterritorial de las leyes penales, sobre procedimiento de extradición y la jurisdicción penal, empero la creación de los delitos y su punibilidad que sigue siendo competencia soberana de los Estados. El “Derecho internacional penal” por su parte es un ámbito propio del Derecho de Gentes, de suerte que la creación de los*

delitos y su sanción descansa sobre las fuentes, principios, sistemas hermenéuticos y la doctrina del Derecho internacional (tratados, costumbre, principios generales) (1955: 166).

Siguiendo a Ambos, en un sentido amplio y formal, por Derecho penal internacional se entiende tradicionalmente el conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Por ello, Claus Kress estima que puede hablarse de un Derecho penal internacional como derecho que regula la jurisdicción penal obligatoria de los Estados, también puede definirse como derecho de la cooperación internacional en materia penal, como Derecho penal transnacional y como Derecho penal internacional (supranacional) *stricto sensu*³⁴⁴.

A medida que ha sido reconocido que el Derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos y no sólo a los Estados, ha podido implementarse un derecho punitivo de naturaleza propiamente internacional. El Derecho penal establece una consecuencia jurídica determinada a los que de forma personal infringen sus normas, por ello los delitos son cometidos por hombres y no por entidades abstractas y sólo mediante el castigo de los individuos responsables de su comisión pueden aplicarse las disposiciones de un Derecho internacional punitivo. Se trata de una combinación de principios de Derecho penal y de Derecho internacional. Como señala Ambos, “*la idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del Derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg), en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como Derecho internacional, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de Derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el Derecho internacional)*” (2005: 34-36).

El origen del Derecho internacional tuvo su fundamento en el Derecho natural para justificar la intervención de los incipientes Estados fuera de sus fronteras, sostuvo la legitimidad atendiendo a la finalidad justa como norma *supralegal*. En este sentido,

³⁴⁴ Sobre este punto, véase KRESS C. (2008). “International Criminal Law”. En WOLFRUM, R. (Dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, Edición electrónica. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/home/mpil>. Consultado el día 29 de agosto de 2020, concretamente los párr. 1-14.

para impedir que hubiera espacios donde no fuere de aplicación ningún derecho, Hugo Grocio mantuvo la ampliación de competencias del ejercicio soberano de los Estados (GROCIO, 1613: 318) y Cornelis van Bijnkershoek, en su obra *De foro legatorum singularis* (1721), afirmó que todo ejercicio de la jurisdicción se fundamentaba sobre el poder soberano, aunque basado originariamente en la defensa de intereses idénticos de éstos con la finalidad de perseguir aquellos ataques que violaban su seguridad o autoridad³⁴⁵.

Junto a este fundamento que permitía considerar al delito de piratería como crimen internacional, pues el mismo atentaba no sólo a los intereses particulares de los Estados sino en su consideración de *hostis humani generis*, en la evolución del Derecho internacional público, el cambio social apreciado en la segunda mitad del siglo XIX, a través de la extensión de las ideas filantrópicas y la consideración humanitaria del derecho defendidas por personalidades tan relevantes como Henry Dunant y Gustave Moynier y la influencia de la obra sobre *Derecho Internacional de las Naciones Civilizadas* de Fiódor Martens (1882), determinó un nuevo pensamiento sobre el orden mundial que tuvo su reflejo en las Conferencias Internacionales de La Haya de 1899, que estableció la primigenia fuente de un Derecho internacional que regulara los conflictos armados, y de 1907 que conducirán a la creación de la Sociedad de Naciones tras la Primera Guerra Mundial. Así comienza a detectarse cambios sustanciales en la sociedad internacional de la época suficientes para tomar conciencia de que es necesario crear normas que regulen los principios esenciales de la actividad de un auténtico Derecho internacional “superior” a la convención de voluntades de sus agentes, es decir, de los Estados. Ello es claramente observable en el Derecho humanitario, pues como indica Corbacho Palacios “*esta nueva concepción se vio impulsada y fortalecida por la nueva corriente denominada “iuspositivismo de valores”, según la cual la clásica dicotomía ética entre lo bueno y lo malo ha de tener un contenido jurídico a través de la diferenciación entre lo justo y lo injusto no sólo a través de ideas o principios de razón superior (iusnaturalismo) sino también a través de normas*” (2007).

Como señala Simon, desde un pensamiento más normativo, “*la función del Derecho internacional público en lo que se refiere a la competencia penal de un Estado sobre hechos ilícitos internacionales contra personas se plantea en diferentes sentidos.*

³⁴⁵ Sobre la citada obra, véase el epígrafe 1 del Capítulo 1 de la Tesis.

Desde una perspectiva "humana" importa la construcción del hombre como persona que efectivamente cumple con las demandas de lo que llamaríamos "la sociedad mundial". Desde el prisma del Derecho se trata de establecer las reglas que rigen en el Derecho internacional público vigente en esta materia. En otras palabras, mientras que la primera perspectiva diferencia entre lo bueno y lo malo, la última se constituye en la diferencia entre lo legal y lo ilegal" (2002: 1).

Por ello, señala que el Derecho internacional ha ido evolucionando desde un interés infraestatal hasta la protección del mismo fundado en un interés interestatal, reflejándose dicha proyección a partir de la segunda mitad del siglo XX, donde puede ser apreciada la aceptación general de un principio basado en la defensa de un *"interés legal único y compartido por todos los Estados"* (SIMON, 2002: 29).

Pero la configuración de un Derecho penal internacional, autónomo y normativamente establecido, no ha sido uniforme³⁴⁶. Delitos como los crímenes de guerra o contra la paz han encontrado un campo inicial más favorable a su aceptación general. Otras *"conductas atentatorias de intereses internacionales de vital importancia han sido definidas e incriminadas progresivamente por el Derecho internacional consuetudinario y, más tarde, por tratados. Los convenios incriminadores de tales conductas lo han hecho, generalmente, definiendo, en primer lugar, la conducta en cuestión, declarándola, seguidamente, contraria a los intereses internacionales e*

³⁴⁶ De forma crítica, el Profesor David Kennedy, en cuanto a la evolución del pensamiento sobre la consolidación de un Derecho internacional propio, señala que: *"en la última mitad del siglo diecinueve fue testigo de un período, lleno de confianza en sí mismo, de invención y renovación de lo que se pensaba que era en aquel entonces una tradición de muchos años. Este período, que duró aproximadamente desde 1871 hasta la Primera Guerra Mundial, pasando por las Conferencias de la Haya de finales de la década de los noventa, consolidó mucho de lo que ahora creemos que son "nuevas ideas" en el derecho internacional. La Gran Guerra fue seguida por un período de confusión, ansiedad, reflexión y disputa que duró desde 1914 hasta la mitad de los años 20. Y luego, hasta el inicio de la Segunda Guerra Mundial, encontramos otro período de renovación y consolidación, reafirmando muchos de los gestos eclécticos, interdisciplinarios y, a menudo, idiosincrásicos en los que todavía creemos para sacarnos de la confusión y malestar actuales. El comienzo de la guerra en 1939 dio inicio a otro período de confusión y ansiedad, invención y disputa que persistió hasta los primeros años de la Guerra Fría. Después de 1960, la disciplina entró, segura de sí misma, en un tercer período de renovación, consolidando un internacionalismo reactualizado, pragmático y liberal. Esta consolidación que tuvo lugar después de 1960 repitió mucho de la de los años 1870-1914 y 1920-1939, y duró hasta el final de la Guerra Fría. Estamos ahora a mitad de camino de otro período de confusión, ansiedad y reflexión. Los miembros destacados de la disciplina piden consolidación y renovación, ofreciendo compromisos metodológicos que prometen devolvernos la seguridad en nosotros mismos de los mejores años de la disciplina. En muchos aspectos, los 90 terminaron como los años sesenta del siglo pasado y el primer decenio y los años cincuenta de éste"* (2002: 2-3).

imponiendo, por último, a los Estados signatarios la necesidad de adoptar el compromiso de perseguir a los delincuentes a través de su Derecho interno o bien de extraditarlos al Estado que lo solicite” (BASSIOUNI, 1982: 25).

Paralelamente a este fortalecimiento progresivo de un sistema punitivo de justicia internacional, se ha ido desarrollando el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal de los Estados, primero basado en la protección de sus intereses para luego atribuirse competencia jurisdiccional en protección de sus nacionales y de actuación judicial en contra de éstos (principios de personalidad pasiva y activa). Pero en todos estos casos, resulta evidente un nexo de conexión territorial que incide en que su ejercicio venga fundado en la propia permisibilidad del ordenamiento jurídico interno sin precisar una categorización delictiva dentro del Derecho internacional que sí resulta necesario cuando se ejerce jurisdicción con fundamento en el principio de justicia universal. El principio de la “jurisdicción universal” o “principio de universalidad” es un fundamento de jurisdicción único previsto en el Derecho internacional que permite a un Estado ejercer la jurisdicción nacional respecto de ciertos crímenes en interés de la comunidad internacional. No existe una definición única universalmente aceptada del concepto, pero puede describirse como una jurisdicción penal basada exclusivamente en la naturaleza del crimen con independencia del territorio en que éste se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o convicto, la nacionalidad de la víctima o cualquier otra relación con el Estado que ejerce esa jurisdicción.

Éste es el sentido de la jurisdicción universal seguido por Mohamed Bennouna, magistrado de la CIJ, al señalar que la razón que justifica la lucha contra la impunidad de los responsables de crímenes internacionales viene determinada por la consideración de que se vulneran normas imperativas (*ius cogens*), cuyo cumplimiento viene impuesto a todos los sujetos del Derecho internacional (*erga omnes*), lo que fundamenta que se confiera una competencia universal a los tribunales nacionales. “Esta competencia se ejerce en consideración de la naturaleza del crimen y sin que sea exigido un vínculo particular con el Estado en cuestión, como sucede como norma general en los casos en materia penal, bajo el criterio territorial, por el lugar donde la infracción tuvo lugar, o el de nacionalidad activa o pasiva”³⁴⁷. Como indicó en los años 30 el Profesor Scelle en su

³⁴⁷ Del texto original: “*Cette compétence est exercé en considération de la nature du crime et sans qu’un lien particulier, avec l’Etat en question, ne soit exigé, comme cela est le cas en règle générale en matière*

teoría sobre el desdoblamiento funcional, basada en la sociología jurídica de Léon Duguit, un Estado ejerce su jurisdicción actuando como si un organismo internacional actuara en el ejercicio de sus funciones³⁴⁸.

En suma, el Derecho penal internacional se ha desarrollado a través de tratados que meramente definían una serie de delitos y establecían el deber de los Estados (que pactaban su sometimiento a los mismos) de perseguirlos conforme a su legislación interna (exigiendo, en consecuencia, la incorporación de tales delitos a su ordenamiento jurídico) o conceder la extradición de sus autores a los Estados dispuestos a enjuiciarlos. Este sistema de control, que no reposa sobre una estructura de ejecución supranacional, puede calificarse como un “sistema de control indirecto” (BASSIOUNI, 1982: 37).

Junto a ello y como mecanismos de aplicación directa de una jurisdicción penal propiamente internacional, ejercida por tribunales penales internacionales o internacionalizados (híbridos o transicionales), éstos aplican su normatividad sin depender del carácter voluntarista de los Estados, que se fundamenta en la existencia de normas jurídicas vinculantes.

A pesar de intentos históricos como el previsto en el art. 227 del Tratado de Versalles para el enjuiciamiento de Guillermo II de Hohenzollern (Kaiser alemán), el contemplado en el Tratado General de 1928 (Pacto de París) sobre la renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional o en el Convenio para la Prevención y Represión del Terrorismo firmado el 16 de noviembre de 1937, que nunca entraron en vigor, una jurisdicción penal propiamente internacional no tuvo su puesta en práctica hasta la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945 y la Ley N° 10 del Consejo del Control Aliado de 20 de diciembre de dicho año, que determinó la creación del TMI y posteriormente la creación del TPMILO, que sobre el fundamento de exigibilidad de responsabilidad penal individual permitió el enjuiciamiento por la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ya en la década de los años 90 del pasado siglo, este precedente fue el seguido por los tribunales *ad hoc*

pénale, soit le lien territorial, là où l'infraction a eu lieu, ou le lien de nationalité active ou passive, celle de l'auteur présumé ou celle des victimes” (BENNOUNA, 2017: 174).

³⁴⁸ Sobre la teoría del desdoblamiento funcional del Profesor Georges Scelle, véase SCELLE, G. (1935). “Théorie du Gouvernement International”. *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, pp. 41-112; y SCELLE, G. (1936). “Théorie et Pratique de la Fonction Exécutive en Droit International”. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Volume 55, pp. 87-202.

para enjuiciar estos delitos internacionales como el TPIY, creado por Resolución del CSNU 780 (1992), de 6 de octubre; y el TPIR creado por Resolución del CSNU 995 (1994), de 8 de noviembre. También a partir de esta década, hubo un desarrollo de tribunales internacionalizados, híbridos o mixtos, que se caracterizan por su creación consensual y con la finalidad de superar conflictos internos se basaban en los principios de justicia transicional³⁴⁹.

Pero estos Tribunales *ex post facto*, adolecieron lo que Ambos denomina el “defecto congénito de los Tribunales *ad hoc*”, pues no modifican el carácter retroactivo de esta jurisdicción. Aunque no se tenga la pretensión de negar la existencia de actos que pueden ser reconocidos como crímenes internacionales en el Derecho internacional consuetudinario, el recurso de estos tribunales a las fuentes no escritas del Derecho internacional no termina por eliminar los problemas estructurales del mismo, suelen ser tendenciosos y parciales, ya que sólo investigan los crímenes cometidos por una de las partes en el conflicto³⁵⁰.

Hasta el Tratado de Roma de 1998, con la creación de la CPI, no se consolidó una jurisdicción penal internacional autónoma y permanente, basada en un sistema normativo y judicial propiamente supranacional y emanada a través de Tratado, que estableció una redefinición de las conductas penales, regulando aspectos de la teoría dogmática de los delitos, así como sobre autoría y participación, pero sobre todo estableció normas que regulaban el ejercicio de su jurisdicción y competencia, estructurando de forma funcional sus tribunales, poniendo de manifiesto un sistema judicial punitivo propiamente internacional para la exigibilidad de responsabilidad individual por la comisión de crímenes fundamentales definidos y de un sistema de atribución jurisdiccional para su investigación y enjuiciamiento vinculado a la propia configuración normativa de un Derecho internacional penal³⁵¹.

³⁴⁹ Sobre estos tribunales, véase el epígrafe 3 del presente Capítulo.

³⁵⁰ AMBOS, K. (2010). “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 5, Nº 9, pp. 237-256.

³⁵¹ Sobre el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, véase Capítulo 4 de la presente Tesis.

3.1 El origen de la jurisdicción penal internacional

La Segunda Guerra Mundial significó el fracaso de la Sociedad de Naciones y del sistema de relaciones entre los Estados en el que se basaba su integración internacional. Las terribles consecuencias para la humanidad que supuso esta guerra, así como los regímenes totalitarios de las Potencias del Eje Berlín-Roma-Tokio, hizo necesaria una nueva visión del marco internacional con la finalidad de alcanzar una relación pacífica entre los Estados, que dio lugar a la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 y a la DUDH de 10 de diciembre de 1948.

Paulatinamente, se va implementando en su desarrollo un cuerpo de normas generales que configuran el orden jurídico internacional donde la justicia universal adquiere un papel relevante para la protección de la dignidad del ser humano universalmente considerado, desarrollándose la necesidad de un *corpus iuris sancionador* que actúe como medio de disuasión contra los ataques realizados al núcleo esencial del “*ius gentium*”. Los Estados siguen siendo considerados como los sujetos primarios del orden internacional y su jurisdicción en el ámbito punitivo sigue considerándose como esencial al monopolizar el ejercicio de toda coerción como manifestación de su potestad soberana. Ahora bien, la nueva realidad puso de manifiesto la insuficiencia del ejercicio de la jurisdicción penal por los tribunales nacionales en la protección del ser humano como miembro de la comunidad internacional. La jurisdicción de los Estados ante la comisión de determinados crímenes, que sobrepasaban sus límites territoriales, determinó una posición común entre las potencias aliadas para defender unos valores e intereses comunes que permitiera actuar contra los responsables de crímenes perpetrados contra el orden internacional. Con la creación de la Comisión de las Naciones Unidas para la investigación de los crímenes de guerra, el 7 de octubre de 1942 se instituyó la *Charter of the International Military Tribunal*, que fue incluida como anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, determinó el Estatuto para el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias del Eje y por ello puede ser considerado como el origen del Derecho penal internacional.

A) Los Tribunales Militares Especiales creados tras la Segunda Guerra Mundial

Con la finalidad de enjuiciar a los responsables por la comisión de graves delitos contra la humanidad, las potencias aliadas constituyeron el TMI³⁵² y el TPMILO³⁵³ en aplicación del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945³⁵⁴ y del Acuerdo de Tokio de 19 de enero de 1946³⁵⁵ respectivamente.

Antecedente en el Derecho internacional sobre la exigibilidad de responsabilidad individual por crímenes contra el Derecho humanitario podemos encontrarla en el artículo 228 del Tratado de Versalles de 1919³⁵⁶, que inspiró lo establecido en los

³⁵² Tribunal Militar Internacional cuya finalidad no era otra que perseguir y castigar a los grandes criminales del Tercer Reich. Así en la propia declaración sobre las atrocidades alemanas de 30 de octubre de 1943, en el marco de la Declaración de Moscú, se determinó hacer que "...oficiales y soldados, y miembros del Partido NAZI, que han sido responsables de atrocidades, masacres y ejecuciones, o que habrían consentido tomar parte en las mismas, serán enviados a los países hubieren sido perpetrados donde sus crímenes abominables, al objeto de ser juzgados y sancionados conforme a las leyes de dichos países ya liberados". A pesar de ello, Roosevelt, Churchill y Stalin, matizaron con posterioridad dicha declaración añadiendo que lo dicho en la Declaración de Moscú estaba hecha "sin perjuicio del caso de los criminales alemanes cuyos crímenes no podía ser situados en un lugar preciso y que serían juzgados por decisión común de los gobiernos aliados". Fue creado el día 20 de noviembre de 1945, y se disolvió el 1 de octubre de 1946.

³⁵³ Órgano jurisdiccional creado mediante la Declaración de 26 de julio de 1945, en el marco de la conferencia de Potsdam (Alemania), así como la Declaración del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en el extremo Oriente (general Douglas Mc Arthur) el 19 de enero de 1946, se acordó perseguir a los oficiales japoneses de mayor rango por los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, los mismos crímenes por los que los nazis fueron perseguidos y enjuiciados en el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Fue creado el 3 de mayo de 1946 y disuelto el 12 de noviembre de 1948.

³⁵⁴ Dicho Tratado fue suscrito por los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno de Reino Unido, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, prestando su adhesión las naciones de Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Holanda, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay y Venezuela.

³⁵⁵ En esta ocasión suscrito además de las potencias aliadas principales, citadas en la adopción del Acuerdo suscrito en Londres (los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno de Reino Unido, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, junto con China como potencia principal), el acuerdo fue ratificado por otras potencias aliadas como, Holanda, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, al que con posterioridad se adherirían Filipinas e India.

³⁵⁶ El citado precepto dispone que: "*The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.*

The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of

artículos 6³⁵⁷ y 8 del Estatuto del TMI³⁵⁸, así como en el artículo 5 del Estatuto del TPMILO.

Resultado de las Conferencias celebradas entre las principales potencias aliadas en Teherán el 28 de noviembre y 1 de diciembre de 1943, Moscú de 27 de diciembre de 1945, Yalta del 4 al 11 de febrero de 1945 y en Potsdam de 26 de julio de 1945, se establecieron las bases para exigir responsabilidad individual por la comisión de graves delitos contra el Derecho humanitario, acordando establecer un procedimiento de acusación y enjuiciamiento basado en principios y garantías reconocidos de forma general por los ordenamientos jurídicos internos³⁵⁹.

Como señala el Profesor Vladyslav Lanovoy, los Estados como entes abstractos en sí mismos no comenten delitos, sino que éstos son realizados por personas, aunque pudieran actuar en nombre y en interés de ellos (2016: 48-49). La coexistencia de la responsabilidad individual y la de los Estados ya fue puesta de manifiesto por el Profesor Kelsen al afirmar que es el resultado de la vinculación existente entre la responsabilidad penal del individuo y la responsabilidad internacional del Estado en la medida en que existan pruebas que demuestre que aquellos individuos hayan actuado en nombre del Estado, bien como parte del Gobierno (especialmente tanto del Jefe de Estado como de aquellos que forman parte del mismo), bien bajo orden o autorización expresa de éste (1952: 117-119). Refleja así la responsabilidad del Estado tanto directa,

war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities”.

³⁵⁷ El presente artículo determina lo siguiente: *“Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan”.*

³⁵⁸ El citado precepto dispone que: *“The fact that the defendant acted pursuant to order of this Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires”.*

³⁵⁹ Igual de relevante que la propia creación del Tribunal, supuso los acuerdos para la creación del Consejo de Control Aliado el 5 de junio de 1945, fecha de la Declaración sobre la derrota del ejército alemán y de la Declaración de las Potencias Aliadas sobre el control del territorio germano. Este organismo militar desempeñaba las funciones de administración y control de los territorios alemanes ocupados por las potencias aliadas tras la Segunda Guerra Mundial, y cuya finalidad política era la desmilitarización del ejército alemán y la eliminación de cualquier simbología e ideología nazi; y garantizar mediante la aprobación de textos legislativos la normalización y democratización de la sociedad alemana. Entre los textos normativos aprobados por el Consejo del Control Aliado merece especial atención la Ley N° 10 de 20 de diciembre de 1945, por el que conforme a la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943 y al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, establecía la pena para aquellas personas que hubiesen cometido crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.

por las actuaciones que los individuos hubiesen cometido en su propio nombre; como indirecta, por cuanto están obligados a reparar el daño ocasionado por la vulneración de las normas del Derecho internacional (1952: 119-120).

En este sentido, el magistrado Cançado Trindade comparte la postura planteada por el Profesor Kelsen sobre la doble responsabilidad estimando que ambas causas de responsabilidad se encuentran interconectadas (2013: 372) y ello se constata en la Sentencia dictada por el TMI cuando analiza la creación y estructura del Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores (Partido NAZI) cuyos objetivos para imponer socialmente su ideología contaban con una estructura organizada que se concretaban en su modo de actuación imponiendo, mediante un sistema de coerción y uso de la fuerza, una pretendida “razón de Estado” contraria a los valores generalmente aceptados por los Estados civilizados (U.S. GOVERNMENT, 1947: 16-56, y 120-160).

A.1) El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg

El TMI fue creado conforme al artículo 1 del “Acuerdo por el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República de Francia, el Gobierno de Reino Unido y de Irlanda de Norte, y el Gobierno de la Unión República Soviética para el enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo”, también conocido como el Acuerdo de Londres³⁶⁰.

El Profesor Zimmermann estima que el ejercicio de la jurisdicción universal se encuentra establecida en el propio Estatuto del TMI (2005: 342). Así, el primer párrafo del artículo 6 señala que: “El Tribunal constituido conforme al artículo 1 del citado Acuerdo para el enjuiciamiento y castigo de los graves crímenes de guerra de los países europeos del Eje tendrá el poder de juzgar y castigar a personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje europeo, sea individual o como miembros de una organización”³⁶¹. En el mismo artículo se establece como competencia del

³⁶⁰ El artículo 1 del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 disponía lo siguiente: “*There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of organizations or groups or in both capacities*” (U.S. GOVERNMENT, 1947: 1).

³⁶¹ Documento original: “*The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as*

Tribunal el enjuiciamiento de conductas constitutivas de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad³⁶². En la exigencia de responsabilidad individual, con la creación del Tribunal se tuvo consciencia de la necesidad de resolver y superar la falta de homogeneidad de los diversos sistemas jurídico-penales de los Estados, no sólo en cuanto a la calificación de la conducta constitutiva de delito sino sobre todo en conceptos propios de la teoría general del Derecho penal que debían ser aplicados (como participación, grado de ejecución y reprochabilidad de la conducta), optándose por dejar a los tribunales libertad interpretativa para alcanzar un juicio común, imparcial y justo (U.S. GOVERNMENT, 1947: 170).

El Estatuto del TMI estableció sus propias normas procesales conforme a los principios de:

1º.- Legitimidad de las sanciones penales individuales centradas en la existencia de textos o costumbres internacionales que reprobaban estas conductas³⁶³, recurriendo a las normas penales que de forma general criminalizaban, como delitos en el Derecho interno, conductas que atentaban contra la vida, la libertad y la integridad física de las personas para superar las objeciones derivadas del principio de legalidad y de la irretroactividad de las normas penales o sancionadoras;

2º.- Reconocimiento de un sistema de garantías procesales propias del sistema acusatorio o adversarial, con reconocimiento del pleno ejercicio del derecho de defensa basado en la intervención personal de los acusados en el proceso y derecho a ser defendido por abogado, derecho a contradecir a la acusación, libertad para interrogar a todos los testigos y poder aportar pruebas. Ahora bien, como competencia de dirección

individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes” (U.S. GOVERNMENT, 1947: 5).

³⁶² Categoría ésta novedosa en el ámbito internacional, por la que se establecía como objeto de represión las conductas causantes de muerte, exterminio, esclavitud, torturas, detención ilegal, violación, persecución por razones políticas, religiosas, raciales, así como cualquier otro acto inhumano.

³⁶³ Debe ser tenido en cuenta que en la Ley N°10 del Consejo del Control Aliado de 20 de diciembre de 1945 no sólo tipificaba la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra, sino también establecían el ejercicio jurisdiccional de las potencias aliadas en sus respectivos territorios ocupados y los mecanismos procesales necesarios para determinar el procesamiento y posible enjuiciamiento de los autores y/o partícipes penalmente responsables según la gravedad de la comisión del delito. Nos encontramos, por tanto, ante la regulación de los principios de territorialidad y de personalidad activa conforme a lo establecido en dicha norma convencional.

de los debates se reservó al Tribunal la potestad de interrogar a testigos pudiendo dirigirse a ellos de forma directa (artículo 24 del Estatuto);

3°.- En cuanto al régimen de responsabilidades, corresponde al Tribunal no sólo declarar la responsabilidad en la comisión de los hechos objeto de acusación sino también determinar el grado de participación y de culpabilidad e imponer la pena (artículos 27 a 29 del Estatuto). El Estatuto del TMI no preveía un sistema normativo de graduación punitiva, lo que supone una función exorbitante atribuida al Tribunal, teniendo en cuenta que se encuentra con competencia para decretar la “pena de muerte o cualquier otra sanción”; y

4°.- El sistema establecido para el enjuiciamiento es de única instancia sin posibilidad alguna para las partes de recurso o revisión de las sentencias dictadas.

El Derecho interno fue decisivo para superar las dificultades del enjuiciamiento basándose para ello en sus principios y en los principios establecidos en la teoría dogmática del delito. Las limitaciones derivadas de la aplicación del principio *non bis in idem*, así como de las garantías criminales clásicas del principio *nullum crime sine previa lege* y del principio de legalidad en la “tipificación” de las conductas ilícitas, fueron superadas en la convicción de que todos los países castigaban conductas que atentaban contra los bienes jurídicos personales de las víctimas como principio internacional de protección del “Derecho de Gentes”. Basado en estos principios, generalmente aceptados por la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, el TMI enjuició a altos miembros del Tercer Reich por la comisión delitos contra la paz, lesa humanidad y crímenes de guerra conforme al artículo 6 del Estatuto de dicho Tribunal.

Con mayor trascendencia debemos significar que el TMI tiene naturaleza de un órgano judicial especial, militar y de carácter internacional, cuya jurisdicción le fue atribuida basada fundamentalmente en el principio de personalidad activa ante la dificultad que supondría la aplicación del criterio de territorialidad pues las ocupaciones, las adhesiones y modificaciones de fronteras podrían generar espacios de impunidad.

La seguridad preventiva y de cooperación entre los Estados vienen reforzadas por la actuación del Tribunal como se constata en las actas de las sesiones y en particular la celebrada el día 30 de septiembre de 1946 en la que se hacía público por el

Tribunal el proceso de acusación y la interpretación de las normas establecidas en el Estatuto del Tribunal³⁶⁴.

El Presidente del Tribunal Sir Geoffrey Lawrence, de forma consensuada con los demás miembros del mismo, estableció el marco procesal para el juicio. Así determinaron que al objeto de acreditar los hechos constitutivos de los delitos tipificados en el artículo 6 de su Estatuto establecieron que serían admisibles pruebas tanto escritas como declaraciones de testigos.

Aunque fue alcanzada en las líneas generales del enjuiciamiento y de aplicación de las normas estatutarias del Tribunal una fórmula de consenso, algunos de sus jueces mantuvieron la postura de una interpretación extensiva de las normas del Tribunal en aplicación de los artículos 7 y 8 del Estatuto que determinaban que el ejercicio de una función ordenada por el Estado no eximía de responsabilidad³⁶⁵. Entre ellos podemos citar las opiniones de los jueces Francis Biddle y Alexander Fredorovich Volchkov. El juez Francis Biddle, partiendo de la interpretación dada en el artículo 6 del Estatuto sobre la exigibilidad de responsabilidad penal individual, defiende la legitimidad del Tribunal basada en el Derecho internacional. Así:

“El Estatuto fue el resultado del ejercicio legislativo soberano de los países a los que el Reich alemán se rindió incondicionalmente; y sin duda se les han reconocido por el mundo civilizado su derecho a legislar en los territorios ocupados. El Estatuto no es un ejercicio arbitrario de poder por parte de las naciones victoriosas, sino que desde el punto de vista del Tribunal (...) es la expresión de un Derecho internacional existente en el momento de su creación; y en esta medida supone una contribución para el Derecho internacional mismo.

Las Potencias Signatarias crearon este Tribunal, definieron el derecho que debían aplicar y reglamentaron el correcto desarrollo del Juicio. Al hacerlo, han hecho juntos lo que cualquiera de ellos podría haber hecho individualmente; porque no hay duda de que cualquier nación tiene el derecho de

³⁶⁴ El Tribunal estaba compuesto por los jueces Geoffrey Lawrence, que presidía el Tribunal designado por el Reino Unido; Henri Donnedieu de Vabres, designado por el Gobierno Provisional de Francia; Francis Biddle, designado por el Gobierno de los Estados Unidos; e Iona Nikitchenko, designado por la Unión Soviética. Igualmente, respectivamente fueron designados como suplentes de los anteriores Norman Birkett, John Johnston Parker, Robert Falco, y Alexander Volchkov.

³⁶⁵ Los citados preceptos disponían lo siguiente: “*Article 7, The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.*

Article 8, The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determine that justice so requires”.

Cap. 3: De la jurisdicción penal universal a la jurisdicción penal internacional

establecer así tribunales especiales para aplicar el derecho. Con respecto a la creación del Tribunal, todos los acusados a lo que tienen derecho es a pedir un juicio imparcial sobre los hechos y la ley”³⁶⁶.

Con esta afirmación, Biddle estima legítima la atribución de una competencia universal al Tribunal con fundamento en los principios de personalidad activa y de responsabilidad penal individual, señalando que el principio criminal *nullum crimen sine lege* supone un principio de justicia general y no un límite al ejercicio de *ius puniendi* derivado de la soberanía de un sólo Estado³⁶⁷.

El juez Alexander Fredorovich Volchkov centró sus consideraciones sobre la interpretación de organización criminal que venía establecida en los artículos 9 y 10 del Estatuto, considerando que su concepto debía ser interpretado conforme a los principios legales que fueron establecidos en la Ley N° 10 del Consejo del Control Aliado de 20 de diciembre de 1945, que contenía los principios ya establecidos en la Declaración de Moscú de 1943 y el Acuerdo de Londres de 1945 sobre las conductas criminales objeto de persecución³⁶⁸. Estima conforme a dichos preceptos que la culpabilidad criminal es algo individual, por lo que la introducción novedosa realizada sobre la “criminalidad de grupo” debe ser considerada estrechamente unida a la comisión criminal, cuya competencia de enjuiciamiento viene atribuida al Tribunal, evitando una criminalización masiva que conllevaría una interpretación arbitraria³⁶⁹.

³⁶⁶ Fragmento del presente documento original: “*The making of the Charter was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the German Reich unconditionally surrendered; and the undoubted right of these countries to legislate for the occupied territories has been recognized by the civilized world. The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to international law.*”

The Signatory Powers created this Tribunal, defined the law it was to administer, and made regulations for the proper conduct of the Trial. In doing so, they have done together what any one of them might have done singly; for it is not to be doubted that any nation has the right thus to set up special courts to administer law. With regard to the constitution of the Court, all that the defendants are entitled to ask is to receive a fair trial on the facts and law” (“Trial of the Major War Criminals Before The International Military Tribunal. Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946”, Volume XXII, p. 461).

³⁶⁷ “Trial of the Major War Criminals Before The International Military Tribunal. Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946”, Volume XXII, p. 462.

³⁶⁸ “Trial of the Major War Criminals Before The International Military Tribunal. Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946”, Volume XXII, pp. 498-501.

³⁶⁹ Así: “*A criminal organization is analogous to a criminal conspiracy in that the essence of both is co-operation for criminal purposes. There must be a group bound together and organized for a common purpose. The group must be formed or used in connection with the commission of crimes denounced by the Charter. Since the declaration with respect to the organizations and groups will, as has been pointed out, fix the criminality of its members, that definition should exclude persons who had no knowledge of*

Junto a estas objeciones, las mayores críticas realizadas al TMI han venido formuladas sobre la base de que el mismo supone una imposición política de las potencias vencedoras. Así Robert Houghwout Jackson, juez asociado del TS de los Estados Unidos, criticó abiertamente la composición del TMI preguntándose el motivo por el que no designaron jueces procedentes de otros Estados neutrales que no participaron en la Segunda Guerra Mundial, aunque era consciente de que en el enjuiciamiento de crímenes de guerra es difícil que los Estados tengan una posición neutral (1949: 881-882). En este sentido, el Profesor George A. Finch señaló que los principios que motivaron la creación del TMI no trataban de hacer distinción entre amigos y enemigos sino en aplicar las normas internacionales pretendiendo que no estuviesen involucradas las actuaciones políticas de los Estados aliados vencedores (1947: 35). Por su parte, el Juez Federal estadounidense Charles Edward Wyzanski Jr. observó que, bajo los principios del Derecho aceptados de forma universal, la mera ocupación de territorios en tiempos de guerra permite a aquellos Estados la posibilidad de ejercer su jurisdicción y crear órganos judiciales a fin de administrar justicia frente al Estado vencido (1946a). Puede señalarse que el legado esencial de este Tribunal fue establecer las bases para la creación de otros tribunales *ad hoc* con competencia para exigir responsabilidad personal por la comisión crímenes de Derecho internacional (1946b).

También ha sido criticado el TMI desde el punto de vista del propio Estado alemán³⁷⁰, pues el mismo no llegó a diferenciar a los responsables de las propias víctimas alemanas que también sufrieron persecución por el nazismo. Según Christoph Burchard, el proceso de enjuiciamiento se centró en los delitos internacionales de forma exclusiva contra la colectividad judía y no consideró como víctimas a los ciudadanos alemanes perseguidos por el Tercer Reich. Es más, y en la línea de las declaraciones realizadas por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores de la República Federal de Alemania Joschka Fischer donde puso de manifiesto que se había optado por una

the criminal purposes or acts of the organization and those who were drafted by the state for membership, unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by Article 6» of the Charter as members of the organization. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations” (“Trial of the Major War Criminals Before The International Military Tribunal. Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946”, Volume XXII, p. 500).

³⁷⁰ Al ser derrotado, se encontraba regido por un gobierno provisional que era administrado por las potencias vencedoras a través del Consejo del Control Aliado.

responsabilidad colectiva de la sociedad alemana sin diferenciar entre aquellos alemanes que actuaron bajo el régimen nazi de aquellos que sufrieron bajo el mismo (2006: 824). Toda la sociedad alemana fue incluida como si fuera integrante del Partido NAZI, y el Profesor Burchard consideró que la responsabilidad penal internacional no sólo debió ser exigida al Estado alemán, sino también a las potencias vencedoras por los crímenes contra el Derecho humanitario que hubiesen cometido (2006: 826), lo que pone en cuestión los principios de justicia e imparcialidad con los que fue creado el TMI.

Hubo un solo proceso de Nüremberg, basado su enjuiciamiento en un sistema adversarial y sin jurado inspirado en los sistemas del *Common Law* donde los magistrados adoptarían sus acuerdos por mayoría reconociendo un voto de calidad a favor del Presidente del Tribunal. El Estatuto estableció un comité para la investigación de los graves crímenes de guerra, integrado por un Fiscal Jefe designado por cada una de las potencias vencedoras que a su vez designan a su Presidente y adoptan sus acuerdos por mayoría de votos, siendo éste el que asume la potestad de investigación y preparación del juicio, sin perjuicio de ser auxiliados por alguno de los Fiscales designados (Sección 3 del Capítulo II del Estatuto del TMI). Presentada el acta de acusación por dicho comité, el juicio comenzó el 18 de noviembre de 1945 finalizando el mismo el 1 de octubre de 1946 y dictándose sentencia los días 30 de octubre y 1 de noviembre del mismo año³⁷¹.

El cambio de las relaciones entre las potencias vencedoras y las tensiones derivadas de la influencia de los territorios ocupados imposibilitó otros enjuiciamientos por parte del TMI. Sin embargo, existieron otros enjuiciamientos llevados a cabo por tribunales nacionales o locales que ejercieron su jurisdicción en la exigibilidad de responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad. Estos enjuiciamientos fueron llevados a cabo conforme a lo

³⁷¹ El día 30 de octubre y el 1 de noviembre de 1946 fueron dictadas las sentencias: 3 sentencias absolutorias, 12 sentencias a pena de muerte, 7 sentenciados en parte a cadena perpetua, en parte a prisión. Se declaró como organización criminal tanto al Cuerpo del Mando Político del Partido Nacionalsocialista Alemán de los Trabajadores (NSDAP) como a la SS, la Gestapo y el Servicio Secreto de Seguridad.

Los condenados a muerte fueron ejecutados (mediante ahorcamiento) en las primeras horas de la mañana del 16 de octubre de 1946 en el gimnasio de la Penitenciaría de Nüremberg. Los cadáveres de los ejecutados fueron incinerados en un crematorio de München y a continuación, sus cenizas fueron esparcidas en un arroyo afluente del río Isar. Aquellos que habían sido condenados a prisión fueron transferidos a la cárcel de criminales de guerra de Spandau, en Berlín. El último de ellos, Rudolf Hess, se suicidó en dicha prisión en agosto de 1987.

establecido en la Ley N° 10 del Consejo del Control Aliado de 20 de diciembre de 1945. Estos tribunales actuaban conforme a sus respectivos sistemas judiciales y a pesar de no existir una homogeneidad normativa entre ellos contaban de una estructura judicial organizada como tribunales militares, que desarrollaron su labor hasta 1949.

A.2) El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente

El TPMILO, también conocido con el nombre de “Tribunal Militar de Tokio” tuvo una menor influencia que el TMI y se caracterizaba por la dirección que sobre el mismo fue realizada por los Estados Unidos³⁷². Sus Estatutos siguen las normas establecidas en el Estatuto del TMI enriqueciéndose de la experiencia del mismo para corregir algunas deficiencias observadas en el enjuiciamiento.

El artículo 5 del Estatuto Militar de Tokio determina los crímenes objeto de enjuiciamiento, tipificados como crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En cuanto a la responsabilidad penal individual determina expresamente que la obediencia debida no se exonerará la misma conforme el artículo 6 de su Estatuto³⁷³, permitiéndose al propio Tribunal no sólo interpretar, sino también adaptar las normas del procedimiento a las necesidades del juicio. Las garantías para los acusados vienen establecidas en el artículo 9, bajo los principios de un juicio justo, sistema acusatorio o adversarial con conocimiento del acta de imputación, asistencia letrada y libertad para proponer y practicar prueba, estableciéndose la sede del Tribunal en la ciudad de Tokio conforme al artículo 14 del dicho Estatuto.

El TPMILO recibió las mismas críticas que el TMI, por cuanto su organización y normativa más que garantizar un juicio imparcial y justo para los responsables de los crímenes internacionales se trataba de un Tribunal impuesto por las potencias

³⁷² Aunque los Estados Unidos era prácticamente la única potencia que ocupaba militarmente Japón, el Tribunal de Tokio estaba compuesto por jueces designados por 11 Estados, frente a los que Japón había capitulado, y que habían ratificado o se habían adherido al Acuerdo de 19 de enero de 1946. Conforme al artículo 8 de su Estatuto, la acusación descansaba en un único Fiscal Jefe, designado directamente por el Comandante Jefe de las Fuerzas Aliadas y de nacionalidad norteamericana, auxiliado por fiscales adjuntos; y el órgano judicial estaba compuesto por 10 de jueces que representaban a cada una de las demás potencias aliadas (Australia, Canadá, China, Francia, Los Países Bajos, Nueva Zelanda, Filipinas, la Unión Soviética, Reino Unido y Estados Unidos).

³⁷³ El citado precepto determina lo siguiente: “*Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires*”.

vencedoras para enjuiciar a los vencidos, sobre todo al dominar los Estados Unidos su organización designando a su Presidente y Fiscal General; y establecer que las sentencias dictadas por el Tribunal tenían que ser confirmadas por el Comandante Supremo³⁷⁴.

La Profesora Madoka Futamura, en su tesis *Revisiting the 'Nuremberg legacy': societal transformation and the strategic success of international war crime tribunals: lessons from the Tokyo trial and Japanese experience*, al estudiar el TPMILO destacó los factores sociales y políticos no sólo desde la perspectiva de los Estados vencedores sino también desde el Estado vencido, incluyendo en su análisis la percepción de la sociedad sobre el enjuiciamiento de sus líderes militares. Dicha autora critica el papel dominador que desempeñó en el Tribunal los Estados Unidos como “organizador principal del Juicio de Tokyo” (2005: 118 y 123). Entre los proyectos realizados por el Comité de Coordinación del Estado de Guerra de la Marina (SWNCC)³⁷⁵ de 21 de septiembre de 1945 destacaban junto a medidas propiamente militares llevadas a cabo con el objetivo principal de desarmar y dismantelar al ejército y armamento japonés, otras de naturaleza política que tenían la finalidad de imponer la democratización del país³⁷⁶, que supuso una profunda transformación de su sistema tradicional de gobierno basado en la conciliación de un sistema imperial de origen divino con principios de una monarquía constitucional establecido en la Constitución de Meiji de 1890 y que estuvo vigente hasta el comienzo de la Segunda Guerra Mundial que fue complementado con la previsión del establecimiento de un sistema para enjuiciar a los individuos responsables por la comisión de crímenes de guerra. Estas actuaciones, realizadas de forma unilateral

³⁷⁴ Aunque fue acordada la inmunidad del Emperador Hirohito, el Tribunal juzgó a 28 miembros de la cúpula del Estado japonés entre los que se encontraban los principales Altos cargos y mandos de los ejércitos. Las sentencias que dictó el Tribunal entre el 4 y el 12 de noviembre de 1948 se aprobaron por mayoría de votos. Todos los acusados fueron considerados culpables. Se dictaron siete penas de muerte, pero la mayor parte de los acusados fueron condenados a cadena perpetua. Ante el silencio del Estatuto en cuanto a los recursos contra las sentencias, el general MacArthur consintió en transmitir las apelaciones de dos de los condenados al Tribunal Supremo de los Estados Unidos pero este declinó su competencia al no ser el Tribunal de Tokio un Tribunal de los Estados Unidos.

³⁷⁵ Comité creado por el Gobierno Federal de los Estados Unidos en diciembre de 1944, mediante el cual desempeñaba funciones político-militares a final de la Segunda Guerra Mundial, concretamente en lo que concierne a la ocupación de las Fuerzas del Eje (Alemania, Italia, y, fundamentalmente en este caso, Japón).

³⁷⁶ Sobre el citado comité, véase STATE-WAR-NAVY COMMITTEE. (1945). “U.S. Initial Post-Surrender Policy for Japan”. N° of reference SWNCC150/4/A, of 21st September. Disponible en: <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryō/01/022shoshi.html>. Consultado el día 4 de agosto de 2018.

por Estados Unidos, se estimaron convenientes para fortalecer las futuras relaciones de cooperación y de paz entre ambos países a través de un proceso de “occidentalización cultural” (FUTAMURA, 2005: 130). El desarrollo de estas políticas determinó la aceptación de una nueva realidad por la sociedad japonesa que terminó colaborando con las autoridades norteamericanas. Como expone la Profesora Futamura, con relación al enjuiciamiento de los oficiales y miembros de alto rango de su ejército nacional, la actitud de la sociedad japonesa era pasiva y apática ante los procesos celebrados por el Tribunal, y esto se refleja en el hecho de la falta de conocimiento y de interés en su análisis e investigación, a excepción de algunos académicos como el Abogado defensor del Tribunal de Tokio Takayanagi Kenzo, o el defensor Yokota Kisaburo, que actuaron en dichos procedimientos.

A diferencia del único juicio realizado ante el TMI³⁷⁷, las decisiones del Tribunal de Tokio no tuvieron por parte de sus jueces el mismo grado de unanimidad como se refleja en los numerosos votos particulares y opiniones separadas que fueron formuladas, lo que acrecienta las críticas contra el mismo como un Tribunal de vencedores sobre los vencidos que es perceptible desde su propia forma en el que fue creado, pues mientras el TMI su origen se encuentra en un tratado internacional, el TPMILO fue constituido mediante una orden de naturaleza ejecutiva.

La Profesora Futamura, citando al juez del Tribunal Bernard Victor Aloysius Röling, recoge las reflexiones de éste cuando manifiesta que:

“Yo hablaba algunas veces con estudiantes japoneses. La primera cosa que ellos me preguntaban siempre era: “¿Tú tienes derecho a decidir sobre los líderes de Japón moralmente cuando los Aliados han bombardeado todas las ciudades como en Tokyo, donde en una noche, causaron 100.000 muertos y que culminó con la destrucción de Hiroshima y Nagasaki? ¿No fueron estos crímenes de guerra?”³⁷⁸.

³⁷⁷ Con tal carácter internacional sólo fue celebrado un único juicio en la ciudad de Núremberg, a pesar de que el Estatuto estableció como sede para los juicios siguientes la ciudad de Berlín. En contra de la intención original, no hubo ningún otro proceso internacional, pues de 1947 a 1949 se llevaron a cabo 12 procesos ante un tribunal militar norteamericano en contra de políticos, militares, altas personalidades de la economía, médicos, jueces y abogados, miembros de la Oficina de Asuntos Exteriores, etc. En las zonas ocupadas por Inglaterra, Francia y la Unión Soviética se realizaron procesos similares, y todos contra alto dirigentes y personalidades relevantes pertenecientes al Partido NAZI y al Tercer Reich.

³⁷⁸ Texto original: “*I sometimes had contacts with Japanese students. The first thing they always asked was: ‘Are you morally entitled to sit in judgement over the leaders of Japan when the Allies have burned down all of its cities with sometimes, as in Tokyo, in one night, 100,000 deaths and which culminated in the destruction of Hiroshima and Nagasaki? Those were war crimes’*” (FUTAMURA, 2005: 150).

En este sentido, el juez Radhabinod Pal, en su obra titulada *Dissentient Judgement of Justice Pal. International Military Tribunal for The Far East*, donde relata su experiencia como juez de dicho Tribunal, afirma que el lanzamiento de las bombas atómicas por parte de Estados Unidos en las ciudades de Hiroshima y Nagasaki debieron haber sido enjuiciados dentro del TPMILO pues ello permitiría el cuestionamiento de la legitimidad del denominado derecho de autodefensa en las operaciones militares realizadas durante un conflicto bélico, atendiendo a valores morales y éticos que fundamentan el Derecho internacional.

B) El papel de los Tribunales Militares de Nüremberg y Tokio en el Derecho penal internacional

Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce un cambio significativo de la sociedad internacional, donde surgen nuevas demandas y obligaciones exigibles a los Estados emanadas de la coexistencia entre los mismos y de la intensificación de los instrumentos de cooperación. En 1949 se inició un lento y largo proceso hacia la codificación del Derecho internacional, en esta primera sesión la CDI aborda, entre otros temas, para la paz y seguridad de la comunidad internacional el establecimiento de los principios en la exigibilidad de responsabilidad penal individual por la comisión de los delitos de crímenes de guerra y lesa humanidad, basándose para ello en la experiencia del TMI³⁷⁹.

Como señala Mohamed Bennouna, una extensión de la jurisdicción nacional para el ejercicio de una “competencia universal” como la establecida en el asunto Lotus por parte de la CPJI difícilmente podría ser mantenida en los actuales momentos de desarrollo del Derecho internacional, resultando insuficiente los criterios de territorialidad o de nacionalidad que legitimarían la intervención de los Estados (2017: 178-179). Esa insuficiencia hizo necesaria la creación novedosa de tribunales internacionales sobre base convencional y que recogía la convicción de actuar conforme al sentir de la mayor parte de las “naciones civilizadas”.

Igualmente, sobre la visión del magistrado Röling sobre el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, véase VICTOR ALOYSIUS RÖLING, B.; y CASSESE, A. (Ed.). (2019). *El Juicio de Tokio y más allá*. Traducción y comentario al español realizado por IGLESIAS VÁZQUEZ, M. A., Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

³⁷⁹ Véase “Actas resumidas y documentos de la primera sesión, incluido el informe de la Comisión a la Asamblea General”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1949, Volumen I [Texto original en inglés].

Podemos plantearnos si estos tribunales son meramente transnacionales, en cuanto fueron creados y dirigidos por las potencias aliadas para exigir la responsabilidad en el comportamiento individual por los abusos de dirigentes y cargos, militares o no, cometidos no sólo durante el conflicto bélico sino también durante el régimen de los Estados vencidos; o por el contrario pueden ser considerados como auténticos tribunales internacionales, creados o aceptados por la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional.

Siguiendo al Profesor Kevin Jon Heller en su obra *The Nuremberg Military Tribunals and The Origins of International Criminal Law*, citando al Profesor Robert Kurt Woetzel en su obra *The Nuremberg Trials in International Law*, se basa en las cuatro teorías formuladas por éste para determinar si los Tribunales de Nüremberg y Tokio pueden ser considerados como auténticos tribunales internacionales.

La primera de estas teorías señala que un tribunal podrá ser considerado como internacional en la medida en que éste aplica normas del Derecho internacional. El Profesor Woetzel señaló que esta teoría no se cumple por cuanto los tribunales militares, civiles y regionales no siempre aplican normas internacionales, que sólo puede ser apreciada en los casos de enjuiciamientos por crímenes internacionales. La segunda teoría considera que los tribunales son internacionales cuando en los casos de ejercicio y facultades sobre territorios ocupados apliquen normas internacionales; pero como el Profesor Woetzel observó esta teoría resulta ser imperfecta por cuanto no sólo existen límites derivados de la ocupación beligerante de los territorios, sino también de la exigencia del cumplimiento de las relaciones obligatorias establecidas en las normas de ocupación territorial donde suele tener preponderancia la administración realizada por otro Estado. La tercera teoría señala que un tribunal será internacional en la medida en que éste fuese creado mediante tratado, y no por un solo órgano estatal; y conforme a esta teoría, Robert Kurt Woetzel concluye que el TMI ostenta el carácter de tribunal internacional, pues fueron creadas mediante acuerdos multilaterales entre los Estados vencedores de la Segunda Guerra Mundial, si bien señaló que bajo la perspectiva del Estado alemán al no haber suscrito el Acuerdo de Londres o consentido a las potencias vencedoras ejercer sus jurisdicciones penales sobre su propio territorio, no puede tener carácter internacional. Por último, y fundamentado en la constitución y creación de los tribunales como elemento definitorio de su naturaleza, la cuarta teoría formulada tiende a considerar que un tribunal será internacional si está constituido por uno o varios

Estados que tengan el consentimiento y la autorización de la comunidad internacional; y dicho consentimiento, según el Profesor Woetzel, sólo concurre como tal, cuando una organización ostenta facultad para actuar en nombre de la comunidad internacional y para ello señaló como ejemplo Naciones Unidas, y alternativamente, cuando el tribunal resulte creado mediante la autorización de un grupo de Estados que representa la cuasi-totalidad de las naciones civilizadas (WOETZEL, 1960: 40-57; y HELLER, 2011: 110-111).

De acuerdo con estas teorías, el Profesor Wotezel afirmó que el TMI tiene naturaleza internacional, por cuanto no sólo los Estados vencedores suscribieron al Acuerdo de Londres por el que se procedió a la creación y constitución del mismo, sino que éste contaba con la autorización de la comunidad internacional conforme a la Resolución 95(1) de 11 de diciembre de 1946 de la AG, que reconoció el TMI como internacional (WOETZEL, 1960: 56-57 y 232-233; y HELLER, 2011: 111).

Esta conclusión estimo que no es extensible al TPMILO por cuanto su creación se debió a una orden ejecutiva, y aparece muy diluido el principio de consentimiento internacional en el ejercicio de la competencia universal para exigir la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Pero además, a pesar del respaldo internacional de estos tribunales militares especiales, no debemos olvidar que la relación vertical existente entre Estados vencedores y Estados vencidos resulta ser determinante para la creación y el proceso de enjuiciamiento. En consecuencia, considero que su auténtica naturaleza es de tribunales transicionales reconocidos internacionalmente del que emana su legalidad, pero que no ejercen una verdadera jurisdicción internacional, sino que su competencia emana de la propia forma convencional por la que fueron creados.

3.2 Jurisdicción universal y jurisdicción internacional: contexto y evolución

La crisis en los principios y pilares fundamentales en los que se basaba el Derecho internacional clásico, como relación entre Estados libres y soberanos, quedó patente en los acontecimientos que llevaron al enfrentamiento entre naciones en la Segunda Guerra Mundial. La insuficiencia de normas internacionales para resolver los conflictos entre Estados, el carácter fragmentario del ordenamiento jurídico internacional derivado de

normas consuetudinarias y de acuerdos bilaterales basados en el pensamiento surgido a finales del siglo XIX resultaron insuficientes para responder a las nuevas exigencias del pensamiento colectivo que determinó una profunda metamorfosis en el orden internacional. El fracaso de la Sociedad de Naciones determinó la necesidad de un nuevo orden mundial con la creación de Naciones Unidas³⁸⁰, cuya Carta fue firmada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco y en la que los Estados signatarios se comprometen a cumplir con las obligaciones de velar por el respeto de la soberanía de los Estados y asegurar las relaciones pacíficas de cooperación y desarrollo, renunciando al uso de la fuerza para resolver los conflictos.

Los principios de la Carta fueron desarrollados durante los años 50 y 60 del siglo pasado, donde de forma progresiva se fue completando el ordenamiento jurídico internacional, a la vez que se construía con base convencional una nueva relación entre los Estados, derivado de la propia institucionalización de los organismos y Organizaciones Internacionales. Pero como observa el Profesor Lissitzyn, la división del mundo entre los Estados occidentales, los Estados influenciados por la Unión Soviética y los nuevos Estados, fruto del proceso de descolonización, hicieron modificar las visiones y perspectivas del Derecho internacional. Desde este punto de vista puede hablarse de una “revolución” del Derecho internacional con una pretendida adaptación al contexto social, redefiniendo aspectos trascendentales sobre la soberanía de los Estados y aquellas derivadas del ejercicio jurisdiccional, que hasta entonces sólo estaban sustentadas a nivel estatal y con base fundamentalmente territorial.

Bajo la visión de los Estados occidentales, Oliver Lissitzyn señaló que el Derecho internacional es fruto de las civilizaciones, que lo define “como un sistema, reconocido y aplicado, de normas de conducta entre los Estados, que se consideran de

³⁸⁰ Organismo internacional sucesora de la Sociedad Naciones cuya finalidad es, conforme a la aplicación de la Carta, que fue firmada el 26 de junio de 1945 en la ciudad de San Francisco de Estados Unidos determinando así su posterior creación el 24 de octubre de ese mismo año, la protección de nuevos valores sociales que permitieron objetar y reflexionar sobre determinados actos que son contrarios a la construcción de la civilización fruto de las consecuencias sufridas después de la Segunda Guerra Mundial. Sobre este aspecto debemos resaltar la importancia de los Juicios Militares Internacionales de Nüremberg y del Lejano Oriente como tribunales internacionales fundamentales, por cuanto su jurisprudencia reflejó la entonces transformación social mediante la exigencia de dichos valores, que han ido desarrollándose durante la denominada era de la globalización (debemos entender la misma como un fenómeno en virtud del cual las sociedades se encuentran interconectadas con los demás actores a escala mundial desde el ámbito cultural, económico, político, social e incluso tecnológico).

carácter obligatorio³⁸¹. La garantía de cumplimiento de las normas internacionales recae esencialmente en los Estados, que han de adoptar las mismas en su sistema normativo interno para que sean eficaces³⁸².

En este sentido, el Profesor Lissitzyn señaló que “a pesar de que ningún Estado otorgue al derecho un valor primario y absoluto; a veces, los Estados dieron prioridad a otros valores, sobre todo en tiempos de crisis. Además, la universalidad del Derecho internacional nunca fue perfecta³⁸³, con ello afirma que la aplicación del Derecho internacional supone un instrumento político, por cuanto “los Estados han recurrido a él en supuestos de disputa o conflicto de intereses. No sólo para tratar de persuadir a la otra Parte (o a los jueces) para resolver el litigio de una determinada manera, sino también como un símbolo de rectitud, capaz de crear o reforzar una posición favorable para una de las Partes y desfavorable para la otra³⁸⁴, y esta visión determina la protección de los individuos por parte de sus Estados en cumplimiento no sólo de normas nacionales sino también internacionales que fueron asumidas como obligatorias para los mismos garantizando con ello su efectividad.

Desde la visión de la entonces Unión Soviética el Derecho internacional debe ser interpretado conforme a las teorías y doctrinas marxistas, pero puede ser constatada una evolución a medida que se daba inicio a la apertura de relaciones con los Estados que denominaba “capitalistas”³⁸⁵. De acuerdo con el Profesor Tunkin, el nuevo Derecho

³⁸¹ Documento original: “*en tant que système, reconnu et appliqué, de règles de conduite entre les Etats, règles considérées comme ayant valeur obligatoire*” (LISSITZYN, 1965: 919).

³⁸² Así, en palabras del Profesor Verdross, “*toda norma jurídico-internacional en particular tiene que ser puesta en práctica por una ley o un reglamento en cada caso, para poder ser aplicada por los tribunales y autoridades administrativas. Este proceso se denomina también transformación del Derecho internacional público en Derecho interno. Pero la verdad es que no se trata de la transformación de una norma jurídico-internacional en norma jurídico-interna, sino de la ejecución de una norma superior por una norma inferior*” (1982: 60).

³⁸³ Documento original: “*néanmoins, aucun Etat n'accordait au respect du droit une valeur absolue et première; les Etats, parfois, donnaient priorité à d'autres valeurs, surtout en période de crise. En outre, l'universalité du droit international ne fut jamais parfaite*” (LISSITZYN, 1965: 922).

³⁸⁴ Texto original: “*les Etats ont fait appel à lui en cas de différend ou de conflit d'intérêts. Non seulement pour tenter de persuader l'autre Partie (ou les arbitres) de régler le litige d'une certaine façon, mais aussi comme un symbole de rectitude, apte à créer ou renforcer une opinion favorable à l'une des Parties et défavorable à l'autre*” (LISSITZYN, 1965: 920-921).

³⁸⁵ Hasta la Revolución de Octubre de 1917, las teorías de Karl Marx y Engels sobre el Estado y el derecho se centraba en la idea de que, a través de las normas, se establecía un orden dentro de la sociedad garantizando con ello un control entre los dirigentes o dominantes y los oprimidos o dominados (KELSEN, 1955: 1). Ello se articulaba a través de la economía como elemento esencial del Estado de la

internacional se definía como “el conjunto de normas que fueron creadas mediante acuerdos entre Estados de regímenes sociales diferentes, reflejado conforme a la voluntad de los Estados y del carácter democrático general, que regula las relaciones entre ellos en el proceso de lucha y cooperación para asegurar la paz y la coexistencia pacífica, la libertad e independencia de los individuos y que sean aseguradas cuando sea necesario mediante medidas coercitivas efectuadas por los Estados de forma individual o colectivamente”³⁸⁶ y se fundamentan en los siguientes principios interrelacionados entre sí: “a) principios de la relación del internacionalismo socialista entre los Estados socialistas; b) principios de igualdad y de autodeterminación de las naciones y gentes cuyas iniciativas fueron objetivos contra el régimen del colonialismo, así como contra cualquier opresión nacional y desigualdad; y c) los principios de la relación de coexistencia pacífica entre los Estados con diferentes regímenes sociales”³⁸⁷.

Estas ideas reflejaban un cambio interno en la defensa del derecho de autodeterminación de los pueblos, por cuanto afirmaban que el Derecho internacional no sólo velaba por el respeto de aquellas colectividades en su decisión de reconocer su soberanía estatal sino también su integridad territorial garantizando con ello la protección del ejercicio jurisdiccional frente a los Estados occidentales, afirmando que el Derecho internacional contemporáneo debe ser caracterizado por ser contrario al régimen del colonialismo, postura que fue acogida por los nuevos Estados fruto de la

organización, por cuanto a través del mismo las clases dirigentes adoptarán decisiones políticas incluso si ello implica la explotación de la mano de obra proveniente de la clase oprimida.

Esta teoría reflejaba un planteamiento que, bajo la visión de la filosofía occidental, era contraria a la hora de llevarlo a la práctica por cuanto la misma representaba la actuación de la sociedad como colectividad y no individualmente. Especialmente cuando se trata de que la clase obrera fuera la clase dirigente, dando lugar con ello a la denominada dictadura del proletariado.

En lo que se refiere al Derecho internacional, los juristas y profesionales del Derecho observaron a esta rama jurídica como un instrumento útil para el sistema político de entonces no tanto en lo que concierne a las relaciones diplomáticas entre Estados, sino más bien para dirigir la lucha de clases (SHAW, 2003: 32).

³⁸⁶ Documento original: “*the aggregate of norms which are created by agreement between states of different social systems, reflect the concordant wills of states and have a generally democratic character, regulate relations between them in the process of struggle and co-operation in the direction of ensuring peace and peaceful co-existence and freedom and independence of peoples, and are secured when necessary by coercion effectuated by states individually or collectively*” (TUNKIN, 1974: 251).

³⁸⁷ Texto original: “*a) principles of socialist internationalism in relations between socialist States; b) principles of equality and self-determination of nations and peoples whose spearhead was aimed against the system colonialism as well as against any national oppression and inequality; c) principles of peaceful coexistence in relations between States with different social systems*” (TUNKIN, 1975: 23).

descolonización para lo que era fundamental el reconocimiento de sus identidades tanto nacionales como culturales (SHAW, 2003: 35).

Entre ambos bloques adoptaron una posición neutra surgiendo los denominados Estados independientes o Estados no alineados, que corresponden a aquellos países que no se encuentran ubicados ni en el grupo de los países occidentales y de cultura liberal ni en aquellos dependientes de la órbita de la Unión Soviética y de inspiración socialista, por cuanto comparten como historia común a todos ellos el hecho de que fueran colonias y que corresponden a Estados principalmente pertenecientes al continente africano y algunos territorios del continente asiático, como India o Malasia, que con independencia de sus diferencias políticas, sociales y de diversidad cultural, ello no tendría que implicar la destrucción de la universalidad del Derecho internacional (LISSITZYN, 1965: 918). Al contrario, “la insatisfacción de los países poco desarrollados y de los nuevos Estados no refleja más que el sentimiento de que ciertas normas del Derecho internacional se encuentran desactualizadas o entran en conflicto con sus intereses. Estos países también tienen el deseo de incorporar al Derecho internacional ciertos principios que Occidente ha considerado más políticos que legales y que, dada su naturaleza muy general y flexible, se prestan a diversas manipulaciones”³⁸⁸.

Una evidencia por la que este sector tenía una visión distinta del Derecho internacional radica en su preocupación por el reconocimiento de su soberanía y autodeterminación, reconocimiento que fue adoptado por la AG mediante Resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960 bajo el nombre de la Declaración de Concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales³⁸⁹. Esta nueva consideración del

³⁸⁸ Documento original: “*l’insatisfaction des pays peu développés et des nouveaux Etats ne reflète pas seulement le sentiment que certaines règles du droit international sont démodées ou s’opposent à leurs intérêts. Ces pays ont aussi le désir d’incorporer au droit international certains principes que l’Occident a regardés comme étant politiques plutôt que juridiques et qui, étant donné leur caractère très général et flexible, se prêtent à diverses manipulations*” (LISSITZYN, 1965: 949).

³⁸⁹ Como dato interesante sobre esta Resolución y su aprobación, debemos resaltar los votos de los 191 Estados que forman parte de las Naciones Unidas. Dicha Resolución fue aprobada de no haber sido por los 89 votos a favor frente a las 9 abstenciones de Australia, Bélgica, República Dominicana, Francia, Portugal, España, la Unión de los Estados Africanos, Reino Unido y Estados Unidos, y el voto ausente de Dahomey (actualmente República de Benin). No hubo votos en contra de dicha Resolución, si bien las citadas abstenciones de estos últimos Estados reflejaban la permanencia del carácter imperialista sobre las colonias, a excepción de República Dominicana.

Si bien es cierto que las Resoluciones de la Asamblea General expresan, con carácter formal y a través de recomendaciones, la voluntad u opinión de los Estados u órganos de las Naciones Unidas conforme a lo

Derecho internacional, basada en valores anticoloniales, viene establecida en el Preámbulo de la citada Resolución, “*convencida de que la continuación del colonialismo impide el desarrollo de la cooperación económica internacional, entorpece el desarrollo social, cultural y económico de los pueblos dependientes y milita en contra del ideal de paz universal de las Naciones Unidas*”.

Junto a la Carta de las Naciones Unidas, que pone los cimientos para un paulatino proceso de institucionalización de la comunidad internacional, se desarrolla todo un orden jurídico a través de normas convencionales, que junto con la DUDH de 10 de diciembre de 1948 y su desarrollo por los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos, y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, determina en la actualidad la centralidad normativa del orden internacional.

Igualmente, y en un intento de las Naciones Unidas por crear un Código que determine los delitos internacionales, debemos señalar que por Resolución 95(1) de la AG aprobada el 11 de diciembre de 1946 da comienzo a este proceso encaminado a convertir los valores de justicia en principios generales del Derecho internacional. En esa misma Resolución, se dio instrucciones al Comité sobre el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación, establecido con arreglo a la Resolución 94(1) de la Asamblea al objeto de que iniciara los proyectos para elaborar un código general de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o un código criminal internacional. La propia Asamblea, aprobó la Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947 en la que encargó a la recién creada CDI (que quedó establecida con arreglo a la Resolución 174 (II)) para que preparara un Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (también denominado “el proyecto de código”) y en la Resolución 260 B (III), de 9 de diciembre de 1948 solicitó de la Comisión que examinara la posible creación “*de un órgano judicial internacional para juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos (...) en virtud de convenios internacionales*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 1948: 85). Las

establecidos en los artículos 10-14 de la Carta de las Naciones Unidas, generando así normas consuetudinarias dentro del Derecho internacional e interpretaciones de los preceptos de la citada Carta. En el presente caso, sin embargo, refleja un cambio social por la mayoría de los Estados, llegando incluso a señalar el carácter vinculante de esta Resolución, al considerar que los Estados suscritos a la Carta deberán cumplir con las obligaciones previstas en la Carta y velar por los principios del Derecho internacional, fundamentándose en el artículo 1.2 de la citada Carta y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

dificultades en consolidar un sistema internacional de justicia penal, consecuente con la especial sensibilidad que sobre ello tienen los Estados al ser el *ius puniendi* un tema esencial de su soberanía nacional, no llegó a reunir los consensos necesarios hasta la firma del Estatuto de Roma de 1998, con la creación de la CPI, que junto a las modificaciones introducidas en los años 2010 y 2015, constituyen el actual diseño de la justicia penal internacional, al menos con pretensión universal. Ello no ha impedido que, en ese largo camino, haya habido la creación de tribunales penales internacionales de naturaleza temporal como la TPIY y TPIR, que fueron creados en momentos de excepcionalidad por parte del CSNU mediante Resoluciones 780 (1992), de 6 de octubre; 827 (1993), de 25 de mayo; y 995 (1994), de 8 de noviembre; además de tribunales híbridos o internacionalizados con competencia en el enjuiciamiento penal (de los que trataremos más adelante).

A) Algunos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia sobre los conflictos suscitados entre los Estados en el ejercicio de la jurisdicción universal

Los Estados siguen siendo, en gran medida, la base sobre la que se organiza la comunidad internacional. Los órganos internacionales, su estructura, funcionamiento y competencia, se encuentran contruidos sobre la soberanía de los Estados como organizaciones políticas. A pesar de la progresiva consolidación de un *corpus iuris internacional* basado en la propia Carta de las Naciones Unidas y la DUDH, que fundamentan la configuración de un Derecho internacional penal de naturaleza autónoma y la existencia de una jurisdicción penal internacional propia, los Estados siguen manteniendo su posición como la principal fuente de creación normativa, tanto de las normas consuetudinarias, cuya cristalización se fundamenta en la práctica generalizada y aceptada como Derecho por parte de éstos, como de las normas convencionales, a través de la expresión de sus voluntades en los tratados y acuerdos.

La CIJ, conforme a su Estatuto, tras indicar que sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la misma (art. 34), establece su competencia sobre todos los litigios que las partes les sometán, además de los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes (art. 36 de dicho Estatuto), determinando en su artículo 38 el marco jurídico para resolver los conflictos suscitados ante la misma. Ello determina que, con relación al ejercicio de la jurisdicción universal

por parte de los Estados, la Corte sólo le viene atribuida su competencia cuando éstos sometan a la misma la resolución de un conflicto derivado del ejercicio de sus jurisdicciones, especialmente cuando ésta pretende su ejercicio extraterritorial basado en el principio de justicia universal.

Hemos señalado que la jurisdicción emana de los Estados, los órganos internacionales de justicia carecen *in genere* de jurisdicción propia pues la misma le viene atribuida por consentimiento, aceptación o habilitación de éstos. Concretamente, con relación al ejercicio de la jurisdicción como manifestación de la potestad soberana de los Estados, sobre todo en el ámbito del derecho punitivo, Bassiouni señala que “las teorías de jurisdicción evidenciadas en los tratados y en la práctica consuetudinaria (...) son esencialmente territoriales y están fundadas en la nacionalidad, ya sea del perpetrador o de la víctima”³⁹⁰, por eso señala que muy pocas veces la jurisdicción universal ha sido utilizada como fundamento en las decisiones judiciales, normalmente vinculadas a la interpretación o clarificación de las normas internacionales³⁹¹.

En el ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones estatales, para que surja conflicto cuya decisión pueda ser sometido a la CIJ, se precisa la oposición por parte del Estado con jurisdicción territorial, toda vez que, en caso contrario, no existe desde los principios asentados en el asunto Lotus una prohibición internacional que imponga a los

³⁹⁰ Documento original: “*The theories of jurisdiction evidenced in treaties and in the customary practice of states are essentially territorial and based on nationality, whether that of the perpetrator or the victim*” (BASSIOUNI, 2001: 83).

Traducción al español realizada por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Véase: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. (2004). *18 Ensayos justicia transicional y Democracia*, Edición Digital [CD-ROM], Santiago, Diego Portales, compilación realizada por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

³⁹¹ En este sentido, Bassiouni cita como ejemplo de la falta de clarificación en este tema del ejercicio de la jurisdicción el caso “Lockerbie” (Reino Unido c. Libia) seguido ante la Corte Internacional de Justicia sobre la aplicación de la Convención de Montreal de 1971 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil; en el que las autoridades libias solicitó ante la Corte la adopción de medidas provisionales para suspender la vigencia de sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al amparar a los responsables del atentado terrorista perpetrado el 21 de diciembre de 1988, que causaron 270 víctimas (la mayoría de nacionalidad estadounidense y británica). Por Orden de 14 de abril de 1992, se desestimó la petición de suspensión de sanciones, que como medida cautelar le fue solicitada a la Corte, lo que no impidió que cesara las tensiones entre los Estados sobre la procedencia y obligación de extraditar a los perpetradores de dicho acto terrorista. Este conflicto se mantuvo entrando en una paralización del procedimiento, llegando “casi a un punto muerto jurisdiccional”, que se mantuvo casi durante diez años hasta que se obtuvo una solución negociada sobre la base de un cambio de competencia relativa entre los Estados.

Estados la delimitación territorial de su jurisdicción. Ejemplo de ello podemos encontrarlo en las actuaciones del TS de Israel sobre el procesamiento y enjuiciamiento de Otto Adolf Eichmann³⁹² y John Demjanjuk³⁹³ por crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial contra la población judía, que fueron enjuiciados por los tribunales del Estado israelí sin que hubiera objeción por los Estados donde los mismos se encontraban residenciados. Los tribunales israelíes fundamentaron el ejercicio de su jurisdicción de forma similar a la justificación establecida en el TMI, en cuanto consideraron que conforme al principio *hostis humani generis*, le venía atribuida la competencia para enjuiciarlos por los graves crímenes internacionales cometidos, pues de forma similar a los delitos internacionales de piratería (*pirate analogy*) existe un interés común en su persecución derivado de su naturaleza de atentado contra los valores de la civilización³⁹⁴.

A diferencia del conflicto suscitado en el asunto Lotus resuelto por la CPJI, los escasos conflictos suscitados ante la CIJ venían determinados sobre la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* como instrumento vinculado al ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados, amparado en la aplicación e interpretación de la norma internacional.

³⁹² Otto Adolf Eichmann (1906-1962), teniente coronel alemán durante el Tercer Reich, miembro de las Schutzstaffle (SS) y, conforme a su enjuiciamiento en el Tribunal Supremo de Israel, responsable de la deportación de la población judía a los campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial. Su caso fue conocido no sólo por su procesamiento y enjuiciamiento en el Tribunal Supremo de Israel, acusado de haber cometido delitos contra la humanidad, sino también por haber sido aprehendido en territorio argentino en extrañas circunstancias anormales y traslado a territorio israelita. La Sentencia de fecha 15 de diciembre de 1961 condenó al teniente Eichmann a morir en la horca. Falleció el día 31 de mayo de 1962 cumpliendo la Sentencia del Estado israelí.

³⁹³ John Demjanjuk (1920-2012), conocido también con el nombre de Iván el Terrible, fue miembro alemán del Partido Nacional socialista (Nazi) y acusado por parte del Estado israelí por su participación en el Holocausto durante la Segunda Guerra Mundial, concretamente en el campo de exterior de Sobibór (Polonia) entre 1942 y 1943. Fue deportado al Estado de Israel en 1986 para su procesamiento. Una vez que fue puesto a disposición de las autoridades del Estado de Israel y en su territorio, su Corte Suprema, en su Sentencia de fecha 18 de abril de 1988, condena a Demjanjuk a morir en la horca, si bien el 29 de julio de 1993, este mismo Tribunal revocó su veredicto en una apelación tras la declaración de uno de los guardias de Treblinka al afirmar que existía duda alguna de que Demjanjuk fuese el responsable penalmente de los crímenes contra la población judía.

³⁹⁴ En este sentido, el Profesor David Luban señaló que dicho término fue utilizado por vez primera en el asunto Eichmann para englobar todos aquellos delitos que, por su gravedad, vulneraban los valores de la comunidad internacional. La utilización del término *pirate analogy*, junto con el principio *hostis humani generis*, fundamentó la competencia universal del Tribunal Supremo de Israel para enjuiciar al Sr. Eichmann por crímenes de lesa humanidad (LUBAN, 2020: 569-570).

Siguiendo a la Profesora Orihuela Calatayud, desde que el Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 sobre la Represión de la Falsificación de Moneda incluyera en sus disposiciones la combinación entre extradición y enjuiciamiento, “*la inmensa mayoría de los tratados internacionales de alcance universal destinados a la prevención y sanción de crímenes internacionales y de delitos de trascendencia internacional, contiene disposiciones en las que se recoge la obligación de extraditar o juzgar*” (2016: 209). Pero sobre la preferencia entre el cumplimiento de la obligación de entrega o el deber de enjuiciamiento, la misma no viene establecida cuando se trata del ejercicio de la jurisdicción para la exigibilidad de responsabilidad por la comisión de crímenes internacionales³⁹⁵, y en ello se centra los conflictos sobre los que la CIJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse.

Como precedentes judiciales resueltos por la CIJ, podemos citar los siguientes: “la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000” (Bélgica c. República Democrática del Congo) (caso Yerodia), sobre la interpretación de la inmunidad en el derecho internacional consuetudinario; el caso de República Democrática del Congo c. Francia de 17 de junio de 2003, sobre cuestiones procesales penales y la obligación de extraditar a un nacional; y el asunto de Bélgica c. Senegal de fecha 20 de julio de 2012 (caso Habré), sobre cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar; en relación al cumplimiento de obligaciones derivadas de la Convención contra la Tortura de 1984, entre lo que podemos incluir el caso entre Yibuti y Francia sobre cuestiones relativas a la Convención de la Asistencia Mutua en Materia Penal de 4 de junio de 2008, basada en la cooperación mutua entre Estados como instrumento necesario para el ejercicio de la jurisdicción universal en materia penal.

A.1) Caso Yerodia

Debemos partir de la consideración de que no existe en la actualidad norma internacional alguna que establezca un sistema de ejercicio de la jurisdicción de los Estados basada en su competencia universal, prueba de ello son los informes del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el alcance y aplicación de la jurisdicción universal de 29 de julio de 2010, 20 de junio de 2011, 28 de junio de 2012, 26 de junio de 2013, 23 de julio de 2014, 1 de julio de 2015, 22 de junio de 2017, 28 de

³⁹⁵ Sobre el carácter convencional o consuetudinario de la obligación *aut dedere aut iudicare*, véase el apartado B) del epígrafe 1.2 del Capítulo 1 de la presente Tesis.

junio de 2016, 3 de julio de 2018 y 11 de julio de 2019³⁹⁶. Tampoco puede ser apreciada en el Derecho internacional consuetudinario la imposición a los Estados de una obligación para el ejercicio universal de su jurisdicción.

Analizando el asunto de la CIJ de 14 de febrero de 2002 entre Bélgica y la República Democrática del Congo, conocido como caso Yerodia (en los fundamentos sobre la obligación de entrega en el ejercicio de la jurisdicción penal universal por parte de los Estados)³⁹⁷, aunque el mismo no entró en profundidad en el reconocimiento y obligación del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por la comisión de crímenes internacionales, debemos destacar las diversas opiniones expresadas en dicha Resolución, si bien de forma incidental.

El magistrado Guillaume, Presidente de la Corte, afirmó que los Estados no tienen potestad para conocer de las infracciones cometidas en el extranjero, salvo que el autor o las víctimas sean sus nacionales o que el crimen considerado atente contra la seguridad del Estado y sólo el Derecho internacional consuetudinario prevé el ejercicio

³⁹⁶ Sobre los citados informes, véase ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (2010). “Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General preparado sobre la base de los comentarios y observaciones de los gobiernos”. 65ª Sesión, nº de referencia A/65/181, de 29 de julio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/65/181>. Consultado el día 19 de noviembre de 2018; ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2011). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 66ª Sesión, nº de referencia A/66/93, de 20 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/66/93>. Consultado el día 23 de mayo de 2020; ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2012). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 67ª Sesión, nº de referencia A/67/116, de 28 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/116>. Consultado el día 23 de mayo de 2020; ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2013). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 68ª Sesión, nº de referencia A/68/113, de 26 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/68/113>. Consultado el día 23 de mayo de 2020; ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2014). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 69ª Sesión, nº de referencia A/69/174, de 23 de julio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/69/174>. Consultado el día 23 de mayo de 2020; ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2015). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 70ª Sesión, nº de referencia A/70/125, de 1 de julio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/70/125>. Consultado el día 23 de mayo de 2020; ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2016). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 71ª Sesión, nº de referencia A/71/111, de 28 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/71/111>. Consultado el día 23 de mayo de 2020; ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017a). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 72ª Sesión, nº de referencia A/72/112, de 22 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/72/112>. Consultado el día 24 de abril de 2020.; ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2018). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 73ª Sesión, nº de referencia A/73/123, de 3 de julio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/73/123>. Consultado el día 23 de abril de 2020; y ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2019a). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 74ª Sesión, nº de referencia A/74/144, de 11 de julio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/74/144>. Consultado el día 23 de abril de 2020.

³⁹⁷ Sobre el asunto Yerodia en relación a los límites de la jurisdicción universal, véase el apartado B) del epígrafe 2.3 del Capítulo 2.

de la jurisdicción universal en los casos de piratería, a los que podría incluirse los supuestos convencionalmente establecidos con carácter subsidiario y por infracciones relevantes al Derecho humanitario, cuando el responsable del delito se encuentre en su territorio³⁹⁸. El juez Ranjeva, comparte la opinión en el sentido de que el Derecho internacional positivo carece de una expresa autorización para el ejercicio de la jurisdicción universal desconectada de todo vínculo con el Estado de enjuiciamiento, sólo ello ha sido previsto por las normas internacionales consuetudinarias en los delitos de piratería, pero no en los demás delitos que puedan ser cometidos en alta mar como el de esclavitud, pues sobre éstos no ha quedado establecido en los momentos actuales norma internacional consuetudinaria. Es cierto que el propio juez Ranjeva comparte las opiniones de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en cuanto que el Derecho convencional consagra el principio *aut dedere aut iudicare* y ello supone una tendencia favorable para la superación de la rigidez del criterio territorial en la atribución de la jurisdicción, introduciendo una mayor flexibilidad funcional para la eficacia del Derecho internacional en la represión de conductas que atenten gravemente contra la comunidad universal³⁹⁹, pero como advierte el juez Rezek, una jurisdicción basada exclusivamente en el principio de universalidad necesariamente tiene que tener un carácter subsidiario, pues el Estado del territorio se encuentra en una posición más ventajosa para conducir el procedimiento, obtener pruebas, y tener más claramente establecido las circunstancias de las víctimas y de los responsables, y el propio contexto del crimen cometido⁴⁰⁰.

En consecuencia, conforme a las opiniones expuestas, son los Estados los que tienen la facultad para atribuir competencia universal a sus órganos judiciales y en el uso de su libertad normativa, esa facultad adquirirá mayor relevancia conforme al marco de sus relaciones internacionales y su obligación de garantizar los Derechos Humanos, especialmente en la lucha contra la impunidad por la comisión de delitos graves contra el orden internacional, pero esta facultad necesita su concreción a través del

³⁹⁸ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 35-45.*

³⁹⁹ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 54-58.*

⁴⁰⁰ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 91-94.*

consentimiento de los Estados, por vía de normas convencionales en los que la jurisdicción universal puede establecerse con carácter obligatorio, pero en todo caso, la falta de un modelo internacional del ejercicio de la jurisdicción universal determina que la configuración de la misma corresponde a los Estados, en virtud de su libertad legislativa, como principio de Derecho internacional que garantiza la igualdad e independencia soberana de los Estados, que ciertamente tiene su amparo normativo en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

A.2) Caso Sassou Nguesso y otros

La República Democrática del Congo instó ante la CIJ demanda para que le fuera adoptada medidas provisionales en virtud de lo establecido en el artículo 41 de su Estatuto⁴⁰¹, interesando la suspensión de actuaciones procesales iniciadas por los tribunales franceses que tenían por objeto la persecución y enjuiciamiento de Altos dirigentes del Estado congolés por la comisión de crímenes de lesa humanidad y torturas. La Corte tenía que considerar si el ejercicio unilateral de la competencia universal ejercida por parte de los tribunales franceses, en investigación y proceso penal incoado contra los Sres. Denis Sassou Nguesso, Presidente de la República del Congo; el General Pierre Oba, Ministro del Interior, Seguridad Pública y Administración Territorial; el General Norbet Dabira, General inspector de las fuerzas armadas congolesas; y el General Blaise Adoua, Comandante de la Guardia presidencial; resultaba legítima con independencia de la crisis en las relaciones diplomáticas suscitadas en este caso entre Francia y la República Democrática del Congo⁴⁰².

Para resolver sobre las medidas provisionales solicitadas, además de valorar la urgencia en su adopción, la Corte debía establecer si la competencia universal ejercida por los órganos judiciales franceses resultaba conforme a las normas del Derecho internacional.

⁴⁰¹ El citado precepto dispone lo siguiente: “1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.

2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas”.

⁴⁰² *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France), Provisional Measure, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 2003, pp. 104-106.*

La Corte, atendiendo a los antecedentes de hecho y a los argumentos presentados por las partes, por Orden de 17 de junio de 2003 desestimó la adopción de medidas provisionales al considerar que el ejercicio de la jurisdicción universal del Estado francés era conforme a las normas del Derecho internacional, basándose para ello en la falta de pruebas presentadas por los representantes de la República Democrática del Congo sobre el ejercicio de su propia jurisdicción para perseguir los delitos de lesa humanidad y torturas, concluyendo que el ejercicio de la jurisdicción universal por parte del Estado francés no supondría una violación del Derecho internacional⁴⁰³.

En esta Resolución la CIJ, al exigir que el Estado que alegue la vulneración o violación de normas del Derecho internacional tenga la obligación de probarla en el procedimiento, introduce una presunción de legitimidad ante el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados cuando tenga por objeto la persecución de graves crímenes internacionales basado en normas consuetudinarias.

A.3) Asunto sobre la asistencia mutua en materia penal

La CIJ, en su Sentencia de 4 de junio de 2008, resolvió el conflicto suscitado entre los Estados de Yibuti y Francia sobre el cumplimiento del Convenio de 27 de septiembre de 1986, sobre Asistencia Judicial en Materia Penal, ante la negativa de las autoridades francesas de ejecutar una comisión rogatoria internacional solicitada por las autoridades judiciales de Yibuti interesando que le fuera remitido el expediente de investigación realizado con motivo de la muerte del Sr. Bernard Borrel⁴⁰⁴.

⁴⁰³ *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France), Provisional Measure, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 2003*, pp. 110-112.

⁴⁰⁴ La muerte en extrañas circunstancias de Bernard Borrel, Fiscal de la República de Francia, acontecida en Yibuti el 19 de octubre de 1995 mientras se encontraba en dicho país realizando misiones de cooperación para el Ministerio de Justicia como asesor internacional. Tras una inicial investigación realizada sobre el terreno por las autoridades tanto de Francia como de Yibuti, se concluyó que fue suicidio. La investigación sobre su muerte fue reabierta por los tribunales franceses al aparecer testimonios sobre la posible implicación de una tercera persona en su muerte reabriendo la investigación y solicitando la declaración de un asesor del Ministerio de Justicia de Yibuti, que ante las sospechas suscitadas conllevó que se constituyera en un asunto mediático muy influenciado por la opinión pública. Tras profundizar en la investigación, en la que intervino el servicio de inteligencia francés, sus tribunales terminaron por archivar la causa al no encontrarse nuevos indicios de la existencia de un posible asesinato, a la vez que acreditó la existencia de maniobras y manipulaciones en los testimonios y documentos presentados inicialmente ante el tribunal, incoando un procedimiento por delito de obstrucción a la justicia contra Awalleh Guelleh y Hamouda Hassan Adouani, éste último asesor de la Fiscalía de Yibuti. Por su parte los tribunales de Yibuti realizan una nueva investigación sobre estos hechos y se solicita una comisión rogatoria a las autoridades francesas para la remisión del expediente sobre la muerte del Sr. Bernard Borrel, con fecha 3 de noviembre de 2004.

Aunque el asunto sobre el que la Corte resuelve no trate sobre el ejercicio de la jurisdicción por la comisión de crímenes internacionales, debemos destacar que la Resolución tiene relevancia, en cuanto al resolver una cuestión que afecta a intereses esenciales de la soberanía, (como es la información recabada por los servicios de inteligencia gubernamentales), con respecto al cumplimiento de los tratados, y de forma específica en el presente caso a la aplicación y cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Convenio sobre asistencia judicial en materia penal, ello se encuentra conectado con la eficacia de uno de los instrumentos necesarios para garantizar la investigación penal judicial ante el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción por parte de los Estados.

Como antecedentes del caso, debemos señalar que el Estado de Yibuti ante el incumplimiento de la comisión rogatoria internacional dirigida al Estado francés, de fecha 3 de noviembre de 2004, para que le fuera remitida la información contenida en el expediente judicial instruido por la muerte de Sr. Bernard Borrel, solicita a la Corte que declare la obligación de Francia de ejecutar la comisión rogatoria internacional, ya que contiene “una obligación de resultado”, basándose para ello no sólo en la Convención de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1986, sino además basado en las relaciones mutuas establecidas en el Tratado de Amistad y de Cooperación de 27 de junio de 1977, que en virtud de la jurisprudencia y del Derecho internacional consuetudinario establecido en el art. 31.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 impide al Estado francés objetar su cumplimiento invocando su Derecho interno para eludir sus obligaciones conforme establece el art. 27 de la citada Convención de Viena⁴⁰⁵.

Francia, por el contrario, afirma que la remisión del expediente sobre la muerte del Sr. Borrel está vinculado al cumplimiento del procedimiento y su orden interno que como Estado requerido establece en el art. 3 de la Convención de Asistencia Judicial de 1986, y que el sistema establecido en dicha Convención tiene por objeto y finalidad la cooperación respecto de los delitos cuya sanción, en el momento de la solicitud de asistencia, sea competencia de las autoridades judiciales del Estado requirente.

⁴⁰⁵ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, pp. 222-223.*

Analizando los fundamentos alegados por las partes, la CIJ, tras analizar el Tratado de Amistad y Cooperación de 1977, considera que su alcance no impone obligaciones concretas aplicables al caso, pues su principal objeto es el desarrollo de la cooperación en los campos económicos, monetarios, sociales y culturales. Aunque sus disposiciones tengan contenido legal, las obligaciones establecidas en el mismo son de conducta en un sentido amplio y general, sobre todo con el objetivo de establecer sus relaciones en un marco de paz y seguridad, por lo que hay que situarlo en el ámbito institucional⁴⁰⁶.

Cuestión distinta es la posible violación de sus obligaciones por parte del Estado francés en virtud del incumplimiento del Convenio de 1986 sobre Asistencia Judicial en Materia Penal, dicha Convención prevé la cooperación judicial en la que se incluye la solicitud y otorgamiento de comisiones rogatoria, generalmente con la finalidad de la transferencia de información entre los tribunales. Aunque dicho Convenio también prevé excepciones a la cooperación en su art. 2, la Corte sostuvo que las autoridades judiciales francesas no habían comunicado a las autoridades de Yibuti motivos sólidos que justificaran razones de seguridad, orden público u otros intereses esenciales que pudieran perjudicar su soberanía.

Ahora bien, la CIJ aunque concluye que la negativa de Francia a ejecutar la comisión rogatoria de fecha 3 de noviembre de 2004 determinó el incumplimiento de su obligación internacional en virtud del artículo 17 del Convenio sobre Asistencia Judicial en Materia Penal de 1986, de forma prudente y por intuir que la nueva investigación judicial iniciada por los tribunales de Yibuti se apartaran del principio de buena fe al no constar con razones que justificaran de forma suficiente la solicitud de remisión del expediente, afirmó que “la declaración de esta violación constituye una adecuada satisfacción”, rechazando las demás peticiones formuladas por el Estado de Yibuti.

A.4) Caso Habré

Especial relevancia en cuanto al ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados son las Resoluciones de la CIJ adoptadas en el denominado caso Habré. La *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, dictada el 20 de julio de 2012, resuelve el conflicto de jurisdicción suscitado entre los

⁴⁰⁶ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, pp. 216-217.

tribunales belgas y el Estado senegalés sobre la entrega y enjuiciamiento del Sr. Habré⁴⁰⁷ por la comisión de delitos de torturas. Debe tenerse en cuenta que la Sentencia dictada por la CIJ es anterior a la creación de las Salas Extraordinarias Africanas (en adelante CAE) y al propio enjuiciamiento de Hissène Habré ante dicho Tribunal. Por su interés y trascendencia en orden a la Resolución dictada en el conflicto de jurisdicción surgido entre Estados, resulta conveniente abordar su estudio desde una visión completa de sus antecedentes:

▪ Antecedentes y conflicto jurisdiccional mantenido entre Bélgica y Senegal

Durante el Gobierno presidido por Hissène Habré en la República del Chad entre junio de 1982 hasta diciembre de 1990, fueron cometidos crímenes contra la población civil y miembros de la oposición al Gobierno como desapariciones forzosas, tratos degradantes e inhumanos, persecuciones y encarcelamientos arbitrarios. Tras su derrocamiento por el grupo rebelde encabezado por Idriss Déby tras tomar la capital, Habré huyó hacia Camerún donde logró obtener asilo político, trasladándose posteriormente a Senegal.

El 20 de enero de 2000, un grupo de personas de nacionalidad chadiana denunciaron al Sr. Habré por haber cometido crímenes de lesa humanidad, torturas y genocidio mientras ejerció sus funciones como Primer Ministro del Chad. El Sr. Habré recurrió ante el Tribunal de Apelación de Dakar estimando que el Estado de Senegal carecía de jurisdicción para enjuiciar dichos delitos⁴⁰⁸.

El 4 de julio de dicho año, la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelación de Dakar anuló el proceso de investigación iniciado contra el Sr. Habré atendiendo a su Derecho interno, así señaló que: “el Derecho vigente senegalés no dispone ninguna norma para tipificar los delitos de lesa humanidad conforme a los principios de

⁴⁰⁷ Hissène Habré (1942), político chadiano que ocupó el cargo de Primer Ministro durante su mandato entre 1982 y 1990 conocido por la violación de las normas del Derecho internacional, Derecho internacional humanitario y Derechos Humanos contra la población étnica minoritaria. Fue derrocado por una rebelión en la que Idriss Deby Into (1952) era el líder, determinando con ello su huida. Si bien fue detenido posteriormente bajo arresto domiciliario en Dakar y puesto a disposición judicial. En mayo de 2016, Habré fue condenado por la comisión de crímenes de lesa humanidad, tortura, y crímenes de guerra.

⁴⁰⁸ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 431.

legalidad penal y de penas previstos en el artículo 4 de su Código Penal⁴⁰⁹, la jurisdicción senegalesa no puede conocer los hechos de forma material al carecer de competencia para enjuiciar los hechos cometidos por un extranjero fuera de su territorio nacional, con independencia de la nacionalidad de las víctimas, atendiendo al artículo 669 de su Código Procesal Penal^{410,411}.

Esta Sentencia fue confirmada por el TS de Senegal con fecha 20 de marzo de 2001, desestimando el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal de Apelación. El TS afirmó que ninguna norma reconoce la jurisdicción universal de los tribunales senegaleses para procesar y juzgar (ni tan siquiera cuando se encuentran en el territorio de la República de Senegal), a los presuntos autores o cómplices por hechos previstos en las disposiciones de la Ley de 28 de agosto de 1996. Esta norma interna incorpora las previsiones que fueron establecidas en el artículo 4 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura. La presencia en Senegal de Hissène Habré no puede justificar por sí sola el proceso en su contra, al tratarse de un extranjero cuyo delito ha sido cometido fuera del territorio de Senegal⁴¹².

Por su parte, la jurisdicción belga, a instancia de la denuncia formulada por un ciudadano que ostentaba la doble nacionalidad (belga-chadiana), inició una

⁴⁰⁹ El citado precepto dispone lo siguiente: “*Nul crime, nul délit, nulle contravention ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prévues par la loi ou le règlement avant qu'ils fussent commis*”.

⁴¹⁰ El citado precepto dispone lo siguiente: “*Tout étranger qui, hors du territoire de la République, s'est rendu coupable soit comme auteur, soit comme complice, d'un crime ou d'un délit attentatoire à la sûreté de l'Etat ou de contrefaçon du sceau de l'Etat, de monnaies nationales ayant cours, peut être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois sénégalaises ou applicables au Sénégal, s'il est arrêté au Sénégal ou si le Gouvernement obtient son extradition*”.

⁴¹¹ Documento original: “*le droit positif sénégalais ne renferme à l'heure actuelle aucune incrimination de crimes contre l'humanité, qu'en vertu du principe de la légalité des délits et des peines affirmé à l'article 4 du Code Pénal⁴¹¹, les juridictions sénégalaise ne peuvent matériellement connaître de ces faits [; et] que les juridictions sénégalaises ne peuvent connaître des faits de torture commis par un étranger en dehors du territoire sénégalais quelque soit les nationalités des victimes, que le libellé de l'article 669 du Code de Procédure Pénale exclut cette compétence*” (“Le Ministère Public et François Diouf c. Hissène Habré”, Chambre d'accusation, du 4 juillet 2000, Arrêt n°135, Au Fond, 3) Sur la compétence des juridiction sénégalaise) .

⁴¹² Así: “*qu'aucun texte de procédure ne reconnaît une compétence universelle aux juridictions sénégalaises en vue de poursuivre et de juger, s'ils sont trouvés sur le territoire de la République, les présumés auteurs ou complices de faits qui entrent dans les prévisions de la loi du 28 août 1996 portant adaptation de la législation sénégalaise aux dispositions de l'article 4 de la Convention [du 10 décembre 1984 contre la Torture,] lorsque ces faits ont été commis hors du Sénégal par des étrangers; que la présence au Sénégal d'Hissène Habré ne saurait à elle seule justifier les poursuites intentées contre lui*” (“Souleymane Guengueng et autres c. Hissène Habré”, Chambre criminelle, du 20 mars 2001, Arrêt n°14, paragraphe 3).

investigación *in absentia* contra el Sr. Habré por haber cometido crímenes de lesa humanidad, torturas y genocidio entre 1982 y 1990, siendo Presidente de la República del Chad el Sr. Habré. A dicha denuncia de 30 de noviembre de 2000, le fueron acumuladas con fecha 11 de diciembre de 2001, 20 denuncias formuladas en el mismo sentido. El juez de instrucción de Bélgica en la investigación de los delitos internacionales denunciados acordó emitir dos comisiones rogatorias de carácter internacional, una a Senegal (el 19 de septiembre de 2001), solicitando los antecedentes sobre el procedimiento seguido por los tribunales judiciales senegaleses y otra a Chad (el 3 de octubre del 2001), solicitando información de testigo y documentación sobre el Sr. Habré, ésta última basada en el acuerdo de cooperación judicial suscrito entre Bélgica y Chad.

Consecuente con la investigación, la justicia belga emitió orden de arresto internacional contra Hissène Habré por su participación en la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio, torturas y crímenes de guerra, con violación de las normas del Derecho internacional humanitario, cursando con fecha 19 de septiembre de 2005 la correspondiente comisión rogatoria y trasladando mediante nota verbal a Senegal la petición de extradición del Sr. Habré el 22 de septiembre de dicho año. El 25 de noviembre de 2005, la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelación de Dakar acordó desestimar la solicitud de extradición al señalar que: “un tribunal de derecho común no amplía su jurisdicción a asuntos relativos a la investigación o enjuiciamiento de un Jefe de Estado por actos presuntamente cometidos en el ejercicio de sus funciones”; el Sr. Habré debe “tener inmunidad jurisdiccional”, “que debe ser mantenida tras cesar de sus funciones como Presidente de la República; y por tanto, no podía fallar a favor de la licitud del proceso y la validez de una orden de arresto contra un Jefe de Estado”⁴¹³. A pesar de esta Resolución, Senegal solicitó de la UA la iniciación de un procedimiento contra el Sr. Habré que, por Decisión de 2 de julio de 2006, autorizó que el Estado

⁴¹³ Fragmento del presente documento original: “*“a court of ordinary law, [it could] not extend its jurisdiction to matters relating to the investigation or prosecution of a Head of State for acts allegedly committed in the exercise of his functions”; that Mr. Habré should “be given jurisdictional immunity”, which “is intended to survive the cessation of his duties as President of the Republic”; and that it could not therefore “adjudicate the lawfulness of [the] proceedings and the validity of the arrest warrant against a Head of State”*” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 433).

senegalés tuviera la competencia para enjuiciarlo legitimando su jurisdicción, estimando que la misma garantizaba un juicio justo⁴¹⁴.

Tras el cruce de notas verbales entre el Estado belga y el Estado senegalés, éste rechazó la petición de extradición y afirmó que tenía jurisdicción para su enjuiciamiento.

La fundamentación de los tribunales belgas para reclamar el enjuiciamiento por su jurisdicción del Sr. Habré, se fundamentaba en el art. 30 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura, cuyo apartado 1 del citado precepto dispone que: *“Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte”*. Además recordó que conforme al artículo 7 de la citada Convención, si Senegal no accedía a la extradición del Sr. Habré, vendría obligado a someter el caso a sus tribunales para su enjuiciamiento⁴¹⁵.

Debemos indicar la evolución legislativa realizada por la República de Senegal que resulta relevante para la comprensión de la Resolución final del conflicto suscitado por el incumplimiento de su obligación de extraditar al Sr. Habré a los tribunales de Bélgica, con independencia de que ambos Estados, en aplicación del art. 30 de la Convención contra la Tortura, sometieran la cuestión ante los tribunales de arbitraje.

⁴¹⁴ Ante estas circunstancias, y previo a la Decisión de la Asamblea de la Unión Africana de 2 de julio de 2006, el Estado belga mediante nota verbal de fecha 11 de enero de 2006, continuaba con las negociaciones sobre la extradición del Sr. Habré conforme a la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁴¹⁵ Así: *“El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 [(que hace referencia a los actos de tortura)], en los supuestos previstos en el artículo 5 [(los citados supuestos corresponde con: 1) la comisión de los actos de tortura en cualquier territorio, buque o nave aérea bajo el ejercicio de su jurisdicción; 2) la nacionalidad del presunto autor; y 3) la nacionalidad de las víctimas correspondan a uno de los Estados Partes y fuese apropiado)], si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”*.

- Evolución legislativa de Senegal en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales

El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, mediante Decisión de fecha 17 de mayo de 2006, afirmó que el Estado senegalés no había adoptado las medidas necesarias para la persecución de delitos previstos en el Tratado de 10 de diciembre de 1984, violando por ello el citado apartado 2 del artículo 5, y el párrafo 1 del artículo 7 del mismo acuerdo, exigiendo al Estado senegalés cumplir con la solicitud de extradición cursada por el Estado belga⁴¹⁶.

Dicho Comité ya había señalado que *“el Estado Parte debe adoptar todas las medidas necesarias para ajustar la legislación del Senegal a las obligaciones dimanantes de las disposiciones mencionadas. Los autores señalan a este respecto que, si bien el dictamen del Comité es de carácter meramente declaratorio y no afecta a las decisiones de las autoridades nacionales competentes, entraña que "a ese Estado le corresponde buscar soluciones que le permitan adoptar todas las medidas del caso para ajustarse a las disposiciones de la Convención" [(COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS, 1997: 12)], medidas que podrán ser de carácter político o legislativo”* (COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS, 2006: 7).

Esta Decisión determinó que Senegal llevó a cabo en el año 2007 una serie de reformas legislativas con el fin de perseguir los delitos internacionales de lesa humanidad, torturas, genocidio y crímenes de guerra, lo que supuso un aspecto fundamental en el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción, adaptando la misma a las obligaciones asumidas en el Convenio contra la Tortura⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Así, el apartado segundo del artículo 5 de la Convención dispone que *“todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”*. El citado párrafo 1 del artículo 8 hace referencia al compromiso de los Estados que se hayan suscrito a este Tratado de incluir como supuestos que dan lugar a la extradición los actos de tortura.

⁴¹⁷ Dichas reformas fueron realizadas el día 12 de febrero de 2007 mediante Ley 2007/2 de 12 de febrero, por el que modifican el Código Penal, y Ley 2007/5, por la que se procede a la modificación del Código Procesal Penal relacionado con el ajuste al Tratado de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional.

Senegal se suscribió a la Convención contra la Tortura mediante firma de fecha 4 de febrero de 1985 y posterior ratificación el 21 de agosto de 1986.

La modificación en el ordenamiento jurídico interno de Senegal fue muy profunda no sólo a nivel sustantivo y procesal, sino también constitucional, permitiendo no sólo la tipificación de los delitos internacionales, sino además el ejercicio de su jurisdicción en cumplimiento del principio de justicia universal, además de permitir de forma excepcional la retroactividad de las normas punitivas en supuestos excepcionales, y ello con carácter constitucional⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Así, en el Código Penal senegalés se modificó el artículo 431: *“Dans le cas où une peine afflictive et infamante est applicable au fait qui a procuré les choses recelées, le receleur sera puni de la peine attachée par la loi au crime et aux circonstances du crime dont il aura eu connaissance au temps du recel. Néanmoins, la peine de mort sera remplacée à l’égard des receleurs par celle de la peine des travaux forcés à perpétuité”*; y 279: *“L’aggravation des peines résultant de la récidive ne sera pas applicable aux infractions prévues par la présente section”*, que fue modificado mediante Ley 2007/1, de 12 de febrero, al introducir el delito de terrorismo.

En cuanto al Código Procesal Penal senegalés, se procedió a modificar los artículos 669: *“Tout étranger qui, hors du territoire de la République s’est vu reproché d’être l’auteur ou le complice d’un des crimes visés aux articles 431-1 à 431-5 du Code pénal, d’un crime ou délit d’attentat à la sûreté de l’Etat on contrefaçon du sceau de l’Etat, de monnaies nationales ayant cours ou d’actes visés aux articles 279-1 à 279-3, 295-1 du code pénal peut être poursuivi et jugé d’après les dispositions des lois sénégalaises ou applicables au Sénégal, s’il se trouve sous la juridiction du Sénégal ou si une victime reside sur la territoire de la République du Sénégal, ou si le gouvernement obtient sont extradition”*; y 677: *“En vue d’éviter la divulgation d’un secret de la défense nationale, il peut être procédé, même par voie administrative, à la saisie préventive des objets, écrits imprimés au autres instruments de cette divulgation”*. Además, se procedió mediante Ley 2008/23, de 25 de julio, a incluir dentro del citado Código el artículo 664 bis relativo a la comisión de delitos en territorio extranjero unido al artículo 664. Éste último precepto determina que: *“Tout citoyen sénégalais qui, en dehors du territoire de la République, s’est rendu coupable d’un fait qualifié crime puni par la loi sénégalaise, peut être poursuivi et jugé par les juridictions sénégalaises.*

Tout citoyen sénégalais qui, en dehors du territoire de la République, s’est rendu coupable d’un fait qualifié délit par la loi sénégalaise, peut être poursuivi et jugé par les juridictions sénégalaises si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.

En matière de délits attentatoires à la sûreté de l’Etat, de contrefaçon du sceau de l’Etat ou des monnaies nationales ayant cours, le délit commis en dehors du territoire de la République est punissable comme le délit commis sur le territoire.

Les dispositions des alinéas qui précèdent sont applicables à l’auteur du fait qui n’a acquis la qualité de citoyen sénégalais que postérieurement au fait qui lui est imputé”.

El artículo 664 bis señala que: *“Tout citoyen sénégalais, qui, hors du territoire de la République, a été victime d’un crime ou d’un délit, peut saisir les juridictions sénégalaises si le fait n’ont pas donné lieu à une décision définitive sur le fond”*. Las citadas reformas y modificaciones conllevaron, igualmente, una reforma de la Constitución de Senegal mediante Ley Constitucional 2008/33, de 7 de agosto, concretamente su artículo 9 que señala que: *“Toute atteinte aux libertés et toute entrave volontaire à l’exercice d’une liberté sont punies par la loi.*

Nul ne peut être condamné si ce n’est en vertu la rentrée en vigueur avant l’acte commis.

Toutefois, les dispositions de l’alinéa précédent ne s’opposent pas à la poursuite, au jugement et à la condamnation de tout individu en raison d’actes ou omission qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels d’après les règles du droit international relatives aux faits de génocide, crimes contre l’humanité, crime de guerres.

La défense est un droit absolu dans tous les Etats et à tous les degrés de la procédure”.

Este nuevo articulado garantizaba que el Estado senegalés pudiera llevar a cabo el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción a través del principio de justicia universal para la persecución de crímenes internacionales, así como la aplicación del principio penal de la retroactividad en casos excepcionales.

El Derecho interno de Senegal estableció un sistema homologable con el contenido de las obligaciones internacionales asumidas, ofreciendo al Estado belga la cooperación jurídica para crear y organizar el enjuiciamiento contra Hissène Habré. No obstante, ante el silencio de las “notas verbales”, que de forma reiterada había formulado el Estado belga, éste presentó con fecha de 19 de febrero de 2009 una demanda contra Senegal por el incumplimiento de su obligación de enjuiciar al Sr. Habré o extraditarlo ante sus autoridades, solicitando que fueran adoptadas medidas provisionales para asegurar su procesamiento.

Ante la CIJ, las autoridades belgas centraron el conflicto en el incumplimiento de “la obligación de extraditar o enjuiciar a los autores de crímenes de tortura y lesa humanidad, como se establece en el Derecho internacional convencional, concretamente en el artículo 7 de la Convención contra la Tortura y la costumbre internacional”⁴¹⁹. Además, se aportó como prueba el testimonio del entonces Presidente senegalés Abdoulaye Wade⁴²⁰, manifestando que en el supuesto de que Senegal no contara con suficientes recursos tendría que proceder a su extradición ante el Estado que lo solicitase⁴²¹. Concluye alegando la posibilidad de que, si deja la jurisdicción de su enjuiciamiento al Estado senegalés, existiría un riesgo de fuga por parte del Sr. Habré, que conllevaría a la violación de las normas de extradición previstas en la Convención contra la Tortura.

Dicho precepto, a través de esta reforma constitucional, consta los supuestos de excepcionalidad al principio de no retroactividad.

⁴¹⁹ Documento original: “(...) *the obligation to extradite or prosecute the perpetrators of crimes of torture and crimes against humanity, as set forth in conventional international law, in particular Article 7 of the Convention against Torture, and customary international law*” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 143).

⁴²⁰ Abdoulaye Wade (1926), político senegalés que ejerció el cargo de la Presidencia desde el año 2000 hasta el año 2012. Además, es miembro del partido político Democrático Senegalés, y fue conocido por haber sido exiliado y prisionero en la comuna francesa de Besançon por sus actividades en el ámbito político.

⁴²¹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 144.

Las autoridades senegalesas defendieron ante la Corte su derecho a ejercer su jurisdicción para procesar al Hissène Habré, además de estimar infundada las medidas provisionales solicitadas que privarían a Senegal de la aplicación de sus normas y que el asunto había sido sometido a arbitraje conforme al art. 30 del Convenio contra la Tortura⁴²². La UA intervino en el procedimiento señalando que el Estado senegalés tenía jurisdicción para perseguir delitos internacionales tras las reformas legislativas realizadas, careciendo de objeto el conflicto suscitado con Bélgica⁴²³.

▪ La Decisión sobre la adopción de medidas provisionales por la Corte Internacional de Justicia

La CIJ debía determinar en primer lugar si tenía competencia para resolver la demanda presentada por Bélgica. Para ello, tuvo que interpretar el apartado 1 del artículo 30 del Convenio contra la Tortura teniendo en cuenta que el Tribunal de Apelación de Dakar había desestimado la petición de extradición, además de la Decisión adoptada por la UA y los intentos de negociación realizados por el Estado belga⁴²⁴. La interpretación realizada por la CIJ del art. 30 del Convenio estableció que para que el mismo pudiera ser aplicado, debían cumplirse los siguientes presupuestos: 1) cualquier conflicto que se someta ante el Tribunal debe plantearse de forma que no pueda ser “resuelta mediante negociación”; 2) que el enfrentamiento entre los Estados partes que no pueda resolverse mediante negociación deba ser elevado a un tribunal de arbitraje, al menos por una de las partes, y 3) que no se hubiere podido acordar la preparación de arbitraje en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que se hubiere solicitado⁴²⁵.

Si se cumplen estos presupuestos, la doctrina considera que existe controversia entre los Estados partes del que puede conocer la CIJ. En el supuesto de que no se cumplieran los mismos, la Corte debía entender que el conflicto *prima facie* debía ser archivado.

⁴²² *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 144.*

⁴²³ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, pp. 144-145.*

⁴²⁴ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 147.*

⁴²⁵ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, pp. 148-151.*

La Corte, tras admitir la existencia del conflicto entre los Estados belgas y senegalés, declaró su competencia para resolver la solicitud de medidas provisionales. Conforme al artículo 41 de su Estatuto, debía establecer la relación “entre las medidas provisionales solicitadas y los derechos que son objeto de los procedimientos ante la Corte”⁴²⁶. Para ello, los derechos en los que se fundamenten la petición tienen que ser plausibles, y en este supuesto, la solicitud de entrega del Sr. Habré se encontraba amparados por la Convención contra la Tortura. En lo relativo a la justificación sobre la necesidad de adoptar las medidas cautelares solicitadas, la misma venía determinada por ser admisible en la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984, ante el riesgo de que se pudiera ocasionar una vulneración irreversible ante el tribunal que dejara sin eficacia alguna el fallo decisivo⁴²⁷, que en este caso vendría por la falta de aseguramiento que pudieran ser llevadas a cabo por las autoridades senegalesas para evitar el riesgo de fuga del Sr. Habré.

La CIJ, tras haber analizado y expuesto sus fundamentos jurídicos, al no apreciar especiales razones de urgencia en la solicitud de las autoridades belgas, falló en el sentido de desestimar la adopción de medidas provisionales al no apreciar la circunstancia prevista en el artículo 41 de su Estatuto⁴²⁸.

▪ Consecuencias del fallo de la Corte Internacional de Justicia

A la Decisión de la CIJ de desestimar la adopción de medidas provisionales, le fue seguida la Decisión⁴²⁹ de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en

⁴²⁶ Texto original: “*between the provisional measures requested and the rights which are the subject of the proceedings before the Court as to the merits of the case*” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 151).

⁴²⁷ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 152.

⁴²⁸ Si bien debemos resaltar, entre las declaraciones conjuntas y votos particulares, el voto particular del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade que, tras mostrar su desacuerdo con el sentir mayoritario de los miembros de la Corte en este supuesto, abogó por la adopción de dichas medidas no propiamente conforme a los fundamentos de hecho y jurídicos expuestos en la citada Orden de 28 de mayo de 2009, sino más bien radica en la cuestión de las dificultades para llevar a cabo el ejercicio de la jurisdicción universal ante los supuestos de inmunidad de los autores y de la prescripción de los delitos cometidos en un determinado momento. Determinando con ello que, en relación con el Convenio contra la Tortura, debió proceder a la aplicación del principio de la jurisdicción universal en este supuesto.

⁴²⁹ Dicha jurisprudencia hace referencia a las sentencias de fecha 15 de noviembre de 2009 de la Corte Africana de los Derechos Humanos y del Pueblo, y 18 de noviembre de 2010 del Tribunal de la

adelante CADHP) y la Resolución del Tribunal de Justicia de la Comunidad (ECOWAS)⁴³⁰, que tras valorar las reformas legislativas de Senegal, instaron a sus autoridades para que ejerciera su jurisdicción para el procesamiento y enjuiciamiento del Sr. Habré⁴³¹.

Por su parte, las autoridades belgas volvieron a solicitar la extradición del Sr. Habré al Estado senegalés mediante solicitud de fecha 15 de marzo de 2011. La Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Dakar volvió a desestimar la misma, basándose en su Ley sobre Extradición de 1971 por Resolución de fecha 18 de agosto de dicho año considerando la insuficiencia de la documentación requerida y señalando que “no constaba aportado los procedimientos penales iniciados contra el Sr. Habré en Bélgica, así como la falta de acta para interrogar a la persona cuya extradición se solicitaba conforme a los artículos 9 y 13 de la referida Ley de Extradición”⁴³².

Ante ello, las autoridades de Bélgica completaron la solicitud de extradición cursándola nuevamente con fecha 5 de septiembre de 2011, siendo de nuevo desestimada por dicho Tribunal de Apelación de Dakar mediante Resolución de 20 de enero de 2012, ésta vez basada en la falta de autenticidad de la orden de arresto belga, reafirmando su competencia para resolver la cuestión sobre la interpretación y

Comunidad respectivamente, así como informes de la Comunidad Económica de los Estados Africanos de enero y julio de 2011.

⁴³⁰ Uno de los órganos previstos dentro de la Comunidad Económica de los Estados Africanos (ECOWAS), cuya finalidad es la resolución de conflictos en lo que concierne sobre los textos normativos de la ECOWAS, así como de las posibles violaciones de los derechos humanos que cometiese algún Estado que forme parte de dicha comunidad.

La Comunidad Económica de los Estados Africanos es una unión económica regional de los Estados miembros africanos surgida tras el período de la descolonización, y que tiene por objeto el desarrollo, crecimiento y reforzamiento de la integridad, diversidad cultural, política, medioambiental y principalmente económica entre los Estados miembros africanos.

⁴³¹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 438.

⁴³² Traducción del siguiente documento original: “*in particular documents disclosing the existence of criminal proceedings alleged to have been instituted against Mr. Habré in Belgium and the legal basis of those proceedings, as required by Article 9 of the Law on Extradition, and “any record of the interrogation of the individual whose extradition is requested, as required by . . . Article 13 of the [same] Law”*” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 439).

aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* establecido en el artículo 4 de la Convención contra la Tortura⁴³³.

Ante esta situación, el Estado belga volvió a solicitar por cuarta vez la extradición del Sr. Habré con fecha 17 de enero de 2012, a la que se acompañó una solicitud dirigida al Tribunal de Apelación de Dakar para que autorizara la entrega temporal del Sr. Habré para que pudiera ser interrogado directamente por sus tribunales⁴³⁴.

Paralelamente, la Asamblea de la UA, ante el ofrecimiento de Ruanda de llevar a cabo el enjuiciamiento del Sr. Habré y estando entre sus objetivos luchar contra la impunidad de quienes puedan ser responsables de la comisión de crímenes internacionales, y al no haber respuesta por los tribunales senegaleses a la nueva solicitud de extradición de Bélgica, encargó a la Comisión que informara sobre las posibilidades de garantizar un juicio rápido, así como el estudio de las disposiciones prácticas e implicaciones jurídicas y económicas de ello⁴³⁵, lo que dio origen a la creación de las CAE⁴³⁶.

▪ Fallo definitivo de la Corte Internacional de Justicia

En su Resolución definitiva de fecha 20 de julio de 2012, la CIJ, tras constatar la existencia de un conflicto de jurisdicción entre Bélgica y Senegal, resolvió en primer lugar su propia competencia, analizando para ello los ordenamientos jurídicos internos tanto del Estado belga como de Senegal, así como las reformas legislativas llevadas a cabo por éste.

La Corte reitera que, para determinar si existe controversia entre los Estados, debe acreditarse que la postura de una de las partes es opuesta a la de la otra. Ello debe ser resuelto de forma objetiva atendiendo a la verificación de los hechos. No se trata de

⁴³³ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 439.

⁴³⁴ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 439.

⁴³⁵ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 440.

⁴³⁶ Sobre las Salas Extraordinarias Africanas, véase el apartado C.7) del epígrafe 3.3 del presente Capítulo.

un aspecto de forma sino de contenido. Además, dicha controversia debe ser apreciada al momento en que se insta el recurso ante la Corte⁴³⁷.

Con relación a la cuestión sometida ante la CIJ, el recurso instado por el Estado belga se fundamentaba en la violación por parte de Senegal de los artículos 5, 6 y 7 del Convenio contra la Tortura, por cuanto que hasta el año 2007 su legislación interna no permitía ejercer su jurisdicción sobre personas de otras nacionalidades que hubieren cometido dicho crimen internacional fuera de sus fronteras, aunque estuvieren residenciadas en su territorio. Por otra parte, al no poder ser aplicada dicha reforma para enjuiciar al Sr. Habré, el Estado senegalés seguía violando sus obligaciones internacionales asumidas, y en especial lo establecido en el art. 7.1 del Convenio contra la Tortura al oponerse a la extradición solicitada.

La Corte, reiterando los fundamentos expuestos en la Orden de 28 de mayo de 2009, al resolver la adopción de medidas provisionales, señaló que no existían hechos novedosos recordando que los tribunales senegaleses habían procedido al archivo de la solicitud, por lo que Senegal no había violado normas convencionales, ni mucho menos normas consuetudinarias del Derecho internacional pues las solicitudes remitidas por Bélgica a las autoridades de Senegal diferían de la obligación internacional de enjuiciar crímenes bajo el Derecho internacional consuetudinario, al ser específicamente una solicitud de extradición⁴³⁸. Este argumento fue desestimado al señalar que “la cuestión sobre si existe una obligación para un Estado de enjuiciar crímenes internacionales bajo el Derecho internacional consuetudinario que fueron presuntamente cometidas por un extranjero es completamente distinto de cualquier cuestión de cumplimiento de las obligaciones de los Estados conforme al Convenio contra la Tortura y plantea problemas jurídicos muy diferentes”⁴³⁹.

⁴³⁷ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 441.*

⁴³⁸ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 445.*

⁴³⁹ Documento original: “(...) the issue whether there exists an obligation for a State to prosecute crimes under customary international law that were allegedly committed by a foreign national abroad is clearly distinct from any question of compliance with that State’s obligations under the Convention against Torture and raises quite different legal problems” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 445*).

Cuestión distinta es la legitimidad de las autoridades belgas para exigir responsabilidad al Estado senegalés sobre la aplicación de los artículos 6 y 7 de la Convención contra la Tortura. Sobre esta base, la Corte declaró admisible exigir responsabilidad a Senegal por el incumplimiento de sus obligaciones *erga omnes* establecidas en dicha Convención. La CIJ, sobre el fundamento de la existencia de un interés legal común, señaló que “los Estados Partes del Convenio tienen un interés común de garantizar, a la vista de los valores compartidos, que se eviten los actos de tortura y que, si ocurrieran, sus autores no gocen de impunidad”⁴⁴⁰. Ello se fundamenta en la Exposición de Motivos de la Convención de 1984, que para alcanzar su finalidad permite: “dirigir una investigación preliminar sobre los hechos y presentar el caso a sus autoridades competentes para su enjuiciamiento causado por la presencia de los autores en su territorio, con independencia de la nacionalidad del autor o de las víctimas, o del lugar donde ocurriera los supuestos delitos”⁴⁴¹, aunque la Corte no consideró necesario pronunciarse sobre si las autoridades senegalesas debían proceder al enjuiciamiento del Sr. Habré.

La Corte consideró en este supuesto, a pesar de haber llevado a cabo las reformas legislativas, si bien de forma tardía, infringía los artículos 6 y 7 de la Convención contra la Tortura. Aunque ello estuviere basado en las resoluciones dictadas por sus tribunales internos conforme a sus normas jurídicas, el apartado 2 del artículo 6 de dicha Convención exige el inicio inmediato de un proceso de investigación por parte del Estado en cuyo territorio se encuentre al presunto autor responsable de la comisión de delitos de tortura y “la Corte determinó que las autoridades senegalesas no iniciaron una investigación preliminar tan pronto como ellos tuvieran motivos para sospechar que el Sr. Habré, estaba en su territorio y que era responsable de delitos de tortura. Este

⁴⁴⁰ Documento original: “*The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity*” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 449).

⁴⁴¹ Documento original: “*(...) to conduct a preliminary inquiry into the facts and to submit the case to its competent authorities for prosecution are triggered by the presence of the alleged offender in its territory, regardless of the nationality of the offender or the victims, or of the place where the alleged offences occurred*” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 449).

hecho se dio, al menos, cuando se archivó la primera denuncia contra el Sr. Habré en el año 2000⁴⁴².

La CIJ señaló que las actuaciones llevadas a cabo por los tribunales de Senegal incumplen las obligaciones previstas en el párrafo segundo del citado artículo 6 del Convenio, al afirmar que “no es suficiente, como afirma Senegal, para un Estado Parte suscrito al Convenio haber adoptado todas las reformas legislativas necesarias para su implementación; debe también ejercer su jurisdicción sobre cualquier acto de tortura que se trate, empezando por probar los hechos”⁴⁴³.

Respecto de la violación del apartado 1 del artículo 7 del Convenio, la CIJ estudió la aplicación territorial y temporal del mismo en conexión con la ausencia de ejercicio de jurisdicción por los tribunales de Senegal. Con relación al ámbito territorial, la Corte no estimó la existencia de vulneración por parte de Senegal al no ejercer su jurisdicción para exigir responsabilidad al Sr. Habré por el solo hecho de encontrarse en su territorio. Sin embargo, con relación al ámbito temporal sobre la aplicación de la Convención contra la Tortura de 1984, la Corte reiteró su doctrina de la irretroactividad de los tratados, pues el artículo 28 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados dispone que: “*Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo*”. Con fundamento en este precepto y a lo establecido en el Convenio contra la Tortura, la CIJ reconoció que aunque el mismo no era aplicable a la República del Chad hasta la fecha de su ratificación el 9 de junio de 1995, desestimó las alegaciones de las autoridades de Senegal relativas a que no le podía serle imputado la comisión de crímenes de torturas al Sr. Habré, pues cuando éstos se cometieron dicha

⁴⁴² Documento original: “*The Court finds that the Senegalese authorities did not immediately initiate a preliminary inquiry as soon as they had reason to suspect Mr. Habré, who was in their territory, of being responsible for acts of torture. That point was reached, at the latest, when the first complaint was filed against Mr. Habré in 2000*” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 454).

⁴⁴³ Fragmento del siguiente texto original: “*It is not sufficient, as Senegal maintains, for a State party to the Convention to have adopted all the legislative measures required for its implementation; it must also exercise its jurisdiction over any act of torture which is at issue, starting by establishing the facts*” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 453).

Convención no estaba vigente, al declarar que ello no impide su persecución por cuanto la prohibición contra la tortura constituye norma consuetudinaria y con carácter de *ius cogens* de Derecho internacional⁴⁴⁴. Por tanto, la Corte concluyó que dicho crimen internacional podía ser perseguido incluso antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura, aunque la norma establecida en el párrafo 1 del artículo 7 del mismo, como norma convencional no fuera aplicable por cuanto dicho precepto carecía de vigencia al tiempo de los hechos⁴⁴⁵.

En base a ello, los magistrados de la CIJ admiten de forma parcial tanto los argumentos belgas como de Senegal⁴⁴⁶. Aunque determinó que las autoridades de Senegal carecían de jurisdicción para el enjuiciamiento del Sr. Habré por la comisión de delitos llevados a cabo en la República del Chad entre los años 1982 a 1990, declaró que la ausencia de disposiciones específicas y de recursos económicos no eran suficientes para justificar la tardanza en proceder al enjuiciamiento de personas presuntamente responsables por la comisión de crímenes internacionales, debiendo poner al Sr. Habré a disposición de las autoridades competentes para que fuere enjuiciado siempre que no le fuera concedida su extradición conforme a lo solicitado por las autoridades belgas⁴⁴⁷.

B) El acceso a la jurisdicción universal en los Tribunales Regionales de protección de los Derechos Humanos

Como señala el Profesor Chehtman, el Derecho penal internacional, como disciplina jurídica, se encuentra en proceso de consolidación y prueba de ello es la evolución de un

⁴⁴⁴ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, pp. 456-457.

⁴⁴⁵ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 458.

⁴⁴⁶ Posteriormente, Senegal llegó a un acuerdo con la Unión Africana para la creación de un Tribunal que pudiera llevar a cabo el enjuiciamiento del Sr. Habré, denominándose Salas Extraordinarias Africanas. Sobre la creación de este tribunal internacionalizado, véase el apartado C.7) del epígrafe 3.3 del presente Capítulo.

⁴⁴⁷ De la presente Sentencia, debemos resaltar el siguiente voto particular de la jueza Xue Hanquin. En dicho voto particular, la jueza Xue Hanquin manifiesta que la Corte falló en considerar que el Estado de Senegal había violado los preceptos del Tratado contra la Tortura, basándose en las experiencias de los tribunales especiales e internacionales como los de Sierra Leona, Ruanda o la Ex-Yugoslavia. Así como resaltó, como factor relevante, que los citados preceptos no están interrelacionados, si bien comparte parcialmente con el sentir mayoritario en el fallo de que Senegal llevara a cabo el enjuiciamiento del Sr. Habré en caso de no concederle su extradición (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, pp. 571-583).

peculiar régimen jurisdiccional asociado a los crímenes internacionales. Tanto los crímenes nacionales como los internacionales pueden ser caracterizados como conductas que justifican imponer castigos legales a sus perpetradores y, para ello, la competencia penal de los Estados es esencialmente territorial. En general, *“un Estado distinto de aquel en cuyo territorio se ha cometido un ilícito penal carecerá de la facultad para perseguir penalmente a su perpetrador, al menos en la medida en que el crimen no haya sido cometido por uno de sus nacionales o contra uno de ellos, o amenace de algún modo real su soberanía, seguridad o funciones gubernamentales importantes”* (CHEHTMAN, 2015: 2367). Cuando un Estado ejerce su jurisdicción extraterritorial, el Derecho internacional exige la existencia de determinados “nexos” para autorizar el ejercicio de competencia penal sobre un determinado hecho. Ahora bien, la excepción a ello lo constituye aquellos hechos que podemos identificar como “crímenes internacionales” conforme a los principios establecidos en el Derecho internacional consuetudinario como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (CHEHTMAN, 2015: 2367), a los que podemos incluir los crímenes de agresión y de tortura en virtud de las normas establecidas en la Convención de 1984.

Conforme a su exposición el Profesor Chehtman, *lo que justifica [normativamente] transformar una regla penal en una regla penal internacional es el hecho de que no puede estar realmente en vigor en el territorio de un Estado dado si tiene que depender exclusivamente de ser aplicada por ese Estado* (2015: 2397). Consecuente con ello, los crímenes internacionales determinan y justifican un especial régimen jurisdiccional.

Para el Profesor Ambos, desde una comprensión amplia de lo que denomina “*macrocriminalidad*”, señala que en dicho concepto es donde se sustenta la concepción de crímenes internacionales, entendiendo por “macrocriminalidad” los comportamientos conformes “al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”, en este sentido ello supone los macro-acontecimientos con relevancia para la guerra y el Derecho internacional” (2005: 44-48).

El Profesor Ambos, siguiendo al Profesor Höffe, señala que *“el poder punitivo supra o trasnacional que presupone un Derecho penal internacional protector de los*

derechos humanos esenciales puede fundarse con referencia a los derechos humanos interculturalmente reconocidos” (AMBOS, 2004: 89). Es esa función para la protección de los derechos humanos de “sus ciudadanos mundiales” lo que determina la necesidad de un Derecho penal mundial. *“La protección mínima de los derechos humanos (“moral mínima”) sería, al mismo tiempo, la legitimación y la limitación del Derecho penal mundial: “La justificación de un Derecho penal de un Estado mundial se vincula con su limitación a la protección de los derechos humanos””* (AMBOS, 2004: 89). Por tanto, puede considerarse que la competencia de perseguir los delitos universales, de igual forma que los delitos nacionales que pueden ser considerados como fundamentales, existe como una obligación en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos⁴⁴⁸.

Los Estados son internacionalmente los obligados directos a la protección y promoción de los derechos humanos. A nivel regional, se ha ido articulando por tratado multilateral mecanismos de exigibilidad de responsabilidad a los Estados por incumplimiento frente a sus ciudadanos de sus derechos fundamentales, con la creación del Consejo de Europa, de la Organización de los Estados Americanos, y más recientemente la UA, que en sus respectivos ámbitos han suscrito acuerdos y convenios de protección de los derechos humanos, articulándose para su efectividad tribunales de justicia al que pueden recurrir los ciudadanos de los Estados miembros de dichas organizaciones.

Creados dentro de dichas organizaciones tribunales de justicia para hacer valer los Derechos Humanos y fundamentales de libertades públicas frente a los Estados, los mismos carecen de jurisdicción penal propia, si bien por vía indirecta y a través del Estado de Derecho, le puede ser exigida el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en los respectivos convenios suscritos para la protección de los derechos humanos.

⁴⁴⁸ En este sentido Ollé Sesé, señala que: *“Desde esta perspectiva, la protección de los DDHH fundamentales se convierte en objeto de protección directa por parte del Derecho Penal Internacional (DPI) (...). Los DDHH y, en concreto, la dignidad humana se convierten en objeto de protección supranacional. Toda la comunidad internacional en su conjunto, no solo cada Estado individualmente considerado, está obligada a respetar y garantizar los DDHH, como se ha puesto de manifiesto de forma constante y permanente en múltiples instrumentos internacionales universales y regionales protectores de los DDHH, al reconocer su valor como último fundamento del régimen jurídico internacional de los DDHH. El deber de garantía, en el plano jurisdiccional, está íntimamente relacionado con la obligada previsión en las legislaciones domesticas de recursos efectivos y eficaces a disposición de los ciudadanos, ante una eventual violación de sus DDHH”* (2008b: 13-14).

El acceso a la jurisdicción es en sí mismo considerado un derecho fundamental y de carácter universal, así viene reconocido en los arts. 8 DUDH y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y a nivel regional los arts. 6 CEDH, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos⁴⁴⁹ (en adelante CADH) y 7 CADHP. Su carácter como derecho prestacional del que se deriva una cierta discrecionalidad normativa en su configuración legal por parte de los Estados, exige una proporcionalidad razonable que tiene como límite el respeto a su contenido esencial, la prohibición de presupuestos o decisiones arbitrarias que impidan su reconocimiento u obstaculicen su efectivo ejercicio, todo ello consecuente con su naturaleza instrumental para la protección de los demás derechos.

En las decisiones de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, pueden apreciarse una interpretación armonizada del Derecho internacional general incluido el Derecho internacional punitivo. Por ello, destacaremos las resoluciones que resuelven sobre el derecho de las víctimas y su acceso a la jurisdicción, cuando ésta se fundamenta en el principio de justicia universal caracterizada, al menos en su sentido amplio, por la especial naturaleza de los crímenes objeto de represión criminal.

Estimo que la jurisdicción universal no obligatoria, también conocida con el nombre de jurisdicción facultativa, puede ser definida como aquella cuya atribución no viene establecida en normas habilitadoras de Derecho interno en la represión de crímenes internacionales, sin que por ello el Estado incumpla obligación establecida en el Derecho internacional. En este sentido, y con relación a la violencia organizada contra la población civil, Pueyo Losa afirma que *“el Derecho internacional, aunque por vía convencional sólo obliga a los Estados a ejercer su jurisdicción universal en aquellos supuestos en que el presunto culpable se encuentra en su territorio, no impide que los tribunales internos de un Estado inicien la instrucción de un proceso aun sin contar con la presencia del culpable en su territorio (jurisdicción universal facultativa),*

⁴⁴⁹ Considerado como una de las bases del sistema de protección de los derechos humanos en los países interamericanos e igualmente conocido bajo el nombre de Pacto de San José, este acuerdo fue creado tras la Conferencia Especializada Interamericana de los Derechos Humanos del 7 al 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica, concretamente en la ciudad de San José. En ella, los Estados suscritos a dicho Convenio tienen la obligación de promover los derechos económicos, sociales y culturales previstos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

por vía de denuncia o querrela presentada por las víctimas, familiares de las víctimas o por parte de una determinada organización o asociación” (2006: 187).

Por ello, considerado el acceso a la jurisdicción como un derecho subjetivo de naturaleza abstracta que garantiza la protección jurídica por un Estado de sus nacionales o residentes, su reconocimiento es determinante para otorgar a las víctimas de crímenes internacionales sus aspiraciones de “justicia”. Los tribunales regionales de protección de los derechos humanos cuentan con competencia conforme a sus respectivos convenios internacionales para reconocerles dicho derecho y declarar la responsabilidad de los Estados por la infracción de sus obligaciones asumidas en los respectivos tratados suscritos por estos.

Desde esta perspectiva, resulta conveniente resaltar algunas de las resoluciones de estos tribunales regionales, en cuanto contempla la jurisdicción universal de carácter no obligatorio, cuyo fundamento viene vinculado al derecho de las víctimas de crímenes internacionales al acceso a la justicia.

B.1) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Los Estados Partes del Consejo de Europa crearon el 4 de noviembre de 1950, por vía de Convenio entre sus países miembros, un texto normativo cuya entrada en vigor fue el 3 de septiembre de 1953, y que tenía como fin la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Un año antes de la entrada en vigor del Convenio, los Estados Partes del Consejo de Europa adoptaron un Protocolo por el que se ampliaba los derechos reconocidos en la Declaración Universal incluyendo derechos como el uso y disfrute de la propiedad, a la educación, y a la libertad de elección de candidatos y otros de participación política, así como aquellos derivados de protección a la intimidad, al acceso a la justicia y garantías procesales. Progresivamente, los derechos protegidos han sido ampliados mediante adhesiones sucesivas por los Protocolos N° 4, 6, 7, 12, 13, 15 y 16; que complementan el inicial Protocolo de 1952.

También el Convenio ha sido modificado dando una nueva configuración a la composición del Tribunal tanto con relación a los nombramientos de sus jueces como a sus competencias, que afectan tanto a la duración de los mandatos de los jueces que integran el Tribunal como a la gestión administrativa del mismo, destacando el

Protocolo nº 11 de 1994, que entró en vigor cuatro años más tarde, por el que se refuerzan las garantías de protección de los derechos mediante la reestructuración del Tribunal, que fue motivado por la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos⁴⁵⁰, que originariamente mantenía algunas competencias judiciales como tribunal especial.

El TEDH⁴⁵¹ tiene por finalidad velar por el cumplimiento de los preceptos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) conforme al artículo 19 del mismo⁴⁵² y es regulado en su Título II.

En lo que respecta a la jurisdicción, el artículo 32 señala que *“la jurisdicción del Tribunal se extenderá en todo lo que concierne sobre la interpretación y aplicación de las Convenciones y los Protocolos a los que se correspondan a él en los Artículo 33 [que concierne a los supuestos interestatales], 34 [solicitudes de las personas, organizaciones no gubernamentales, organizaciones o grupos de personas que aleguen la existencia de posible violación de las normas del Convenio;] 46 [referido al carácter vinculante y ejecución de las sentencias dictadas por los jueces del Tribunal] y 47 [la competencia del Tribunal, a instancia del Consejo de Ministros; y] en el caso de conflicto en cuanto si el Tribunal tiene jurisdicción, el Tribunal decidirá”*⁴⁵³. Se puede observar de la lectura de estos preceptos que la jurisdicción territorial del Tribunal se establece sobre los Estados Miembros que hayan suscrito y ratificado el CEDH de 1950, velando así que los Estados signatarios garanticen que, dentro de su ordenamiento

⁴⁵⁰ Debemos señalar que hasta el Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, existió un tribunal especial dentro del Consejo Europeo denominado Comisión Europea de Derechos Humanos que, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tenía por objeto velar el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Tras la aprobación y entrada en vigor de dicho Protocolo en 1994 y 1998 respectivamente, se procedió a la disolución de dicha Comisión con el objetivo de mejorar los mecanismos procesales para el cumplimiento de dicho acuerdo.

⁴⁵¹ En este sentido, no debemos confundir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (CURIA). La finalidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene por objeto la interpretación de los textos normativos europeos, principalmente del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁴⁵² El artículo 19 dispone lo siguiente: *“To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto, there shall be set up a European Court of Human Rights, hereinafter referred to as “the Court”. It shall function on a permanent basis”*.

⁴⁵³ El precepto original dispone lo siguiente: *“Article 32 – Jurisdiction of the Court*
1 The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47.

2 In the event of dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court shall decide”.

jurídico interno, se cumpla con los preceptos del Convenio Europeo. Retomando el carácter territorial de la jurisdicción del TEDH, el artículo 56 del mismo Tratado dispone lo siguiente:

“1 Cualquier Estado puede, en el momento de su ratificación o posterior a éste, declarar mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa que el presente Convenio pueda, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 de este precepto, alcanzar a todo territorio o a cualquiera de ellos cuyas relaciones internacionales sea responsable.

2 La Convención se incluirá al territorio o territorios citados en la notificación a partir del día 30 después de la recepción de esta notificación por el Secretario General del Consejo de Europa.

3 Las provisiones de este Convenio deben aplicarse, sin embargo, con la debida consideración en tales territorios de las disposiciones locales.

4 Cualquier Estado que haya declarado en virtud del párrafo 1 de este artículo puede en cualquier momento declarar en nombre de uno o más de los territorios a los que estén vinculados con la declaración que aceptan la jurisdicción del Tribunal para recibir solicitudes de los particulares, organizaciones no gubernamentales o grupos de personas conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Convenio”⁴⁵⁴.

El TEDH extiende su jurisdicción a las personas que residen en los Estados signatarios por violaciones al Convenio en una relación vertical y que supone un instrumento de carácter indirecto para garantizar sus derechos frente a los Estados. La jurisdicción atribuida al TEDH se extiende también a aquella que pudiera ostentar los Estados de forma extraterritorial, por lo que no excluye aquella basada en la competencia universal.

Así, en Sentencia del caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, la Gran Sala del TEDH recordó que los tratados se aplican a aquellas personas que dependan de la jurisdicción de los Estados miembros del Consejo de Europa,

⁴⁵⁴ Traducción del siguiente precepto: *“1 Any State may at the time of its ratification or at any time thereafter declare by notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe that the present Convention shall, subject to paragraph 4 of this Article, extend to all or any of the territories for whose international relations it is responsible.*

2 The Convention shall extend to the territory or territories named in the notification as from the thirtieth day after the receipt of this notification by the Secretary General of the Council of Europe.

3 The provisions of this Convention shall be applied in such territories with due regard, however, to local requirements.

4 Any State which has made a declaration in accordance with paragraph 1 of this article may at any time thereafter declare on behalf of one or more of the territories to which the declaration relates that it accepts the competence of the Court to receive applications from individuals, non-governmental organisations or groups of individuals as provided by Article 34 of the Convention”.

determinando que resulta suficiente una vinculación de dependencia a la jurisdicción de los Estados, aunque éstos extiendan su ejercicio como en los supuestos de alta mar⁴⁵⁵.

El CEDH y sus Protocolos han sido interpretados de forma amplia, en el sentido de integrar en los mismos todas las convenciones internacionales sobre la protección de los Derechos Humanos. Con relación específica a la jurisdicción, ha tenido una visión amplia en el reconocimiento del acceso a la justicia, dotando de una mayor protección a las víctimas frente a los Estados⁴⁵⁶.

El TEDH ha interpretado de forma homogénea con los tribunales internacionales las normas de Derecho internacional y las obligaciones que de las mismas se imponen a los Estados. En este sentido, ha venido reconociendo los crímenes internacionales basados en Derecho internacional consuetudinario y la legitimidad del ejercicio por parte de los Estados de la jurisdicción que obliga su persecución, así como de la jurisdicción fundada en el principio de justicia universal⁴⁵⁷, pero al carecer dicho derecho fundamental de carácter absoluto, el propio Tribunal ha reconocido la libertad de los Estados para configurar el ejercicio extraterritorial de sus jurisdicciones para la persecución de delitos transfronterizos. Salvo obligación establecida en el Derecho internacional, su ejercicio extraterritorial con la finalidad de hacer efectiva el principio de justicia universal supone un compromiso de los Estados con respecto a la comunidad

⁴⁵⁵ Sobre los fundamentos de hecho y de derecho del caso, véase TEDH, *Hirsi Jamaa y Otros / Italia*, Sentencia [GS] de 23 de febrero de 2012, no. 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509.

⁴⁵⁶ En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, la protección de las víctimas viene establecida en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

⁴⁵⁷ Así, “*en el asunto Kolk y Kislyiy contra Estonia, los demandantes sostenían que al haber sido condenados por crímenes contra la humanidad cometidos en 1949 -por participar en la deportación de población de Estonia a la URSS- se les estaban aplicando retroactivamente leyes penales, y se les estaban condenado por actos no penados en el Derecho soviético, que era el aplicable en Estonia, en 1949. Además, señalaban que en 1949 los actos por los que fueron condenados no eran crímenes de Derecho internacional. La Corte señaló que a pesar de que los actos cometidos hubieran podido ser lícitos según el derecho soviético en la época de los hechos, los tribunales estonios -al condenarlos posteriormente- estimaron que constituían crímenes contra la humanidad según el Derecho internacional en el momento de su comisión. La Corte Europea, tras analizar la evolución del Derecho internacional penal estima que es correcta la manera en que los Tribunales internos estonios han aplicado e interpretado el Derecho interno a la luz de las disposiciones pertinentes del Derecho internacional. Por tanto, si bien no estaba tipificado en cuanto tal, en el Derecho interno lo aplicaron haciendo esta interpretación*” (FERNÁNDEZ LIESA, 2010: 88).

Sobre el citado asunto, véase TEDH *Kolk y Kislyiy/ Estonia*, Sentencia (dec.) de 16 de enero de 2006, nos. 23052/04 y 24018/04, ECLI:CE:ECHR:2006:0117DEC002305204.

internacional, pero su procedencia legal dependerá de la configuración normativa que de la jurisdicción establezca cada uno de ellos.

En la doctrina jurídica aplicable por el Tribunal de Estrasburgo, basándose en la interpretación del art. 6 del CEDH, interpretado conforme el Derecho internacional aplicable a “la relación entre las partes”, de acuerdo a lo establecido en el art. 31.3 c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aunque los Estados vinculados por dicho Convenio no tengan obligación de ejercer su jurisdicción universal a través del derecho fundamental a la tutela judicial, en su concreta vertiente de acceso a la jurisdicción, puede reconocerse a las víctimas de crímenes considerados como internacionales no sólo su reparación y resarcimiento como contenido de la responsabilidad derivada del hecho ilícito sino también su derecho a la investigación y proceso penal para procurar el castigo de los responsables.

Ejemplo de ello, y en protección de lo que el propio TEDH denomina jurisdicción universal no obligatoria, podemos citar el caso Akkum y otros contra Turquía de 24 de marzo de 2005. En este asunto, le fue planteado al Tribunal a través de la violación del artículo 2 del Convenio la reclamación de Zülfi Akkum, Hüseyin Akan y Rabia Karakoç, ciudadanos turcos de origen kurdo, como padre, hermano y madre de Akkum, Mehmet Akan y Derviş Karakoç respectivamente, quienes fueron asesinados el 10 de noviembre de 1992, según informaron los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado turco, incluso el demandante *“Zülfi Akkum, alegó que sus hijos le cortaron las orejas después de haber sido asesinado. Conforme al artículo 15 de la primera Convención de Ginebra de 1949, aplicable a los conflictos internacionales, así como el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que se aplica a los conflictos de carácter no internacional, señaló que los fallecidos no deben ser robados ni mutilados en tiempos de guerra. Las violaciones del artículo 3 constituyen crímenes sujetos a jurisdicción universal no obligatoria”*⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Del presente fragmento del texto: *Zülfi Akkum, allègue que son fils a eu les oreilles coupées après avoir été tué. S'appuyant sur l'article 15 de la première Convention de Genève de 1949, applicable aux conflits internationaux, ainsi que sur l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, qui vaut pour les conflits ne présentant pas un caractère international, il soutient que, même en temps de guerre, les morts ne doivent pas être dépouillés ou mutilés. Les violations dudit article 3 constituent des crimes relevant de la compétence universelle non obligatoire”* (TEDH, Akkum y Otros / Turquía, Sentencia (dec.) de 24 de marzo de 2005, no. 21894/93, apdo. 252).

El Tribunal admite la competencia y estima la violación del artículo 2 del CEDH, y declara que las autoridades del Estado demandado han incumplido su obligación de una investigación efectiva sobre las circunstancias en que murieron estas tres personas, estimándola responsable por denegación de justicia a las víctimas.

En el ámbito de la jurisdicción universal de naturaleza civil, con relación al reconocimiento del derecho de acceso a la justicia y al ejercicio necesario u obligatorio de la jurisdicción, destaca el caso de *Näit-Liman c. Suiza* dictado por la Gran Sala el 15 de marzo de 2018. En este asunto, el TEDH abordó la reclamación contra los tribunales estatales por habersele rechazado su pretensión de exigibilidad de reparación por los perjuicios ocasionados, al haber sido objeto de tortura sufrida en Túnez en 1992⁴⁵⁹. El Sr. Näit-Liman fue deportado desde Italia a su país de origen Túnez, al habersele denegado su condición de refugiado que fue solicitada al haber sido objeto de persecución y torturas, con posterioridad estableció su residencia en Suiza donde interpuso una demanda de reclamación civil exigiendo una compensación por los perjuicios que le fueron ocasionados al haber sido objeto de torturas, no siendo atendida la misma por los tribunales suizos al estimar que éstos carecían de jurisdicción. Agotados los recursos en el Derecho interno, acudió al TEDH conforme al artículo 6 del Convenio, al estimar que le había sido infringido sus derechos a un juicio justo por la denegación de los órganos judiciales de su derecho a la tutela judicial efectiva, pues ésta se encontraba basada en la obligación de ejercicio del Estado suizo de su competencia universal. En su Resolución, la Gran Sala estableció que la invocación de la justicia universal no puede amparar las reclamaciones económicas por daños y perjuicios ocasionados, por cuanto no existe norma o costumbre alguna de Derecho internacional que permita esta posibilidad, pues aunque el Tribunal no cuestiona la existencia de un amplio consenso internacional sobre el derecho de las víctimas de torturas a obtener una reparación⁴⁶⁰, reitera la doctrina de que corresponde a las autoridades nacionales la

⁴⁵⁹ Véase también, como antecedente jurídico, el asunto TEDH *Jones y otros / Reino Unido*, Sentencia (dec.) de 14 de enero de 2014, nos. 34356/06 y 40528/06, ECLI:CE:ECHR:2014:0114JUD003435606.

⁴⁶⁰ *“That being so, it should be reiterated that this conclusion does not call into question the broad consensus within the international community on the existence of a right for victims of acts of torture to obtain appropriate and effective redress, nor the fact that the States are encouraged to give effect to this right by endowing their courts with jurisdiction to examine such claims for compensation, including where they are based on facts which occurred outside their geographical frontiers. In this respect, the efforts by States to make access to a court as effective as possible for those seeking compensation for acts of torture are commendable.*

interpretación y aplicación de sus normas, sin que en las mismas haya podido observar arbitrariedad que impida de forma razonable el acceso a la justicia por parte del reclamante⁴⁶¹.

En los casos *Ould Dah c. Francia*, en Sentencia de 17 de marzo de 2009 dictada por la Quinta Sección del Tribunal del año 2009, *Hassan c. Reino Unido*, en Sentencia de 16 de septiembre de 2014 dictada por la Gran Sala, y el caso *J. y otros c. Austria*, en Sentencia de 17 de enero de 2017 dictada por la Cuarta Sección del Tribunal, también fueron presentadas demandas ante el TEDH sobre la denegación de acceso a la justicia invocando la violación de los artículos 3 y 6 del CEDH. En estos casos, fueron examinados la existencia de jurisdicción por parte de los Estados sobre la reparación de víctimas de torturas y trata de personas, y de forma similar al caso *Akkum y otros contra Turquía*, la violación del Convenio ante la denegación de un proceso de investigación penal y arbitrariedad en la correcta aplicación de los convenios internacionales. En estos casos, el Tribunal acordó la inadmisión de las demandas basado fundamentalmente en la ausencia de jurisdicción temporal como material, respaldando con ello la actuación de los Estados demandados, que resolvieron conforme a sus legislaciones nacionales y las normas convencionales suscritas por éstos.

*Nonetheless, given the dynamic nature of this area, the Court does not rule out the possibility of developments in the future. Accordingly, and although it concludes that there has been no violation of Article 6 § 1 in the present case, the Court invites the States Parties to the Convention to take account in their legal orders of any developments facilitating effective implementation of the right to compensation for acts of torture, while assessing carefully any claim of this nature so as to identify, where appropriate, the elements which would oblige their courts to assume jurisdiction to examine it” (TEDH, *Näit-Liman / Suiza*, Sentencia [GS] de 15 de marzo de 2018, no. 51357/07, apdos. 218 y 220).*

⁴⁶¹ *“Lastly, the Court reiterates the fundamental principle according to which it is for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see, among many other authorities, *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-A; *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, § 59, Reports 1998-II; and *Nusret Kaya and Others v. Turkey*, nos. 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 and 60915/08, § 38, ECHR 2014 (extracts)). It follows that the Court cannot call into question the findings of the domestic authorities on alleged errors of domestic law unless they are arbitrary or manifestly unreasonable (see, to this effect, *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal [GC]*, no. 73049/01, §§ 85-86, ECHR 2007-I).*

(...) In the light of the above considerations, the Court perceives no arbitrary or manifestly unreasonable elements (...) in the Federal Supreme Court’s interpretation of section 3 of the LDIP. Moreover, it discerns no elements indicating that the Federal Supreme Court exceeded its margin of appreciation in another manner. Accordingly, the restrictions on the applicant’s right of access to a court were not disproportionate to the legitimate aims pursued.

*(...) However, it does not seem unreasonable for a State which establishes a forum of necessity to make its exercise conditional on the existence of certain connecting factors with that State, to be determined by it in compliance with international law and without exceeding the margin of appreciation afforded to the State under the Convention” (TEDH, *Näit-Liman / Suiza*, Sentencia [GS] de 15 de marzo de 2018, no. 51357/07, apdos. 116, 216 y 219).*

En el caso citado *Ould Dah c. Francia*, se estableció como legítima la actuación del Estado francés, y con cita como precedente al caso *Anhour contra Francia* de 2006, el Tribunal determinó que “las Altas Partes Contratantes son libres para decidir su política penal sobre la que, en principio, no se pronuncia» y que «la elección por un Estado de un sistema penal u otro escapa, en principio, del control europeo ejercido por él, puesto que el sistema elegido no ignora los principios del Convenio”⁴⁶² y afirmó que “las jurisdicciones francesas tienen atribuida, en ciertos casos, competencia universal, pudiendo así con ello juzgar al autor de un delito sea cual sea su nacionalidad, la de su víctima y el lugar de comisión, con la doble condición de que se encuentre en territorio francés y que esto se produzca por la aplicación de algunos Convenios internacionales”⁴⁶³.

En el presente caso, el solicitante estimaba que el Estado francés había infringido sus garantías penales con motivo “de haber sido perseguido y condenado en Francia por hechos cometidos en Mauritania en 1990 y 1991, cuando no podía prever que la Ley mauritana sería apartada en favor de la francesa, que ésta última no recogía la tortura como infracción autónoma en la época de los hechos y que las disposiciones del nuevo Código Penal le fueron aplicadas retroactivamente”⁴⁶⁴. El Tribunal desestima esta alegación exponiendo la irrelevancia jurídica internacional de las leyes de amnistía del Estado mauritano, nacionalidad del demandante *Ould Dah*, por ser contraria a los principios de justicia su aplicación, que impediría cualquier diligencia penal contra los autores u partícipes por la comisión de delitos graves contra la humanidad. El propio

⁴⁶² Fragmento original del presente texto: “*La Cour rappelle que dans son arrêt Achour c. France ([GC], no 67335/01, CEDH 2006-IV), elle a estimé que «les Hautes Parties contractantes [sont libres] de décider de leur politique criminelle, sur laquelle elle n’a pas en principe à se prononcer » et que « le choix par un Etat de tel ou tel système pénal échappe en principe au contrôle européen exercé par elle, pour autant que le système retenu ne méconnaisse pas les principes de la Convention»*” (TEDH, *Ould Dah / Francia*”, Decisión de 17 de marzo de 2009, no. 13113/03, p. 435).

⁴⁶³ Documento original: “*(...) les juridictions françaises bénéficient dans certains cas d’une compétence universelle, dont le principe est posé par l’article 689-1 du code de procédure pénale. Elles peuvent ainsi juger l’auteur d’une infraction quelle que soit sa nationalité, celle de sa victime et où que soit situé le lieu de commission, à la double condition qu’il se trouve sur le territoire français et que cela intervienne en application de certaines conventions internationales*” (TEDH, *Ould Dah / Francia*, Decisión de 17 de marzo de 2009, no. 13113/03, p. 436).

⁴⁶⁴ Documento original: “*(...) d’avoir été poursuivi et condamné en France pour des faits commis en Mauritanie en 1990 et 1991, alors qu’il ne pouvait prévoir que la loi mauritanienne serait écartée au profit de la loi française, que cette dernière n’érigeait pas la torture en infraction autonome à l’époque des faits et que les dispositions du nouveau code pénal lui ont été appliquées rétroactivement*” (TEDH, *Ould Dah / Francia*, Decisión de 17 de marzo de 2009, no. 13113/03, p. 431).

Tribunal argumenta, basándose en lo que se conoce como “diálogo judicial”⁴⁶⁵ en el mismo sentido que la interpretación dada por el TPIY⁴⁶⁶, que son la protección de valores esenciales de la comunidad internacional los que legitiman el ejercicio de la jurisdicción universal por el Estado francés para perseguir los delitos internacionales cometidos durante el enfrentamiento entre etnias africanas, concretamente entre mauritanos de origen magrebí y senegaleses desde noviembre de 1990 hasta marzo de 1991. La legislación interna del Estado francés atribuye a sus órganos judiciales el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción basado en el principio de justicia universal, por lo que conforme a dicha previsión normativa la denegación de acceso a la jurisdicción del Sr. Ould Dah carecía de justificación y suponía una limitación arbitraria de su derecho de acceso a la justicia.

Estos son ejemplos de cómo a través de la responsabilidad de los Estados son garantizados los derechos individuales basados en el acceso a la jurisdicción, incluso a la jurisdicción extraterritorial cuando resulte procedente y en ejercicio de una competencia universal.

B.2) Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁶⁷ (en adelante Corte IDH) es el tribunal regional encargado de velar por el cumplimiento de la CADH.

Con sede en la ciudad San José (Costa Rica), aunque puedan llevar a cabo reuniones en cualquier parte del territorio de los países miembro de la Organización de

⁴⁶⁵ Siguiendo el concepto amplio de “diálogo judicial”, debemos entender por el mismo como aquel proceso de interacción entre los tribunales, en virtud del cual éstos utilizan jurisprudencia ajena con la finalidad de resolver una cuestión objeto de resolución, a través de la incorporación de los razonamientos jurídicos previstos en la misma (DÍAZ CREGO, 2015: 290).

⁴⁶⁶ Sentencia del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia, en el caso *Prosecutor v. Anto Furundžija* de 10 de diciembre de 1998.

⁴⁶⁷ Además de este Tribunal regional, debemos resaltar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dicha Comisión, con sede en Washington D.C. (Estados Unidos), tiene por finalidad defender y velar por los Derechos Humanos. Así como de ejercer su función como órgano consultivo de la Organización de los Estados Americanos sobre dicha rama jurídica.

Como factor relevante sobre este órgano regional, debemos señalar que ésta fue creada mediante Resolución en 1959 en Santiago de Chile tras celebrarse la Quinta Reunión del Consulta del Ministerio de Relaciones Internacionales. A diferencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, este órgano regional sigue desempeñando el ejercicio de sus funciones en la actualidad.

los Estados Americanos⁴⁶⁸. Este Tribunal fue creado mediante Resolución 448 de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en 1979, por el que se aprueba el Estatuto de dicho Tribunal. El artículo 1 lo define como *“una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*.

La Corte IDH desempeña funciones consultivas y jurisdiccionales, según lo establecido en el artículo 2 de su Estatuto y en el Capítulo VIII de la CADH, siendo los artículos 61 a 64 los que determinan las funciones de la Corte.

El artículo 64 de dicha Convención regula las funciones consultivas de la Corte bajo los siguientes términos: *“los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”* y *“la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”*.

En lo que respecta a su función jurisdiccional, los artículos 61 a 63 de la CADH son los que determina que la Corte adoptará las medidas necesarias en los casos objeto de resolución a fin de garantizar el cumplimiento de la CADH. Es más, en el apartado 3 del artículo 62 y en el artículo 63, dispone tales aspectos bajo los siguientes términos: *“La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”*.

El artículo 63 de dicho texto normativo dispone lo siguiente: *“1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las*

⁴⁶⁸ Órgano panamericanista regional creado el 30 de abril de 1948 con la finalidad de garantizar la paz, seguridad, la consolidación de la democracia, así como la promoción de los Derechos Humanos, económicos y sociales en América mediante el diálogo de carácter integrado y multilateral establecido en los foros políticos.

consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

La Corte IDH, como tribunal regional, ha velado por el cumplimiento de los Derechos Humanos reconocidos en la Convención, pero además ha interpretado siempre dichos derechos a través del *corpus iuris* internacional profundizando en el reconocimiento de los Derechos Humanos, a la vez que mantenía la integridad de su jurisdicción y su facultad de supervisión en la ejecución de sus sentencias. Debemos destacar el mantenimiento del mecanismo convencional de protección en las dos Sentencias dictadas con fecha 24 de septiembre de 1999, en los casos Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein c. Perú, ante la pretensión del ex-Presidente de Perú Fujimori de retirar a su Estado de la competencia de la Corte, determinando el Tribunal que ello resultaba inadmisibile, pues carecía de todo efecto una vez que se había reconocido inicialmente su competencia en un asunto contencioso⁴⁶⁹. Así, expresamente señala que: *“Hay que descartar cualquier analogía entre, por un lado, la práctica estatal permisiva desarrollada bajo el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y, por otro lado, la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de esta Corte, teniendo presentes el carácter especial, así como el objeto y propósito de la Convención Americana...”*, y compartiendo en “diálogo judicial” con la jurisprudencia consolidada por el TEDH, continúa señalando que: *“En este sentido se ha pronunciado igualmente la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia sobre excepciones preliminares en el caso Loizidou vs. Turquía (1995), en relación con la cláusula facultativa de su jurisdicción obligatoria (artículo 46 de la Convención Europea, anteriormente a la entrada en vigor, el 01.11.1998, del Protocolo*

⁴⁶⁹ *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 54 y *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 55.

XI a la Convención Europea), fundamentando su posición en el carácter de “tratado normativo” (lawmaking treaty) de la Convención Europea”⁴⁷⁰.

Igualmente, destaca la competencia de supervisión de sus Sentencias dictadas de gran trascendencia para la efectividad de la Corte, del que puede ser citado el caso Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) vs. Panamá de 28 de noviembre de 2003, sobre competencia, estableció que: “La jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado. (...) La supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. (...) El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción”⁴⁷¹.

El propio Tribunal fue el motor que propuso la modificación de su Reglamento al objeto de potenciar de forma amplia el acceso de los ciudadanos a sus procedimientos no sólo aquellos de naturaleza contenciosa, sino también en las opiniones consultivas, dotándoseles de mecanismos propios de participación en los mismos, y así se contempla en el Reglamento de la Corte IDH de 2009⁴⁷².

En su jurisprudencia destaca la aplicación directa del Derecho internacional general, reflejo de ello es la relevancia que otorga al contenido material de las normas *ius cogens*, como se pone de manifiesto en las Sentencias de 18 de agosto de 2000 en el caso Cantoral Benavides c. Perú, sobre la prohibición de todo trato cruel o inhumano o degradante⁴⁷³ y la Sentencia de 8 de julio de 2004 en el asunto de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú, sobre la prohibición absoluta de la tortura⁴⁷⁴.

Por el contexto en el que fue dictada y donde el Tribunal acredita su imparcialidad e independencia, debemos resaltar el caso Velásquez Rodríguez vs.

⁴⁷⁰ *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 55, p. 13.

⁴⁷¹ *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C, No. 104, pp. 25-26.

⁴⁷² Reglamento aprobado en su 85ª Sesión Ordinaria de la Corte, celebrado desde el 16 al 28 de noviembre de 2009.

⁴⁷³ *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69.

⁴⁷⁴ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110.

Honduras resuelto por la Corte en sus Sentencias de 26 de junio de 1977, referido a las excepciones preliminares; 29 de julio de 1988, relativo al fondo del asunto; 21 de julio de 1989, sobre las reparaciones y costas; y 17 de agosto de 1990, por la que se interpreta el alcance de las reparaciones y costas. Se somete a resolución de la Corte un supuesto sobre el ejercicio de la jurisdicción de los Estados, debiendo determinarse si hubo violación de las normas de la CADH por parte del Estado hondureño y, en consecuencia, si tenía o no responsabilidad internacional por la detención y desaparición del Sr. Rodríguez.

En su Sentencia de 29 de julio de 1988, sobre el fondo del asunto, la Corte señaló que las desapariciones forzosas constituyen la vulneración de normas de los Derechos Humanos, así como el deber al que están obligados las instituciones públicas y el Estado de llevar a cabo mecanismos para prevenir dicha violación. Estos fundamentos, unido a la ausencia por parte de las autoridades hondureñas de garantizar un proceso de investigación que pudiera acreditar la existencia o no de la violación de los derechos humanos, determinaron que la Corte fallara en el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado hondureño sobre la detención y desaparición de Velásquez Rodríguez. Igualmente, la Corte recordó a Honduras que está obligado a garantizar y velar por el cumplimiento de la CADH, concluyendo que el Estado de Honduras había violado en este supuesto el derecho a la vida, a la integridad y libertad personal conforme a los artículos 4, 5 y 7 de la Convención, en relación con el apartado 1 del artículo 1 de dicho texto normativo por el que se determina el deber de los Estados de respetar los Derechos Humanos⁴⁷⁵.

Este Tribunal regional fue objeto de crítica por una pretendida existencia de intencionalidad política, acusándolo de extralimitarse de sus funciones tal y como fueron establecidas en la Convención, críticas especialmente realizadas por los Estados de Venezuela, República Dominicana y Trinidad y Tobago, que obstaculizaba las decisiones del Tribunal cuando éstas eran contrarias a sus intereses. A pesar de estas

⁴⁷⁵ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, Nº 4.

Sobre el caso de Velásquez Rodríguez c. Honduras, véase *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, Nº 1; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, Nº 4; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, Nº 7; y *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C, Nº 9.

críticas, la Corte pone de manifiesto una visión “optimista” de la aplicación de la Convención y del Derecho internacional, interpretando el mismo a la luz de una mayor garantía de los Derechos Humanos, de ahí la exigibilidad de la responsabilidad de los Estados cuando por su inacción, jurídica o política, no garantiza la efectividad de los derechos. No debe ser olvidado que la creación de la Corte fue fruto de la voluntad de los Estados de garantizar la Convención de los Derechos Humanos conforme a su interpretación en el Derecho internacional.

B.3) La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana⁴⁷⁶ (actualmente la UA)⁴⁷⁷ aprobaron la CADHP, en la Asamblea celebrada durante su XVIII reunión de 27 de julio de 1981, con el objetivo de proteger los Derechos Humanos⁴⁷⁸ y reprimir cualquier acto de naturaleza colonialista⁴⁷⁹ en todo el territorio africano, garantizando así las relaciones de cooperación y colaboración, creando para tal fin la Comisión

⁴⁷⁶ Organización regional fundada en 1963 y disuelta en 2002, transformándose en la actual Unión de los Estados Africanos, que tenía por finalidad promover las relaciones de cooperación entre los Estados africanos en aras de alcanzar la unidad y solidaridad en todo el continente africano. Fundado en el Estado etíope, y durante el movimiento panafricanista, estaba compuesto por los siguientes Estados miembros: Argelia, Angola, Benín, Botsuana, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Cabo Verde, República Centroafricana, Chad, República Democrática del Congo, República del Congo, Costa de Marfil, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bisáu, Guinea Ecuatorial, Kenia, Lesoto, Liberia, Libia, Madagascar, Malawi, Malí, Marruecos (hasta 1984), Mauritania, Mauricio, Mozambique, Namibia, Níger, Nigeria, Ruanda, República Árabe Saharaui Democrática, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Suazilandia, Tanzania, Togo, Túnez, Uganda, Yibuti, Zambia, y Zimbabue.

⁴⁷⁷ Organización de Estados africanos creada en el año 2001, y entró a desempeñar el ejercicio de sus funciones un año más tarde, que sustituye a la Organización de la Unión Africana mediante la Declaración de Syret del 9 de septiembre de 1999. La finalidad de esta organización es promover la democracia, los derechos humanos y defender la soberanía de los Estados africanos.

⁴⁷⁸ Así, en el Preámbulo de la citada Carta disponía lo siguiente: “*Considering the Charter of the Organization of African Unity, which stipulates that "freedom, equality, justice and dignity are essential objectives for the achievement of the legitimate aspirations of the African peoples"*”.

⁴⁷⁹ El citado Preámbulo determina que: “*Conscious of their duty to achieve the total liberation of Africa, the peoples of which are still struggling for their dignity and genuine independence, and undertaking to eliminate colonialism, neo-colonialism, apartheid, zionism and to dismantle aggressive foreign military bases and all forms of discrimination, particularly those based on race, ethnic group, color, sex, language, religion or political opinions*”. Igualmente, en su artículo 2 vincula estos términos del Preámbulo con lo siguiente: “*Every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognized and guaranteed in the present Charter without distinction of any kind such as race, ethnic group, color, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status*”.

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, regulada en los artículos 30 a 64 de la Carta.

Como indicó Juan Bautista Cartes Rodríguez, algunos miembros de dicha Asamblea “*se alzaron a favor de la creación de un Tribunal Africano facultado para emitir decisiones vinculantes, el peso de la cultura africana, donde prevalecen los acuerdos amistosos sobre la litigación ante un tercero, junto con la defensa por parte de los gobiernos africanos del principio de soberanía y de no injerencia en los asuntos internos*” (2017: 253-254). Con ello se garantiza el reconocimiento del derecho de los individuos frente a los Estados que se suscribieron a la CADHP.

La CADHP, con sede en la ciudad tanzana de Arusha, es un tribunal regional creado mediante el Protocolo de 1998. En dicho Protocolo se regula el funcionamiento y el ejercicio jurisdiccional de la Corte, estableciéndose su Reglamento de procedimiento y organización interna, siendo aplicado en la actualidad el Reglamento del año 2010, por el que derogó a la anterior de fecha 20 de junio de 2008.

El ejercicio jurisdiccional de la Corte se encuentra en el primer apartado del artículo 3 del Protocolo, en virtud del cual dispone que “la jurisdicción de la Corte se extenderá a todos los casos y conflictos que se sometan a la misma sobre la interpretación y aplicación de la Carta, este Protocolo y cualquier otro instrumento esencial ratificado por los Estados suscritos sobre los Derechos Humanos”⁴⁸⁰, y conforme al artículo 4 se permite a la Corte elaborar opiniones consultivas en la medida en que uno de los Estados miembros u órganos de la UA, soliciten su opinión sobre la interpretación de la Carta o cualquier otro instrumento que los Estados establezcan sobre los Derechos Humanos⁴⁸¹.

Además de señalar la capacidad que permite a la Corte intentar alcanzar acuerdos sometidos dentro de su jurisdicción en virtud del artículo 9 del Protocolo⁴⁸²,

⁴⁸⁰ Del precepto original: “*The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant Human Rights instrument ratified by the States concerned*”.

⁴⁸¹ El citado precepto dispone lo siguiente: “*At the request of a Member State of the OAU, the OAU, any of its organs, or any African organization recognized by the OAU, the Court may provide an opinion on any legal matter relating to the Charter or any other relevant human rights instruments, provided that the subject matter of the opinion is not related to a matter being examined by the Commission*”.

⁴⁸² El precepto dispone lo que sigue: “*The Court may try to reach an amicable settlement in a case pending before it in accordance with the provisions of the Charter*”.

debemos resaltar la Decisión 213 (XII) adoptada por la Asamblea de la UA, en su 12ª sesión ordinaria, del 1 al 3 de febrero de 2009, por el que se procedió a ampliar el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Africana a crímenes internacionales, en especial a los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Esta Decisión fue adoptada ante los abusos del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados requirentes⁴⁸³.

En una de sus primeras resoluciones, la Corte Africana, en el asunto 1/2008, tuvo que resolver sobre su competencia en el caso de *Michelot Yogogombaye c. Senegal*. En este caso, el Sr. Yogogombaye, nacionalidad chadiana y residente en Suiza, solicitó de la Corte que ordenara la suspensión de la investigación criminal emprendida por las autoridades senegalesas contra el Sr. Habré, que había sido presidente del Chad, el cual tras ser derrocado por un grupo rebelde, fue reconocida por el Estado de Senegal su condición de asilo político, encontrándose en su territorio tras una inicial huida a territorio camerunés. En sus argumentos, el Sr. Yogogombaye mantuvo que Senegal había incurrido en abuso en el ejercicio de su jurisdicción al investigar crímenes cometidos fuera de su territorio, que no podía ampararse en la jurisdicción universal incumpliendo con ello lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 34 del Protocolo de 1998, por el que se establecía el Tribunal. La Corte, en su Sentencia de 15 de diciembre de 2009, desestimó la pretensión del Sr. Yogogombaye basándose en que, aunque Senegal y Chad habían firmado y ratificado tanto la Carta como la creación del Tribunal, Senegal no se encontraba entre los países que había asumido la declaración de 29 de junio de 2009, por lo que reconocía la competencia del Tribunal ante los procedimientos instados por personas físicas u organizaciones no gubernamentales⁴⁸⁴.

La Corte acoge en su Sentencia la excepción de falta de jurisdicción, con fundamento en una restrictiva interpretación que realiza del apartado 6 del artículo 34 del Protocolo, que lo estima más acorde a lo establecido en la CADHP, pues exige como requisito de aceptación de su jurisdicción no sólo la recepción de la comunicación

⁴⁸³ Véase ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION. (2009). “Decision on the implementation of the Assembly decision on the abuse of the principle of universal jurisdiction”, 12th Ordinary Session, from 1st to 3rd February 2009, Document n° Assembly/AU/Dec.213(XII).

⁴⁸⁴ Sobre el caso *Michelot Yogogombaye c. Senegal*, véase. *Michelot Yogogombaye v. Senegal*, Judgement of Merits, Decision of 15th December 2009, application n° 1/2008. Disponible en: <http://en.african-court.org/index.php/55-finalised-cases-details/832-app-no-001-2008-michelot-yogogombaye-v-republic-of-senegal-details>. Consultado el día 3 de diciembre de 2018.

de la pretensión sino además exige la expresa aceptación del Estado o autorización especial como Estado interesado, al no encontrarse Senegal vinculada a la jurisdicción del Tribunal.

La Corte Africana, en el mismo sentido que la Corte IDH y el TEDH, a través de la exigibilidad de responsabilidad de los Estados por vulneración de los Derechos Humanos a sus nacionales o residentes, como tribunales internacionales regionales, no les son desconocidos supuestos en el que se le plantean el enjuiciamiento de personas por delitos universales. A través de demandas de personas individuales u organizaciones, han tenido ocasión de revisar la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción por parte de los Estados o declarar la responsabilidad de los mismos por no haberla ejercido. Ello supone un mecanismo trascendente para hacer valer una “jurisdicción universal no obligatoria” a través del reconocimiento del derecho de las víctimas por la comisión de delitos de naturaleza internacional cuando los Estados carecen de obligación para su ejercicio. En el caso de la Corte Africana se detecta una función de preservación cultural y propia basada en su contexto y realidad social y étnica, que pretende dotar de protección su propia visión cultural en la que prevalezca su jurisdicción frente a aquellas jurisdicciones occidentales que, de forma injustificada, ejerzan una imposición normativa a través de la competencia universal.

3.3 Los Tribunales Internacionales para el enjuiciamiento de la responsabilidad penal personal

Como hemos expuesto, la tendencia del Derecho internacional en la consolidación de un *corpus iuris gentium*, basado en la progresiva integración de la protección de los derechos humanos por parte de los Estados, determina la reinterpretación de su sistema de fuentes, que es perceptible en el propio proceso de codificación, y en la configuración del carácter imperativo de ciertas normas que determinan una especial obligación de cumplimiento por parte de los Estados.

La CIJ, en su Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971, sobre las consecuencias jurídicas en los Estados africanos acerca de la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia, resolvió que la Resolución del CSNU 276 (1970), de 30 de enero, sobre la situación en Namibia, debía ser interpretada conforme al marco jurídico vigente al tiempo de su aplicación, debiéndose tener en cuenta para ello no sólo

los antecedentes, sino también la evolución del Derecho⁴⁸⁵. Este concepto del *corpus iuris gentium* fue recogido por la Corte IDH en la Opinión Consultiva de 1 de octubre de 1999, sobre el “Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, determinó que ese *corpus iuris* está constituido por un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales, cuyo contenido y efectos jurídicos han ejercido un impacto positivo en el Derecho internacional, que en su evolución dinámica constituye una nueva referencia que influye en la regulación normativa entre los Estados y las personas, conforme a sus respectivas jurisdicciones⁴⁸⁶.

Consecuente con ello, se ha establecido con carácter de *ius cogens* normas internacionales que protegen los bienes jurídicos esenciales de la comunidad, estableciendo consecuencias jurídicas que determinan no sólo la responsabilidad de los Estados, sino también de las personas que, por su conducta, vulneren sus obligaciones contra la norma internacional. Derivado de ello, la exigibilidad de responsabilidad penal individual a los partícipes en la comisión de graves crímenes internacionales supone, en la actualidad, un principio básico del orden universal. El desarrollo del Derecho penal internacional se fundamenta, principalmente, en la disuasión de ataques graves contra el Derecho humanitario y el “Derecho de Gentes”, estableciendo como medio adecuado para ello la persecución y enjuiciamiento de los responsables, lo cual es un medio trascendente para preservar la paz y seguridad universal.

No ha cesado la existencia de guerras y conflictos armados entre países o entre grupos u organizaciones paramilitares, que ciertamente han atentado contra el Derecho internacional humanitario. En la década de los años 90 del siglo XX, el conflicto armado surgido con motivo de la desintegración del Estado yugoslavo por causas políticas, étnicas y religiosas, supuso una amenaza real y seria para la paz y seguridad no sólo en la zona balcánica sino también en el territorio europeo. En Ruanda, durante los años 1993 y 1994, las tensiones étnicas entre *tutsis* y *hutus* desencadenó un cruento conflicto armado entre fuerzas gubernamentales contra organizaciones paramilitares,

⁴⁸⁵ Sobre el citado caso, véase *Legal Consequences for States of the continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*.

⁴⁸⁶ *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16, pp. 67-68.

extendiéndose una persecución genocida no sólo en Ruanda, sino además en los territorios de la República Democrática del Congo, Tanzania, Burundi y Uganda.

El CSNU, ante las violaciones al Derecho internacional humanitario durante la guerra, dictó varias resoluciones que establecían sanciones y embargos para procurar el cese de las hostilidades. Sin embargo, al no conseguirlo por esta vía, decidió autorizar la intervención de fuerzas internacionales de interposición⁴⁸⁷ que permitieran detener el conflicto bélico. La constatación de crímenes de guerra y de lesa humanidad, determinó que por Resoluciones del CSNU 827 (1993), de 25 de mayo y 995 (1994), de 8 de noviembre; la creación de tribunales internacionales para enjuiciar a las personas responsables de los mismos, teniendo como referencia los enjuiciamientos realizados por el TMI y el TPMILO. Dichos tribunales fueron exclusivamente creados para exigir responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales en los supuestos derivados del conflicto en la Antigua Yugoslavia y Ruanda, conocidos como tribunales *ad hoc*, tienen naturaleza internacional *ex post facto*, pues son creados tras constatar la comisión de crímenes contra el Derecho internacional y por ello tienen carácter temporal. Su legitimidad viene determinada en la adopción de medidas que garanticen la paz y seguridad conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Conforme a su naturaleza de tribunales internacionales, ejercen su jurisdicción punitiva con carácter preferente y excluyente atendiendo a las normas establecidas en sus respectivos Estatutos.

A) El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia

A raíz de las denuncias de constantes violaciones graves al Derecho humanitario y de la crueldad del conflicto armado, determinó que el CSNU en Resolución 780 (1992), de 6 de octubre, encargara a un Comité de Expertos Imparciales el análisis de las informaciones denunciadas y examinara la legitimidad de establecer una jurisdicción internacional para castigar a los responsables de violaciones graves contra los derechos humanos cometidas en el enfrentamiento bélico, así como sobre la necesidad de creación de un Tribunal para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes contra el Derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de la antigua

⁴⁸⁷ A través de la Misión de Asistencia de Naciones Unidas para Ruanda (UNAMIR), en el caso del país africano, todo ello tras autorización de Naciones Unidas, y por falta de consenso dentro del Consejo de Seguridad, a través de la Organización del tratado del Atlántico Norte (OTAN), en el caso del conflicto de los territorios de la ex-Yugoslavia.

Yugoslavia desde 1991. Tres meses después, el Secretario General presentó una propuesta de Estatuto que fue adoptado por el Consejo de Seguridad instituyendo el Tribunal por Resolución 827 (1993), de 25 de mayo⁴⁸⁸.

El Tribunal se estableció con sede en La Haya y fundamentó su legitimidad en su creación por el CSNU y no por la AG, su carácter excepcional determina su naturaleza no permanente, ejerciendo jurisdicción penal sobre personas con capacidad de decisión o ejecución, o por su pertenencia a un grupo o colectivo (artículo 6 del Estatuto del TPIY), conforme el principio de responsabilidad individual, que viene determinado en su artículo 7, y con competencia territorial que se extiende al territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, espacio aéreo y aguas territoriales, y con una competencia temporal que abarcaba desde el 1 de Enero de 1991 (artículo 8 del citado Estatuto). Este Tribunal terminó sus funciones el 31 de diciembre de 2017 tras sentenciar al entonces general serbobosnio Ratko Mladić a cadena perpetua por crímenes de lesa humanidad en Sentencia de 22 de noviembre de ese mismo año, continuando con vigencia en la actualidad el órgano de Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales.

En los artículos 2 a 5 de su Estatuto establece la competencia objetiva por razón de la materia, al que se le atribuye el enjuiciamiento de crímenes establecidos en la Convención de Ginebra de 1949, a las leyes y costumbres de guerra, genocidio y delitos de lesa humanidad; estableciendo en su artículo 9 que para el enjuiciamiento de estos delitos, el Tribunal ejerce una jurisdicción que actúa con primacía sobre las jurisdicciones nacionales, destacando así la obligación de cooperación de los Estados y autoridades nacionales con el Tribunal Internacional⁴⁸⁹.

En su funcionamiento, el Tribunal no sólo ha reforzado los cimientos del Derecho penal internacional sustantivo, sino también ha determinado el Derecho

⁴⁸⁸ Debe destacarse que, en este caso, el Tribunal no fue creado mediante un tratado internacional, sino a través de una decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo que supuso una gran diferencia con el Tribunal de Nüremberg, y con la Corte Penal Internacional, cuyas decisiones que dieron legitimidad a la Comisión para su creación, tienen su origen en Resoluciones de la Asamblea General.

⁴⁸⁹ El citado precepto dispone lo siguiente: “1. *The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991.*
2. *The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal*”.

procesal aplicable y ha sentado precedentes seguidos por otros tribunales penales con competencia universal, además de establecer un régimen de corresponsabilidad con las autoridades y dirigentes de los Estados en su deber de colaboración con el Tribunal.

En la Sentencia del caso de Duško Tadić de fecha 15 de julio de 1999, la Sala de Apelación determinó, conforme al artículo 5 de su Estatuto y a la jurisprudencia de los TMI y de otros órganos jurisdiccionales regionales y nacionales, que únicamente existirán crímenes de lesa humanidad en los supuestos de conflicto armado, cuando exista nexo causal entre la ubicación territorial en el que se encuentre dicha agresión contra la población civil y el conocimiento por parte del autor de la comisión de estos delitos⁴⁹⁰.

Debemos destacar dos casos que versan sobre el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal. En el caso de *The Prosecutor v. Duško Tadić*, la Sala de Apelación desestimó mediante Sentencia de fecha 2 de octubre de 1995 el recurso sobre la resolución interlocutoria de jurisdicción. La Sala de Apelación resolvió que el TPIY tiene jurisdicción basándose en la Carta de las Naciones Unidas, concretamente en los preceptos por el que se regula la función del CSNU de mantener la paz frente a cualquier amenaza dentro de los límites establecidos en dicho texto normativo (artículo 39), para determinar que la creación de dicho Tribunal no era contraria a las normas del Derecho internacional ante la alegación de ilegitimidad del mismo.

También la Sala de Apelación señaló la no vulneración del ejercicio jurisdiccional de los tribunales nacionales conforme a la jurisdicción concurrente prevista en el citado artículo 9 del Estatuto, fundamentándose en los principios de respeto del ejercicio soberano de los Estados y, como novedad en este caso, en la ausencia de vulneración del principio *ius de non evocando*⁴⁹¹.

El TPIY, conforme al principio *ius de non evocando*, determinó que no existe violación de este principio respecto a aquellos Estados que ceden su ejercicio soberano a las Naciones Unidas tras haber suscrito la Carta, añadiendo que este Tribunal fue creado por el CSNU en virtud del Capítulo VII de la Carta. Este principio sólo puede ser invocado ante los tribunales nacionales, conforme a sus normas internas, cuando

⁴⁹⁰ “The Prosecutor v. Duško Tadić”, Judgement, 15 July 1999, case number IT-94-1-A, pp. 112-122.

⁴⁹¹ De origen medieval, este principio determina la renuncia de extradición de sus propios ciudadanos por parte de los Estados garantizando también la existencia de un juicio justo e imparcial para los enjuiciados.

hubiere intentado llevar a cabo el enjuiciamiento del acusado o cuando exista ausencia de imparcialidad y de juicio justo por concurrir circunstancias inestables o de conflictividad.

Por último, y en lo que respecta a la jurisdicción del Tribunal, la Sala de Apelación afirmó que el Tribunal es competente para llevar a cabo los enjuiciamientos penales conforme a los artículos de su Estatuto, concretamente los preceptos 2 y 3 del citado texto normativo por el que determina dicha jurisdicción y sus límites⁴⁹².

La segunda Sentencia dictada por la Sala de Apelación de fecha 22 de julio de 2005 es el asunto *The Prosecutor v. Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski*. La Sala desestimó el recurso de apelación interpuesto sobre la ausencia de jurisdicción del Tribunal Internacional, pues carecía de competencia territorial para enjuiciar a los individuos responsables de delitos que hubiesen ocurrido en la República de Macedonia al no existir conflicto armado alguno en dicho territorio. La Sala de Apelación determinó que el hecho de que la República de Macedonia fuese un Estado independiente desde el 8 de septiembre de 1991, siendo reconocido por las Naciones Unidas el 8 de abril de 1993, mantuvo su jurisdicción y competencia territorial basándose para ello en las normas de su Estatuto y en las resoluciones del CSNU, pues como se exponía en la Resolución 827 (1993) de 25 de mayo, por la que se determina el ejercicio jurisdiccional temporal del Tribunal desde el 1 de enero de 1991 hasta que el CSNU constatare que se ha restaurado la paz y la seguridad de aquellos territorios que formaron parte del entonces Estado yugoslavo (durante ese periodo de tiempo, la República de Macedonia fue territorio de la República Federal de Yugoslavia), por lo que la Sala de Apelación concluyó que no había infringido ni los preceptos de su Estatuto ni las normas y principios del Derecho internacional, por ejercer jurisdicción sobre el territorio de la nueva República de Macedonia⁴⁹³.

El impacto de este Tribunal afectó al alcance de la cooperación entre éste y las autoridades de los Estados de Serbia y Montenegro, incluida la actual Kosovo, y Bosnia-Herzegovina, para garantizar la seguridad en el territorio, consiguiendo llevar a

⁴⁹² “The Prosecutor v. Duško Tadić. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction”, 2 October 1995, case number IT-94-1-A.

⁴⁹³ “The Prosecutor v. Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski. Decision on interlocutory appeal on jurisdiction”, 22 July 2005, case number IT-04-82.

buen término los procesos de enjuiciamiento contra los individuos que hubiesen cometido delitos internacionales, especialmente los derivados del conflicto armado.

Los precedentes establecidos por este Tribunal son seguidos por otros tribunales internacionales o nacionales cuando tienen que resolver delitos y crímenes contra la comunidad internacional, en ejercicio bien de la jurisdicción universal o del principio de justicia universal, además de haber clarificado un aceptable régimen procesal buscando el equilibrio entre las necesidades del enjuiciamiento y las garantías de los acusados. Sin embargo, y conforme al debate suscitado en su acto de clausura el 18 de diciembre de 2017 en la ciudad de La Haya, los miembros y jueces del Tribunal eran conscientes de las carencias y deficiencias que padecieron durante el enjuiciamiento de los acusados mientras desempeñaban sus funciones. Algunos de ellos afirmaron la existencia de limitación de recursos y de falta de voluntad política por parte de las instituciones y autoridades estatales para reestablecer la paz y la seguridad de los territorios de la entonces Yugoslavia, lo que obstaculizaba la efectividad de la puesta a su disposición y enjuiciamiento de los responsables.

B) El Tribunal Internacional para Ruanda

Tras el recrudecimiento de las hostilidades entre *tutsis*, que dominaban el denominado Frente Patriótico de Ruanda, y *hutus*, que integraban las fuerzas y apoyo gubernamental, en la primavera de 1994, se desató entre ambos grupos étnicos una lucha de exterminio del grupo rival. Se estima que se produjeron más de dos millones de asesinatos entre la población, que afectaron igualmente a miembros pertenecientes a Naciones Unidas y otras asociaciones no gubernamentales de cooperación. Ante dicha situación, tras petición expresa del representante gubernamental ruandés ante las Naciones Unidas de fecha 28 de septiembre de 1994, por Resolución del Consejo de Seguridad 995 (1994), de 8 de noviembre, fue creado el TPIR⁴⁹⁴ con la finalidad de contribuir al proceso de reconciliación nacional y al mantenimiento de la paz en la región, dotándole de competencia para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de

⁴⁹⁴ Resulta paradójico, sin embargo, que dicho representante no apoyó la Resolución 995 (1994) del Consejo de Seguridad al estimar que se dejaba fuera de persecución los graves acontecimientos cometidos durante los años anteriores, donde se planificó la conducta genocida.

Ruanda entre el 1 de enero de 1994 y 31 de diciembre 1994, también las cometidas por los ciudadanos ruandeses en el territorio de los Estados vecinos en dicho periodo.

El CSNU, tras la aprobación del Estatuto del Tribunal de forma semejante al que estableció para el TPIY, solicitó del Secretario General de Naciones Unidas las medidas necesarias para su efectivo funcionamiento. En la Resolución 977 (1995), de 22 de febrero, el CSNU decidió establecer el Tribunal en Arusha (República Unida de Tanzania), firmándose para ello un acuerdo de sede con el Estado de Tanzania el 31 de agosto de 1995.

En cuanto a la jurisdicción de este Tribunal, debemos señalar que, al igual que el TPIY, cuenta con jurisdicción preferente conforme al artículo 8 de su Estatuto. Si bien, y a diferencia del TPIY, el artículo 7 del citado texto normativo sí especifica la jurisdicción temporal del Tribunal, que lo establece entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de dicho año, así como su jurisdicción sobre el territorio de Ruanda y los Estados cuyas fronteras territoriales se encuentren adyacentes. Debido a la magnitud de los procedimientos ante el Tribunal, fue prorrogado el mismo terminando sus funciones el 31 de diciembre de 2015.

Aunque en menor medida que el TPIY, su jurisprudencia sirvió de base para configurar una homogénea interpretación del Derecho internacional humanitario, así como del Derecho internacional penal y procesal, destacando los mecanismos de cooperación con los Estados para enjuiciar a los responsables por la comisión de crímenes internacionales.

Aunque la Oficina del Fiscal del TPIR afirmó en su informe de fecha 10 de febrero de 2015 la existencia de dificultades para implementar el enjuiciamiento sobre la aplicación del Derecho penal internacional, como consecuencia de la falta de incorporación en su Derecho interno de la tipicidad de los crímenes internacionales y la ausencia de norma que habilitara a los Estados al ejercicio universal de su jurisdicción del principio de justicia universal, el funcionamiento de los instrumentos de cooperación entre los Estados y el Tribunal fue positivo principalmente por el apoyo de Francia y Ruanda, que colaboraron con el Tribunal facilitando la extradición y enjuiciamiento de los responsables (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, 2015: 10-26).

A pesar de las experiencias positivas aportadas por el Tribunal, las críticas hacia su labor fueron las mismas que para el TPIY, entre las cuales podemos resaltar la falta de recursos y la dificultad de establecer un sistema de protección a víctimas y testigos, existiendo en la población desconfianza debida a cuestiones ideológicas y políticas, pero sobre todo a factores de tipo cultural. Según el séptimo coloquio de Fiscales internacionales, que tuvo lugar en la ciudad africana de Arusha durante los días 4 y 5 de noviembre de 2014, se manifestó la importancia de proteger a las víctimas y testigos durante el proceso de enjuiciamiento de los acusados, así como la necesidad de promover el ejercicio de las jurisdicciones estatales para el procesamiento de los responsables por la comisión de delitos internacionales (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, 2014: 5 y 7).

Entre los pronunciamientos de este Tribunal Internacional, debemos resaltar la Sentencia dictada en el caso de Michel Bagaragaza⁴⁹⁵, no sólo por abordar aspectos sustantivos de la complicidad y conspiración en el delito de genocidio, sino también por la cuestión de jurisdicción suscitada tras la oposición del Estado ruandés a la entrega del investigado a otros Estados para su enjuiciamiento.

Seis meses después de la primera comparecencia del Sr. Bagaragaza ante el TPIR y de que fuese trasladado al centro de Detención del TPIY en La Haya, con fecha 16 de agosto de 2005, la Fiscalía emite una petición ante el Tribunal para que el acusado fuera puesto a disposición de otro tribunal, en este caso nacional, con jurisdicción competente. Con fecha 15 de febrero de 2006, el Tribunal se pronuncia en el sentido de que no existe oposición a ello, siempre que se acredite el cumplimiento de los presupuestos del artículo 11 bis A) del Reglamento sobre Procedimiento y Prueba, por el que se establece su jurisdicción penal sobre la base de los siguientes presupuestos, a saber: 1) el lugar donde hubiese cometido el delito o; 2) el lugar donde hubiese tenido

⁴⁹⁵ Michel Bagaragaza (1945), de nacionalidad ruandés entonces director de la entidad OCIR-Tea y miembro del partido político Movimiento Republicano para el Desarrollo y la Democracia (MRND), fue enjuiciado por el Tribunal Penal Internacional de Ruanda por haber cometido delito de genocidio, conspiración y complicidad del mismo. Estas acusaciones se fundamentaron debido a su participación en la recaudación de fondos en aras de organizar grupos armados contra la minoría *tutsis*. Fue condenado a ocho años de prisión tras dictarse sentencia el día 17 de noviembre de 2009, si bien fue puesto en libertad el día 1 de diciembre de 2011 tras haber colaborado con la Fiscalía y finalizado su rehabilitación.

lugar el arresto del acusado o; 3) disponga de jurisdicción para que acepte el caso y esté dispuesto a su enjuiciamiento⁴⁹⁶.

Los Fiscales, en dicha petición y tras haber recibido un mensaje por parte de Noruega el día 14 de julio de 2005, analizaban la cuestión sobre la posibilidad de que el Estado noruego tuviese jurisdicción penal para atribuirle el enjuiciamiento del Sr. Bagaragaza conforme al citado precepto 11 bis. Uno de los principales inconvenientes sobre su proceso de extradición radicaba en el *locu delicti*, por cuanto fue en territorio ruandés donde tuvo lugar la comisión del delito, el Fiscal señaló como excepción de la misma que las autoridades nacionales requeridas garanticen un juicio justo y que la pena impuesta por la comisión de delitos no fuese la pena de muerte, conforme al apartado C) del artículo 11 bis del Reglamento⁴⁹⁷, confirmándose con ello la disposición por parte del Estado noruego para su enjuiciamiento y, por consiguiente, la aplicación del ejercicio de su jurisdicción universal, que viene reforzado por lo establecido en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la que Noruega es Estado parte, acreditando que tiene jurisdicción penal para el enjuiciamiento del Sr. Bagaragaza⁴⁹⁸.

A pesar de ello, el Tribunal en su Decisión de 19 de mayo de 2006, falló que los tribunales noruegos carecían de jurisdicción para el enjuiciamiento de Michel Bagaragaza al no constar tipificado en el *Código General Civil Penal* noruego el delito de genocidio, no cumpliendo por ello con uno de los presupuestos del apartado A) del artículo 11 bis del Reglamento sobre Procedimiento y Prueba, concretamente el tercero de ellos, estimando que los elementos por los cuales describe la conducta tipificada del

⁴⁹⁶ El citado precepto correspondiente es el que sigue: “*Rule 11 bis: Referral of the Indictment to another Court*”

(A) *If an indictment has been confirmed, whether or not the accused is in the custody of the Tribunal, the President may designate a Trial Chamber which shall determine whether the case should be referred to the authorities of a State: (i) in whose territory the crime was committed; or (ii) in which the accused was arrested; or (iii) having jurisdiction and being willing and adequately prepared to accept such a case, so that those authorities should forthwith refer the case to the appropriate court for trial within that State”.*

⁴⁹⁷ El apartado C) de dicho precepto dispone lo siguiente: “*In determining whether to refer the case in accordance with paragraph (A), the Trial Chamber shall satisfy itself that the accused will receive a fair trial in the courts of the State concerned and that the death penalty will not be imposed or carried out”.*

⁴⁹⁸ “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. Prosecutor’s request for Referral of the Indictment to Another Court”, of the 15th of February 2006, case n°. ICTR-2005-86-PT, p. 10.

delito de genocidio difieren de otros hechos ilícitos como el homicidio (delito tipificado previsto en el *Código General Civil Penal* de Noruega)⁴⁹⁹.

El TPIR recibe, con fecha 12 de diciembre de 2006, una segunda petición por parte de la Fiscalía en virtud del cual señalaba que los Países Bajos podrá tener jurisdicción competente para llevar a cabo el procesamiento del Michel Bagaragaza al constar que cumple con los presupuestos previstos en el citado artículo 11 bis A) del reglamento.

En esta ocasión, a diferencia del Derecho interno noruego, el ordenamiento jurídico de Holanda tipifica el delito de genocidio conforme a lo establecido en el apartado a) del artículo 4 de su CP, al estar suscrito al Tratado sobre Genocidio de 1948, determinando con ello la aprobación y adaptación de su ordenamiento jurídico interno mediante la Ley de 1964 sobre la Implementación del Convenio sobre Genocidio, y ello fue decisivo para que el Tribunal aceptara la entrega para su enjuiciamiento a los Países Bajos mediante Decisión de fecha 13 de abril de 2007⁵⁰⁰.

A esta Decisión se opusieron las autoridades de Ruanda por cuanto afirmaban que los partícipes penalmente responsables deberán ser enjuiciados no sólo en base al principio de personalidad activa sino también por la conexión del criterio de territorialidad con el *locu delicti*, que en este supuesto correspondería a los tribunales nacionales de su país.

El Tribunal, contrariamente a las posiciones críticas realizadas por el Estado ruandés, adoptó la decisión para garantizar un enjuiciamiento justo, ello a pesar de que el único motivo de justificación de la Decisión se fundamentaba en la pena que el ordenamiento jurídico nacional de Ruanda establecía por la comisión de estos delitos internacionales, vulneraban la integridad física y moral de los acusados, por cuanto contemplaba la imposición de la pena de muerte en los textos normativos penales para

⁴⁹⁹ “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. The Decision on the Prosecution Motion for Referral of the Indictment to the Kingdom of Norway”, of the 19th of May 2006, case n°. ICTR-2005-86-R11bis, pp. 5-6.

⁵⁰⁰ “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. The Decision on the Prosecution Motion for Referral of the Indictment to the Kingdom of The Netherlands”, of the 13th of April 2007, case n°. ICTR-2005-86-11bis, pp. 1-13.

la comisión de estos delitos⁵⁰¹. Con ello, revocó la Decisión del TPIR de fecha 17 de agosto de 2007, que denegaba la extradición del Sr. Bagaragaza al Estado neerlandés, al considerar el Tribunal que los Países Bajos carecía de jurisdicción sobre el Sr. Bagaragaza conforme a la jurisprudencia del caso Mpambara^{502 y 503}.

Tras serle puesto a disposición del TPIR, éste lo condenó a ocho años de prisión por Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2009⁵⁰⁴. El 19 de julio de 2010, parte de su ejecución fue para cumplir dicha condena en las prisiones de Suecia. Posteriormente, el entonces juez y presidente del Tribunal Khalida Rachid Khan, basándose en la jurisprudencia del TPIY y conforme al artículo 27 del Estatuto⁵⁰⁵, concedió al Sr. Bagaragaza su puesta en libertad por buena conducta tanto por la confesión de su crimen como por su colaboración con las autoridades en el proceso de investigación de otros responsables de la comisión de genocidio, siendo puesto en libertad el 1 de diciembre de 2011, convirtiéndose así en el primer Tribunal que pone en libertad a un individuo condenado por el delito de genocidio, en competencia de ejecución.

Desde el punto de vista de Ruanda sobre este caso, podemos determinar una actitud positiva sobre su enjuiciamiento por parte de este Tribunal Penal Internacional, a pesar de que el Estado africano criticó su traslado a prisiones de otro Estado para el

⁵⁰¹ Sobre este aspecto, debemos señalar que el Estado ruandés, incluso antes de que se dictase la orden de detención y extradición al Sr. Bagaragaza, la defensa señaló en su escrito de fecha 17 de agosto de 2007 que Ruanda abolió la pena de muerte como condena por la comisión de delitos tipificados en su Derecho penal. Si bien señalaron que, a pesar de este significativo hecho, ello no impide que se garantice un juicio justo ante la falta de experiencia por parte del Estado ruandés sobre los delitos de genocidio (“Public Defense Response to The Prosecutor’s extremely urgent motion of the Referral Order Pursuant Rule 11bis (f) & (G)”, of the 17th of August 2007, case n°. ICTR-2005-86-11bis, p. 3).

⁵⁰² El caso *Public Prosecutor v. Joseph Mpambara* fue uno de los más conocidos por el Tribunal Supremo de La Haya, por el que se enjuiciaba al Sr. Mpambara por crímenes de guerra, tortura y genocidio en Ruanda. Si bien éste fue detenido por las autoridades neerlandesas, el Tribunal de Distrito de La Haya determinó que el Estado neerlandés carecía de jurisdicción para enjuiciar a Joseph Mpambara por cuanto el delito de genocidio no fue realizado contra ciudadanos de los Países Bajos, sino contra la población civil africana, principalmente grupos minoritarios y étnicos, determinando con ello que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda tenía jurisdicción sobre el caso.

⁵⁰³ “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. The Prosecutor’s extremely urgent motion of the Referral Order Pursuant Rule 11bis (f) & (G)”, of the 17th of August 2007, case n°. ICTR-2005-86-11bis, p. 3.

⁵⁰⁴ “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. Sentencing Judgement”, of the 17th of November 2009, case n°. ICTR-05-86-S.

⁵⁰⁵ El citado precepto dispone lo que sigue: “*Les peines d’emprisonnement sont exécutées au Rwanda ou dans un État désigné par le Tribunal international pour le Rwanda sur la liste des États qui ont fait savoir au Conseil de sécurité qu’ils étaient disposés à recevoir des condamnés. Elles sont exécutées conformément aux lois en vigueur de l’État concerné, sous la supervision du Tribunal*”.

cumplimiento de su condena y condenó la decisión de su puesta en libertad, no compartiendo los fundamentos en los que el Tribunal se basó para concederla al Sr. Bagaragaza, al afirmar que fueron insuficientes las razones expuestas ante la gravedad de los delitos cometidos, a pesar de su colaboración con las autoridades durante el proceso de investigación.

En el debate de la AG sobre el papel de la justicia penal internacional en la reconciliación de los Estados y de las víctimas, convocado en su 67ª reunión del 11 a 13 de abril de 2013, el entonces Ministro de Justicia y Abogado del Estado Tharcisse Karugarama afirmó el positivo papel que desempeñó los tribunales internacionales con mención especial al TPIR y al TESL, si bien criticó negativamente el ejercicio procesal que llevaron a manifestar que los verdaderos beneficiarios del proceso ante el Tribunal no fuesen las víctimas del delito de genocidio, sino más bien aquellos individuos que eran puestos a disposición ante el mismo (KARUGARAMA, 2013: 4). Con ello, estima la ausencia de una verdadera reconciliación entre la víctima de delitos internacionales con relación a su organización política, que a veces encuentran un mayor respaldo en el enjuiciamiento llevado a cabo por los tribunales nacionales en términos de conseguir una pacificación de las situaciones conflictivas.

Un ejemplo de ello, y en relación con este caso, podemos encontrarlo en los denominados *Tribunales Gacaca*, sistema judicial comunitario, creado en el año 2001 y disuelto el 18 de junio de 2012, que tenía por finalidad el enjuiciamiento de personas por delitos de genocidio de menor entidad, a través del ejercicio de su jurisdicción nacional unido en coordinación con la jurisdicción internacional llevada a cabo por el TPIR. Aunque este sistema judicial no era novedoso, por cuanto provenía de la antigüedad y era utilizado para resolver conflictos locales, su resurgimiento y adaptación determina la existencia de mecanismos jurídicos alternativos para perseguir delitos internacionales y, por ello, la superación de una percepción negativa hacia el ejercicio de una jurisdicción universal impuesta por acuerdo de otros Estados.

La experiencia de este caso, según la Oficina de los Fiscales del TPIR, fue la existencia de un verdadero reto sobre la cooperación entre los Estados ante la existencia de un conjunto de ordenamientos jurídicos nacionales cuyos pilares y fundamentos difieren en concordancia con los valores culturales de cada región y ello quedó patente cuando se aplicó la justicia penal universal por el Tribunal Internacional

(INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, 2015: 10-12). No obstante, ello no impidió que se elaborase una jurisprudencia que sentara y reforzara, junto con el TPIY, los pilares del Derecho penal internacional y humanitario respecto a los actos delictivos llevados a cabo por grupos armados.

C) Tribunales Especiales de naturaleza mixta y Salas Extraordinarias

Existen aproximaciones acerca de la definición del concepto “justicia transicional”. El anterior Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan definió la justicia transicional en el informe presentado ante el CSNU el 3 de agosto de 2004, sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, bajo los siguientes términos:

“La noción de “justicia de transición” (...) abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos” (NACIONES UNIDAS, 2004: 6).

Del mismo modo, las Profesoras Rachel Kerr y Eirin Mobbek afirman que tanto el término de justicia transicional como justicia post-conflicto son intercambiables y se definen como “aquel conjunto de mecanismos jurídicos y no jurídicos que tienen como objetivo afrontar una serie de abusos de los derechos humanos y/o violaciones del Derecho internacional humanitario cometidos en el pasado”⁵⁰⁶.

La justicia transicional surge en períodos de cambios de regímenes políticos con el objetivo de perseguir y enjuiciar a aquellos individuos para exigirles responsabilidad penal por la comisión de delitos contrarios a los valores y principios tanto del “nuevo” Derecho interno como internacional, normalmente en los períodos de transición de un

⁵⁰⁶ Documento original: “The terms “transitional justice” and “post-conflict justice” are used here interchangeably to denote the range of judicial and non-judicial mechanisms aimed at dealing with a legacy of large-scale abuses of human rights and/or violations of international humanitarian law” (KERR y MOBEKK, 2007: 3).

régimen dictatorial a otro de tipo democrático. Los tribunales híbridos y las Comisiones de la Verdad ejemplifican la praxis de la justicia transicional⁵⁰⁷.

La mayoría de los juristas y académicos consideraron como origen de la justicia de transición los TMI y el TPMILO tras la Segunda Guerra Mundial, si bien, y como señala los Profesores Quinn y Elster, existen antecedentes sobre la creación y funcionamiento que se remontan en la transición a la democracia en la antigua Grecia entre los años 411 y 403 a.C.⁵⁰⁸.

La finalidad de reconciliación determinó la creación de tribunales que, por su apoyo internacional, participa de una naturaleza mixta al precisar de los órganos judiciales nacionales para su implementación, favoreciendo su actuación en los procesos y enjuiciamientos en la persecución de los delitos internacionales⁵⁰⁹. Estos tribunales se rigen por los artículos de sus Estatutos que determinan la estructura y organización, así como en algunos casos la ley procesal aplicable estableciendo su jurisdicción, pero por ser su creación fruto de acuerdos con los Estados implicados, se complementa con las normas internas de éstos.

Su vinculación al Derecho internacional y su integración dentro del sistema judicial de los Estados determina su naturaleza mixta o híbrida. Estos tribunales son creados normalmente a través de tratados y *ex post facto*, es decir, tras haberse constatado la comisión de graves delitos y tienen una clara finalidad de pacificación de la convivencia procurando la reconciliación entre los autores y víctimas ante la comisión de delitos internacionales cometidos.

En la práctica, estos tribunales ejercen sus funciones en momentos de dificultad política y social, por lo que la cooperación entre las Organizaciones Internacionales e

⁵⁰⁷ Sobre estos tribunales especiales, véase WILLIAMS, S. (2012). *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*. Vol. 9, Oxford, Hart Publishing, Studies in International and Comparative Criminal Law.

⁵⁰⁸ Así, QUINN, J. R. (2017). "The development of transitional justice". En LAWOTHER, Ch.; MOFFET, L. y JACOBS, D. *Research Handbook on Transitional Justice, Research Handbooks in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 11-33; e igualmente ELSTER, J. (2004). *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.

⁵⁰⁹ Así, SÁNCHEZ MERA, S. (2014), "Tribunales Híbridos: ¿Un modelo uniforme?". *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*, Vol. 1, Nº 2; e igualmente AMBOS, K. y OTHAM, M. (Eds.). (2003). *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Edition Iuscrim, Freiburg i. Br.

instituciones nacionales en materia de gestión y administración son fundamentales. Debe ser tenido en cuenta que cada tribunal híbrido o internacionalizado es creado con una identidad propia, por lo que se diferencia tanto en su naturaleza como en el ejercicio de su jurisdicción y Derecho penal aplicable, si bien suelen tener como denominador común su finalidad de perseguir delitos internacionales de genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad, así como que en su Estatuto establece su vinculación con el Derecho interno y estructura de los Estados, además de regular el ejercicio de su jurisdicción y la determinación de su competencia territorial, siendo tribunales que normalmente son creados de forma temporal.

Entre los tribunales especiales podemos destacar los TESL y TEL; así como las ECCC, las Salas de Crímenes de Guerra de Tribunal de Bosnia-Herzegovina (en adelante BWCC), las CAE, los PETO y el Tribunal Especial de Kosovo (en adelante KSC).

C.1) Tribunal Especial de Sierra Leona

La guerra civil de Sierra Leona, que tuvo lugar entre el 23 de marzo de 1991 hasta el 18 de enero de 2002, fue consecuencia de la desestabilización política y del enfrentamiento étnico entre las tribus de los *temnés* (miembros del movimiento Frente Unido Revolucionario), y los *mendes* (integrados en las fuerzas armadas y del Gobierno). La crueldad de los crímenes cometidos para hacerse con el comercio de los diamantes, la persecución y asesinatos contra grupos étnicos y otras minorías determinó la intervención del propio CSNU, que provocó con sus resoluciones un Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Estado de Sierra Leona, firmado el 16 de enero de 2002⁵¹⁰, para la creación de un tribunal con jurisdicción con el fin de enjuiciar y castigar a los responsables de estos crímenes internacionales.

Con sede en Freetown (Sierra Leona), el Tribunal se le atribuye jurisdicción para enjuiciar a aquellos individuos que hayan cometido graves delitos contra el Derecho internacional humanitario y el Derecho nacional del Estado sierraleonés, estableciendo su competencia temporal a partir del 30 de noviembre de 1996 y extendiendo su

⁵¹⁰ Con carácter previo, debemos señalar que dicho acuerdo fue alcanzado mediante Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1315 (2000), de 14 de agosto, por el que se negociaba con el Estado de Sierra Leona la creación de un tribunal especial que tuviese por finalidad la persecución de delitos cometidos en dicho territorio africano, crímenes que fueron calificados internacionalmente como delitos contra el Derecho internacional humanitario, de lesa humanidad y crímenes de guerra.

competencia territorial a los hechos cometidos en el Estado de Sierra Leona (artículo 1.1 del Estatuto). Característica de la Guerra Civil fue la utilización de niños soldados, que eran captados, drogados y forzados a usar armas y cometer delitos contra la población civil, por ello la jurisdicción del TESL se le atribuyó la competencia para enjuiciar a menores de edad entre 15 y 18 años conforme al artículo 7 del Estatuto⁵¹¹. El artículo 8 establece que la jurisdicción del Tribunal es concurrente con la de los tribunales internos, si bien el TESL tendrá primacía sobre los mismos.

Los inicios del Tribunal fueron difíciles no sólo por no contar con los recursos suficientes, sino que su gestión fue complicada al existir valores culturales diferentes. Además, no contaban con la debida cooperación para perseguir y enjuiciar a los individuos penalmente responsables (SHOCKEN, 2002: 447-448), aunque precisamente para asegurar la debida cooperación y colaboración, el Acuerdo firmado Naciones Unidas y Sierra Leona suponía un novedoso intento de captar su voluntad.

En lo que respecta a su jurisprudencia, el caso más relevante de este Tribunal Especial puede encontrarse en las cuestiones de jurisdicción suscitado en el enjuiciamiento de Sam Hinga Norman⁵¹², investigado por su responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad, especialmente en lo que concierne al reclutamiento de menores. Es cierto que el fallecimiento del Sr. Norman en el año 2007 determinó la finalización del proceso de investigación por parte de este Tribunal, pero no por ello debemos pasar por alto todas aquellas resoluciones que la Sala de

⁵¹¹ El artículo 7 del Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona dispone lo siguiente: “1. *The Special Court shall have no jurisdiction over any person who was under the age of 15 at the time of the alleged commission of the crime. Should any person who was at the time of the alleged commission of the crime between 15 and 18 years of age come before the Court, he or she shall be treated with dignity and a sense of worth, taking into account his or her young age and the desirability of promoting his or her rehabilitation, reintegration into and assumption of a constructive role in society, and in accordance with international human rights standards, in particular the rights of the child.*

2. *In the disposition of a case against a juvenile offender, the Special Court shall order any of the following: care guidance and supervision orders, community service orders, counselling, foster care, correctional, educational and vocational training programmes, approved schools and, as appropriate, any programmes of disarmament, demobilization and reintegration or programmes of child protection agencies”.*

⁵¹² Sam Hinga Norman (1940-2007), político sierr-leonés famoso por ser el fundador y líder del movimiento de los Kamajors, también conocido bajo el nombre de las Guerzas Civiles de Defensa. Este movimiento social, formado por un grupo de cazadores, luchaba contra el Frente Unido Revolucionario durante la inestabilidad política del país. Falleció en el año 2007 durante su enjuiciamiento por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, e incluso habiéndose sometido a tratamiento médico. Determinando ello la finalización de los procesos de investigación por parte del Tribunal Especial de Sierra Leona.

Apelación y la Sala de Primera Instancia dictaron para resolver la cuestión de ejercicio jurisdiccional del Tribunal.

En su exposición cronológica, la Sala de Primera Instancia en su Sentencia de fecha 15 de octubre de 2003 (*Decision on the Defence Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Command Responsibility*), desestimó la petición preliminar de la defensa acerca de la ausencia de jurisdicción para enjuiciar al Sr. Norman, pues el mismo carecía de funciones de mando y no podría ser considerado responsable de ordenar los crímenes objeto de acusación. La Sala rechazó dicha excepción afirmando que el TESL tiene jurisdicción conforme a su Estatuto y en concreto atendiendo a los preceptos 2 a 4 y el apartado 3 del artículo 6 (éste último permite enjuiciar a aquellos subordinados que hubieran omitido cualquier conducta tendente a evitar que sus superiores ordenaran cometer crímenes considerados como internacionales descritos en los ya citados artículos 2 a 4 del Estatuto del Tribunal), declarando igualmente que la responsabilidad de mando no deja de ser un elemento esencial que debe ser valorado en la aplicación individual de la pena, especialmente cuando el proceso de investigación se centra en hechos acontecidos durante un conflicto armado⁵¹³.

La Sala de Apelación, en Sentencias de fecha 13 de marzo de 2004, resolvió sobre su jurisdicción y su independencia como órgano judicial, así como sobre las garantías establecidas en el procedimiento. En la Sentencia *Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction* la defensa de los acusados Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara alegaron de forma preliminar el incumplimiento por parte del Tribunal de lo establecido en su art. 72 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, concretamente en la infracción del procedimiento y de la garantía de un juicio imparcial y justo. La Sala desestimó los argumentos presentados señalando que la salvaguarda judicial puede ser vista desde diferentes perspectivas y los textos normativos por los que se regían su función jurisdiccional garantizaban a sus miembros la exigencia de ejercer sus funciones judiciales de forma imparcial y a través de un juicio justo, con ello preservaban la independencia judicial. Los preceptos en los que basaron la decisión fueron el artículo 2 del Acuerdo entre el Estado sierraleonés y las Naciones Unidas, el apartado 1 del artículo 13 del Estatuto por el que determina las normas que los jueces

⁵¹³ “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on the Defence Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Command Responsibility”. Judgment, of 15th October 2003, reference number SCSL-2003-08-PT.

del Tribunal deben cumplir, y el art. 15 del Reglamento de Procedimiento y Prueba que exige a los jueces la imparcialidad a la hora de juzgar a los acusados evitando cualquier circunstancia personal que les impida ejercer su labor⁵¹⁴.

La Sala de Apelación en la Sentencia *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Judicial Independence)*, también de fecha 13 de marzo de 2004, resolvió sobre la vulneración por parte del Tribunal de los tratados y normas consuetudinarias del Derecho internacional, así como la infracción de sus propias normas estatutarias. Conforme al Acuerdo alcanzado entre el Estado sierraleonés y las Naciones Unidas y las normas previstas en el Derecho internacional y en su Estatuto, señaló que el TESL tiene jurisdicción para llevar a cabo la persecución de delitos internacionales en Sierra Leona, recordando que el Tribunal tiene primacía sobre el ordenamiento jurídico interno de los tribunales de Sierra Leona y afirmó que el ejercicio de jurisdicción que llevaba a cabo el Tribunal no interfería en las competencias de los tribunales nacionales y sus normas, garantizando su actuación conforme a las normas y principios del Derecho internacional⁵¹⁵.

En la *Decision on The Motion to Recuse Judge Winter from the Deliberation in the Preliminary Motion on the Recruitment of Child Soldiers*, dictada también por la Sala de Apelación con fecha 28 de mayo de 2004, se desestimó la moción preliminar de la recusación del juez Winters solicitando que fuera apartado del enjuiciamiento en el que se exigía responsabilidad penal por el reclutamiento de niños soldados. La recusación presentada se fundamentaba en la vinculación del juez Winters con el organismo internacional UNICEF, lo que afectaba al deber de imparcialidad y por ello debía ser apartado del enjuiciamiento en virtud del artículo 15 del Reglamento de Procedimiento y Prueba. La Sala desestimó los argumentos señalando que era importante diferenciar las circunstancias personales de las profesionales, pues no contaban con pruebas que vinculaban al juez Winters con UNICEF y que el mismo poseía sobrada experiencia sobre los derechos del menor y que la mera opinión

⁵¹⁴ “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction”. Judgment, of 13th March 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E).

⁵¹⁵ “The Prosecutor against Sam Hingan Norman. Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Judicial Independence)”. Judgment, of 13th March 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E).

desfavorable que tuviera el juez por una de las partes no determinaba que se viera comprometida su imparcialidad de juzgar a los acusados⁵¹⁶.

Por último, la Sentencia dictada por la Sala de Apelación *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, de fecha 31 de mayo de 2004, desestima la petición preliminar sobre la falta de jurisdicción en lo que respecta al enjuiciamiento por reclutamiento de niños soldados. En la moción preliminar se alegó por la defensa que conforme al artículo 4 del Estatuto del TESL⁵¹⁷ se exige para enjuiciar el delito de reclutamiento de niños menores de 15 años que sean utilizados en grupos o fuerzas armadas y para participar de forma activa en las hostilidades, lo que no había sido determinado en la investigación. Además, fue alegada que la criminalización de personas en minoría de edad no era conforme al Derecho internacional. Frente a estas objeciones sustantivas, el Tribunal comienza por analizar las normas internacionales y si a tenor de las mismas existe un principio que impida el enjuiciamiento de menores de edad. Basándose en el Protocolo 2 del Tratado de Ginebra de 1977 y en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que obliga a los Estados Partes a la adopción de medidas para disminuir la pena a los menores de edad cuando incurran en responsabilidad, no se aprecia que ello obligue a la ausencia de toda incriminación. Además, afirmó que la interpretación del art. 4 del Estatuto debe ser conforme a los tratados e informes de organismos internacionales y nacionales, concluyendo que el Estado sierraleonés queda vinculado a dichas normas donde el reclutamiento de niños soldados debe ser objeto de investigación y enjuiciamiento, lo que posibilita la exigencia de responsabilidad penal para aquellas personas que lleven a cabo las conductas tipificadas como graves delitos internacionales⁵¹⁸.

⁵¹⁶ “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on The Motion to Recuse Judge Winter from the Deliberation in the Preliminary Motion on the Recruitment of Child Soldiers”. Judgment, of 28th May 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E).

⁵¹⁷ El citado precepto determina que: “*The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following serious violations of international humanitarian law: a. Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities; b. Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects under the international law of armed conflict; c. Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities*”.

⁵¹⁸ “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)”. Judgment, of 31st May 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E).

El fallo de esta Sentencia no fue unánime expresando una opinión separada formulada por el juez King y un voto particular del juez Robertson. El juez King señala que la conducta ilícita de reclutamiento de menores viene fundada en normas regionales de protección de los derechos de los menores, y en concreto de la obligación de los Estados de apartarlos de cualquier conflicto armado conforme a lo establecido en el art. 22 de Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño de 1990⁵¹⁹. Por su parte, el juez Robertson profundiza en la conducta del reclutamiento de los menores de edad, determinando que existen tres vías a través de las cuales podrían cometerse dicho delito, como son el alistamiento, reclutamiento, y la utilización de los menores de edad en grupos o fuerzas armadas, todo ello en la medida en que su finalidad sea para intervenir en actividades hostiles. Igualmente, discrepa del sentir mayoritario en lo que respecta a las normas consuetudinaria o convencionales de Derecho internacional que permitan la persecución y enjuiciamiento a menores de edad, llegando incluso a resaltar que, conforme a la interpretación de los tratados, no todos los sujetos del Derecho internacional tienen la obligación de adoptar medidas que persigan acciones u omisiones inaceptables para la comunidad internacional, cuando éstas son realizadas por personas en minoría de edad⁵²⁰.

A nivel regional, este Tribunal fue objeto de crítica por su visión socio-jurídica y los valores basados en el Derecho occidental que aplicaron a sus resoluciones, tanto su Estatuto como las normas de su Reglamento de Procedimiento y Prueba se basaban en principios de los sistemas judiciales establecidos en la cultura jurídica de los Estados occidentales, lo que afectó a la voluntad de cooperación de los Estados. A pesar de ello, dicho Tribunal demostró su utilidad en la satisfacción del derecho de las víctimas y la reconciliación tras la Guerra Civil.

⁵¹⁹ “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)”. Judgment, of 31st May 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E), pp. 161-162.

⁵²⁰ “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)”. Judgment, of 31st May 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E), pp. 163-177.

C.2) Tribunal Especial para el Líbano

Tras el ataque terrorista sufrido en el Estado libanés el 14 de febrero de 2005, en la que fallecieron 23 personas, entre ellas el entonces Primer Ministro Rafiq Hairi⁵²¹ y que causó una crisis política que todavía persiste en la actualidad, surge un acuerdo entre el CSNU y el Estado libanés para la creación de un tribunal especial con la finalidad de perseguir y enjuiciar a los presuntos autores de dicho ataque, lo que fue llevado por Resolución del Consejo de Seguridad 1664 (2006), de 29 de marzo⁵²². La crisis política del país impidió su ratificación por su Parlamento nacional debido al enfrentamiento que existía entre el entonces Presidente del Parlamento Nabih Berri y el líder de la oposición del partido político Hezbollah (WETZEL y MITRI, 2008: 85), y así fue comunicado al Secretario General de las Naciones Unidas por parte del entonces Primer Ministro Fouad Siniora⁵²³ por comunicación realizada el 14 de mayo de 2007, así como por el Presidente de la República de Líbano Émile Gemail Lahoud⁵²⁴ con fecha 15 de mayo de ese mismo año.

Debido a ello el CSNU, mediante Resolución 1757 (2007) de 30 de mayo, creó el Tribunal estableciendo su Estatuto, con sede en la ciudad neerlandesa de Leidschendam y estableciendo su jurisdicción *“para enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas”* (art. 1 del Estatuto del TEL). También extendió la misma al conocimiento y enjuiciamiento de

⁵²¹ Rafiq Hairi (1944-2005), magnate empresario libanés conocido por haber ejercido como Primer Ministro desde 1992 a 1998, y desde el año 2000 a 2004. Así como por haber reconstruido la ciudad de Beirut tras la Guerra Civil libanesa desde 1975 hasta 1990.

⁵²² Con carácter previo debemos resaltar la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1636 (2005) de 31 de octubre por el que, conforme al Informe de la Comisión Internacional Independiente de la Investigación S/2005/662 sobre la investigación del ataque terrorista de fecha 14 de febrero de 2005 y cumpliendo con el principio de respeto al ejercicio soberano de los Estados, resuelve la cooperación en la investigación de dicho crimen entre las Naciones Unidas, Líbano y el Estado sirio.

⁵²³ Fouad Siniora (1943), político libanés que ejerció el cargo como Primer Ministro durante su mandato entre el 19 de julio de 2005 hasta 25 de mayo de 2008. Actual miembro parlamentario del partido Futuro Movimiento (FM), fue conocido por su cercanía al entonces Primer Ministro Rafiq Hariri, así como por su gabinete en un intento de por crear el Tribunal Especial para el Líbano con el respaldo de los partidos políticos de Amal y Hezbollah.

⁵²⁴ Émile Gemail Lahoud (1936), político libanés que ejerció el cargo de Presidente de la República de Líbano entre 24 de noviembre de 1998 hasta 23 de noviembre de 2007. Si bien su legislatura debió haber finalizado en el año 2004, ésta se extendió hasta el año 2007 gracias a una enmienda constitucional aprobada por el Parlamento por el que permitía al Presidente del Estado libanés ejercer sus funciones por un período de tres años más.

otros delitos cuyos elementos estuviesen relacionados con el citado atentado como: *“intención de delinquir (móvil), finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, patrón de los ataques (modus operandi) y autores”*, determinando su primacía jurisdiccional al establecer que *“el Tribunal Especial y los tribunales nacionales del Líbano tendrán competencia concurrente. En su ámbito de competencia, el Tribunal tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales del Líbano”* (artículo 4.1 del citado Estatuto).

Respecto a la normativa aplicable, el artículo 2 del Estatuto dispone que *“sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Estatuto, al enjuiciamiento y castigo de los delitos mencionados en el artículo 1 se aplicará lo siguiente:*

a) Las disposiciones del Código Penal del Líbano relativas al enjuiciamiento y castigo de los actos de terrorismo, los crímenes y delitos contra la vida y la integridad personal, la asociación ilícita y la omisión del deber de informar sobre crímenes y delitos, incluidas las normas relativas a los elementos materiales del delito, la participación en el delito y la conspiración; y

b) Los artículos 6 y 7 de la Ley del Líbano de 11 de enero de 1958 sobre el agravamiento de las penas para los delitos de sedición, guerra civil y lucha entre confesiones religiosas”.

El Estatuto del Tribunal se atribuye la competencia de enjuiciamiento con relación al delito de terrorismo (artículo 4)⁵²⁵, y para evitar casos de impunidad declaró la ineficacia de cualquier tipo de amnistías que se hubieren otorgado, así el artículo 6 establece que aquellas personas a las que se les hubieran concedido las amnistías para *“cualquier delito respecto del cual el Tribunal Especial tenga competencia, no constituirá un impedimento para el procesamiento”*.

En el asunto contra el Sr. Ayyash y otros por su presunta responsabilidad en la participación de los delitos de terrorismo y de conspiración para el asesinato, el Tribunal tuvo que enjuiciar a los implicados en el ataque terrorista de 14 de febrero de 2005 en Beirut, que causó la muerte del Primer Ministro Rafiq Hariri, además de 21 personas más y causando más de 226 lesionados como consecuencia de la bomba puesta en un vehículo en la vía pública. En el procedimiento, la Sala de Apelación, por Resolución de

⁵²⁵ Respecto del delito de terrorismo, debemos señalar que este delito no cuenta con una definición unánime que determine su carácter internacional, debido a la complejidad de su tipificación.

11 de julio de 2016, tuvo que declarar el sobreseimiento de la causa respecto al Sr. Mustafa Amine Badreddine, uno de los principales implicados en el atentado, al haber fallecido el mismo. Ultimeado el procedimiento, recientemente la Sala de Primera Instancia dictó Sentencia el 18 de agosto de 2020, por el que condenó al Sr. Ayyash como uno de los coautores de los delitos de conspiración, terrorismo y homicidio doloso por cada una de las personas fallecidas y de tentativa de homicidio por los que resultaron lesionados. Sin embargo, la Sentencia ha resultado ser polémica por cuanto los acusados Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra fueron declarados no culpables ante la falta de pruebas que los vincularan directamente con dicho atentado terrorista. En su Resolución, el Tribunal pone de manifiesto la insuficiencia probatoria aportada por la Fiscalía, porque su participación en los hechos se basaba fundamentalmente en la aportación de un teléfono móvil que vinculaba cierta relación de estos acusados con el atentado, pero al no profundizar en la investigación sobre otros datos objetivos, esta conexión sólo podía ser considerada como meramente circunstancial siendo la sospecha basada en conjeturas que no pueden servir de prueba para su condena⁵²⁶.

De este asunto cabe destacar la Resolución dictada por la Sala de Apelaciones de 16 de febrero de 2011, que estableció a petición de la Sala de Cuestiones Preliminares la aplicación del derecho con respecto al delito de terrorismo internacional. La Sala concluyó que atendiendo al artículo 2 de su Estatuto, el Tribunal debe aplicar el delito de terrorismo conforme al Derecho interno libanés, que debe ser interpretado de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario que resulta vinculante para Líbano. En su fundamentación jurídica, “sobre la base de los tratados (en especial la Convención Árabe de 22 de abril de 1998 sobre la Supresión del Terrorismo), las resoluciones de las Naciones Unidas y la práctica legislativa y judicial de los Estados, existen pruebas convincentes de que se ha desarrollado una norma consuetudinaria de Derecho internacional sobre el terrorismo en tiempo de paz, que requiere los siguientes elementos: (i) la intención (dolo) del delito subyacente y (ii) la intención especial (dolo especial) de difundir el miedo o coaccionar la autoridad; (iii) la

⁵²⁶ Sobre este caso, véase “The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash et al. Decision on Badreddine defence interlocutory appeal of the “interim decision on the death of Mr. Mustafa Amine Badreddine and possible termination of proceedings””. Appeal Decision, of 11th July 2016, case n° STL-11-01/T I AC/ AR126.11; y “The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash et al.”. Judgement, of 18th August 2020, case n° STL-11-01/T/TC.

comisión de un acto delictivo, y (iv) que el acto terrorista sea transnacional. Los pocos Estados que todavía insisten en una excepción a la definición de terrorismo pueden, como mucho, ser considerados objetores persistentes. Una comparación entre el delito de terrorismo tal como se define en el Código Penal libanés y el previsto en el Derecho internacional consuetudinario muestra que esta última noción es más amplia con respecto a los medios para llevar a cabo el acto terrorista, que no están limitados por el Derecho internacional, y más restringido en cuanto que (i) solo se ocupa de actos terroristas en tiempo de paz, (ii) requiere tanto un acto criminal subyacente y la intención de cometer ese acto e (iii) involucra un elemento transnacional”⁵²⁷.

A pesar del decidido avance que supuso la Sentencia, no sólo en cuanto a la interpretación del delito de terrorismo sino además a la ponderación en la que fueron valoradas las pruebas, la Sala mostró una gran capacidad valorativa sobre las pruebas aportadas al procedimiento con imparcialidad de su juicio con respecto a las acusaciones, lo que quizás ha motivado críticas infundadas sobre su actuación. Desde el punto de vista político, a pesar de haberse retrasado la lectura de la Sentencia del 6 al 18 de agosto coincidiendo con las protestas existentes con motivo de la tragedia sufrida en Beirut por la explosión de un arsenal armamentístico que provocó una gran destrucción en la ciudad, la misma ha sido fuertemente criticada en cuanto al contexto de crisis nacional que padecía dicho país cuando la Sentencia se hizo pública incidiendo como un factor más de desestabilización del régimen político y crisis de gobierno.

Con relación a otros asuntos objeto de enjuiciamiento, debemos destacar entre sus resoluciones dos Sentencias condenatorias, de fecha 18 de septiembre de 2015, por la que se condenó a la cadena de televisión Al Jadeed [CO] S.A.L./N.E.W. S.A.L.

⁵²⁷ Documento original: “*On the basis of treaties, UN resolutions and the legislative and judicial practice of States, there is convincing evidence that a customary rule of international law has evolved on terrorism in time of peace, requiring the following elements: (i) the intent (dolus) of the underlying crime and (ii) the special intent (dolus specialis) to spread fear or coerce authority; (iii) the commission of a criminal act, and (iv) that the terrorist act be transnational. The very few States still insisting on an exception to the definition of terrorism can, at most, be considered persistent objectors. A comparison between the crime of terrorism as defined under the Lebanese Criminal Code and that envisaged in customary international law shows that the latter notion is broader with regard to the means of carrying out the terrorist act, which are not limited under international law, and narrower in that (i) it only deals with terrorist acts in time of peace, (ii) it requires both an underlying criminal act and an intent to commit that act and (iii) it involves a transnational element*” (“The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash et al. Interlocutory Decision on the Applicable Law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging”. Decision, Appeals Chambers, of 16th July 2011, case n° STL-11-01/I, Casebook STL 2011, p. 33).

(N.T.V.)⁵²⁸, junto con el entonces jefe suplente de la sección de noticias y programas políticos Karma Mohamed Tahsin Al Khayar; y la de fecha 15 de julio de 2016, en la que se condena a la empresa periodística Akhbar Beirut S.A.L.⁵²⁹, junto con el entonces jefe de la misma Ibrahim Mohamed Ali Al Amin respectivamente a pena de multa por obstrucción a la justicia. Dicha condena se fundamentaba en la publicación de algunas declaraciones de testigos que prestaron declaración durante el caso *The Prosecutor v. Ayyash et al.*, incumpliendo así la Regla 60 del Reglamento de Procedimiento y Prueba por el que imponía la obligación de confidencialidad sobre los procesos de investigación llevados a cabo por el TEL.

El funcionamiento del Tribunal se desarrolla en un clima de inestabilidad política y aunque hubo un sentir mayoritario en contra de su creación al estimar como más adecuado la persecución de los hechos por la jurisdicción interna del Estado libanés, del acuerdo entre éste y el CSNU se puso de manifiesto la necesidad de crear mecanismos alternativos al ejercicio de la jurisdicción del Estado, imposibilitado de llevar a cabo los enjuiciamientos con garantías, por lo que el Tribunal, al tener jurisdicción penal preferente y apoyo internacional, permite evitar supuestos de impunidad, sobre todo en la persecución y enjuiciamiento por la comisión de delito de terrorismo.

C.3) El Alto Tribunal Iraquí

La invasión estadounidense en territorio iraquí en el año 2003 fue la respuesta al atentado a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001 al considerar que dicho Estado amparaba a los miembros de la organización terrorista Al Qaeda y a su líder Osama bin Laden, y que Irak podría albergar armas de destrucción masiva (si bien dichas acusaciones nunca fueron acreditadas). En medio de este conflicto, el Gobierno de la Coalición Provisional⁵³⁰ decidió crear un Tribunal en aras de enjuiciar a los

⁵²⁸ Sobre el presente caso, véase “In the case against Al Jadeed [CO.] S.A.L./ NEW T.V. S.A.L. (N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayar”. The Contempt Judge, of 18th September 2015, case n° STL-14-05/T/CJ.

⁵²⁹ Sobre el presente caso, véase “In the case against Akhbar Beirut S.A.L. Ibrahim Mohamed Ali Al Amin”. The Contempt Judge, of 15th July 2016, case n° STL-14-06/T/CJ.

⁵³⁰ Gobierno transitorio iraquí creado después de la caída del régimen de Ba’ath y tras la invasión de su país por parte de las fuerzas estadounidenses en marzo de 2003.

miembros del entonces Gobierno de Saddam Hussein⁵³¹ y del régimen del Grupo de Ba'ath⁵³² por crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

La creación de este Tribunal, con sede en la ciudad de Bagdad, se realizó mediante Orden 2003/48 del denominado Gobierno de Coalición Provisional que delega al Consejo del Gobierno Iraquí dicha función de enjuiciamiento (art. 1.1 de dicha Orden), así como del Estatuto (TALMON, 2013: 224). Este Tribunal creado con el nombre de Tribunal Especial Iraquí, terminó siendo conocido como Alto Tribunal Iraquí (en adelante IHT)⁵³³, y se regulaba conforme a su Derecho interno, pero con competencia para perseguir crímenes internacionales.

En lo respecta a su jurisdicción, los apartados b) y c) del artículo 1 de dicho texto normativo dispone que “el Tribunal tendrá jurisdicción sobre cualquier nacional iraquí o residente de Irak acusado de los crímenes citados en los artículos 11 a 14⁵³⁴, cometidos desde el 17 de julio de 1968 hasta el 1 de Mayo de 2003 incluido, en el territorio de la República de Irak o en otro territorio, incluyendo los delitos cometidos relacionados con la Guerra de Irak contra la República Islámica de Irán y el Estado de Kuwait. Esto incluye la jurisdicción sobre los delitos citados en los artículos 12 y 13 cometidos contra la población de Irak (incluyendo a los árabes, kurdos, turcomanos, asirios y otros grupos étnicos, y Chiítas y Suniítas) tanto si son cometidos en conflicto armado o no”⁵³⁵. Del análisis del apartado b) del artículo 1 se desprende que la

⁵³¹ Saddam Hussein Abd al-Majid al Tikriti (1937-2006), político iraquí que ocupó el cargo de Presidente del país desde 1979 hasta el año 2003 (año que comenzó la invasión de Irak por parte de Estados Unidos), así como por haber sido líder del Grupo de Ba'ath. Tras haber sido capturado el 13 de diciembre de 2003 y haber sido entregado al Estado iraquí, fue procesado por el Tribunal Especial Iraquí el 5 de noviembre de 2006 acusado por delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio en 1982. Fue condenado a la horca, que fue realizado el 30 de noviembre de ese mismo año.

⁵³² Partido político que gobernó durante la República de Irak desde 1968 hasta 2003. Si bien dicho periodo fue conocido por su prosperidad y crecimiento económico, no debemos olvidar los conflictos sociales que tuvo que afrontar éste junto con la posible comisión de delitos de lesa humanidad contra la población iraquí durante su mandato.

⁵³³ El cambio del nombre del Tribunal tuvo lugar tras el nuevo Gobierno iraquí en 2005, ya que en su texto constitucional, en su artículo 15, señalaba que no podrán establecerse la creación de tribunales especiales o con carácter excepcional (LAUGHLAND, 2008: 242).

⁵³⁴ Los citados preceptos del Estatuto hacen referencia a los delitos de genocidio, de lesa humanidad, crímenes de guerra y la violación de las normas previstas en su Derecho interno.

⁵³⁵ El citado precepto original dispone lo siguiente: “*The Tribunal shall have jurisdiction over any Iraqi national or resident of Iraq accused of the crimes listed in Articles 11 to 14 below, committed since July 17, 1968 and up until and including May 1, 2003, in the territory of the Republic of Iraq or elsewhere, including crimes committed in connection with Iraq's wars against the Islamic Republic of Iran and the*

jurisdicción sobre los delitos internacionales se llevará a cabo conforme al Derecho nacional del Estado, diferenciándose de los tribunales de transición, ya que éstos fueron creados mediante relaciones de cooperación de los Estados con otros organismos internacionales u otros Estados miembros de distintas comunidades.

Si bien es cierto que este Tribunal fue creado con el objeto de garantizar un juicio justo, imparcial y transparente con el fin de proteger su jurisdicción sobre sus nacionales, su Estatuto fue objeto de crítica por los juristas internacionalistas. Así, la Profesora Chiam afirmó que el IHT había sufrido muchos contratiempos ante las circunstancias políticas del Estado de Irak sobre el conflicto y la inestabilidad política, con hostigamiento de grupos armados y terroristas. Ello dio lugar a la existencia de diversas lagunas o dificultades a la hora de procesar a los autores responsables de la comisión de delitos internacionales (CHIAM, 2007: 224), y la ausencia de imparcialidad y legitimidad del Tribunal.

Otro factor que resaltaron los juristas internacionalistas se centra en el artículo 27 de su Estatuto y su vinculación con el Derecho nacional iraquí. El artículo 27 del citado Estatuto dispone que “las sentencias se cumplirán a través del sistema jurídico de Irak conforme a su derecho”⁵³⁶, determinando así que las penas y sanciones se aplicarán conforme a lo previsto en las normas penales de su Derecho interno. Es en este aspecto donde se puede observar la vulneración de los valores y principios del Derecho internacional, por cuanto para estos crímenes se prevé la pena de muerte como condena. Según la Profesora Chiam, ninguno de los tribunales especiales o regionales prevé la aplicación de la pena de muerte, aunque éstas estuvieran contempladas en el ordenamiento jurídico interno, determinado la quiebra de un juicio justo para los penalmente responsables (CHIAM, 2007: 226).

La creación de este Tribunal conforme al Derecho interno del Estado iraquí, bajo el pretendido amparo del Derecho internacional, tenía por finalidad la protección de su jurisdicción y el ejercicio soberano frente a Estados Unidos, impidiendo así el conocido

State of Kuwait. This includes jurisdiction over crimes listed in Articles 12 and 13 committed against the people of Iraq (including its Arabs, Kurds, Turcomans, Assyrians and other ethnic groups, and its Shi'ites and Sunnis) whether or not committed in armed conflict” (TALMON, 2013: 225).

⁵³⁶ Precepto original: “*Sentences shall be carried out by the legal system of Iraq in accordance with its laws*” (TALMON, 2013: 239).

como “derecho de los vencedores sobre los vencidos” que supondría la vulneración de la soberanía iraquí.

Entre las sentencias dictadas por el Tribunal, podemos resaltar el caso Al Dujail, también conocido bajo el nombre de *Prosecutor v. Saddam Hussein et al.*⁵³⁷, por el que condenaron a muerte a los acusados Saddam Hussein al-Majid, Barzan Ibrahim, al-Hassam y Awwad Hamad al-Badar por crímenes de lesa humanidad contra la población civil en Dujail⁵³⁸. Igualmente condenaron a cadena perpetua al Sr. Taha Yassin Ramadan, y a 15 años de prisión a los acusados Abdehullah Kadhim Ruwayid, Ali Dayeh'Ali y Mizher Abdehullah Kadhim por la comisión de tales delitos.

Lo esencial de esta Sentencia no es sólo la condena a un alto cargo cuya inmunidad no fue aplicado ni reconocido tras la caída del régimen político iraquí de Saddam Hussein, sino sobre todo por la profundidad del estudio sobre la costumbre del Derecho internacional en materia de la persecución de delitos considerados contrarios a los valores de la comunidad internacional y su posterior codificación como norma convencional. Su fundamento se inspira en los principios del TMI sobre los crímenes de lesa humanidad y la evolución posterior sobre la positivización de los crímenes internacionales, inspirándose en los precedentes que fueron establecidos en el Acuerdo de Londres de 1945 y en la Ley N°10 del Consejo del Control Aliado.

Las condenas impuestas a los acusados, concretamente a aquellos que fueron condenados a muerte, fueron objeto de crítica ante una imposición punitiva desproporcionada y abusiva, contrarias a las normas procesales de los sistemas jurídicos de los países occidentales. No se trata de un Tribunal de naturaleza internacional, incluso a pesar de su creación transnacional, el mismo carece de la finalidad propia de estos tribunales. Se trata de un Tribunal claramente de naturaleza estatal con el apoyo y colaboración de los Estados que participaron en el derrocamiento de Saddam Hussein.

La experiencia de este Tribunal revela que, a pesar de la buena fe y voluntad de la colectividad iraquí para enjuiciar a los autores por la comisión de delitos

⁵³⁷ Sobre el citado caso, véase “The Public Prosecutor in the High Iraqi Court et al. v. Saddam Hussein Al Majeed et al.”, Judgment, of 5th November 2006, case n° 1/E Firts/2005.

⁵³⁸ La masacre de Dujail fue uno de los hechos históricos más destacados en el Estado iraquí. Los hechos tuvieron lugar tras el intento de asesinato a entonces presidente Saddam Hussein en dicha ciudad el 8 de julio de 1982. Ante tal situación, detuvieron a la mayoría de la población civil de los cuales más de 140 fueron condenados y ejecutados por tentativa de asesinato.

internacionales contra la población civil, las circunstancias políticas del Estado impidieron que el proceso de los responsables fuera imparcial, transparente y justo. La jurisdicción, en este supuesto, se vería amparada en su ejercicio soberano y en el principio de legalidad interna, pero no en los principios reconocidos por el Derecho internacional.

C.4) Paneles Especiales del Tribunal del Distrito de Dili

El apoyo generalizado por parte de los ciudadanos de Timor Oriental⁵³⁹ en el referéndum celebrado el 30 de agosto de 1999, legitimó internamente el reconocimiento de su independencia. Ello generó una crisis política, económica y social entre Timor Oriental e Indonesia, que desembocó en un conflicto bélico donde se produjeron ataques y persecuciones contra la población timorese, que determinó la intervención de Naciones Unidas.

El CSNU, por Resolución adoptada de fecha 25 de octubre de 1999, en su 4057^a reunión, creó la Misión de Naciones Unidas para Timor Oriental (UNAMET) con la finalidad de garantizar la seguridad y estabilidad social, económica y política en el territorio, constituyendo como órgano de intervención la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET) con el objetivo de reforzar las estructuras de gobierno timorenses, desarrollando una administración efectiva basada en relaciones de cooperación humanitaria y de desarrollo de servicios civiles y sociales. Dicho órgano debía establecer tras evaluar la situación mecanismos jurídicos que aseguraran la seguridad sobre todo el territorio (CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, 1999: 2-3).

⁵³⁹ Sobre este Estado debemos mencionar su contexto histórico, especialmente su papel en las relaciones con el Estado portugués e indonesio. Respecto a su relación con Portugal, Timor Oriental fue colonia por el Imperio portugués desde el siglo XVI hasta 1975, fecha en la que esta región fue invadida por Indonesia y anexionada como provincia tras declararse independiente de Portugal.

Dicha invasión no fue reconocida por las Naciones Unidas, que seguía considerando dicho territorio bajo el dominio administrativo portugués por parte de la comunidad internacional. Ello conllevó que la invasión llevada a cabo por Indonesia fuese contrario a las normas del Derecho internacional, por cuanto consideró que la anexión de Timor Oriental con Indonesia se llevó a cabo mediante violencia, llegando incluso a cometer delitos contra la colectividad timorese.

La administración temporal conllevaba que Naciones Unidas asumiera competencia jurisdiccional sobre todo el territorio de Timor Oriental⁵⁴⁰. Para ejercer dichas funciones, se procedió a la creación de los PETO mediante Regulación de la UNTAET n° 2000/15 de 6 de junio, en el que se establece la jurisdicción de este Tribunal de naturaleza híbrida, sus mecanismos de enjuiciamiento y organización, remitiéndose sobre este último aspecto a otras Regulaciones aprobadas por la UNTAET. Este Tribunal, que fue incorporado a la estructura del Tribunal del Distrito de Dili, estuvo vigente desde el año 2002 hasta el 2006, fecha en la que cesó en sus funciones.

Los PETO ejercían su jurisdicción sobre el territorio timorense y temporalmente tenían competencia para perseguir y enjuiciar a los responsables de la comisión de delitos internacionales entre 1 de enero y 25 de octubre de 1999 (artículo 2.3 de la Regulación 2000/15). El Tribunal normalmente estaba compuesto por un total de tres jueces (de los cuales dos eran internacionales y uno del Estado timorense); únicamente se ampliaba hasta un total de cinco jueces (tres jueces internacionales y dos timorenses) cuando existía un juicio relevante⁵⁴¹ (artículo 22 del mismo texto jurídico). Como Tribunal *ex post facto*, tenía por objeto exigir la responsabilidad penal individual por la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, torturas, asesinato y los delitos sexuales acontecidos durante el conflicto armado.

El Capítulo II de la Regulación de la UNTAET 2000/15 establecía la tipificación de las conductas, estableciendo que también incurrirán en responsabilidad aquellos individuos que hubiesen ejercido sus funciones militares e institucionales, determinando que su inmunidad no será aplicable para su enjuiciamiento (artículos 15 y 16 de la Regulación).

Conforme a la sección 3 del Capítulo II, el Tribunal ejercerá en virtud de las normas jurídicas internas de Timor Oriental, las regulaciones y directivas de la UNTAET; y de los tratados internacionales que hubiesen sido suscritos por el nuevo

⁵⁴⁰ Sobre su regulación, véase en Regulación de la UNTAET 2000/11 de 6 de marzo sobre la organización de los Tribunales de Timor Oriental.

⁵⁴¹ Los casos objeto de enjuiciamiento, en atención a su relevancia o gravedad, estaban previstos en el apartado 4 del artículo 15 de la Regulación de la UNTAET 2000/11, de 6 de marzo, sobre la organización de los tribunales de Timor Oriental, bajo los siguientes términos: “*In cases of special importance or gravity, the Presidency of the respective District Court may decide, after hearing the parties to the proceedings, to establish a panel of five judges to hear the case*”.

Estado de Timor Oriental, incluyendo los principios del Derecho internacional sobre los conflictos armados.

La regulación del ejercicio de la jurisdicción universal en los artículos 2.1 y 2 permite diferenciar este Tribunal de otros tribunales internacionales, especiales o mixtos, permitiendo que el PETO tenga competencia para ejercer su jurisdicción de forma extraterritorial. El apartado 2 del citado precepto define dicha jurisdicción bajo los siguientes términos:

“A los efectos de la presente regulación, “principio de justicia universal” determina la jurisdicción con independencia de si:

- (a) el delito grave en cuestión hubiese sido cometido en territorio de Timor Oriental;
- (b) el delito grave hubiese sido cometido por un ciudadano de Timor Oriental; o
- (c) la víctima del delito grave fuese un ciudadano de Timor Oriental”⁵⁴².

El artículo 17 de la Regulación 2000/15, en cambio, determina los límites del ejercicio jurisdiccional del Panel Especial. De este precepto puede deducirse que estemos ante una jurisdicción universal limitada en los delitos de asesinato y de naturaleza sexual conforme a las normas del Derecho interno. Dichos límites no son de aplicación en la persecución y enjuiciamiento de los delitos internacionales de tortura, genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

De su amplia e importante jurisprudencia, merece especial atención dos casos en los que este Tribunal enjuició a los acusados por la comisión de crímenes de lesa humanidad. En el caso “Los Palos” el Tribunal condenó a miembros del grupo de la milicia “Equipo Alfa” por la comisión de crímenes contra la población civil de Leuro y otras localidades en 1999 (los crímenes fueron asesinatos, retenciones ilegales y deportaciones)⁵⁴³. En el caso de la “Masacre en el distrito de Liquiçá”, por el que se enjuició a los miembros de la milicia Pro-Indonesia Besi Merah Putih (BMP) por la comisión de delitos de deportaciones y asesinatos contra la población civil.

⁵⁴² Precepto original: “*For the purposes of the present regulation, “universal jurisdiction” means jurisdiction irrespective of whether:*

- (a) the serious criminal offence at issue was committed within the territory of East Timor;*
- (b) the serious criminal offence was committed by an East Timorese citizen; or*
- (c) the victim of the serious criminal offence was an East Timorese citizen”.*

⁵⁴³ Sobre el citado caso, véase “*The General Prosecutor V. Joni Marques and the Others*”, Judgment, 11 December 2001, case nº 09/2000.

A este Tribunal se opuso el Estado indonesio, que políticamente no podía reconocer el referéndum de autodeterminación para la independencia de parte de su territorio, por lo que en ningún momento colaboró con el mismo. Además, la amplitud de su jurisdicción para conocer de los delitos sexuales y de asesinatos generó conflictos con los tribunales internos (REIGER y WIERDA, 2006: 23-24), a lo que debe añadirse la falta de apoyo por la sociedad civil y la insuficiencia de mecanismos internacionales que obligara a cooperar con el Tribunal, lo que provocó que existiera una confusión entre la jurisdicción de los tribunales nacionales y la del Tribunal (CHIAM, 2007: 216), existiendo diversos enfrentamientos de jurisdicción entre ellos.

C.5) Salas Extraordinarias del Tribunal de Camboya

El genocidio camboyano llevado a cabo por la organización de guerrilla Jeremes Rojos⁵⁴⁴ entre 1975 y 1979 motivó la creación de las Salas Extraordinarias del Tribunal en el Reino de Camboya.

Las Salas Extraordinarias fueron creadas tras un largo proceso de negociación entre las Naciones Unidas y el Reino de Camboya. La Carta redactada y firmada por el Príncipe Norodom Ranariddh⁵⁴⁵ (Primer Ministro) y el Segundo Ministro Hun Sen⁵⁴⁶ solicitó de Naciones Unidas la creación de un tribunal que tuviese como fin el enjuiciamiento de los miembros del Gobierno de los Jeremes Rojos por genocidio. En este sentido, la Comisión de Derechos Humanos de la Naciones Unidas solicitó al “*Secretario General que, mediante su Representante Especial sobre la situación de los*

⁵⁴⁴ Organización camboyana de guerrilleros creada tras la Guerra de Vietnam y el derrocamiento del General Lon Nol que, bajo la apariencia del régimen maoísta, fundó el sistema de gobierno autoritario bajo el nombre de Kampuchea Democrática. Sus actuaciones en el ámbito político, bajo la finalidad de crear lo que ellos denominaban “una raza pura y superior” (basándose en la ideología y pensamiento del nazismo), propiciaron el genocidio camboyano contra la etnia minoritaria jemer.

⁵⁴⁵ Norodom Ranariddh (1944), príncipe, político y académico de nacionalidad camboyana e hijo del rey Norodom Sihanouk que ejerció como Primer Ministro entre 1993 y 1997 junto con el entonces Segundo Ministro Hun Sen. Fue conocido por ser miembro del partido político Frente Unido Nacional para una Camboya Independiente, Neutral, Pacífica y Cooperativa (FUNCINPEC), y haber llevado a cabo políticas económicas con el fin de promover el sector comercial a otros líderes de la región camboyana.

⁵⁴⁶ Hun Sen (1952 -no obstante, debemos resaltar que su fecha de nacimiento oficial fue el 4 de abril de 1951-), político camboyano y afiliado a los Jemer Rojos que ejerció el cargo de Primer Ministro desde 1985 hasta 1993, si bien compartió ese cargo junto con el Príncipe Norodom Ranariddh entre 1993 y 1998. Posteriormente, y tras la ruptura de su relación con el Príncipe ante las tensiones que existían entre ambos políticos, determinó como consecuencia de ello que Hun Sen diese un golpe de Estado en 1997 (conllevándose así la crisis política en el país), volvió a ejercer el cargo de Primer Ministro desde 1998 hasta la actualidad.

Derechos Humanos en Camboya, en colaboración con el Centro de Derechos Humanos, examine toda solicitud de asistencia de Camboya para hacer frente a las graves violaciones del Derecho camboyano e internacional cometidas en el pasado como medio de lograr la reconciliación nacional, fortalecer la democracia y abordar la cuestión de la responsabilidad individual” (CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, 1997: 2).

La AG y el CSNU, por Resolución 1997/49 de abril de 1997, autorizó al Secretario General, asesorado por un grupo de expertos que estudiaron y analizaron las circunstancias sociales, jurídicas y políticas de Camboya, a iniciar las negociaciones que posibilitaran la creación de un tribunal internacional para enjuiciar a Altos cargos del Gobierno de los Jeremes Rojos por genocidio acontecido entre los años 1975 a 1979.

Tras un período de siete años de negociación, por Resolución de la AG 57/228A de 27 de febrero de 2003 sobre los juicios a los Jeremes Rojos, se estableció un borrador del acuerdo entre las Naciones Unidas y Camboya, sobre la creación de una Sala Extraordinaria y el asesoramiento internacional a fin de garantizar el enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales.

Alcanzado el acuerdo entre el Secretario General de las Naciones Unidas y el Reino de Camboya, y conforme a la Resolución 57/228B de 22 de mayo de 2003, se procedió a la creación de la ECCC estableciendo su sede en la capital camboyana de Phom Penh⁵⁴⁷.

Conforme al Convenio de cooperación suscrito, el Estado camboyano modificó su normativa interna en el sentido de adaptar la misma al cumplimiento de las obligaciones asumidas con Naciones Unidas. La Ley de reforma promulgada el 27 de octubre de 2004, sobre el establecimiento de las ECCC, dio cobertura normativa a la creación y funcionamiento del Tribunal.

⁵⁴⁷ El acuerdo de cooperación fue firmado por las partes el 6 de junio de 2003 en la ciudad de Phom Penh, si bien su entrada en vigor fue el 29 de abril de 2005, ya que su ratificación no fue realizada en el mismo año 2003. Así, el entonces Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación Internacional Hor Namhong, mediante escrito el 19 de octubre de 2004, manifestó que el Camboya había ratificado el acuerdo en cuestión, notificándose posteriormente a las Naciones Unidas el 16 de noviembre de ese mismo año (NACIONES UNIDAS, 2012: 3; y EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA, 2004).

La jurisdicción de la ECCC abarca el enjuiciamiento de los miembros del régimen de los Jeremes Rojos por la comisión de graves violaciones del Derecho internacional humanitario reconocidos en los convenios suscritos por Camboya, limitando su jurisdicción temporal a los hechos cometidos entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979 (art. 1 del Estatuto). La Sala tendrá jurisdicción sobre todo el territorio del Reino de Camboya, por cuanto la comisión de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra fueron cometidos en su territorio. Conforme al artículo 3 del Estatuto la Sala tendrá competencia para enjuiciar los delitos de homicidios, torturas y persecuciones religiosas conforme al CP de Camboya de 1956, además de los crímenes internacionales de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra (arts. 4-6 del Estatuto), se atribuye competencia para enjuiciar los delitos de destrucción de bienes culturales y aquellos ataques realizados contra el personal diplomático (arts. 7-8 del mismo Estatuto).

Dicho Tribunal suscitó pocos conflictos de jurisdicción, contando con un gran apoyo por integrarse tanto en su composición como en el proceso de investigación jueces y fiscales camboyanos. En su actividad destaca la investigación para su enjuiciamiento de los miembros del grupo de guerrilleros Jeremes Rojos, entre los que se encontraban los Sres. Yim Tith, Im Chaem, Ao An y Meas Muth. En su Sentencia, de fecha 26 de julio de 2010⁵⁴⁸, fue condenado Kaing Guek Eav a cadena perpetua por crímenes de lesa humanidad, además fueron condenados a cadena perpetua y por igual delito Khieu Samphan y Nuon Chea por Sentencia de 16 de noviembre de 2018⁵⁴⁹.

Su jurisprudencia es relevante en cuanto distingue entre organización política o guerrillera y entre los Altos dirigentes de la misma de aquellos integrados en su estructura como subordinados, si bien estima que todos ellos tienen igual grado de responsabilidad tanto el que tiene mando y poder de ejecución del delito como aquellos

⁵⁴⁸ En relación con el citado caso, véase “Judgement against Kaing Guek Eav”, Case 001, Judgment, Trial Chamber, of 26th July 2010, Document n° E188, Case file n° 001/18-07-2007/ECCC/TC; así como “Judgement against Kaing Guek Eav”, Case 001, Appeal Judgment, Supreme Court Chamber, of 3th February 2012, Document n° F28, Case file n° 001/18-07-2007-ECCC/SC.

⁵⁴⁹ Véase “Judgement against Nuon Chea and Khieu Samphan”, Case 002/01, Judgment, Trial Chamber, of 7th August 2014, Document n° E313, Case file n° 002/19-09-2007/ECCC/TC; y “Judgement against Nuon Chea and Khieu Samphan”, Case 002/02, Judgment, Trial Chamber, of 16th November 2018, Document n° E465, Case file n° 002/19-09-2007/ECCC/TC.

que no impiden su comisión, interpretando para ello la responsabilidad penal establecida en el artículo 29 del Estatuto.

C.6) Salas de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina

La desintegración de la República Federal de Yugoslavia en 1991, causado por la crisis política y social tras la caída del Régimen comunista, determinó la independencia política de los territorios que la integraban. En febrero de 1992, el territorio de Bosnia-Herzegovina decidió convocar un referéndum unilateral de secesión de Serbia, que pretendía ejercer una posición hegemónica heredera del Estado yugoslavo. El rechazo de la decisión mayoritaria a la creación de un Estado independiente provocó un conflicto armado entre Serbia y el territorio bosnio, caracterizado por una persecución étnica y religiosa, que motivó la intervención de fuerzas internacionales de pacificación. Dicho conflicto armado iniciado el 6 de abril de 1992, se dio por concluido el 14 de diciembre de 1995, tras la firma y ratificación de los Acuerdos de Dayton⁵⁵⁰.

El 12 de noviembre de 2000, la Oficina del Alto Representante de Bosnia-Herzegovina decidió la creación de una Sala dentro de su estructura judicial con el fin de perseguir e investigar los crímenes internacionales cometidos dentro de su territorio, compartiendo jurisdicción concurrente con el TPIY. El Parlamento bosnio, mediante la Ley de 3 de julio de 2002, del Tribunal de Bosnia-Herzegovina, estableció la Sala de Crímenes de Guerra dentro del TS de su país, comenzando a desempeñar sus funciones el 9 de marzo de 2005. Además el CSNU solicitó, mediante Resoluciones 1503(2003), de 28 de agosto, y 1534(2004), de 26 de marzo; la colaboración y cooperación de los tribunales nacionales de otros Estados con la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina para perseguir la comisión de crímenes internacionales.

⁵⁵⁰ Los Acuerdos de Dayton, también conocido como el Protocolo de París o el Acuerdo Marco General Para la Paz de Bosnia-Herzegovina (GFAP), es un tratado de paz firmado y ratificado el 14 de diciembre de 1995 con el fin de poner fin al conflicto internacional de Bosnia-Herzegovina. Firmado en Dayton, en el Estado norteamericano de Ohio, por Croacia, Yugoslavia, y Bosnia-Herzegovina.

El tratado de paz conllevó la constitución de la Oficina del Alto Representante, que representa al Estado bosnio en la comunidad internacional, y la creación de tres “entidades” para asegurar la paz y convivencia dentro del territorio. Dichas “entidades” son: la Federación de Bosnia-Herzegovina (integrado por personas bosnio-serbias), la República Srpska (formado por personas bosnio-croatas), ambas disponen sus propias instituciones gubernamentales, parlamentarias y judiciales; y el distrito Brčko, que es una entidad política con entidades autónomas, separada de las dos anteriores (IVANIŠEVIĆ, 2008: 3-4).

Con sede en Sarajevo, en virtud de lo establecido en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley sobre el Tribunal de Bosnia-Herzegovina, la Sala de Crímenes de Guerra tiene como fin “garantizar el ejercicio de las competencias del Estado bosnio y respetar los Derechos Humanos y el Estado de Derecho dentro del mismo territorio”⁵⁵¹. Compuesto por 10 jueces, la mayoría de ellos internacionales y conforme a los artículos 10 y 14 de dicha Ley, la Sala de Crímenes de Guerra constituye la Sección Primera de la Sala de lo Penal del TS de Bosnia-Herzegovina, cuya organización interna se completa con la Sección Segunda, con competencia para enjuiciar delitos de organización criminal, económicos y corrupción, y la Sección Tercera con competencia para los demás delitos bajo la jurisdicción del Tribunal. La Sección Primera está compuesta por cinco “paneles” o sesiones del Tribunal, cada una de ellas integradas por tres miembros, de los cuales dos son internacionales y uno de ellos de nacionalidad bosnia (IVANIŠEVIĆ, 2008: 7).

En lo que respecta a su jurisdicción, el artículo 7⁵⁵² señala que el Tribunal tendrá jurisdicción sobre aquellas conductas tipificadas en su CP, así como para la persecución de crímenes internacionales como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y aquellos delitos que violen el Derecho humanitario⁵⁵³.

⁵⁵¹ Precepto original del artículo 1.1 del citado texto normativo: “*In order to ensure the effective exercise of the competencies of the State of Bosnia and Herzegovina and the respect of human rights and the rule of law in the territory of this State, a Court of Bosnia and Herzegovina (hereinafter the “Court”) is established*”.

⁵⁵² El citado precepto dispone lo siguiente: “*The Court has further jurisdiction over criminal offences prescribed in the Laws of the Federation of Bosnia and Herzegovina, the Republika Srpska and the Brčko District of Bosnia and Herzegovina when such criminal offences:*

a) endanger the sovereignty, territorial integrity, political independence, national security or international personality of Bosnia and Herzegovina;
b) may have serious repercussions or detrimental consequences to the economy of Bosnia and Herzegovina or may have other detrimental consequences to Bosnia and Herzegovina or may cause serious economic damage or other detrimental consequences beyond the territory of an Entity or the Brčko District of Bosnia and Herzegovina”.

⁵⁵³ Artículo 7.3 de la Ley del Tribunal de Bosnia-Herzegovina: “*The Court shall have further jurisdiction as follows:*

a) to take a final and legally binding position on the implementation of Laws of Bosnia and Herzegovina and international treaties on request by any court of the Entities or any court of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina entrusted to implement the Law of Bosnia and Herzegovina;
b) to issue practice directions on the application of the substantive criminal law of Bosnia and Herzegovina falling within the competence of the Court on genocide, crimes against humanity, war crimes and violations of the laws and practices of warfare and individual criminal responsibility related to those crimes, ex officio or at the request by any court of the Entities or of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina.

Una de las características fundamentales de este Tribunal híbrido es la especial colaboración mantenida con el TPIY. Su propia norma de creación establecía la colaboración entre los mismos permitiendo la transferencia de casos entre el TPIY y el BWCC, así como la utilización de pruebas recogidas en los procedimientos del TPIY para la investigación y enjuiciamiento seguidos ante el Tribunal de BWCC, favoreciendo la simplificación de los procedimientos, así como el aseguramiento de los procesamientos y de los juicios al seguir de forma uniforme la interpretación de las normas del Derecho penal e internacional⁵⁵⁴, estando todo ello previsto en el artículo 2 de la Ley sobre transferencia de casos del TPIY a la Fiscalía del BWCC⁵⁵⁵.

c) decide any issue relating to International and inter-Entity criminal law enforcement, including relations with Interpol and other international police institutions, such as decisions on the transfer of convicted persons, and on the extradition and surrender of persons, requested from any authority in the territory of Bosnia and Herzegovina, by foreign States or International Courts or Tribunals;

d) decide any conflict of jurisdiction between the courts of the Entities, between the Courts of the Entities and the Courts of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina and between the Court of BiH and any other Court;

e) decide on the reopening of criminal proceedings for criminal offences prescribed in the Laws of Bosnia and Herzegovina”.

⁵⁵⁴ Así, el artículo 3 de la misma Ley, sobre los principios generales, dispone lo siguiente: “(1) *Evidence collected in accordance with the ICTY Statute and RoPE may be used in proceedings before the courts in BiH.*

(2) *The courts shall not base a conviction of a person solely or to a decisive extent on the prior statements of witnesses who did not give oral evidence at trial”.*

⁵⁵⁵ El citado precepto dispone lo siguiente: “(1) *If the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) transfers a case with a confirmed indictment according to Rule 11 bis of the ICTY Rules of Procedure and Evidence (hereinafter: RoPE), the BiH Prosecutor shall initiate criminal prosecution according to the facts and charges laid out in the indictment of the ICTY. The BiH Prosecutor shall adapt the ICTY indictment in order to make it compliant with the BiH Criminal Procedure Code, following which the indictment shall be forwarded to the Court of BiH. The Court of BiH shall accept the indictment if it is ensured that the ICTY indictment has been adequately adapted and that the adapted indictment fulfils the formal requirements of the BiH CPC.*

(2) *If the BiH Prosecutor adds charges or accused to the indictment, the Court of BiH shall confirm the indictment in accordance with the requirements of the BiH CPC, but only in relation to the additional charges or accused.*

(3) *The deadlines for the submission of the preliminary objections prescribed in paragraph 4 of article 228 and paragraph 2 of article 233 of the BiH Criminal Procedure Code shall be 30 days.*

(4) *The custody and detention of persons shall be regulated according to the BiH CPC. For the purpose of calculating the custody under the BiH CPC, the time that a person has spent in custody at the ICTY shall not be considered, but the time the person has spent in ICTY custody shall be considered for the calculation of the sentence pursuant to the provisions of the BiH Criminal Code.*

(5) *As an exemption from the provisions of Paragraph 4 of this Article and from the provision of Article 139, Paragraph 4 of CPCBiH, the court shall issue a decision on custody or on releasing of the transferred person as soon as possible, but not later than 48 hours from the time when the Prosecutor has filed the request for custody.*

(6) *If the Office of the Prosecutor of the ICTY transfers cases in which the indictment has not been confirmed by an ICTY Trial Chamber, the Prosecutor’s Office of BiH shall undertake the criminal proceedings pursuant to the BiH CPC.*

El caso de Gojko Janković⁵⁵⁶ y ⁵⁵⁷ es uno de los ejemplos de esta relación de cooperación y colaboración jurídica entre ambos tribunales. En el presente caso se condenó al acusado a 34 años de prisión por su participación en el crimen de genocidio, habiendo sido entregado a las autoridades bosnias por el TPIY para que éste fuera enjuiciado por dicha Sala⁵⁵⁸.

La creación de esta Sala dentro del Tribunal implicó una serie de reformas legislativas que garantizara la armonización del Derecho penal y procesal interno e internacional, adaptando su sistema jurídico tras la inclusión de elementos propios del *Common Law*, como el sistema de acuerdo o negociación de la condena del acusado o la abolición de la figura del juez instructor en los procesos de investigación (previstos en sus normas procesales penales hasta las reformas legislativas llevadas a cabo en el año 2003) (MALLINDER, 2013: 484-485), que aseguraron que las relaciones de cooperación y colaboración con el TPIY se articularan superando la mayoría de los obstáculos en los procesos de investigación, procesamiento y enjuiciamiento de las personas responsables. Aunque esta armonización generó cierto debate jurídico sobre el funcionamiento principal del Tribunal durante el ejercicio de su jurisdicción, tuvo en su favor el reforzamiento de los derechos de las víctimas y el acceso de éstos a la justicia (IVANIŠEVIĆ, 2008: 6 y 13).

C.7) Salas Extraordinarias Africanas

La CIJ, en su Sentencia de 20 de julio de 2012 sobre la orden detención del Sr. Habré, declaró la obligación internacional de Senegal de enjuiciar por delito de torturas o

(7) The ICTY shall be informed about any legally binding decision rendered in criminal proceedings”.

El quinto apartado del artículo 2 fue modificado mediante una enmienda, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 46/06, de 19 de junio. Disponible en: http://www.sudbih.gov.ba/app_dev.php/stranica/82/pregled. Consultado el día 30 de julio de 2019.

⁵⁵⁶ Sobre el citado caso, véase “Prosecutor v. Gojko Janković”, Judgment, of 16th February 2007, reference number X-KR-05/161.

⁵⁵⁷ Gojko Janković (1954), miliciano bosnio acusado por el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia por crímenes de lesa humanidad, por su participación en el conflicto bosnio como líder del ejército paramilitar de la Armada de la República de Srpska; así como de violación y agresión sexual. El 16 de febrero de 2007, el Tribunal de Bosnia-Herzegovina le condenó a 34 años de prisión por la comisión de dichos crímenes internacionales.

⁵⁵⁸ “Prosecutor v. Gojko Janković”, Judgment, of 16th February 2007, reference number X-KR-05/161, pp. 6-7.

acceder a su extradición a las autoridades judiciales belgas para su enjuiciamiento⁵⁵⁹. No obstante, la Corte no estableció en su Resolución una preferencia en el cumplimiento de dicha obligación internacional, dando prioridad a su enjuiciamiento para evitar su impunidad.

Tras la Sentencia de la CIJ, el Estado de Senegal llegó a un acuerdo con la UA para la creación de un Tribunal que pudiera llevar a cabo el enjuiciamiento del Sr. Habré. Este acuerdo de 22 de agosto de 2012 creó la CAE, siendo ratificado por el Estado de Senegal mediante Ley N° 2012/25, de 28 de diciembre. Para auxiliar las funciones de dicho Tribunal, fue creada la Oficina de la Defensa mediante cláusula adicional dentro del citado acuerdo el 24 de julio de 2014.

La CAE estableció su sede en la ciudad de Dakar y fue integrado en la estructura judicial de los tribunales de justicia de Senegal (HØGESTØL, 2016: 153), siendo sus jueces miembros de la UA. Su jurisdicción viene establecida en los arts. 1 y 3 de su Estatuto, disponiendo que: “1. Las Salas Extraordinarias africanas tienen la capacidad para procesar y juzgar al/los principal/es responsable/s de los delitos y violaciones graves del Derecho internacional, de las costumbres y los convenios internacionales ratificados por Chad, cometidos dentro del territorio chadiano durante el período entre el 7 de junio de 1982 y el 1 de diciembre de 1990.

2. Las Salas Extraordinarias africanas pueden optar por enjuiciar a los delitos más graves dentro de su jurisdicción”⁵⁶⁰.

Dicho Tribunal fue creado de forma exclusiva para el enjuiciamiento del Sr. Habré, se trata de un Tribunal especial de naturaleza híbrida creado *ad hoc* para enjuiciar unos hechos concretos y *ex post facto*, habiendo sido disuelto tras cesar en sus

⁵⁵⁹ Sobre el asunto Habré de la CIJ y su posterior relevancia para este Tribunal, véase el apartado A.4) del epígrafe 3.2 del presente Capítulo.

⁵⁶⁰ El artículo 3 de la misma ley dispone lo siguiente: “1. *Les Chambres africaines extraordinaires sont habilitées à poursuivre et juger le ou les principaux responsables des crimes et violations graves du droit international, de la coutume internationale et des conventions internationales ratifiées par le Tchad, commis sur le territoire tchadien durant la période allant du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990.*
2. *Les Chambres africaines extraordinaires peuvent choisir de poursuivre les crimes les plus graves relevant de leur compétence*”.

funciones con el enjuiciamiento del Sr. Habré y la Resolución de la Sala de Apelaciones, que desestimó su recurso el 27 de abril de 2017⁵⁶¹.

La CAE cuenta con jurisdicción universal aplicando las normas del Estado senegalés en defecto de lo establecido en su Estatuto conforme al apartado segundo del artículo 16, y con competencia para enjuiciar los delitos de lesa humanidad, torturas, crímenes de guerra y genocidio objeto de persecución y enjuiciamiento definidos en los artículos 5 a 8 de dicho Estatuto.

Conforme a su especial naturaleza, no le pueden ser oponibles los derechos de inmunidad y así lo declara en su Sentencia dictada el 30 de mayo de 2016⁵⁶², por el que condena a cadena perpetua al Sr. Habré por haber cometido delitos de crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y torturas mientras ejercía el cargo de Primer Ministro en el Estado chadiano entre 1982 y 1990⁵⁶³.

Desde el punto de vista de la comunidad africana, el enjuiciamiento y condena del Sr. Habré en las CAE tuvo un impacto regional muy positivo, por cuanto fue el primer caso de la historia que condena a una persona que, tras haber gozado de inmunidad en el ejercicio de sus funciones como Alto cargo, pudo ser juzgado por la comisión de crímenes internacionales.

Las únicas críticas realizadas sobre la actuación de este Tribunal se centran en la falta de persecución de otros partícipes, además del Sr. Habré, por la comisión de delitos contra los Derechos Humanos e internacional humanitario, pues la propia creación de las CAE fue concebida exclusivamente para propiciar el enjuiciamiento del Hissène Habré por la represión y ataques a la población civil ejercida durante su mandato como Presidente del Chad entre 1982 y 1990. Además, no hizo uso de su

⁵⁶¹ Así, “Ministère Public c. Hissène Habré”. Jugement, Chambre Africaine Extraordinaire d’Assises d’Appel, du 27 avril 2017.

⁵⁶² Esta Sentencia, unida a la creación de las Salas Extraordinarias Africanas, bajo la visión de los juristas internacionales, es relevante por cuanto fue el primer supuesto en el que una persona, que había ejercido inmunidad durante el ejercicio de sus funciones como Primer Ministro, fue condenada por delitos internacionales ante un tribunal especial y conforme a las normas internas de un Estado la inmunidad que ejercía los Altos cargos del Estado no se han aplicado a los crímenes internacionales como en este supuesto (HØGESTØL, 2016: 153).

⁵⁶³ “Ministère Public c. Hissène Habré”. Jugement, Chambre Africaine Extraordinaire d’Assises, du 30 mai 2016, p. 536.

jurisdicción universal con igual fundamento para perseguir la comisión de delitos internacionales en otros Estados.

C.8) Tribunal Especial de Kosovo

Tras la desintegración territorial de la República Federal de Yugoslavia, el Estado serbio pretendió mantener la integración territorial de aquellas regiones o provincias que originariamente, junto con Eslovenia y Croacia, constituyeron el Estado de Yugoslavia reconocido como tal por el Tratado de Trianón de 4 de junio de 1920, que estableció las fronteras tras la desaparición del Imperio austrohúngaro. La región de Kosovo y Metohija contaba con una mayoría étnica musulmana, con aspiraciones de autogobierno, que era apoyada por un movimiento de liberación formado por independentistas albaneses⁵⁶⁴. Las luchas entre serbios y musulmanes desembocó en un conflicto armado del que cabe diferenciar dos etapas, la primera en el que se enfrentaron el denominado Ejército de la Liberación de Kosovo con grupos armados serbios apoyados militarmente por Serbia entre 1996 y 1999, que determinó que países integrantes de la UE interviniera militarmente pretendiendo el cese de las hostilidades a través no sólo de fuerzas de interposición sino atacando objetivos militares serbios, lo que desembocó en una segunda etapa en el conflicto entre el Estado serbio y la propia UE.

En este contexto histórico-político suscitado en la región de Kosovo, debemos remontarnos al referéndum de independencia celebrado entre el 26 y el 30 de septiembre de 1991, cuyo resultado nunca fue aceptado por la minoría serbia establecida en dicho territorio. Ello provocó que el Estado serbio aboliera su autonomía desencadenando enfrentamientos entre los años 1996 y 1999, manteniendo un clima de violencia y de revueltas entre la población como los acontecimientos sucedidos el 17 de marzo de 2004.

⁵⁶⁴ El Ejército de la Liberación de Kosovo (UÇK) fue una organización fundada por el entonces Presidente de Kosovo Hashim Thaçi, considerada por algunos como de naturaleza terrorista que, integrada por miembros albaneses independentistas, inició un movimiento de no violencia por el que exigían la independencia de Kosovo del territorio yugoslavo y serbio. Esta organización fue acusada por crímenes de lesa humanidad y de guerra según los informes de la Unión Europea.

Toda esta situación llevó a la intervención de la comunidad internacional, de la que se puede destacar la Resolución 1244 de 10 de junio de 1999 del CSNU⁵⁶⁵. En los anexos de esta Resolución, puede ser destacado como medida para superar el conflicto bélico el establecimiento de un proceso político que permitiría en Kosovo la creación de un Gobierno Provisional conforme a los principios y tratados del Derecho internacional, potenciando la desmilitarización de grupos armados, policiales y paramilitares, así como una serie de medidas que garantizara la estabilidad política y económica (CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, 1999: 6-8).

Desde la aprobación de dicha Resolución no se dio comienzo al proceso de negociación hasta el año 2006, manteniéndose la región bajo soberanía del Estado serbio. El enviado especial de las Naciones Unidas Martti Ahtisaari⁵⁶⁶ elaboró un informe conocido como la Propuesta integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo, adjuntado mediante Carta al Presidente del CSNU de fecha 16 de marzo de 2007, en el que sugiere la intervención por parte de la UE para garantizar la situación política en Kosovo, con despliegue de fuerzas internacionales y fundamentalmente el “reconocimiento provisional” del ejercicio soberano kosovar y su posterior ingreso en la comunidad internacional.

Así, el apartado 1 del artículo 1 de la Propuesta de Acuerdo establecía que *“Kosovo será una sociedad multiétnica, que se gobernará a sí misma democráticamente y respetando plenamente el principio de la legalidad por conducto de sus instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales”*. El informe determinaba que la región kosovar podrá adoptar una Constitución, en el que *“prescribirá y garantizará los mecanismos legales e institucionales necesarios para que Kosovo se rija por los más altos principios democráticos y para promover la coexistencia pacífica y próspera de todos sus habitantes”* (apartado 3 del citado artículo).

⁵⁶⁵ La citada Resolución fue aprobada mediante 14 votos a favor (Francia, Rusia, Reino Unido, Estados Unidos, Brasil, Argentina, Canadá, Baréin, Gambia, Países Bajos, Malasia, Gabón, Eslovenia y Namibia), 1 abstención por parte de China y ningún voto en contra. Las declaraciones de China se fundamentaban en el principio de no interferencia en el ejercicio soberano de un Estado, por cuanto consideró que este enfrentamiento bélico debía resolverse internamente, y no mediante la intervención de otros Estados.

⁵⁶⁶ Martti Ahtisaari (1937), político y diplomático finlandés conocido no sólo por su actuación como enviado especial de las Naciones Unidas en la región de Kosovo en el año 2006 y su posterior informe, sino también por haber sido Presidente del Estado finlandés entre 1994 y 2000; se le concedió el Premio Nobel de la Paz en el año 2008 por su labor en la resolución de conflictos internacionales.

Dicho informe fue objetado por algunos Estados partes del CSNU, al oponerse Rusia al reconocimiento unilateral de la independencia de Kosovo, por cuanto ello era contrario a los principios y normas del Derecho internacional. Para superar la situación, la entonces Comunidad Europea (actual UE) tuvo que intervenir unilateralmente dentro del territorio de Kosovo con el fin de estabilizar la situación política y económica de la región tras fracasar el 21 de julio de 2007 las negociaciones. Dicha intervención, conocida con el nombre de Misión Estabilizadora o EULEX (*European Union Rule of Law Mission in Kosovo*), aprobada el 14 de diciembre de dicho año venía legitimada en la citada Resolución del CSNU 1244 de 10 de junio de 1999, tenía como finalidad el apoyo, la supervisión e incluso la tutela de las instituciones y competencias ejercidas por Kosovo.

No todos los Estados pertenecientes a la UE respaldaron dicha actuación, que estimaron contraria a la citada Resolución y al propio Derecho internacional en cuanto vulneraba el principio de la soberanía de un Estado constituido y su indivisibilidad territorial, no existiendo antecedentes sobre el reconocimiento de un nuevo Estado basado exclusivamente en su declaración unilateral. La propia Serbia, apoyada por Rusia, consideraron ilegítima esta actuación por parte de la UE, y dentro de ésta España, Grecia, Chipre, Rumanía y Eslovaquia se negaron a participar en EULEX⁵⁶⁷.

El Parlamento de Kosovo, en la sesión especial celebrada el 17 de febrero de 2008, declaró unilateralmente la independencia del Estado kosovar bajo el nombre de la República de Kosovo. Ello determinó que Naciones Unidas no hiciera pronunciamiento sobre su reconocimiento al existir discrepancia entre los Estados signatarios de la Carta⁵⁶⁸. A instancia de Serbia como Estado miembro de Naciones Unidas, solicitó un

⁵⁶⁷ Por Decisión de Consejo de la Unión Europea de 11 de junio de 2020, la misión de EULEX continúa en vigor hasta el 14 de junio de 2021 habiendo intensificado las relaciones diplomáticas para conseguir un acuerdo entre Serbia y Kosovo sobre su reconocimiento como Estado.

⁵⁶⁸ Actualmente, 101 países reconocen a Kosovo como un Estado independiente, dichos países son: Albania, Afganistán, Costa Rica, Turquía, Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Senegal, Letonia, Alemania, Estonia, Italia, Dinamarca, Luxemburgo, Perú, Bélgica, Polonia, Suiza, Austria, Irlanda, Suecia, Países Bajos, Islandia, Eslovenia, Finlandia, Japón, Canadá, Mónaco, Hungría, Croacia, Bulgaria, Liechtenstein, Corea del Sur, Noruega, Islas Marshall, Burkina Faso, Lituania, San Marino, República Checa, Liberia, Colombia, Belice, Malta, Samoa, Portugal, Montenegro, República de Macedonia, Emiratos Árabes Unidos, Malasia, los Estados Federados de Micronesia, Panamá, Islas Maldivas, Gambia, Arabia Saudí, Baréin, Jordania, República Dominicana, Nueva Zelanda, Malawi, Mauritania, Esuatini, Vanuatu, Yibuti, Somalia, Honduras, Kiribati, Tuvalu, Catar, Guinea-Bisáu, Andorra, Guinea, Níger, Benín, Santa Lucía, Gabón, Costa de Marfil, Kuwait, Haití, Brunéi, Chad, Timor Oriental, Fiyi, San Cristóbal y Nieves, Pakistán, Guyana, Tanzania, Yemen, Egipto, El Salvador,

pronunciamiento sobre la permisibilidad en el Derecho internacional de la independencia de parte de su territorio y la AG, por Resolución 63/3 de 8 de octubre de 2008, solicitó de la CIJ que se pronunciara sobre si la declaración unilateral de independencia de Kosovo era conforme a las normas del Derecho internacional.

La CIJ, en su Opinión Consultiva de fecha 22 de julio de 2010 denominada “Opinión sobre la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo”, consideró que este reconocimiento no era contrario a las normas de Derecho internacional al no existir norma consuetudinaria o escrita que regulara o previera un supuesto como el sometido a consulta, atendiendo a la necesidad de pacificación del conflicto territorial suscitado. Para ello, tuvo en consideración una renovada aplicación del principio que fue establecido en el asunto Lotus⁵⁶⁹, en virtud del cual, los Estados podrán ejercer su jurisdicción y soberanía salvo que exista norma o principio que lo prohíba en el Derecho internacional.

Así, “*la Profesora Teresa O’Neill, en relación con el estudio del principio Lotus conforme a la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo, señaló que, conforme a este principio, debía determinarse si esta actuación es contraria o no a las normas y principios del Derecho internacional. Del fallo de dicha Opinión Consultiva, O’Neill*

Tailandia, Libia, Tonga, Antigua y Barbuda, Singapur, Bangladés, Islas Cook, Isla Niue, Taiwán, Barbados e Israel.

Los países que no reconocen la independencia de Kosovo, incluso habiendo retirado su reconocimiento, son: Suriman, Burundi, Angola, Argelia, Argentina, Armenia, Azerbaiyán, Rumanía, Rusia, Bielorrusia, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, China, Chipre, Cuba, Eslovaquia, España, Uruguay, Georgia, Grecia, India, Indonesia, Irán, Israel, Kazajistán, Kirguistán, Laos, Malí, México, Moldavia, Serbia, Sri Lanka, Sudán, Tayikistán, Venezuela, Vietnam, Granada, Papúa Nueva Guinea, Lesoto, Dominica, Madagascar, Islas Salomón, Santo Tomé y Príncipe, Sierra Leona, Comoras, Togo, Ghana, Palaos Nauru, y República Centroafricana.

⁵⁶⁹ Sobre el principio Lotus, su estudio y aplicación, véase CABALLERO PÉREZ, N. I. (2019), “Sentencia de 7 de septiembre de 1927 de la Corte Permanente de Justicia Internacional: La inadvertida visión del caso “S.S. Lotus” conforme al voto particular de Rafael Altamira”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, Nº 10, pp. 188-276; HANDEYSIDE, H. (2007), “The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship ever Afloat?”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, Issue 1, pp. 71-94; O’NEILL, T. (2017), *Rethinking the Lotus Principle: New perspectives on the Kosovo Advisory Opinion*. Master Thesis Lund, International Human Rights Law, Faculty of Law, Lund University; HERTOGEN, A. (2016), “Letting Lotus Bloom”, *The European Journal of International Law*, V. 26, Issue 4, pp. 901-926; e igualmente BERMEJO GARCÍA, R., y GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2010). “La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 26, pp. 7-59.

*extrajo su conclusión que el Tribunal equipara las actuaciones de los Estados, con los caracteres de no violencia, con la armonización del Derecho internacional por cuanto, una postura negativa en la Corte ante la ausencia de tratado o norma consuetudinaria de Derecho internacional, se transforma en una cuestión cuya resolución es positiva*⁵⁷⁰. Así, y en este supuesto, el Tribunal falló considerando que la declaración unilateral de independencia de Kosovo es conforme a los principios del Derecho internacional, al haber observado la Corte que dichas actuaciones fueron llevadas a cabo dentro del marco legal constitucional del Estado serbio, y la ausencia de interferencia por parte de organismos internacionales y “terceros Estados” en el ejercicio “territorial” de Kosovo” (CABALLERO PÉREZ, 2019: 256).

La decisión de la CIJ en esta Opinión fue objeto de crítica, por cuanto la adopción de la misma podría alterar la percepción que la comunidad internacional, según la cual, pueda tener apoyo en el Derecho internacional sobre la desintegración territorial de los Estados. Así, y conforme a la opinión disidente del Juez Skotnikov, “*la mera ausencia de normas internacionales sobre el reconocimiento de la condición de Estados a territorios o regiones procedentes de otros Estados no determina su constitución bajo el Derecho internacional*”⁵⁷¹ (CABALLERO PÉREZ, 2019: 256-257).

Reconocido Kosovo como Estado independiente, si bien por parte de los Estados, el Parlamento de Kosovo aprobó la *Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office* el 3 de agosto de 2015, por la que se preveía la creación de un tribunal especial para el enjuiciamiento de crímenes internacionales cometidos durante su conflicto bélico, contra actos de depuración étnicas y de represión de la población civil, estableciendo sus normas de aplicación y jurisdicción garantizando la cooperación con otras instituciones.

El Capítulo 3, que comprende desde los artículos 6 a 23 de su “Estatuto” determina y regula la jurisdicción del KSC con sede en La Haya. El Tribunal ejercerá su

⁵⁷⁰ Así, y en palabras de la Profesora O’Neill, “*when the Court held the negative answer – the non-violation of international law – to be an answer corresponding to the positively framed question – the accordance of the declaration of independence with international law – it resorted to the Lotus Principle*” (2017: 29).

⁵⁷¹ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 521.*

jurisdicción sobre aquellos delitos internacionales que hubiesen sido cometidos en su territorio durante el período comprendido desde el 1 de enero de 1998 a 31 de diciembre de 2000 (artículos 7 y 8 del mismo texto normativo). Dicho Tribunal contará con “jurisdicción concurrente” (artículo 10), podrá ejercer su jurisdicción sobre las personas físicas (art. 9.1), atribuyéndose jurisdicción bajo los principios de personalidad activa y pasiva, pudiendo enjuiciar a los ciudadanos de Kosovo o de la Antigua Federación de la República de Yugoslavia (FRY) o a aquellos que hubiesen cometido contra los mismos (art. 9.2).

En cuanto al derecho aplicable, el Tribunal se regirá por la costumbre de Derecho internacional y el Derecho penal interno al tiempo en que hubiesen sido cometidos los delitos objeto de persecución (art. 12), teniendo en cuenta los preceptos de la Constitución de Kosovo (arts. 19.2, 22.2 y 3; y 33.1⁵⁷²), de la CEDH (artículo 7.2⁵⁷³) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 15.2⁵⁷⁴).

Los artículos 13 a 16 del citado “Estatuto” determinan la exigibilidad de responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra, de lesa humanidad y otros delitos bajo el Derecho penal de Kosovo.

La organización del Tribunal está integrada por la Oficina de la Fiscalía, el Defensor del Pueblo y las Salas, y dentro de éstas estructuradas en: la Sala de Primera Instancia (*Basic Court Chamber*), la Sala de Apelaciones, la Sala del TS y la Sala del TC. En cuanto a su composición, podemos observar en el mismo una amplia inclusión de jueces internacionales, resultando llamativo que sus nacionalidades corresponden a aquellos Estados que han reconocido al Estado de Kosovo, sin que tampoco forme parte del mismo ningún juez de origen kosovar, lo que supone una excepción a la habitual forma de composición de los tribunales especiales o híbridos creados hasta la fecha.

⁵⁷² Los citados preceptos corresponden con la aplicación de los instrumentos y acuerdos internacionales, así como los principios de legalidad y proporcionalidad en los supuestos criminales.

⁵⁷³ El presente precepto dispone lo que sigue: “*El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituya delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas*”.

⁵⁷⁴ El citado artículo determina lo siguiente: “*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”.

En la actualidad, tras haber iniciado su funcionamiento en el año 2017, el Tribunal ha resuelto varias cuestiones, siendo la mayoría de ellas sobre la interpretación y ejercicio de normas procesales tendentes a garantizar los procedimientos de investigación y enjuiciamiento. En la Decisión de fecha 20 de febrero de 2019, el Tribunal tuvo que resolver sobre la legalidad de la Orden de la Fiscalía de 20 de diciembre de 2018, por la que ordenaba la presencia de Mahir Hasani⁵⁷⁵ para ser interrogado⁵⁷⁶.

El Sr. Hasani, con fecha 15 de enero de 2019, instó recurso ante la Sala del TC estimando que la orden emitida por la Fiscalía, por la que solicitaba su presencia para ser interrogado y la presentación de una serie de documentos, datos e informes ante la posibilidad de que había cometido delitos dentro del territorio kosovar; vulneraba su derecho a no autoincriminarse y a la presunción de inocencia, toda vez que en la notificación cursada por la Fiscalía se le advertía de la adopción contra el mismo de medidas de carácter forzosos para asegurar su cumplimiento, y que todo era contrario a la Constitución kosovar (artículos 30.6 y 31.5⁵⁷⁷) y a la CEDH (artículo 6.2⁵⁷⁸). El KSC, ante la solicitud del Sr. Hasani de adoptar medida cautelar para suspender la orden de la Fiscalía hasta que se resolviera el recurso instando, decidió, el 7 de febrero de 2019, adoptar dicha medida hasta que el Sr. Hasani cumpliera con la orden de la Fiscalía. Al haber cumplido de forma voluntaria el requerimiento de la fecha, el KSC inadmitió el recurso presentado fundamentándose en la ausencia de vulneración de los derechos del solicitante al entregarle los documentos e informes que la Fiscalía exigía en la orden⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ Ex-miembro del Ejército de la Liberación de Kosovo (UÇK).

⁵⁷⁶ El presente caso se denomina *Decision on the Referral of Mahir Hasani Concerning Prosecution Order of 20 December 2018*.

⁵⁷⁷ Los citados preceptos garantizan los derechos del acusado y el derecho a la tutela judicial efectiva, ambos artículos se encuentran dentro del Capítulo II de la Constitución kosovar, bajo la rúbrica de “Derechos Fundamentales y Libertades”.

⁵⁷⁸ El artículo 6.2 determina que: “*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”.

⁵⁷⁹ Así: “1. Dana 11. februara 2019, g. Mahir Hasani (‘podnosilac zahteva’) je blagovremeno došao na ispitivanje u Specijalizovano tužilaštvo (‘tužilaštvo’). Usled toga, i u svetlu tekućih istraga tužilaštva, od podnosioca se više ne traži da dostavi materijal koji je naveden u nalogu tužilaštva za dostavljanje dokumenata i evidencije od 20. decembra 2018. (‘nalog za dostavu’). Tužilaštvo ovim obaveštava podnosioca zahteva i panel Specijalizovanog veća Ustavnog suda (‘Panel’) o povlačenju svog naloga za dostavu.

2. Samim tim, zahtev za ocenu ustavnosti postaje bespredmetan jer (i) okolnosti na koje se podnosilac žali u svom zahtevu više ne postoje, i (ii) sve potencijalne posledice navodnih povreda podnosiočevih prava su

El Tribunal, basándose en las sentencias del TC de Kosovo y la jurisprudencia del TEDH como el caso de Heaney y McGuinness c. Irlanda de 21 de diciembre de 2000⁵⁸⁰; consideró que al haber cumplido el Sr. Hasani voluntariamente, con fecha 11 de febrero de 2019, el requerimiento de la Fiscalía, carecía de objeto la suspensión cautelar otorgada anteriormente por el Tribunal con fecha 7 de febrero de 2019, además de señalar que el recurso instado ante la Sala del TC debió agotar la vía de impugnación establecida internamente como requisito para ser admitido⁵⁸¹.

Debe tenerse en cuenta que la Sala del TC de este órgano judicial híbrido cumple con las mismas funciones que el TC de Kosovo, siendo ésta última la máxima autoridad en velar por el cumplimiento de las normas nacionales conforme a la Constitución kosovar. Resulta significativo que Kosovo permita la creación de una Sala dentro de este Tribunal Especial que garantice no sólo el cumplimiento de las normas constitucionales, sino de las normas establecidas en el Derecho internacional, lo que supone una diferencia más con los demás tribunales híbridos o mixtos.

En lo que concierne al ejercicio jurisdiccional, si bien es cierto que siguen la misma línea que los tribunales especiales que hemos tratado en este Capítulo en lo relativo al ámbito territorial y temporal de su jurisdicción, debemos resaltar que sus normas de enjuiciamiento siguen los instrumentos internacionales y europeos.

Debemos plantearnos si existen razones jurídicas objetivas para la creación de este Tribunal Especial, toda vez que su objeto de persecución resulta coincidente con las

otklonjene sudskim nalogom za određivanje privremene mere, kao i povlačenjem naloga tužilaštva za dostavu. Tužilaštvo stoga traži da panel odbaci zahtev za ocenu ustavnosti” (“Obaveštenje o povlačenju i zahtev za odbacivanje zahteva za ocenu ustavnosti g. Mahira Hasanija”, Notification, File n° F00011, 15 February 2019, Case n° KSC-CC-2019-05).

⁵⁸⁰ En el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó la existencia de vulneración del artículo 6 de la Convención (derecho a un juicio justo) durante el procesamiento y enjuiciamiento de los acusados Anthony Heaney y William McGuinness por posible delito de terrorismo, especialmente por la posible pertenencia al Ejército Republicano Irlandés (IRA).

El Tribunal afirmó que una persona será considerada como “acusada”, según el citado precepto, cuando exista una serie de hechos importantes que tengan una gran repercusión en la misma. Además, y la relación con el deber de los Estados de velar por la seguridad y el orden público, consideró que sus actos no deben menoscabar los derechos fundamentales de los acusados, entre los que resalta el derecho a guardar silencio, el derecho a no autoinculparse, y el derecho a la presunción de inocencia.

Sobre el presente asunto, véase *Heaney y MacGuinness / Irlanda*, Sentencia (dec.) de 21 de diciembre de 2000, no. 34720/97, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097.

⁵⁸¹ “Decision on the Referral of Mahir Hasani Concerning Prosecution Order of 20 December 2018”, Decision, 20 February 2019, Case reference n° KSC-CC-2019-05, pp. 18-20.

funciones que fueron atribuidas al TPIY. No puede ser ignoradas las persecuciones étnicas y crímenes contra la población civil cometidas durante el conflicto bélico en Kosovo, incluso en el tráfico ilícito de órganos como puso de manifiesto la Asamblea del Consejo de Europa celebrada en el año 2011 aprobando el llamado Informe Marty. En su persecución hubiera bastado una ampliación de la jurisdicción temporal atribuida al TPIY, si bien para ello el CSNU debió de adoptar una resolución en este sentido, y ya hemos puesto de manifiesto la división interna existente sobre el reconocimiento del Estado de Kosovo, y algunos de ellos como Rusia con derecho a veto. El Tribunal Especial parte, sobre todo, del interés por parte de los países de la UE y de los Estados que han reconocido su independencia, así como del propio Estado kosovar. Dicho Tribunal internacionalizado participa de la naturaleza *ad hoc* y *ex post facto* comunes a todos ellos con la finalidad de la pacificación, reconciliación y reparación a las víctimas. Ahora bien, mantiene diferencias significativas con respecto a otros tribunales internacionalizados o híbridos no sólo en su composición de los jueces, sino también en la propia integración de la organización judicial kosovar con una sala constitucional de naturaleza internacional.

En la actualidad la Sala de Primera Instancia por Resolución de fecha 26 de octubre de 2020, tras acoger los informes de la Fiscalía de 24 de abril de 2020, ha autorizado el inicio del proceso de enjuiciamiento contra los Sres. Hashim Thaçi, Kadri Veseli y otros, por la presunta comisión de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, torturas, desaparición de personas y asesinatos⁵⁸².

C.9) Otros Tribunales y Salas Especiales

Entre otros tribunales especiales de naturaleza híbrida o mixta, creados *ex post facto* dentro de la justicia transicional, inspirados en la experiencia del TMI y del TPMILO, podemos reseñar: al Tribunal Penal Internacional de Bangladesh, la Sala de Crímenes

⁵⁸² En este sentido, véase “Decision on the Confirmation of the Indictment Against Hashim Thaçi, Kadri Veseli, Rexhep Selimi and Jakup Krasniqi”, Decision, 26 October 2020, Case reference n° KSC-BC-2020-06; así como KOSOVO SPECIALIST CHAMBERS & SPECIALIST PROSECUTOR’S OFFICE. (2020). “Press statement”. Press release, of 24 June. Disponible en: <https://www.scp-ks.org/en/press-statement/>; y RISTIC, M. (2020). “Kosovo Specialist Prosecutor Charges Thaci with War Crimes”. News, Balkan Transitional Justice, of 24 June. Disponible en: <https://balkaninsight.com/2020/06/24/kosovo-specialist-prosecutor-charges-thaci-with-war-crimes/>, así como PINELES, D. B. (2020). “Were Prosecutors Right to Publicise Charges Against Kosovo’s Thaci?”. Opinion, *Balkan Transitional Justice*, of 14 July. Disponible en: <https://balkaninsight.com/2020/07/14/were-prosecutors-right-to-publicise-charges-against-kosovos-thaci/>, todas estas notas de prensa han sido consultadas el día 23 de agosto de 2020.

de Guerra en Serbia, la División Penal Internacional del Tribunal Superior de Justicia de Uganda, el Tribunal de Mayor Riesgo de Guatemala, las Salas Penales Especializadas de Túnez, el Tribunal Penal Especial de República Central de África y la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia.

El Tribunal Internacional de Bangladesh, con sede en Dhaka, fue constituido como tribunal nacional en 1973 mediante Ley nacional que aprobó su Estatuto con el fin de perseguir crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, y otros delitos contrarios al Derecho internacional cometidos durante la persecución de 26 de marzo 1971⁵⁸³ y durante la Guerra de Liberación de Bangladesh⁵⁸⁴. Su Estatuto fue reformado en el año 2009 con el fin de otorgar al Tribunal la capacidad para perseguir crímenes internacionales, adquiriendo el carácter de tribunal transicional tras los intentos “fallidos” de someter a enjuiciamiento a los responsables por la comisión de graves crímenes contra la población civil, debido a las circunstancias políticas y sociales tras la Guerra de Independencia de 1971. En esta reforma se garantizó el ejercicio de su jurisdicción conforme al Derecho internacional reforzando su funcionamiento⁵⁸⁵.

La Sala de Crímenes de Guerra de Serbia, con sede en los Tribunales de Serbia en la ciudad de Belgrado, fue constituida por el Parlamento Serbio en el año 2003, inspirándose en la BWCC que fue creado un año antes, y con jurisdicción para perseguir crímenes internacionales cometidos en su territorio durante el conflicto armado. Desde su creación contó con el apoyo de los Estados Unidos, del CSNU y del TPIY,

⁵⁸³ El genocidio en Bangladesh comenzó el 26 de marzo de 1971, el día después de la Guerra de Independencia de Bangladesh, comenzó mediante una operación militar del ejército pakistaní con el objetivo de erradicar y suprimir el derecho a la autodeterminación en Bangladesh.

⁵⁸⁴ Conocido también como la Guerra de Independencia de Bangladesh, fue una revolución y, posteriormente, un conflicto armado que comenzó en el Este de Pakistán con la persecución de aquellas personas nacionalistas del movimiento las Personas de la República de Bangladesh. El conflicto bélico comenzó el 25 de marzo de 1971, y finalizó el 16 de diciembre de 1971 con la derrota de Pakistán del Oeste.

⁵⁸⁵ Sobre el Tribunal Internacional de Bangladesh y su Estatuto, véase en INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL IN BANGLADESH. (1973). “The International (Tribunals) Act 1973”. Disponible en: http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print_sections_all.php?id=435. Consultado el día 1 de agosto de 2019. Igualmente, véase AFRIN, Z. (2009). “The International War Crimes (Tribunal) Act, 1973 of Bangladesh”. *Indian Yearbook of International Law and Policy*, pp. 341-348.; SAMAD, A. (2016). “The International Crimes Tribunal in Bangladesh and International Law”. *The Official Journal of the Society for the Reform of Criminal Law*, Criminal Law Forum. An International Journal, Vol. 27, Issue 3, pp. 257-290; MENON, P. (2017). “International Crimes Tribunal in Bangladesh”. *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law*, Max Planck Institute, Research Paper Series, N° 11; y BERINGMEIER, M. (2018). *The International Crimes Tribunal in Bangladesh. A critical appraisal of legal framework and jurisprudence*. Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag (BWV).

manteniendo relaciones de cooperación y colaboración con algunos Estados de su entorno como Bosnia y Croacia. La creación de este órgano judicial transicional supuso la armonización de sus normas internas penales y procesales con el Derecho internacional con el fin de garantizar el acceso a la justicia. Este Tribunal comparte los obstáculos que expusimos con respecto de la Sala del Tribunal bosnio en cuanto a la falta de voluntad política y la lentitud del enjuiciamiento de la mayoría de los responsables de graves crímenes internacionales⁵⁸⁶.

La Sala Penal Internacional del Tribunal Superior de Justicia de Uganda, originariamente conocida con el nombre de la División de Crímenes de Guerra, con sede en la ciudad de Kampala, constituye una sexta Sala de lo Penal en la estructura judicial de dicho país. Su constitución fue prevista en el Acuerdo de Paz sobre la “Responsabilidad y Reconciliación entre Uganda y el Ejército y Movimiento de Resistencia del Señor” (LRA)⁵⁸⁷ de 29 de junio de 2007, incluyéndose en el texto constitucional de Uganda en julio de 2008 (artículos 138-141). Esta Sala aplica el Derecho internacional en cuanto a la persecución de delitos de crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio, terrorismo, trata de personas y piratería. Su jurisdicción está regulada en el artículo 6 de la Ley N° 10 de 2011, sobre la Directiva Práctica de la Sala Penal Internacional del Tribunal Superior de Justicia de Uganda⁵⁸⁸, sin perjuicio de lo

⁵⁸⁶ Sobre la Sala de Crímenes de Guerra en Serbia, sus normas y juicios, véase OFFICIAL GAZETTE OF THE REPUBLIC OF SERBIA. “Act on the Organization and Competence of State Authorities in War Crimes proceedings”. No. 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004, 45/2005, 61/2005, 72/2009, 72/2011, and 101/2011; ELLIS, M. S. (2004). “Coming terms with Its Past- Serbian’s new Court for the prosecution of War Crimes”. *Berkely Journal of International Law*, Volume 22, Issue 2, pp. 165-194; HUMAN RIGHTS WATCH. (2004). “Justice at risk: War Crimes trials in Croatia, Bosnia and Herzegovina, and Serbia and Montenegro”. October, Volume 16, Issue 7(D); HUMAN RIGHTS WATCH. (2007). “Unfinished business. Serbia’s War Crimes Chamber”. June, Number 3; ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE. (2015). “War Crimes Proceedings in Serbia (2003-2014). An analysis of the OSCE Mission to Serbia’s monitoring results”. OSCE Mission to Serbia, October, Belgrade, Serbia. Disponible en: <https://www.osce.org/serbia/194461>. Consultado el día 1 de agosto de 2019; y HUMANITARIAN LAW CENTER. (2019). “Report on War Crimes Trials in Serbia”. May, Belgrade, Serbia. Disponible en: <http://www.hlc-rcd.org/?p=36619&lang=de>. Consultado el día 1 de agosto de 2019.

⁵⁸⁷ Movimiento fundado en 1987, y liderado por el guerrillero Joseph Kony, es una organización cuyo objetivo es la imposición de un régimen autócrata en el Estado ugandés en el que los valores del cristianismo sean esenciales para su organización. Este pensamiento extremista desembocó en un conflicto armado, cometiendo así crímenes de lesa humanidad, abducción de personas y menores de edad, formación de niños soldados entre otros graves delitos internacionales.

⁵⁸⁸ El citado precepto dispone lo siguiente: “(1) *Without prejudice to Article 139 of the Constitution, the Division shall try any offence relating to genocide, crimes against humanity, war crimes, terrorism, human trafficking, piracy and any other international crime as maybe provided for under the Penal Code*

establecido en el artículo 139 de la Constitución de Uganda, por el que regula el ejercicio jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Uganda⁵⁸⁹. La persecución de delitos internacionales cometidos por miembros del citado movimiento de resistencia armado y otros grupos rebeldes son objeto de jurisdicción de esta Sala, especialmente por delitos cometidos dentro del territorio de Uganda. En cuanto a las normas de enjuiciamiento, rige la aplicación del Derecho interno del Estado ugandés⁵⁹⁰.

El clima generalizado de delincuencia sufrido en Guatemala, dominado por el narcotráfico y otros grupos de delincuencia organizada, con la comisión de secuestros, extorsiones y asesinatos, y la imposibilidad que por parte del Estado se procure ofrecer a la población una mínima seguridad y funcionamiento de sus órganos judiciales, determinó que la Corte Suprema de Justicia creara los denominados Tribunales de Mayor Riesgo⁵⁹¹, mediante Decreto 21-2009 de 4 de agosto. Estos Tribunales especiales, con sede en Ciudad de Guatemala, tienen el deber de garantizar el funcionamiento de los órganos judiciales penales, así como la persecución de determinados delitos graves

Act, Cap 120, the Geneva Conventions Act, Cap 363, the International Criminal Court Act, No. II of 2010 or under any other penal enactment;

(2) Where under the International Criminal Court Act, No. II of 2010, a National Judge or the High Court is required to carry out any function, a Judge of the Division may perform the function”.

⁵⁸⁹ El citado precepto determina que: *“(1) The High Court shall, subject to the provisions of this Constitution, have unlimited original jurisdiction in all matters and such appellate and other jurisdiction as may be conferred on it by this Constitution or other law.*

(2) Subject to the provisions of this Constitution and any other law, the decisions of any court lower than the High Court shall be appealable to the High Court”.

⁵⁹⁰ Sobre esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Uganda, véase THE JUDICIARY OF THE REPUBLIC OF UGANDA. “International Crimes Division”. Disponible en: <http://www.judiciary.go.ug/data/menu/18/International%20Crimes%20Division.html>. Consultado el día 1 de agosto de 2019; CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. (2007). “Carta de fecha 16 de julio de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Uganda ante las Naciones Unidas”. No. de referencia S/2007/435. Disponible en: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG_070629_AgreementonAccountabilityReconciliation%28esp%29.pdf. Consultado el día 1 de agosto de 2019.

⁵⁹¹ Así, el artículo 1 del Decreto 21-2009, de 4 de agosto, sobre la Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo, dispone lo siguiente: *“La Corte Suprema de Justicia determinará los tribunales competentes para conocer en la fase procesal que corresponda, en los procesos por hechos delictivos cometidos en el territorio de la República y que presenten mayor riesgo para la seguridad personal de jueces, magistrados, fiscales y auxiliares de justicia, así como de los imputados, testigos y demás sujetos procesales que intervengan en estos procesos”.*

Debemos tener en cuenta que este precepto fue modificado mediante Decreto 35-2009, de 3 de diciembre, sobre la Reforma al Decreto 21-2009 del Congreso de la República, Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo.

tanto internacionales como nacionales⁵⁹². Los delitos de mayor riesgo se caracterizan por su complejidad y dificultad para conseguir el buen fin de la investigación y la efectividad del enjuiciamiento. Se trata de tribunales especializados y conforme a los Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, vienen siendo integrados por un Juzgado de Primera Instancia, un Tribunal Sentenciador Penal y la Sala de la Corte de Apelaciones⁵⁹³. Estos Tribunales aplican el Derecho internacional cuando enjuician crímenes internacionales, como aconteció en el enjuiciamiento a militares y oficiales por la Masacre de Dos Erres de 1982, así como por las sentencias condenatorias contra el ex-dictador José Efraín Ríos Montt⁵⁹⁴ por delitos de genocidio y lesa humanidad durante su mandato entre 1982 y 1983⁵⁹⁵.

El Estado de Túnez, mediante LO 2013-53, de 24 de diciembre, creó una Sala especializada de la justicia transicional dentro de la organización de sus tribunales nacionales con jurisdicción para perseguir crímenes internacionales, aplicando en su

⁵⁹² De acuerdo con el artículo 3 del citado Decreto, determina que: “*Para los fines de la presente Ley, se consideran delitos de mayor riesgo los siguientes: a) Genocidio; b) Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho internacional humanitario; c) Desaparición forzada; d) Tortura; e) Asesinato; f) Trata de personas; g) Plagio o secuestro; h) Parricidio; i) Femicidio; j) Delitos contemplados en la Ley Contra la Delincuencia Organizada; k) Delitos cuya pena máxima sea superior de quince años de prisión en la Ley Contra la Narcoactividad; l) Delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos; m) Delitos cuya pena máxima sea superior de quince años de prisión en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo; y, n) Los delitos conexos a los anteriores serán juzgados por los tribunales competentes para procesos de mayor riesgo*”.

⁵⁹³ Sobre la creación de nuevos órganos judiciales de carácter auxiliar para los Tribunales de Mayor Riesgo, véase los Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia 30-2009, de 18 de noviembre, de competencia penal en procesos de mayor riesgo; 15-2016, de 22 de junio, por el que designa a un Juez más para el Juzgado de Primera Instancia; 26-2016, de 18 de agosto, por el que se crea el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente en procesos de Mayor Riesgo con sede en la localidad de Quetzaltenango; 49-2016, de 10 de noviembre, por el que se modifica uno de los artículos del acuerdo 15-2016; y 1-2017, de 11 de enero, por la que la Corte acordó dejar vigente la competencia para conocer procesos de mayor riesgo, establecida para el Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente.

⁵⁹⁴ José Efraín Ríos Montt (1926-2018), político y militar de nacionalidad guatemalteco, conocido por haber sido presidente de Guatemala tras un golpe de Estado en 1982. Durante su mandato entre 1982 y 1983, cometió delitos de genocidio y lesa humanidad contra el pueblo guatemalteco. Así como fundó el Frente Republicano Guatemalteco (FRG), actualmente denominado Partido Republicano Institucional. A pesar de haber sido condenado por el Tribunal de Mayor Riesgo de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala a 80 años de prisión, mediante Sentencia de 10 de mayo de 2013, ésta fue anulada por la Corte de Constitucionalidad mediante Sentencia de 20 de mayo del mismo año. Si bien el Tribunal de Mayor Riesgo inició un nuevo enjuiciamiento contra el acusado, su fallecimiento el 1 de abril de 2018 determinó el fin del proceso.

⁵⁹⁵ Sobre los Tribunales de Mayor Riesgo de Guatemala, así como su importancia en el caso de José Efraín Ríos Montt, véase nota al pie núm. 593 y la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de 20 de mayo de 2013, No. de expediente 1904-2013.

enjuiciamiento su Derecho interno y las normas de Derecho internacional⁵⁹⁶. Anteriormente, el Estado tunecino, por LO 2014-17, 12 de junio, había atribuido a sus tribunales jurisdicción extraterritorial para perseguir los crímenes cometidos desde el 17 de diciembre de 2010 hasta el 11 de febrero de 2011 (durante la Revolución denominada “Primavera Árabe”⁵⁹⁷). Estas Salas Penales Especializadas, conforme a los Decretos 2014-2887, de 8 de agosto; y 2014-4555, de 29 de diciembre, se integran en los Tribunales de Primera Instancia de las ciudades de Túnez, Sfax, Gafsa, Gabés, Sousse, Le Kef, Bizerte, Kasserine y Sidi Bouzid, con competencia para enjuiciar delitos internacionales previstos en los tratados y convenios suscritos por el Estado tunecino, así como aquellos crímenes nacionales que afectan al Estado, entre los cuales destaca el fraude electoral, corrupción y migraciones forzadas por motivos políticos⁵⁹⁸ (arts. 8.2 y 3 de la LO 2013-53). Estas Salas son creadas con carácter permanente y con autonomía de funcionamiento con respecto al ejercicio de su competencia, sin más limitaciones que las establecidas en sus disposiciones estatutarias (artículo 9 de la misma LO). En la actualidad, las Salas Penales Especializadas comenzaron la fase de

⁵⁹⁶ Así, el artículo 1 de la citada Ley Orgánica dispone lo siguiente: “*The transitional justice, according to the law herein, is an integrated process of mechanisms and implementing means, in order to understand and address the past violations of human rights, by revealing the truth, accounting the perpetrators, compensating the victims and restoring them in their rights, in order to reach national reconciliation, preservation and documentation of collective memory, establishment of guaranties on non-repetition, and the transition from authoritarianism to a proper democratic system contributing to the consecration of the human rights system*”.

⁵⁹⁷ Conjunto de manifestaciones llevadas a cabo en la mayoría de los Estados árabes, desde el 10 de diciembre de 2010 hasta el 3 de julio de 2013, para exigir democracia y derechos sociales. A pesar de su impacto internacional, no alcanzaron las demandas y exigencias de los manifestantes, conllevando, en algunos Estados árabes como Siria, la aparición de un conflicto armado y violencia contra la población civil.

⁵⁹⁸ El artículo 8 de la citada Ley Orgánica determina lo siguiente: “*Shall be established by decree, specialized chambers, within the courts of first instance, serving in the courts of appeal. It is composed of judges, chosen among those who did not participate in political trials and who will receive specific training on transitional justice.*

These chambers shall rule on the cases related to serious violations of human rights as fixed in the ratified international conventions and in accordance with the law herein, including the following: Voluntary homicide, Rape and any other form of sexual violence, Torture, Enforced disappearance, [and] Death penalty without a guarantee of fair trial.

These chambers are committed also to examine the violations related to electoral fraud, financial corruption, misappropriation of public fund and forced migration for political reasons which shall be transferred by the commission of truth and dignity”.

instrucción en los casos de violaciones de derechos humanos cometidos en Túnez entre 1953 y 2013⁵⁹⁹ y ⁶⁰⁰.

La Decisión del Parlamento de la República de África Central para aprobar una LO de creación de un tribunal especial, adoptada el 24 de abril de 2015, y refrendada por la Sentencia del TC de Transición de 20 de mayo del mismo año por considerarla conforme a la Constitución de la República de África Central, determinó la aprobación de la LO 15-003, de 25 de junio, sobre la creación, organización y funcionamiento del Tribunal Penal Especial (LABUDA, 2017: 177-178). Con sede en Bangui (artículo 2 de la citada LO), este Tribunal Penal Especial cuenta con competencia para enjuiciar a los responsables por la comisión de graves delitos conforme a su Derecho interno, así como para enjuiciar los crímenes internacionales (artículo 3 de la misma LO) que hubieren sido cometidos en el territorio del Estado centroafricano desde el 1 de enero de 2003. Este Tribunal está integrado por una Sala de Instrucción, una Sala de Acusación Especial, una Sala de lo Penal y una Sala de Apelación (art. 7 de la citada LO). Conforme al art. 37 de su “Estatuto”, en virtud de la jurisdicción concurrente entre este Tribunal y la CPI, autoriza el intercambio de información en los procesos de investigación entre el Fiscal del Tribunal Penal Especial y el Fiscal de la CPI,

⁵⁹⁹ Sobre las Salas Penales Especializadas de Túnez y su regulación, véase OFFICIAL GAZETTE OF THE REPUBLIC OF TUNISIA. (2013). “Organic Law n° 2013-53 dated 24 December 2013, establishing and organizing the transitional justice”. No. 105, of 31st December, pp. 902-911. Disponible en: <http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2013/2013G/105/Tg2013531.pdf>; OFFICIAL GAZETTE OF THE REPUBLIC OF TUNISIA. (2014). “Organic Law n° 2014-17 dated 12 June 2014, relating to the provisions relating to the transitional justice and affairs related to the period going from 17 December 2010 to 28 February 2011”. No. 48, of 17th June, p. 481. Disponible en: <http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2015/2015F/003/Tf201445553.pdf>; JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE TUNISIENNE. (2014). “Décret n° 2014-2887 du 8 août 2014, portant création de chambres criminelles spécialisées dans le domaine de la justice transitionnelle au sein des tribunaux de première instance siégeant dans les cours d'appel de Tunis, Gafsa, Gabés, Sousse, Le Kef, Bizerte, Kasserine et Sidi Bouzid”. No. 65, du 12 Août, pp. 2025-2026. Disponible en: <http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2014/2014F/065/Tf201428873.pdf>; y JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE TUNISIENNE. (2015). “Décret n° 2014-4555 du 29 décembre 2014, modifiant le décret n° 2014-2887 du 8 août 2014, portant création de chambres criminelles spécialisées dans le domaine de la justice transitionnelle au sein des tribunaux de première instance siégeant dans les cours d'appel de Tunis, Gafsa, Gabés, Sousse, Le Kef, Bizerte, Kasserine et Sidi Bouzid”. No. 3, du 9 Janvier, pp. 60-61. Disponible en: <http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2015/2015F/003/Tf201445553.pdf>. Consultados el día 2 de agosto de 2019.

⁶⁰⁰ Véase OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. (2018). “Zeid elogia la primera audiencia del Tribunal especial que examinará los casos de derechos humanos en Túnez”. 30 de mayo, Ginebra, Suiza. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23155&LangID=S>. Consultado el día 2 de agosto de 2019.

instaurando normativamente un novedoso sistema de cooperación judicial⁶⁰¹. Este Tribunal internacionalizado fue acogido favorablemente por la comunidad internacional, creado para el fortalecimiento de la persecución de delitos internacionales evitando la impunidad de sus responsables, pero al concurrir con la CPI pone de manifiesto la debilidad de ésta para llevar de forma efectiva investigaciones y enjuiciamientos por los crímenes internacionales que pudieran ser cometidos en dicho territorio⁶⁰².

La firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera por el Estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP)⁶⁰³ el 16 de noviembre de 2016, estableció la creación de la denominada Jurisdicción Especial para la Paz, también conocida como Justicia Especial para la Paz. Con sede en Bogotá, la Jurisdicción Especial para la Paz es un instrumento de justicia transicional, integrada dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (artículo 1 del Reglamento de General de la Jurisdicción Especial para la Paz), y que tiene por finalidad *“proteger y satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y no repetición; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; contribuir al logro de una paz estable y duradera; adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las conductas ya mencionadas”* (artículo 3 del citado

⁶⁰¹ El artículo 37 de la Ley Orgánica 15-003 determina lo siguiente: *“Lorsqu'en application du Traité de Rome de la Cour Pénale Internationale ou des accords particuliers liant l'Etat centrafricain à cette juridiction internationale, il est établi que le Procureur de la Cour Pénale Internationale s'est saisi d'un cas entrant concurremment dans la compétence de la Cour Pénale Internationale et de la Cour Pénale Spéciale, la seconde se dessaisit au profit de la première.*

Dans tous les cas, le Procureur Spécial est autorisé à échanger des informations avec le Procureur de la Cour Pénale Internationale conformément aux procédures conventionnelles établies en la matière”.

⁶⁰² Sobre el Tribunal Penal Especial de la República de África Centra, véase Loi Organique 15-003, du 3 Juin 2015, portant création, organisation et fonctionnement de la Cour Pénale Spéciale. République Centrafricaine; y LABUDA, P. I. (2017). “The Special Criminal Court in the Central African Republic. Failure or Vindication of Complementarity?”. *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, Issue 1, pp. 175-206.

⁶⁰³ Organización guerrillera y terrorista colombiana que, creada conforme a la ideología y principios del Marxismo y del Leninismo, realizaban guerra de guerrillas contra el Estado colombiano, así como su participación ilícita en el narcotráfico, extorsión, tortura, contrabando, secuestro, asesinato entre otros delitos. Este grupo se disolvió el 16 de noviembre de 2016 tras la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. En la actualidad, algunos antiguos miembros de la FARC-EP fundaron en agosto de 2017 el partido político Fuerza Alternativa Revolucionaria Común (FARC), bajo el mandato de Rodrigo Londoño.

Reglamento). En sus funciones jurisdiccionales tiene competencia para perseguir y enjuiciar a antiguos miembros de la FARC-EP por la comisión de delitos “con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho internacional humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos” (artículo 2). Conforme al artículo 6 del mismo Reglamento, componen su estructura: “la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR); la Sala de Amnistía o Indulto (SAI); la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ); el Tribunal para la Paz y la Unidad de Investigación y Acusación (UIA)”⁶⁰⁴. La mayoría de sus resoluciones se centran en la interpretación de su Reglamento y de las normas de procedimiento, constituidas por la Ley 1922, de 18 de julio de 2018. La asesora legal Rocío Quintero M. afirmó, de acuerdo con el informe de la Comisión Internacional de Juristas, que la Justicia Especial para la Paz debía resolver tres obstáculos para garantizar en el ejercicio de sus funciones para que fuera considerada su legitimidad como mecanismo para la verdad y reparación, señalando que en todo caso la misma debía: 1) consolidar su papel como tribunal transicional en los procesos de investigación y persecución de delitos internacionales cometidos durante el conflicto armado, 2) mejorar la participación de las víctimas en los procesos, y 3) garantizar el respeto a la imparcialidad de la Jurisdicción Especial para la Paz por parte de los tribunales nacionales (2019)⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ Además, merece especial atención su artículo 134 del Reglamento, en virtud del cual determina, sobre la extradición, lo siguiente: “En relación con solicitudes de extradición, la Sección de Revisión requerirá toda la información que estime necesaria a las autoridades nacionales e internacionales que corresponda para documentar su decisión y podrá ordenar la práctica de las pruebas que estime necesarias incluida la versión del solicitado en extradición. Una vez la Sección de Revisión avoque el conocimiento de la solicitud, el trámite de extracción se suspenderá y pondrá esta situación en conocimiento de las autoridades competentes. La Sección de Revisión resolverá en un plazo no superior a 120 días, salvo en casos justificados por depender de la colaboración de otras instituciones”.

⁶⁰⁵ Sobre la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, véase Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera de 16 de noviembre de 2016, Acuerdo No. 001 de 2018, de 9 de marzo, por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz, así como COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. (2019). “Colombia: Jurisdicción Especial para la Paz, análisis de un año y medio de su entrada en funcionamiento”. *Comisión Internacional de Juristas*. Disponible en: <https://www.icj.org/colombias-transitional-justice-tribunal-cando-more-to-address-victims-needs-new-icj-report/>; y QUINTERO M., R. (2019). “Three major challenges the Special Jurisdiction for Peace in Colombia faces”, *Opinio Juris*, of 30th July. Disponible en: <https://opiniojuris.org/2019/07/30/three-major-challenges-the-special-jurisdiction-for-peace-in-colombia-faces/>. Consultados el día 3 de agosto de 2019.

Capítulo 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional. Especial referencia a su sistema jurisdiccional

4.1 La competencia jurisdiccional de la Corte Penal Internacional

A) Competencias de la Corte y sus límites

A.1) Genocidio

A.2) Crímenes de lesa humanidad

A.3) Crímenes de guerra

A.4) Crimen de agresión

A.5) Delitos contra la administración de justicia cometidos ante la Corte Penal Internacional

B) La jurisdicción penal internacional: principios y garantías. Especial referencia al principio de complementariedad

4.2 Regulación y aplicación del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma

A) Regulación del principio de complementariedad

B) Criterios de aplicación del principio de complementariedad en la jurisdicción de la Corte

C) El ejercicio de la jurisdicción universal por parte de la Corte

4.3 Reflexiones sobre la realidad de la Corte Penal Internacional

Capítulo 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional. Especial referencia a su sistema jurisdiccional

En el proceso de extensión de la justicia universal, tanto en la implementación de los Derechos internos para la persecución de los delitos internacionales como en la conformación de una jurisdicción atribuida a órganos internacionales, debe situarse el proceso de creación de la CPI, que arranca de forma decidida tras la Carta de las Naciones Unidas y la experiencia de los enjuiciamientos de los TMI y TPMILO.

La CPI⁶⁰⁶ instituye en el ámbito penal una jurisdicción exclusivamente propia, universal y con carácter general para la exigibilidad de responsabilidad individual a los responsables de la comisión de crímenes que, por su gravedad, atentan contra los derechos humanos fundamentales y el Derecho humanitario.

La creación de un tribunal permanente e internacional para la exigibilidad de responsabilidad a los responsables de graves delitos contra la comunidad internacional fue fruto de un largo proceso, donde debía de superarse la exclusividad de las jurisdicciones penales de los Estados que ciertamente suponía una cesión de su poder soberano.

En ese proceso de formación, la CPI⁶⁰⁷, como Tribunal Penal Internacional dotado de autonomía, desempeñaría un papel esencial en la consolidación de un Derecho internacional penal, cuyo origen se encuentra en la formulación de los Principios de Nüremberg⁶⁰⁸, que tenía como objetivo la elaboración de un proyecto relativo a la codificación de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

La AG mediante Resolución 260 B (III), de 9 de diciembre de 1948, solicitó de la Comisión que examinara la posible creación “*de un órgano judicial internacional*”

⁶⁰⁶ Quizás deba hacerse una precisión previa, no debemos confundir la Corte Penal Internacional, que ejerce su jurisdicción sobre las personas individuales, con el Tribunal Internacional de Justicia, también vinculado a Naciones Unidas, pero con jurisdicción sobre los Estados y personas jurídicas con reconocimiento internacional.

⁶⁰⁷ Conforme al artículo 1 de su Estatuto, es un órgano de las Naciones Unidas cuyo objeto es “*impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación*” (NACIONES UNIDAS, 2010: 9).

⁶⁰⁸ En la Asamblea General por Resolución 177 (III) de 21 de noviembre de 1947, pidió a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de principios del Derecho internacional reconocidos en el Estatuto para el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

para juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos (...) en virtud de convenios internacionales” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 1948: 85). Tras examinar la cuestión durante los períodos de 1949 y 1950, concluyeron la necesidad de la existencia de una Sala de lo Penal en el *Tribunal Internacional de Justicia*. En la reunión de Ginebra de 1951, la Comisión elaboró un proyecto de Estatuto en la que se preveía la formación de una CPI con la finalidad de juzgar a aquellas personas por la comisión de delitos internacionales con independencia de que fueran meros ejecutores o personas con responsabilidad y mando como Jefes de Estado, agentes del gobierno o personas vinculadas a los mismos⁶⁰⁹.

A pesar del avance que suponía el proyecto en cuanto al establecimiento de un órgano para la justicia penal internacional, el mismo carecía de independencia para realizar sus funciones, además de la ausencia de previsión en la concreción de los delitos y las sanciones que debieran ser impuestas a las responsables. Ante la oposición de los Estados, el Secretario General de Naciones Unidas solicitó un estudio complementario de los problemas de la jurisdicción internacional. El Comité creado para ello procedió en 1953 a revisar el Estatuto y estableció una definición específica de aquellas personas individuales que podrían ser enjuiciadas por delitos contra el Derecho internacional⁶¹⁰. Además, introdujo mecanismos que tenían por finalidad facilitar su aceptación por los Estados, como el artículo 26 que hacía depender la Corte de la soberanía de los Estados⁶¹¹, procurando mantener las competencias del Tribunal Internacional si bien reproduciendo las limitaciones que fueron establecidas en el

⁶⁰⁹ El artículo 26 de dicho Estatuto señalaba que toda competencia que fuese otorgada a la Corte o al inicio de alguna causa ante el Tribunal ha de ser aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, plasmando con ello su relación de dependencia con la Organización de las Naciones Unidas. Los procedimientos podían ser iniciados también por Organización Internacional que hubiese sido autorizada por dicha Asamblea, o el Estado Parte tuviera reconocida la competencia de dicho Tribunal. Bien *“por adhesión al Estatuto como Estado Parte; por convención; por acuerdo especial para un determinado caso o por decisión unilateral”* (MARCEL FERNANDES, 2008: 52).

⁶¹⁰ El artículo 25 del citado Proyecto de Estatuto Revisado expone textualmente que únicamente se juzgarán las personas naturales *“ya sean gobernantes constitucionalmente responsables, funcionarios o particulares”*.

⁶¹¹ Artículo 26 del mismo Proyecto: *“1. La competencia de la Corte no se presume. 2. Un Estado podrá atribuir competencia a la Corte mediante convenio, acuerdo especial o declaración unilateral. 3. La atribución de competencia supone el derecho de recurrir a la Corte, y la obligación de aceptar su jurisdicción, con arreglo a las estipulaciones que el Estado o los Estados hayan establecido. 4. Salvo que el instrumento que atribuya competencia a la Corte disponga otra cosa, las leyes de un Estado que fijan la competencia penal nacional no quedarán afectadas por esa atribución”*.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

Proyecto de Estatuto de 1951⁶¹². Por último, el artículo 29, suprimió la necesidad de la aprobación de Naciones Unidas para el inicio del procedimiento, dando competencia directa a los Estados para acudir a la Corte cuando existiera causa para ello.

A pesar de los intentos por concluir el Estatuto, el mismo fue aplazado por dos cuestiones muy debatidas durante la Guerra Fría: la noción de “crimen de agresión”⁶¹³, que no fue resuelto hasta la Resolución 3314 (XXIX) de AG de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974⁶¹⁴ y la elaboración de un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁶¹⁵, que no finalizó hasta el año 1996.

La Comisión, en cumplimiento del impulso dado por la AG⁶¹⁶, creó en 1992 del Grupo de Trabajo coordinado por Doudou Thiam, asumiendo las conclusiones del informe⁶¹⁷ y un año más tarde, dicho Grupo de Trabajo elaboró un primer borrador de Estatuto para la creación del Tribunal Penal Internacional. Examinado el mismo por la AG remitió sus consideraciones, elaborándose un proyecto de estatuto, que como gran novedad establece el principio de complementariedad en el ejercicio de su

⁶¹² Artículo 27 del citado Proyecto: “*La Corte no enjuiciará a ninguna persona a menos que el Estado o los Estados de los cuales sea nacional y el Estado o los Estados en los que se alegue se ha cometido el delito hayan atribuido competencia a la Corte*”.

⁶¹³ El origen de tal polémica se ubica en el informe presentado por Jean Spiropoulos, cuya conclusión fue la siguiente: “*La noción de agresión no es una noción per se, es una noción primaria que, por su propia esencia, no es susceptible de definición. (...) Una definición “legal” de agresión sería una construcción artificial que, aplicada a casos concretos, podría fácilmente llevar a conclusiones contrarias a la noción natural de agresión (...) aunque la definición de agresión fuera teóricamente posible, no sería deseable*”.

⁶¹⁴ El artículo 1 de la citada Resolución nos ofrece la acepción definitiva de delito de agresión: “*La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas*”.

⁶¹⁵ Tarea que, como recordaremos, fue iniciada el 12 de abril de 1949 en la primera sesión de la Comisión del Derecho Internacional, cuando fue designando a Jean Spiropoulos para su estudio e inclusión en el Estatuto, que fue presentado en la Asamblea de las Naciones Unidas, previsto en el documento A/CN.4/25 de 26 de abril de 1950.

⁶¹⁶ La Asamblea exigió este segundo proyecto en 1954, pero este asunto finalizó en *sine die* hasta 1989, año en el que en su reunión 42ª solicitó de la Comisión, en su Resolución 44/39 de 4 de diciembre, un nuevo proyecto con la finalidad de crear una jurisdicción penal de carácter internacional.

⁶¹⁷ En el mismo se estableció como conclusiones principales: 1) la necesidad de un estatuto, que debía ser un tratado multilateral y firmado por los Estados Partes, para la creación de una Corte Penal de carácter internacional, 2) Que su jurisdicción se extendería al enjuiciamiento únicamente de las personas físicas y aquellos crímenes internacionales en vigor, y 3) que en principio, esta Corte debería tener un carácter potestativo, temporal y común.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

jurisdicción⁶¹⁸, además de tipificar los delitos objeto de su competencia como: crímenes de genocidio; de agresión, contra la humanidad, contra las leyes y costumbres aplicados en los conflictos armados conforme a lo expuesto en los tratados internacionales y sus anexos, siempre que constituya “crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional”⁶¹⁹.

La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas celebrada en Roma entre los días 15 de junio y 17 de julio de 1998 llegó a reunir a representantes de ciento sesenta países y a la Organización para la Liberación de Palestina, diecisiete organizaciones intergubernamentales, ciento veinticuatro organizaciones no gubernamentales, además de cinco organismos especializados, junto con otras organizaciones asociadas, entidades y programas de Naciones Unidas (MARCEL FERNANDES, 2008: 82), con la finalidad de establecer un Tribunal Penal Internacional final sobre el Proyecto final presentado por el Comité Preparatorio.

El 17 de julio de 1998 fue adoptado el Estatuto de la CPI en Roma sobre dos pilares básicos: el principio de complementariedad y la competencia del Tribunal⁶²⁰. El Estatuto de Roma es la norma fundamental y constitutiva de la CPI. Se trata de un tratado internacional de carácter multilateral de naturaleza abierta y vocación universal,

⁶¹⁸ Conforme al mismo la jurisdicción penal internacional sólo resulta aplicable una vez agotadas las posibilidades de enjuiciamiento en las jurisdicciones nacionales, complementando a las mismas, bien porque no haya podido o querido la exigibilidad de responsabilidad por los crímenes contra la humanidad.

⁶¹⁹ Aunque había observaciones por parte de los Estados que no compartían su falta de competencia en la determinación habilitadora de la jurisdicción de la Corte, la Comisión desatendió estas exigencias, pues “podrían amenazar el funcionamiento del órgano e inutilizar el intento de establecer un tribunal internacional criminal” (MARCEL FERNANDES, 2008: 74). A pesar de estas objeciones, el Proyecto de Estatuto recomendaba a la Asamblea la convocatoria de una conferencia internacional de plenipotenciarios con el fin de analizarlo para acordar el establecimiento de una Corte Internacional Penal. Con los debates abiertos sobre los aspectos más trascendentes del Proyecto, como lo fue la implantación del principio de complementariedad y su repercusión en las jurisdicciones nacionales o el carácter permanente o temporal de la Corte, la Asamblea General de las Naciones Unidas acordó la creación de un Comité Preparatorio de la Conferencia de Representantes Plenipotenciarios, que tenía por misión el seguimiento de las conclusiones alcanzadas en los debates previos desde el proyecto de revisión del Estatuto de 1994 hasta la celebración de la Conferencia, que se realizaría en Roma en 1998.

⁶²⁰ Las posturas mantenidas durante la conferencia pueden estructurarse en torno a tres grandes grupos, aquellos defensores de la competencia exclusiva de la jurisdicción penal internacional, encabezados por los países de la Unión Europea, Canadá y representantes de países sudamericanos y africanos; aquellos defensores de una mayor soberanía de las jurisdicciones nacionales, cuyo seguidores integraban países de Asia y los de mayoría musulmana, junto con los integrantes de la corriente de los Estados no alineados, y otros que estimaban que la competencia de la jurisdicción universal debería recaer en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, posición mantenida por los Estados Unidos, China, y un grupo de países de Centro América.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

al permitir que todos los Estados puedan ser parte del mismo, siempre y cuando acepten la integridad de sus disposiciones, puesto que éste no admite reservas. Incluso, permite la posibilidad de que un Estado no Parte del Tratado acepte la competencia de la Corte en un caso concreto⁶²¹.

El Estatuto atribuye a la Corte personalidad jurídica internacional⁶²², constituyéndose como un órgano internacional dotado de subjetividad internacional, pudiendo por ello acordar con Organizaciones Internacionales y con Estados. La CPI establece su carácter permanente y complementario de las jurisdicciones nacionales, con legitimidad, autoridad y eficacia necesarias para sancionar los crímenes internacionales cometidos por individuos, ejerciendo sus funciones con independencia sin perjuicio de su vinculación al sistema de Naciones Unidas⁶²³.

El Estatuto estableció un sistema abierto para su entrada en vigor⁶²⁴ al exigirse un mínimo de ratificaciones de, al menos, sesenta Estados durante los cuatro años posteriores al de su adopción. Con fecha 11 de abril de 2002 ya se contaba con el mínimo exigido, entrando finalmente en vigor el 1 de julio de 2002^{625 y 626}.

⁶²¹ Ello se intensifica con la posibilidad de limitar a siete años el período transitorio en el que puede acogerse los Estados para asumir la competencia de la Corte, (artículo 124), y en el tratamiento de la denuncia, dilatando un año su eficacia desde su depósito y que no exonerará al mismo de las obligaciones asumidas mientras era parte (artículo 127).

⁶²² Su personalidad jurídica viene determinada de forma expresa en el artículo 4 del Estatuto, y ello supone la capacidad necesaria para ser titular de derechos y obligaciones internacionales y de prevalerse de esos derechos por la vía de reclamación internacional, a la que se le atribuye la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. Además ello se complementa en diferentes disposiciones del Estatuto, donde se le atribuye a la Corte la capacidad de concluir acuerdos con las Naciones Unidas (artículo 2), con el Estado anfitrión (artículo 3) y un arreglo especial o un acuerdo con un Estado que no sea parte en el Estatuto para prestar cooperación internacional y asistencia judicial (artículo 87.5).

⁶²³ En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, define a ésta como “*una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto*” (artículo 1). Pudiendo añadirse su vinculación “*con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta*” (artículo 2).

⁶²⁴ “*El presente Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión*” (artículo 126).

⁶²⁵ En la actualidad, un total de 125 Estados han expresado su consentimiento de ratificación del Estatuto de Roma de 1998 (Datos expuestos por La Corte Penal Internacional).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

Por último, y conscientes de la complejidad que como instrumento jurídico supone el Tratado de Roma, se estableció un período de 7 años de invariabilidad desde su entrada en vigor, al contemplarse que no se podrá proponer enmiendas por parte de cualquier Estado, salvo aquellas de carácter exclusivamente institucional (artículos 121 y 122), si bien transcurrido ese plazo se preveía la convocatoria de una Conferencia de Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas al Estatuto (artículo 123), lo cual se llevó a cabo en la conferencia de Kampala (Uganda) del 31 de mayo al 11 de junio de 2010⁶²⁷, sobre la Revisión del Estatuto de Roma de la CPI, y en la reunión plenaria de la Asamblea de los Estados Partes en La Haya (Países Bajos) del 18 al 26 de noviembre de 2015, sobre la reforma del artículo 124 del Estatuto de Roma (Disposición de Transición)⁶²⁸.

El Estatuto de la CPI fue desarrollado normativamente con las normas de Procedimiento y Prueba, así como disposiciones sobre recursos y naturaleza financiera y de relaciones diplomáticas. Tras las dos enmiendas que modifican la redacción originaria del Estatuto de la CPI, en la actualidad su cuerpo normativo viene

⁶²⁶ En nuestro país, y de conformidad con lo establecido en el art. 93 de la Constitución española, al suponer la adhesión al Estatuto de Roma, la cesión de jurisdicción y por ello de competencias derivadas de la Constitución, tuvo que ser promulgada la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Una vez vigente dicha norma en nuestro Derecho interno, el Jefe del Estado extendió con fecha 19 de octubre del año 2000, el Instrumento de Ratificación por el Reino de España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para que mediante su depósito ante el Secretario General de las Naciones Unidas, el Reino de España pase a ser Parte de dicho Estatuto, lo que se llevó a efecto el día 25 de dicho mes.

Por otra parte, con la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, junto con la reforma del nuestro Código Penal, realizada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se ha procedido a la adaptación de la legislación española al Estatuto de la Corte.

⁶²⁷ En esta Conferencia se aprueba por consenso las resoluciones que modifican el Estatuto de Roma, incorporando los nuevos artículos 8 bis, con la definición del crimen de agresión; 15 bis, sobre el ejercicio de la competencia respecto de dicho crimen cuando se remita por un Estado; 15 ter, sobre el ejercicio de la competencia cuando lo sea por el Consejo de Seguridad; igualmente se complementan los elementos de los crímenes correspondientes al artículo 8 bis, definiendo el acto de agresión en consonancia con lo dispuesto en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, así como se incorporan a continuación los “entendimientos” sobre la correcta interpretación del sentido, alcance y vigencia de las enmiendas. Además, en la Conferencia de Revisión se afrontó en el estudio de cuatro grandes temas de la justicia penal internacional: el impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas, Complementariedad, Cooperación, y Paz y Justicia. El ejercicio de evaluación realizado en el marco de la Conferencia ha tenido como resultado la aprobación de varias resoluciones y declaraciones.

⁶²⁸ En esta Conferencia se estableció la derogación del artículo 124, que establecía una Disposición de Transición, y se modificó el párrafo cuarto del artículo 121 sobre el régimen de la entrada en vigor de las enmiendas.

determinado por: el Reglamento de Procedimiento y Prueba; los Elementos de los Crímenes; el Reglamento de la Corte; el Reglamento de la Oficina del Fiscal; Reglamento de la Secretaría; Código de Conducta Profesional de los Abogados; el Código de Ética Judicial; Estatuto del personal ante la CPI; Régimen Financiero y Reglamentos de Normas Financieras; Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte; Acuerdo de Relación entre la CPI y Naciones Unidas; Acuerdo de Sede entre la CPI y el Estado anfitrión; y resoluciones del Presidente de la Corte en consulta con el Fiscal o del Secretario.

4.1 La competencia jurisdiccional de la Corte Penal Internacional

A) Competencias de la Corte y sus límites

Conforme a su Preámbulo y al artículo 5 del Estatuto de Roma, la CPI es competente, desde la óptica *ratione materiae* y según el principio de legalidad, únicamente en aquellos crímenes definidos por el mismo y que éstos sean de trascendencia “*más grave (...) para la comunidad internacional en su conjunto*”.

A la hora de interpretar y determinar aquellos crímenes que dispone el Estatuto de la Corte, utiliza un instrumento complementario denominado “Elementos del Crimen”. Dicho instrumento, en palabras de la Profesora Cid Muñoz, “*establecerá con detalle los elementos materiales y mentales de los crímenes dentro de los temas materia de competencia de la Corte*” (2008: 45-46). La Comisión Preparatoria elaborará un proyecto de dichos Elementos. Posteriormente, su adopción y enmienda de los mismos se realizará mediante votación por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

Bien es cierto que, desde una perspectiva temporal (*ratione temporis*), el artículo 11 del citado texto legal señala que la Corte será competente en aquellos crímenes cometidos tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma.

En lo que respecta al ámbito subjetivo (*ratione personae*), el apartado 1 del artículo 25 del Estatuto ya determina que “*la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales*”. Sin embargo, conviene precisar a la vista del siguiente precepto la exclusión de menores de 18 años dentro de esta competencia⁶²⁹. Pudiendo añadirse, a la

⁶²⁹ Artículo 26 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “*La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen*”.

vista del párrafo 4º de citado artículo 25, que el enjuiciamiento de dichos individuos no afectará a la responsabilidad penal de un Estado de acuerdo con el Derecho internacional⁶³⁰.

Conforme a los arts. 11 y 12 de su Estatuto, la CPI tiene competencia de enjuiciamiento con los delitos descritos en el artículo 5 cometidos desde su entrada en vigor y sobre los Estados que son parte del mismo.

En lo que respecta a su competencia material, se le atribuye competencia para perseguir y enjuiciar los delitos internacionales de: genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agresión.

A.1) Genocidio

El artículo 6 del Estatuto señala que se entenderá por genocidio cualquier acto que se cometa con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Como conducta ilícita describe: “*a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo*”.

El crimen de genocidio puede ser cometido por cualquier persona, sea autoridad, funcionario o agente estatal o carezca de esta condición. Requiere la intención de destruir a un grupo o colectivo nacional, racial, étnico o religioso, aunque no resulta necesario que ello sea consecuencia de un ataque masivo, pudiendo cometerse tanto en situaciones de conflicto armado, internacionales o intranacionales, como también en situaciones de paz, siempre que sea consecuencia de una actuación sistemática y deliberada de exterminio. Comete individualmente el delito de genocidio aquel que de forma planificada realiza cualquiera de las acciones que ya fueron descritas en el artículo 2 de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de

⁶³⁰ Esta precisión fue fruto de un largo debate jurisdiccional durante la Conferencia de Roma de 1998 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un ejemplo de ello fue el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Sin embargo, comprendieron la complejidad de llevar a cabo tal responsabilidad colectiva en cuanto a la obtención de pruebas durante la investigación y procedimiento penal. Asimismo, ello haría peligrar el correcto funcionamiento del principio de complementariedad.

1948. Cuando no pueda apreciarse esta intención de destrucción colectiva, impide considerar la comisión de este crimen internacional aunque los ataques a la población durante los conflictos armados o en tiempos de paz puedan ser constitutivos de crímenes de guerra o de lesa humanidad.

A.2) Crímenes de lesa humanidad

El artículo 7 del mismo Estatuto *“entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”*.

Este crimen reconocido en el Tratado de Versalles, tras la Primera Guerra Mundial, puede ser cometido tanto en tiempos de paz como de conflicto armado, sea internacional o no, por agentes estatales o integrantes de organizaciones paramilitares.

A.3) Crímenes de guerra

El artículo 8 del Estatuto de la CPI no ofrece un concepto de crimen de guerra, si bien expone una larga clasificación que permite dar una aproximación acerca de su definición, en la que se incluye las violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; con los Protocolos incorporados a los mismos y relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional), además de

**Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional**

conductas que incurren en violaciones de las leyes de guerra vigentes, tanto nacionales como internacionales; y violaciones de las costumbres de la guerra aplicables.

Con carácter exhaustivo se expone en el párrafo segundo de dicho artículo la tipificación de conductas que integran el delito de crímenes de guerra⁶³¹. Por Resolución

⁶³¹ Conforme al apartado 2 del artículo 8 del Estatuto de Roma, son crímenes de guerra; “a) *Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) El homicidio intencional; ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal; viii) La toma de rehenes;*

b) *Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción; vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; xii) Declarar que no se dará cuartel; xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga; xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra; xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; xvii) Emplear veneno o armas envenenadas; xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del Derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123; xxi)*

**Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional**

Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra; xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra; xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de Derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo; xiii) Emplear veneno o armas nucleares; xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivos análogos; xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un

ICC-ASP/18/Res.5, adoptada en la 18ª reunión de la Asamblea de los Estados Partes celebrada en La Haya del 2 al 6 diciembre de 2019, se introdujo un nuevo apartado al artículo 8 del Estatuto, ampliando la descripción de la conducta típica como crimen de guerra: “*Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro*”, que constituye el nuevo párrafo del apartado e) del citado precepto del Estatuto⁶³².

El crimen de guerra no exige una planificación estatal o de una organización como elemento especialmente tenido en cuenta en la intencionalidad de la conducta. Puede ser cometida individualmente siempre que se actúe de forma intencional como parte de un plan o política o sea parte de la comisión a gran escala de tales crímenes (artículo 8.1 del Estatuto).

A.4) Crimen de agresión

La Conferencia de Kampala (Uganda) de fecha 10 de junio 2010, mediante Resolución RC/Rs. 5, procedió a la revisión del Estatuto de Roma introduciendo modificaciones en los artículos 8 bis, por el que se define el crimen de agresión tipificando el mismo; el art. 15 bis, por el que se establece la competencia de la Corte a instancia de un Estado y el art. 15 ter, por el que se establece la competencia de la Corte a instancia del CSNU.

Posteriormente, a través de la Enmienda introducida por el anexo I de la Resolución 6ª, el delito de agresión ha sido perfilado, señalándose en el citado artículo 8 bis que una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características,

conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

⁶³² En el anexo II de esta Resolución, la Asamblea de los Estados Partes describe esta conducta típica señalando los siguientes elementos del crimen:

“1. *Que el autor haya privado a personas civiles de objetos indispensables para su supervivencia.*

2. *Que el autor haya tenido la intención de hacer padecer hambre a personas civiles como método de guerra.*

3. *Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.*

4. *Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”* (ASAMBLEA DE LOS ESTADOS PARTES, 2020: 2).

gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas⁶³³.

La dificultad puesta de manifiesto en la Conferencia de Revisión del Estatuto fue superada al establecer un período transitorio para su persecución por parte de la Corte, estableciéndose en el artículo 15 bis y ter, que únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión “*cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes*”, estableciéndose a continuación la condición de que “*se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto*”. Además, el apartado 3 bis del artículo 25 del citado texto normativo, delimita el ámbito subjetivo de responsabilidad, pues sólo se aplicará a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

A.5) Delitos contra la administración de justicia cometidos ante la Corte Penal Internacional

A los delitos internacionales en sentido propio objeto de competencia de la Corte, como extensión y protección para su debido funcionamiento, el artículo 70 de su Estatuto determina su competencia para conocer los siguientes delitos contra la administración de justicia: “*a) Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69; b) Presentar pruebas a sabiendas de que*

⁶³³ Por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos (artículo 8 bis. 2 del Estatuto).

**Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional**

son falsas o han sido falsificadas; c) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba; d) Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida; e) Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y f) Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales”.

En estos casos, la Corte podrá imponer, de forma conjunta o alternativa, una pena de reclusión no superior a cinco años y/o pena de multa de conformidad con el Reglamento de Procedimiento y Prueba, que establece la regulación de los principios y procedimientos, así como de las condiciones de la cooperación internacional con relación a proteger el funcionamiento de la misma, imponiendo para ello la armonización normativa dentro del Derecho interno de los Estados para perseguir estos delitos cometidos en su territorio⁶³⁴.

B) La jurisdicción penal internacional: principios y garantías. Especial referencia al principio de complementariedad

Debido a su doble naturaleza, punitiva e internacional, la jurisdicción penal internacional está revestida de una cierta complejidad al converger en la misma, como hemos expuesto al tratar de las competencias, los principios tanto del Derecho penal internacional como los emanados de los diversos ordenamientos punitivos de los Estados. Al establecer un sistema de normas positivas de naturaleza sustantiva, asumen toda la teoría general del delito y del Derecho penal especial de los delitos internacionales que determinan su competencia de enjuiciamiento. En el plano procesal, regula igualmente las normas por el que se le atribuye una jurisdicción de naturaleza autónoma, una estructura judicial independiente, así como un procedimiento en el que se reconoce las garantías procesales conforme a los principios reconocidos en los sistemas procesales de enjuiciamiento penal.

El fundamento básico para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI viene determinado por el principio de complementariedad. Conforme al 10º párrafo del

⁶³⁴ El artículo 71 del Estatuto de Roma permite la imposición de sanciones por faltas de conducta ante la Corte de conformidad con lo que disponga el Reglamento de Procedimiento y Prueba.

**Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional**

Preámbulo del Estatuto de Roma, *“la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”*, y en su artículo 1 señala que *“la Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”*.

La legitimidad normativa de la CPI se encuentra en el Tratado que la constituye. Para superar las reticencias de los Estados en la cesión de una de las potestades vinculadas a su soberanía, como es el ejercicio de la jurisdicción penal, se estableció como fórmula de consenso que el ejercicio de la jurisdicción por parte de la CPI *“tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales sobre personas por la comisión de crímenes de trascendencia internacional”*. Para la Profesora Vázquez Serrano, el principio de complementariedad establecido en el Estatuto de Roma tiene su origen en la reformulación del principio de primacía, definiéndose desde un punto de vista funcional como *“aquel principio destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el órgano principal no puede ejercer su primacía de jurisdicción”* (2019: 192). Estima, con ello, que se trata de un instrumento útil para la jurisdicción universal, pues ofrece un control para una *“justicia eficaz”* para la persecución de delitos internacionales, ya que obliga a los tribunales internos a una optimización de su funcionamiento.

Desde una perspectiva histórica, debe señalarse que el origen del principio de complementariedad de jurisdicciones se encuentra en el sistema acordado por las Potencias vencedoras tras la Primera Guerra Mundial para conseguir el enjuiciamiento de los responsables por crímenes de guerra y actos criminales contra sus nacionales en los territorios ocupados, estableciéndose en el Tratado de Versalles la previsión de tribunales militares conjuntos para ello, si bien a través de mecanismos de cooperación entre los Estados y no basado en el principio de obligatoriedad. Tras la Segunda Guerra Mundial, y como se aprecia en el mismo proceso de creación y cristalización del Estatuto de Roma, fue cuando se introdujo el carácter obligatorio de su jurisdicción, a la vez que se desarrollaban los Convenios sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, los Convenios de Ginebra sobre crímenes de guerra, el Convenio contra la discriminación racial, represión y castigo del crimen de apartheid, de eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, contra la tortura, etc., derivado todo ello

de una nueva concepción del Derecho internacional tras la Carta de las Naciones Unidas y la centralidad normativa de la DUDH.

Conforme al artículo 1 de su Estatuto, podría pensarse que la jurisdicción de la CPI tiene un carácter subsidiario con respecto a las jurisdicciones estatales. Pero complementariedad no supone subsidiariedad (FUENTES TORRIJO, 2011: 114-140), la preferencia de la jurisdicción nacional tiene en el Estatuto de Roma excepciones trascendentes establecidas en el artículo 21 al regular cuestiones relativas a la admisibilidad, disponiendo la primacía de la jurisdicción internacional al otorgar competencia a la Corte para resolver la inadmisibilidad de un asunto cuando:

“a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.

El sistema de primacía de la jurisdicción de la Corte se refuerza al tener competencia para examinar las condiciones o circunstancias que le permita apreciar la voluntad de los Estados de ejercer su jurisdicción para perseguir los crímenes internacionales o para determinar la falta de capacidad de los mismos para su investigación o enjuiciamiento (apartados 2 y 3 del artículo 27 del Estatuto).

Conforme a la naturaleza permanente de la CPI, la misma supera los problemas derivados de los tribunales internacionales *ad hoc*, así como de la mayoría de los tribunales internacionalizados o híbridos, que son creados tras la comisión de los delitos cuya persecución han sido cometidos con anterioridad a la creación del tribunal. Como señala Ambos, su legitimación es mayor a los tribunales internacionales precedentes creados *ex post facto*, favoreciendo con ello un mayor grado de imparcialidad y respeto a los principios de legalidad y del *non bis in ídem* (2005).

El Estatuto de la CPI contempla en su artículo 21 el principio de *lex certa*⁶³⁵, así como en su artículo 20 consagra el principio “*non bis in ídem*”, al determinar que

⁶³⁵ Así el artículo 21 del Estatuto de Roma establece:

**Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional**

“nadie será procesado por la Corte en razón de hechos que puedan constituir delitos de su competencia, si ya ha sido juzgado anteriormente por ella o por otro tribunal -haya resultado condenado o absuelto- a menos que en este último caso, el proceso se haya llevado a cabo a los efectos de sustraer la responsabilidad penal del acusado o incumpliendo las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional”.

Junto a la garantía básica de norma positiva y cierta, es en la Parte III del Tratado de Roma donde se contienen los Principios Generales del Derecho Penal, en los artículos 22-33, que podemos sistematizar conforme a su contenido:

1º.- Relativos al principio de legalidad penal⁶³⁶.

- *Art. 22. Nullum crimen sine lege.*
- *Art. 23. Nulla poena sine lege.*
- *Art. 24. Irretroactividad ratione personae.*

“1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

⁶³⁶ En el primer caso, se establece que la Corte entenderá solamente sobre los crímenes de su competencia, cuya interpretación será estricta y no se hará extensiva por analogía, así como que en caso de duda se estará en favor de aquello que resulte más favorable al imputado (*in dubio pro reo*). Respecto a las penas, si bien en el artículo 23 se recoge el principio general de que éstas estarán determinadas por el Estatuto, se encuentra controvertido el cumplimiento del mandato de certeza, ya que éste no prevé una escala en particular para cada uno de los delitos tipificados, sino que se refiere a las mismas en forma general en su Parte VII (artículo 77). A este respecto cabe aclarar que no está prevista la pena de muerte, la reclusión perpetua se encuentra condicionada a la evaluación de la gravedad del delito y de las circunstancias personales del condenado y que, en la Parte X, se establecen los parámetros para su ejecución y supervisión de las condiciones de reclusión (artículo 106). La irretroactividad y aplicación de la ley más benigna se encuentra reconocida por el artículo 24 del Estatuto. Asimismo, en el artículo 11 determina la competencia temporal de la Corte para aquellos hechos cometidos después de la entrada en vigencia del Estatuto.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

2º.- Aquellos que atañen a la responsabilidad penal personal⁶³⁷.

- *Art. 25. Responsabilidad penal individual.*
- *Art. 26. Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte.*
- *Art. 27. Improcedencia del cargo oficial.*
- *Art. 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores.*
- *Art. 30. Elemento de intencionalidad.*
- *Art. 31. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.*
- *Art. 32. Error de hecho o error de derecho.*
- *Art. 33. Exclusión de cualquier tipo exención de responsabilidad por actuar ante órdenes superiores y disposiciones legales.*

3º. Principio relativo al ejercicio de la acción punitiva.

- *Art. 29. Imprescriptibilidad.*

Además de esta positivización internacional de los principios o garantías penales, el Estatuto y el Reglamento de Procedimiento y Prueba (artículos 51 y 52) establecen las garantías básicas del enjuiciamiento respetando el principio general del *juicio justo o debido*, que se fundamentan en tres pilares básicos:

1º. La independencia e imparcialidad del Tribunal⁶³⁸.

⁶³⁷ Los artículos 25 a 28 y 30 a 33 del Estatuto de Roma indican los parámetros relativos a la competencia en el ámbito personal de la Corte, determinada respecto de las “personas naturales” (responsabilidad penal individual), y en relación a diversos grados de autoría y participación. Se excluye la competencia de la Corte para los menores de 18 años. También se establecen circunstancias que podrán eximir de la responsabilidad penal a los acusados en ciertos casos (artículos 31 y 32), y otras que por el contrario aclaran de forma específica la responsabilidad que cabe a los jefes y otros superiores (artículo 28), quienes ostenten cargos oficiales (artículo 27), y quienes aleguen haber actuado en orden a obediencia debida o disposiciones legales (artículo 33).

⁶³⁸ La Corte es competente en los límites de su Estatuto, por acuerdo de los Estados Parte, según los principios de jurisdicción territorial y de la nacionalidad activa. Su independencia e imparcialidad están aseguradas por los términos del Estatuto (artículo 40) y por las previsiones que éste contiene en su Parte IV que versa sobre la composición y administración de la Corte, entre las que se incluyen cuestiones como la dedicación exclusiva de sus miembros, la periodicidad del mandato y la posibilidad de dispensa y recusación.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

2°. La presunción de inocencia⁶³⁹.

3°. El derecho de asistencia jurídica y de defensa en todo el proceso de incriminación⁶⁴⁰.

En cuanto al sistema de enjuiciamiento, el mismo establece un sistema procesal cerrado basado en el principio acusatorio sin jurado, donde las funciones de investigación son atribuidas al Fiscal y el enjuiciamiento propiamente a la Corte, si bien éste ostenta funciones de control sobre el proceso de investigación, al determinar su competencia y la adopción de cualquier tipo de medida que suponga una afectación a las garantías de los investigados, por ello el sistema de investigación puede ser considerado como de naturaleza mixta, a pesar de las funciones atribuidas al Fiscal por el propio Estatuto y el Reglamento de Procedimiento y Prueba.

En su sistema procesal, debe destacarse que toda iniciación del procedimiento penal debe estar instada por los Estados Partes, el CSNU y el Fiscal⁶⁴¹. Estructurándose la Corte entre la denominada Sala de Cuestiones Preliminares, con funciones en la preparación del enjuiciamiento, así como la Sala de Primera Instancia con competencia en el enjuiciamiento y la Sala de Apelaciones con competencia de la revisión de las resoluciones dictadas en el procedimiento (art. 34 del Estatuto).

La Sala de Cuestiones Preliminares tiene competencia para la autorización del inicio de la investigación, resolviendo sobre las cuestiones de admisibilidad del

⁶³⁹ El artículo 66 del Estatuto de Roma sienta este principio rector, que asigna al Fiscal la responsabilidad de la carga de la prueba.

⁶⁴⁰ Aunque el Estatuto en sus artículos 55 y 67 enumera una serie de derechos, tanto del investigado como del acusado, dicha lista debe ser entendida con carácter descriptivo y no exhaustivo conforme a los postulados del juicio justo o debido y el respeto a sus derechos fundamentales. Igualmente, entre estas garantías destaca lo que podríamos denominar el principio de lealtad y buena fe de la acusación al determinar que: “*el Fiscal está obligado a presentar a la defensa las pruebas con las cuales cuenta, tenga acceso o estén bajo su control, tan pronto sea posible; y que a su juicio, indiquen o tiendan a señalar la inocencia del acusado o atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo*” (artículo 67.2 del Estatuto).

⁶⁴¹ Como observamos en virtud de los preceptos del Estatuto de Roma, el Fiscal no tiene potestad para iniciar el procedimiento penal, tan solo para recibir la *notitia criminis*, pues constituye claramente una función jurisdiccional, y concretamente de la Sala de Cuestiones Preliminares, la de autorizar o no la oportuna investigación de los hechos presumiblemente delictivos.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

procedimiento ante la Corte, así como la adopción de medidas provisionales o cautelares necesarias para el enjuiciamiento (art. 53 del Estatuto de Roma)⁶⁴².

Autorizada por la Sala Preliminar la admisibilidad de la causa y concluida la instrucción por el Fiscal, el Estatuto regula en sus arts. 62 a 71 propiamente el desarrollo de la vista oral, estableciéndose contra la sentencia un procedimiento de apelación distinguiéndose los casos de que sea impugnada la sentencia condenatoria o absolutoria, la pena impuesta o la decisión de reparación⁶⁴³ o de aquellas otras

⁶⁴² La causas por las que ha de ser inadmitida la investigación de los hechos y, por ende, no se proveerá la incoación de diligencias, son, según establece el artículo 17 del Estatuto, las siguientes:

“a) Que el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

b) Que el asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

c) Que la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20.

d) Que el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.

⁶⁴³ Sobre este aspecto, merece especial atención los que podríamos denominar “estatuto jurídico de las víctimas” que, inicialmente no prevista su participación en el Estatuto de Roma, con el establecimiento de la Oficina del Defensor Público para las Víctimas, y atendiendo a lo dispuesto en la Regla 81 del Reglamento de la Corte, se garantiza la participación efectiva de estas ante la Corte. Con ello, se crea un importante precedente que debería reforzar la representación de las víctimas que, de acuerdo con la primera disposición de la Regla 90 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, son libres de elegir a su representante legal, para que puedan en su nombre intervenir en el procedimiento realizando las observaciones o indicaciones que estimen pertinentes y todo ello con el objetivo de garantizar la participación efectiva de las víctimas en los procesos ante la Corte. Además de forma institucional se les ofrece la prestación de ayuda y asistencia a las víctimas y sus representantes legales para que participen en el proceso y en la declaración de reparaciones que soliciten.

Igualmente, el artículo 74 del Estatuto dispone lo siguiente en relación con la reparación a las víctimas: *“1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.*

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79 [del Estatuto de Roma].

3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93.

impugnaciones contra resoluciones distintas a las sentencias⁶⁴⁴. En cuanto a la competencia de ejecución, ésta viene atribuida a un Estado designado por la Corte, de entre aquellos que hayan manifestado su voluntad de recibir a los condenados (artículo 103 del Estatuto), sin perjuicio del traslado para el cumplimiento que pueda acordar la Corte a solicitud del penado (artículo 104 de dicho texto normativo).

4.2 Regulación y aplicación del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma

La articulación del principio de complementariedad, tal y como queda establecido en el Estatuto de Roma, determina una especial relación entre la CPI y los Estados, así como entre éstos con el CSNU. La propia formulación del principio de complementariedad ha sido objeto de críticas atendiendo a su carácter imperfecto, pues carece de un desarrollo normativo que puede generar situaciones de conflicto jurisdiccional en caso de concurrencia con el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados, consecuencia lógica del reconocimiento interno de éstos de una primacía de jurisdicción de la CPI en la persecución de crímenes internacionales sobre la jurisdicción nacional extraterritorial basada en el principio de justicia universal.

La jurisdicción de la CPI le viene atribuida conforme a lo establecido en el art. 1 de su Estatuto, desarrollando su competencia temporal en el art. 11 y territorial en el art. 12, así como su competencia objetiva en el art. 13 del citado Estatuto. Los presupuestos para que la CPI pueda ejercer su jurisdicción son: 1) concurrencia de que los hechos constituyan delito internacional en los términos establecidos conforme a los

5. *Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.*

6. *Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al Derecho interno o el Derecho internacional”.*

⁶⁴⁴ En cuanto a los hechos en los que se ha de basar el Fiscal para estimar fundada la activación del procedimiento, vienen determinadas en el artículo 53 del Estatuto de Roma: que la información de que se dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen, del que resulta competente la Corte; que la causa no se encuentra dentro de las que, según el artículo 17 del Estatuto de Roma, resultaría inadmitida; y que existan razones suficientes para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia.

En sentido contrario, los hechos que coadyuvarán a que el Fiscal determine la falta de fundamento suficiente para el enjuiciamiento de la causa son: bien la insuficiente base, de hecho o derecho, para proceder a solicitar una orden de detención o comparecencia del presunto culpable, bien la previsible inadmisibilidad del asunto, bien que el enjuiciamiento no redundaría en beneficio de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias (gravedad del crimen, intereses de las víctimas, edad o enfermedad del presunto autor, etc.), tal y como establece el artículo 53.2.c) del Estatuto de Roma.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

artículos 5-8 de su Estatuto como competencia objetiva, 2) que dichos hechos ilícitos hayan sido cometidos a partir de la entrada en vigor del Estatuto como criterio de competencia temporal, 3) que dicha comisión delictiva se haya producido en el territorio de los Estados Partes como criterio general de competencia territorial, y 4) a los que deben añadirse la concurrencia de trascendencia y gravedad de los hechos y que su actuación no sea contraria al principio *non bis in ídem* ni al de cosa juzgada (artículo 17, apartados d y c respectivamente).

Conforme al principio de complementariedad en el diseño de la CPI, son los Estados los llamados en primer lugar a ejercer su propia jurisdicción en la persecución de los crímenes internacionales, incluso los establecidos en su propio Estatuto. Pero complementariedad no resulta equivalente a subsidiariedad, pues la propia CPI establece un principio de supremacía frente a los tribunales nacionales, como señala Manuel Ollé Sesé basándose para ello en los artículos 19.2 y 20.3 del Estatuto de Roma (citado por VÁZQUEZ SERRANO, 2019: 198-199). No debe ser olvidado que la indivisibilidad de la jurisdicción determina la exclusividad en su ejercicio. Para ponderar el principio de complementariedad se enumeran unos criterios que tienen por finalidad establecer un equilibrio entre las jurisdicciones estatales y la propia CPI, como se pone de manifiesto en la Regla 162 del Reglamento de Procedimiento y Prueba⁶⁴⁵. Este sistema atribuye a la CPI competencias de control en la actividad judicial de los tribunales nacionales, convirtiéndose en un órgano de vigilancia de la propia eficacia de las jurisdicciones internas en la persecución de crímenes internacionales, lo que es una prueba más de la supremacía de la Corte frente al ejercicio de las jurisdicciones estatales, si bien sometida a los límites establecidos en su propio Estatuto como resultado del respeto al principio de proporcionalidad

⁶⁴⁵ El citado precepto determina que: “1. La Corte, antes de decidir si ha de ejercer su jurisdicción, podrá consultar con los Estados Partes que puedan tener jurisdicción respecto del delito.

2. Al decidir si ha o no de ejercer su jurisdicción, la Corte podrá tener en cuenta, en particular: a) La posibilidad y eficacia del enjuiciamiento en un Estado Parte; b) La gravedad de un delito; c) La posibilidad de acumular cargos presentados con arreglo al artículo 70 con cargos presentados con arreglo a los artículos 5 a 8; d) La necesidad de agilizar el procedimiento; e) Los vínculos con una investigación o un juicio en curso ante la Corte; y f) Consideraciones de prueba.

3. La Corte dará consideración favorable a la solicitud del Estado anfitrión de que renuncie a su facultad para ejercer la jurisdicción en los casos en que el Estado anfitrión considere que la renuncia revista especial importancia.

4. Si la Corte, decide no ejercer su jurisdicción, podrá solicitar de un Estado Parte que lo haga de conformidad con el párrafo 4 del artículo 70”.

derivado del artículo 17, como de la “trascendencia internacional” de los crímenes objeto de persecución (artículo 1 de su Estatuto).

A) Regulación del principio de complementariedad

En virtud del artículo 13 del Estatuto, “*la Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto*”, siempre y cuando el Fiscal inicie el procedimiento de investigación en alguno de los siguientes supuestos: “*a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15*”.

En el primer supuesto, conforme al artículo 14 del Estatuto de Roma, los Estados Partes podrán “*remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas*”, si bien deberán especificar “*en la medida de lo posible, (...) las circunstancias pertinentes [al caso objeto de proceso de investigación, así como adjuntar] la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante [sobre el citado caso]*”. La mera remisión al Fiscal llevada a cabo por un Estado Parte determina no sólo la relación de cooperación con la Corte en lo que concierne a la aportación de pruebas sobre la posible comisión de los delitos internacionales objeto de competencia de la CPI, sino que también refleja una cesión del ejercicio jurisdiccional del Estado sobre el proceso de investigación.

Este sistema viene complementado en los artículos 17 a 19 del Estatuto al regular la admisibilidad de la competencia de la CPI pues en el diseño de su sistema procesal, el mismo trata como una única unidad desde los procesos de investigación hasta la propia ejecución bajo el principio de exclusividad jurisdiccional, sin perjuicio de la colaboración que debe ser prestada por los Estados Partes conforme a las obligaciones asumidas en el Tratado de Roma.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

La legitimidad para iniciar un procedimiento ante la Corte conforme al art. 13 del Estatuto la tienen los Estados en los términos establecidos en el art.14, así como el Fiscal conforme al artículo 15. Con relación al CSNU, se le reconoce la legitimación para remitir al Fiscal una situación en la que ha podido ser cometida crímenes internacionales competencia de la Corte, siempre que ello se encuentre fundamentado en sus prerrogativas establecidas en Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que regula las actuaciones en situaciones de agresión y amenaza contra la paz. Esta prerrogativa viene justificada por la propia competencia otorgada por la Carta de las Naciones Unidas para la adopción de medidas coercitivas, que pueden ser realizadas sin el uso de la fuerza previstas en el artículo 41 de la Carta⁶⁴⁶ o, en defecto de éstas, aquellas que impliquen el uso de la fuerza conforme a lo establecido en el artículo 42 del mismo texto⁶⁴⁷.

En su redacción originaria, el Estatuto determinaba una especial relación entre el CSNU y los procedimientos seguidos ante la Corte al regular en su art. 16 las comunicaciones de suspensión en los procesos tanto de investigación como de enjuiciamiento. Tras la Conferencia de Kampala de 2010, sobre la modificación del Estatuto de Roma, al introducirse específicamente el crimen de agresión y atendiendo a la especial naturaleza de éste con la finalidad de velar por la paz y seguridad internacional conforme a la Carta de las Naciones Unidas, se estableció un sistema específico de atribución de competencias previstos en los arts. 15 bis y ter del Estatuto. Conforme al art. 15 bis⁶⁴⁸, la competencia de la Corte viene determinada por normas

⁶⁴⁶ El citado precepto dispone lo que sigue: “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”.

⁶⁴⁷ El citado precepto dispone lo que sigue: “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”.

⁶⁴⁸ El presente artículo determina que: “1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

especiales diferenciándose los supuestos que la comisión del delito de agresión afecte a un Estado Parte o no Parte. Con relación a la competencia del Fiscal, ésta viene sometida al requisito de que por el CSNU se haya verificado una situación de agresión. Esta especial intervención del CSNU viene reforzada en el art. 15 ter⁶⁴⁹, en cuanto a la iniciación del procedimiento conforme a lo establecido en el art. 13 b) del Estatuto.

Esta regulación específica de la competencia de la CPI en la persecución del crimen de agresión ha sido objeto de críticas, por cuanto en la misma se aprecia una

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años.

5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.

6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.

8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16.

9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

10. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5”.

⁶⁴⁹ El artículo 15 ter del Estatuto señala que: “1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5”.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

relevancia del CSNU sobre la propia competencia judicial de la Corte, lo que puede cuestionar su independencia. Aunque pueda considerarse que el CSNU tenga una naturaleza fundamentalmente política dentro de la Organización de Naciones Unidas, no debe pasarse por alto el equilibrio buscado en las normas del Estatuto de Roma. El juez Yasin Kocar señaló que esta relación, aunque fuera considerada como fundamental para el mantenimiento de la paz y la seguridad, no debe subestimar la estructura judicial de la Corte (2015: 178). En este sentido, la Profesora Monique señala que la intervención del CSNU no supone una intervención para excluir la jurisdicción de la Corte, sino medidas para garantizar la paz y seguridad en supuestos específicos, sobre todo ante conflictos que pueden vincular a un Estado Parte con un Estado no Parte del Estatuto, o en los casos de garantizar la persecución por crímenes que potencialmente puedan ser atribuidos a las propias “fuerzas de interposición” que actúan en los conflictos armados autorizadas por Naciones Unidas (2020: 119-131).

Siguiendo a Kai Ambos, ningún sistema judicial del mundo tiene capacidad de perseguir todos los delitos y castigar a todos los culpables, ello se hace aún más patente en el caso de la justicia penal internacional. Conforme a su Estatuto, la CPI ha establecido un sistema político-criminal de “persecución selectiva” como se estableció no sólo en los TMI, TPMILO y los tribunales *ad hoc* TPIY y TPIR, sino también en todos los tribunales internacionalizados o híbridos como estrategia de enjuiciamiento. Para ello, no sólo debe analizar la naturaleza del delito y la gravedad de su violación, sino además debe seleccionar a los individuos que deben ser perseguidos, que suelen ser identificados como “grandes criminales, líderes y cabecillas de organizaciones criminales, dirigentes con mando de ejecución de delitos atroces, etc.” (AMBOS, 2004: 92). Ello supone una flexibilización de la justicia penal internacional y el dotar de contenido al requisito de “trascendencia internacional” establecido en el art. 1 del Estatuto de la CPI.

En este sentido, Ambos cita *“en este contexto, de hecho en muchos sistemas de Derecho penal, el organismo encargado de las persecuciones solo cuenta con recursos financieros y humanos limitados, por lo que resulta poco realista esperar una persecución de todos los que cometieron algún hecho delictivo que pueda caer dentro de los términos estrictos de su jurisdicción. Necesariamente debe decidir acerca de la naturaleza de los crímenes y de los autores que serán perseguidos. Es indudable que el fiscal tiene amplia discreción en relación con la iniciación de las*

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

investigaciones y la preparación de las acusaciones” (2004: 93). Por tanto, junto a la limitación de la obligación de perseguir por razón de la persona como criterio lógico de flexibilización, puede incorporarse la concurrencia de especiales causas de justificación o de exculpación, que en supuestos de extrema necesidad aconsejen la rebaja de la imposición punitiva o incluso se renuncie a la propia persecución penal.

En el diseño de la investigación penal, el Fiscal cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones, para seleccionar y priorizar los casos de interés para su persecución. En el uso de las competencias atribuidas en el art. 13 c), el Fiscal precisa de la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar un proceso de investigación (artículo 15.3 del Estatuto). Para ello, deberá acreditar a la Corte la existencia de “*fundamentos suficientes*” a través de pruebas documentales o testimonios que justifiquen el inicio del procedimiento. Debe ser tenido en cuenta que el Estatuto atribuye a la propia Corte una competencia de control sobre la actividad del Fiscal en la iniciación del proceso de investigación. Se trata de un sistema de naturaleza mixta donde el Fiscal, tras practicar una información preliminar sobre los hechos, la comisión de crímenes internacionales y personas presuntamente responsables, determinen la relación jurídico-procesal de naturaleza penal y de trascendencia internacional para justificar ante la Corte el inicio de un procedimiento atribuido a la jurisdicción de la CPI⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ En este sentido, véase “Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Decision, Pre-Trial Chamber II, 12th of April 2019, No. ICC-02/17; y “Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Judgment, Appeals Chamber, 5th of March 2020, No. ICC-02/17 OA4.

B) Criterios de aplicación del principio de complementariedad en la jurisdicción de la Corte

El principio de complementariedad opera como criterio de atribución de la jurisdicción penal a la CPI. A diferencia del criterio de primacía jurisdiccional establecido en los tribunales internacionales *ad hoc* como TPIY y TPIR y en la mayoría de los tribunales internacionalizados o híbridos como TESL, TEL y PETO, en los textos preparatorios del Tratado de Roma se tuvo la conciencia de la necesidad de armonizar la primacía territorial de la jurisdicción con su ejercicio preferente por parte de un tribunal internacional y permanente que ofreciera mayores garantías de imparcialidad y eficacia para evitar supuestos de impunidad, justificado todo ello por los intereses humanitarios objeto de protección.

El Estatuto de la CPI atribuye a ésta resolver sobre su jurisdicción, lo que viene articulado en el art. 17 al tratar sobre los casos de admisibilidad⁶⁵¹. Aunque el régimen jurídico de los crímenes de agresión tiene un tratamiento especial dentro del Estatuto, para los crímenes internacionales de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra puede ser planteado diversas situaciones de concurrencia de jurisdicciones entre los Estados y la CPI. Así, puede señalarse los siguientes escenarios:

⁶⁵¹ El citado precepto determina que: “1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del Preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

1°.- la comisión de crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma, en los que los Estados Partes que no atribuyan a su jurisdicción el conocimiento de éstos o de algunas de las conductas tipificadas en los arts. 5-8, o en los supuestos en que las jurisdicciones estatales no prevean su persecución cuando éstos son cometidos por sus nacionales en un país extranjero. En estos casos, no existe obstáculo alguno en reconocer que la CPI tiene competencia para conocer de los mismos como manifestación de supremacía jurisdiccional;

2°.- que aun teniendo competencia los Estados Partes para perseguir la comisión de los delitos internacionales contemplados en el Estatuto de Roma cometidos en su territorio conforme a sus normas de Derecho interno y de competencia territorial, éstos no ejerzan la misma para exigir responsabilidad individual a sus responsables. En este supuesto, el principio de complementariedad atribuiría competencia a la Corte para conocer de los hechos ilícitos;

3°.- que los Estados Partes, aun teniendo reconocida la competencia para ejercer su jurisdicción extraterritorialmente con el fin de perseguir a los responsables de delitos internacionales en virtud del principio de justicia universal, no haga uso de su jurisdicción. En este caso, aunque la comisión del delito internacional se hubiere llevado a cabo en el territorio de un Estado no Parte, la CPI tendrá competencia para ejercer su jurisdicción penal internacional para perseguir los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra en aplicación de lo establecido en artículos 12.2 a), 17.1 a) y b), 19.2 b) y 20.3 del Estatuto de Roma⁶⁵²;

4°.- en los supuestos en los que un Estado no Parte del Estatuto de Roma, conforme a su Derecho interno, se atribuye al ejercicio de su jurisdicción universal para perseguir delitos internacionales tipificados en el Estatuto de Roma cometidos “por extranjeros en el extranjero”, es decir, sin conexión con su territorio, sus nacionales o el

⁶⁵² En este sentido el Profesor Ollé Sesé interpreta que la exigencia del Estatuto de Roma parte de la consideración de que los Estados tengan jurisdicción y ésta puede ser jurisdicción universal, sin perjuicio de que en estos casos pueda existir una concurrencia de jurisdicciones que debería ser resuelta conforme al propio principio de complementariedad (2008a: 413-416).

Sin embargo, esta atribución jurisdiccional no es aplicable al delito de agresión en los términos establecidos en el artículo 15 bis del Estatuto de Roma.

lugar donde se encuentren los posibles responsables, la CPI carecerá de competencia, aunque el crimen fuera cometido en territorio de un Estado Parte⁶⁵³.

El principio de complementariedad supone un equilibrio entre la jurisdicción de los Estados Partes y la propia jurisdicción de la CPI. No obstante, como observa el Profesor Stigen, al analizar los preceptos del Estatuto de Roma, pone de manifiesto la ausencia de un cauce de diálogo entre la Corte y los tribunales nacionales. Para preservar el derecho de los Estados al ejercicio de su jurisdicción, establece una serie de sugerencias para garantizar, a través de estrategias de comunicación, el principio de complementariedad entre las jurisdicciones nacionales y de la CPI atendiendo a su diseño originario que permitió la firma del Tratado de Roma.

En este sentido, el Profesor Stigen, en lo que concierne a la protección del ejercicio de jurisdicción de los Estados, señala que:

1°.- los Estados que puedan o se hayan encargado de la persecución de un crimen internacional, deberán ponerlo en conocimiento del Fiscal de la Corte, para que éste lo tenga en consideración en la fase más temprana posible del proceso de investigación;

2°.- los Estados deberán contar con amplias oportunidades para facilitar información sobre sus procedimientos, así como transmitir los motivos que estimen relevantes para perseguir los hechos atendiendo al criterio de “interés de justicia”;

3°.- una vez que los Estados hayan sido notificados sobre la intención de intervención por parte del Fiscal de la Corte, éstos deben permitir la iniciación del proceso de investigación penal ante el mismo;

4°.- los Estados deben tener oportunidad para cuestionar la admisibilidad de un asunto por parte de la CPI, permitiéndosele la legitimidad para recurrir dicha resolución y las decisiones sobre la gravedad y trascendencia internacional de los crímenes objeto de persecución;

⁶⁵³ Conforme al principio de primacía del Derecho de los Estados al que se refiere el Preámbulo del Estatuto de Roma, Manuel Ollé Sesé señala que en estos supuestos existe una concurrencia jurisdiccional relativa, pues prevalece la jurisdicción que originariamente ostentan los Estados que, en la mayoría de los delitos internacionales, se fundamenta en el Derecho internacional general establecido fundamentalmente por norma consuetudinaria que determina, por su carácter imperativo, obligaciones *erga omnes* para los Estados (2008a: 413-416).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

5°.- permitir la existencia de mecanismos que aseguren la intervención del Estado en las primeras etapas del proceso de investigación penal; y

6°.- la CPI deberá de suspender su investigación ante una invocación fundada del principio de complementariedad por parte de los Estados. Dicho criterio tiene como finalidad minimizar el riesgo de comprometer la investigación penal realizada por los tribunales nacionales, si bien ello debe estar sujeto a los límites derivados de la integridad jurisdiccional de la CPI (STIGEN, 2008: 88-89).

Del mismo modo, para garantizar la protección del ejercicio soberano de los Estados en lo que concierne a su jurisdicción penal, el Profesor Stigen enumeró cinco posibles aspectos por los que se podría mejorar la eficacia de la CPI. Así, señaló que:

1°.- los Fiscales de la Corte deben poner en conocimiento aquellos casos en los que los Estados no hubiesen podido impartir de forma adecuada “justicia”;

2°.- la CPI, a través de la Fiscalía, debería tener capacidad para examinar las decisiones previas de un tribunal estatal en virtud de los artículos 17 o 53 del Estatuto de Roma, o tener legitimidad para revisar dichas decisiones adoptadas ante un tribunal creado a tal efecto;

3°.- los Estados serán responsables de mostrar la veracidad de sus evidencias, con independencia de que la Corte pueda considerar que corresponde a los Estados la carga de la prueba de los procesos nacionales, para considerarlos adecuados o inadecuados a la finalidad de perseguir de forma efectiva a los responsables por la comisión de crímenes internacionales;

4°.- debe establecerse la necesidad de crear mecanismos jurídicos que permitan garantizar la integridad de los procedimientos de investigación de la Corte, sobre todo en lo que concierne a la preservación de pruebas; y

5°.- la CPI debe tener competencia en lo que respecta a la admisibilidad y facultad discrecional de selección en los supuestos de ausencia de mecanismos externos de control que examinen las investigaciones penales (STIGEN, 2008: 88).

En suma, y en la aplicación del principio de complementariedad, puede deducirse que el mismo opera como criterio de atribución de la jurisdicción, como instrumento para el fortalecimiento de la competencia universal para la persecución de

los responsables de la comisión de crímenes internacionales y como mecanismo de vigilancia en el ejercicio de la competencia de los Estados de su jurisdicción universal conforme a su Derecho interno.

C) El ejercicio de la jurisdicción penal por parte de la Corte

La jurisdicción atribuida a la CPI emana de las normas establecidas en el Estatuto de Roma. El mismo atribuye convencionalmente una jurisdicción propia y autónoma que legitima la aplicación del Derecho penal internacional y la imposición de consecuencias punitivas a los infractores. Originariamente, la jurisdicción y especialmente en el ámbito penal, emana de los Estados al ser una potestad sustantiva de su poder soberano. El fundamento de la jurisdicción ejercida por los tribunales internacionales viene determinado por la delegación o “consentimiento implícito” que de esta potestad soberana es realizada por los Estados en favor de aquellos, aunque dicho fundamento no abarca todas las posibilidades de ejercicio de una jurisdicción internacional⁶⁵⁴, pero para la mayoría de la doctrina en su origen siempre se encuentra el consentimiento o aceptación de los Estados, sujeto siempre a los principios de Derecho internacional y, en especial, al principio de buena fe.

Las cuestiones de jurisdicción vienen siendo resueltas por la CPI interpretando el requisito de admisibilidad establecido en el art. 17 de su Estatuto. Así, podemos examinar algunos precedentes donde se resuelve la jurisdicción de la Corte y la interpretación que ésta hace de los preceptos habilitadores establecidos en su Estatuto.

En primer lugar, podemos citar la Sentencia dictada por la Sala de Apelación de fecha 25 de septiembre de 2009 bajo el nombre de *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*⁶⁵⁵, que en su fundamentación jurídica estima que “el

⁶⁵⁴ Sobre este aspecto, véase Capítulo 6 de la Tesis.

⁶⁵⁵ En este caso, la Corte Penal Internacional resolvía la autoría de los acusados Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui por la comisión de crímenes guerra y de lesa humanidad en la aldea Bogoro (República Democrática del Congo) el 24 de febrero de 2003. Si bien es cierto que posteriormente los acusados fueron enjuiciados de forma separada, podemos señalar que condenaron al Sr. Katanga como cómplice de dichos delitos a 12 años de prisión por la Sala de Primera Instancia mediante Sentencia de fecha 23 de mayo de 2014. Sin embargo, la Sala de Apelación redujo la condena a 3 años y 8 meses de prisión el 13 de noviembre de 2015, determinando así que el Sr. Katanga cumpliera la condena el 18 de enero de 2016. Si bien es cierto que, y antes de que finalizara el cumplimiento de su condena, el acusado fue extraído ante las autoridades de la República Democrática del Congo y trasladado a prisión el 19 de diciembre de 2015, donde es condenado a cadena perpetua.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

apartado a) del artículo 17.1 del Estatuto exige un doble juicio de ponderación: (i) si, en el momento del proceso con respecto a la cuestión de admisibilidad, hay una investigación o enjuiciamiento en curso a nivel nacional; y (ii), si ello fuera así, valorar si el Estado tiene voluntad y capacidad para realmente llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento”⁶⁵⁶.

Para ello, la Corte debió determinar si existía identidad en el procedimiento penal realizado por el Estado, entendiendo que existe identidad cuando el individuo responsable ha cometido una conducta tipificada como crimen internacional, conforme al ordenamiento jurídico del Estado o bien conforme al Derecho penal internacional. Así, y en el caso Lubanga⁶⁵⁷, “la Sala de Cuestiones Preliminares I determinó por vez primera que para que un caso sea inadmisibile ante la Corte, los procesos de investigación nacionales deben incluir la persona y la conducta tipificada que fuese objeto del caso ante la Corte”⁶⁵⁸. En este sentido, señaló que “un caso comprende <<hechos específicos cuando uno o más delitos parecen haber sido cometidos por uno o varios sospechosos identificados dentro de la jurisdicción de la Corte (...)>>”⁶⁵⁹, la

En lo que concierne con el Sr. Ngudjolo Chui, la Sala de Apelación, mediante Sentencia de fecha 27 de febrero de 2015, absolvía al acusado de los cargos presentados por crímenes de guerra y de lesa humanidad. Este fallo por parte de la Sala de Apelación de la Corte Penal Internacional generó descontento y malestar por parte de la población congoleña, especialmente las víctimas.

⁶⁵⁶ Documento original: “(...)article 17(l)(a) of the Statute contemplates a two-step test, according to which the Chamber, in considering an admissibility challenge, shall address in turn two questions: (i) whether, at the time of the proceedings in respect of an admissibility challenge, there is an ongoing investigation or prosecution of the case at the national level; and, in case the answer to the first question is in the affirmative, (ii) whether the State is unwilling or unable genuinely to carry out such investigation or prosecution” (“The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. The Situation in Libya”, Pre-Trial Chamber I, 31st of May 2013, No. ICC-01/11-01/11, p. 25).

⁶⁵⁷ Uno de los casos más destacados de la Corte Penal Internacional por el que sentencia al Sr. Thomas Lubanga Dyilo a 14 años de prisión por la comisión de crímenes de guerra y reclutamiento de niños en la República Democrática del Congo. Si bien el fallo de dicha condena consta en la Sentencia de la Sala de Apelación de fecha 10 de julio de 2012, fue el primer acusado condenado por la Corte Penal Internacional.

⁶⁵⁸ Texto original: “Pre-Trial Chamber I found for the first time that for a case to be inadmissible before the Court, national proceedings must “encompass both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court”” (“The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. The Situation in Libya”, Pre-Trial Chamber I, 31st of May 2013, No. ICC-01/11-01/11, pp. 30-31).

⁶⁵⁹ Documento original: “a case encompasses “specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects” (...)” (“The Situation in Libya The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 31st of May 2013, No. ICC-01/11-01/11, p. 31).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

mera ausencia de dichos hechos específicos e identificación de los individuos penalmente responsables determina la no asunción del enjuiciamiento por la CPI.

En la Sentencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 31 de mayo de 2013 en el asunto *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*⁶⁶⁰, se vincula la admisibilidad a que el Estado pruebe de forma concreta, tangible y relevante que el proceso de investigación seguido ante el mismo siga en curso⁶⁶¹. Así, señala que:

“La definición de “pruebas”, dentro del contexto de la admisibilidad de los procesos de investigación, no se refieren de forma exclusiva a demostrar sobre los fundamentos de un caso nacional que puede haber sido recogidas como parte de una supuesta investigación internas para probar los delitos alegados o de esos países a legislar en los territorios ocupados. En este contexto, “prueba” más que significar toda capacidad material de probar que una investigación está en curso y que las medidas apropiadas están siendo resultado de los procesos de investigación.

En consecuencia, la Sala considera que pueden también incluir pruebas con el propósito de fundamentar la cuestión de admisibilidad, dependiendo de las circunstancias del caso, instrucciones, órdenes y decisiones emitidas por las autoridades a cargo de la investigación, así como informes nacionales, novedades, notificaciones, o comunicaciones incluidas en los documentos procedentes de la investigación interna de un Estado, en la medida en que las autoridades nacionales están adoptando medidas concretas y progresivas para determinar si el presunto autor es responsable de la conducta tipificada prevista en la orden de arresto emitida por la Corte”⁶⁶².

⁶⁶⁰ El presente caso de la Corte Penal Internacional tuvo que resolver la cuestión sobre la admisibilidad o no de llevar a cabo un proceso de investigación por parte de la Corte a los acusados Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi. En vista de los fallos de las Sentencias de la Sala de Cuestiones Preliminares I y de la Sala de Apelaciones, los miembros de dichas Salas decidieron la admisión de tal investigación al causado Saif Al-Islam Gaddafi por haber cometido crímenes de lesa humanidad en Libia.

Por su parte, y tras determinar la autoría del Sr. Al-Senussi como coautor, junto con el Sr. Gaddafi sobre la comisión de tales delitos, la Corte falló en admitir la cuestión de admisibilidad por parte del Estado libio mediante Sentencias del 11 de octubre de 2013 y del 24 de julio de 2014 de las Salas de Cuestiones Preliminares I y de Apelación respectivamente. La Sala de Apelaciones desestimó el recurso interpuesto por el acusado Saif Al-Islam Gaddafi por Sentencia de 9 de marzo de 2020.

⁶⁶¹ “The Situation in Libya The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 31st of May 2013, No. ICC-01/11-01/11, p. 24.

⁶⁶² Fragmento original del presente documento: “[T]he concept of “evidence”, within the context of admissibility proceedings, does not refer exclusively to evidence on the merits of the national case that may have been collected as part of the purported domestic investigation to prove the alleged crimes. In this context, “evidence” rather means all material capable of proving that an investigation is ongoing and that appropriate measures are being envisaged to carry out the proceedings. Accordingly, the Chamber is of the view that evidence for the purposes of substantiating the Admissibility Challenge may also include, depending on the circumstances, directions, orders and decisions issued by

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

Resulta trascendente de la interpretación del artículo 17.1 del Estatuto de Roma que la Corte desplace la carga de la prueba a los Estados sobre la voluntad y capacidad para llevar a efecto la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales, estableciendo con ello una presunción de primacía del ejercicio de su jurisdicción frente a las que puedan ser realizadas por los Estados, incluso en el ejercicio de su jurisdicción territorial. Basándose en ello, la CPI estimó insuficiente las pruebas aportadas por el Estado libio sobre la realidad de un proceso de investigación, cuestionando que existiera la voluntad del mismo para ejercer su jurisdicción declarando su competencia para investigar y enjuiciar a los responsables por la comisión de crímenes internacionales, pues estimó que ello deriva de las finalidades de asegurar de forma efectiva la paz y la seguridad internacional conforme establece el Preámbulo del Estatuto de Roma, que es aplicado como criterio interpretativo.

La Sala de Apelaciones, en su Sentencia con fecha 21 de mayo 2014, confirmó lo resuelto por la Sala de Cuestiones Preliminares I con igual fundamento, rechazando el recurso presentado por el Estado libio⁶⁶³. En la anterior Sentencia, la jueza Anita Ušacka formuló voto particular disintiendo del sentir mayoritario al señalar que la Resolución apelada interpretó de forma errónea el artículo 17.1 a) del Estatuto, al no compartir el modo en que se procedió a examinar las pruebas aportadas por el Estado libio, concluyendo con ello que se había incumplido el principio de complementariedad⁶⁶⁴.

authorities in charge of the investigation as well as internal reports, updates, notifications or submissions contained in the file arising from the Libyan investigation of the case, to the extent that they demonstrate that Libyan authorities are taking concrete and progressive steps to ascertain whether Mr Gaddafi is responsible for the conduct underlying the warrant of arrest issued by the Court" ("The Situation in Libya The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi", Decision, Pre-Trial Chamber I, 31st of May 2013, No. ICC-01/11-01/11, p. 24).

⁶⁶³ "The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'", Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11 OA 4.

⁶⁶⁴ "The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'", Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, p. 21.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

La jueza Ušacka señaló que “el Estatuto no define los elementos materiales de los delitos en términos generales, aunque describe tres elementos esenciales del mismo como son la <<conducta>> tipificada, <<consecuencias>> específicas y otras <<circunstancias>>”⁶⁶⁵. Por ello, estimó que en la definición normativa de la conducta constitutiva de delito existe más de un elemento de comparación entre el delito perseguido por el Estado y la CPI, por cuanto una interpretación amplia del mismo y más acorde con el principio de complementariedad, “no exige que las autoridades nacionales investiguen “(fundamentalmente) la misma” conducta que constituye la base del caso ante la Corte”⁶⁶⁶.

Bajo su visión, identidad no tiene que suponer integridad, considerando con ello que la obligación asumida por los tribunales nacionales con respecto a la Corte debe basarse en la cooperación y no en las exigencias o presupuestos que la CPI consideren válidos en el proceso de investigación penal, por la interpretación dada por la mayoría de los miembros de la Corte al art. 17.1 a) del Estatuto de Roma ignora los distintos marcos legales y el ejercicio de la jurisdicción existente en los Estados y su relación bien con los demás Estados o bien con la CPI⁶⁶⁷.

La jueza Ušacka afirmó la necesidad de que la Corte estudie en profundidad la interpretación del citado precepto en relación con el principio de complementariedad, considerando que las investigaciones o enjuiciamientos por parte de las autoridades nacionales necesitan en gran medida integrarse explícitamente en las mismas acciones u omisiones que constituyan los requisitos esenciales de los delitos internacionales

⁶⁶⁵ Texto original: “*The Statute does not define the material elements of the crimes in general terms, but describes three main aspects "conduct', specific "consequences" and other "circumstances"*” (“The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, p. 22).

⁶⁶⁶ Texto original: “*(...) does not require domestic authorities to investigate "(substantially) the same" conduct as the conduct that forms the basis of the "case before the Court"*” (“The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, p. 23).

⁶⁶⁷ “The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, pp. 23-24.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

alegados, pero no requiere una total identidad con las acciones u omisiones tal y como son tipificadas por el Estatuto de la CPI⁶⁶⁸.

En lo que concierne al principio de complementariedad, la jueza Ušacka señaló, con base en los trabajos preparatorios y la discusión sobre la redacción del Preámbulo y artículo 1 del Estatuto de Roma, la existencia de “dos posturas principales que fueron adoptadas en relación con la comprensión del principio de complementariedad y su evolución gradual con el paso de los años. Por un lado, se manifestó que debe existir una fuerte presunción para la soberanía estatal, lo cual implica que la Corte no debería tener la capacidad para intervenir si un Estado dispone de un sistema jurídico “operativo” y que asuma la investigación y/o enjuiciamiento de buena fe. Por otro lado, se afirmó que la Corte debe tener primacía de jurisdicción”⁶⁶⁹. Para superar estas posturas, se estableció una solución de equilibrio en la que, por un lado, la CPI debía respetar la supremacía en el ejercicio de la jurisdicción de los Estados, y por otro lado, que la Corte no tuviera carácter residual en esta relación⁶⁷⁰.

Del mismo modo, y a pesar de que forma parte del sentir mayoritario de los miembros de la Sala de Apelaciones de la Corte, la opinión separada del juez Sang-Hyun Song comparte la visión de la jueza Anita Ušacka sobre la interpretación que la mayoría de los miembros de la Corte llevaron a cabo del artículo 17.1 a) del Estatuto de Roma. En su voto separado estimó que para apreciar la identidad de los asuntos debe atenderse a la sustantividad de la conducta ilícita, estableciendo para ello que el

⁶⁶⁸ “The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, p. 23.

⁶⁶⁹ Fragmento original del siguiente texto: “(...) *two main positions were taken in relation to the understanding of complementarity, which changed gradually over the years. On the one hand, it was expressed that there should be a strong presumption for state sovereignty, which meant that the Court would not be able to intervene if a State had an operational judicial system and undertook a “bonafide” investigation and/or prosecution. On the other hand, it was stated that the Court should have primacy of jurisdiction*” (“The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, p. 8).

⁶⁷⁰ “The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, p. 8.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

hecho de que no se contemple una investigación concreta por el Estado nacional no supone automáticamente que deba ser considerada como conductas ilícitas distintas a las que son objeto de investigación por parte del Fiscal de la Corte, pues analizando la orden de arresto, resulta claro que en estos hechos se superponen con los procesos de investigación en gran medida seguidos por asesinatos y desapariciones por las autoridades libias. Pero a pesar de que pueda ser extendida la investigación emprendida por la jurisdicción interna del Estado libio, estimó que con relación en concreto al Sr. Gaddafi su jurisdicción estaría imposibilitada de obtener los elementos necesarios para el enjuiciamiento debido a la incapacidad para llevar de forma efectiva el procedimiento penal, por lo que la CPI tenía atribuida la jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los responsables por la comisión de los crímenes internacionales conforme al art. 17.3 de su Estatuto⁶⁷¹.

Con relación al ejercicio de la jurisdicción de la Corte fuera del territorio de un Estado Parte, debemos analizar el pronunciamiento sobre la investigación solicitada por el Estado de Gambia por la presunta comisión de delito de lesa humanidad debida a las deportaciones masivas de personas pertenecientes al grupo étnico Rohingya, cuya población fue objeto de persecución por parte de las autoridades, fuerzas armadas y policiales del Estado de Myanmar. La Sala de Cuestiones Preliminares III de la CPI, en su Resolución de 14 de noviembre de 2019⁶⁷², ordena a la Fiscalía de la Corte iniciar la investigación contra las personas responsables de la comisión de delito internacional de lesa humanidad estimando que tenía jurisdicción para ello, a pesar de que el Estado de Myanmar no es Parte del Estatuto de Roma, aunque sí el Estado de Gambia, donde dicho grupo étnico se encuentra desplazado con motivo de la persecución realizada contra ello.

La extensión de la jurisdicción de la CPI se fundamenta en una interpretación amplia del principio de territorialidad en la comisión de delitos de carácter

⁶⁷¹ “The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, number of reference ICC-01/11-01/11-547-Anx1.

⁶⁷² Siguiendo la Decisión previamente adoptada en este asunto por la Sala de Cuestiones Preliminares I, de fecha 6 de septiembre de 2018, por la que estima la personalidad jurídica objetiva de la Corte Penal Internacional y su jurisdicción en este asunto. En este sentido, véase “Application under Regulation 46(3). Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 6th of September 2018, No. ICC-RoC46(3)-01/18.

**Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional**

transfronterizos y, a través del principio de complementariedad, viene a ejercer una jurisdicción subrogada de aquella que pudiera tener el Estado de Gambia, que es Estado Parte del Estatuto de Roma. En su fundamentación, la Resolución afirma que:

“El Derecho internacional consuetudinario no impide que los Estados ejerzan jurisdicción sobre actos que tuvieron lugar fuera de su territorio sobre la base del principio de territorialidad. Un breve análisis sobre la práctica de los Estados revela que éstos han desarrollado diferentes conceptos para una variedad de situaciones que permiten a las autoridades judiciales nacionales ejercer la jurisdicción territorial en asuntos penales transfronterizos, como:

(i) el principio de territorialidad objetivo, según el cual el Estado puede ejercer jurisdicción territorial si el delito se inicia en el extranjero pero se completa en su territorio;

(ii) el principio de territorialidad subjetiva, según el cual el Estado puede ejercer jurisdicción territorial si el delito ha sido iniciado en su territorio, pero completado en el extranjero;

(iii) el principio de ubicuidad, según el cual el Estado puede atribuirse jurisdicción territorial si el delito tuvo lugar total o parcialmente en su territorio;

(iv) la teoría del elemento constitutivo, según la cual un Estado puede ejercer jurisdicción territorial si al menos un elemento esencial del delito ocurrió en su territorio; y

(v) la doctrina de los efectos, según la cual un Estado puede tener jurisdicción territorial, aunque el delito tenga lugar fuera de su territorio, pero produce efectos dentro del mismo”⁶⁷³.

Al igual que se fundamentó en el asunto Lotus, la Sala afirma que, analizada la generalidad de las legislaciones nacionales sobre el ejercicio de la jurisdicción en conductas transfronterizas y estima que ello es conforme con el Derecho internacional al ser una convicción jurídica generalmente aceptada por los Estados. En su fundamentación, dicha Resolución extrae dos conclusiones básicas: “1) según el

⁶⁷³ Documento original: “*Customary international law does not prevent States from asserting jurisdiction over acts that took place outside their territory on the basis of the territoriality principle. A brief survey of State practice reveals that States have developed different concepts for a variety of situations that enables domestic prosecuting authorities to assert territorial jurisdiction in transboundary criminal matters, such as: (i) the objective territoriality principle according to which the State may assert territorial jurisdiction if the crime is initiated abroad but completed in the State’s territory; (ii) the subjective territoriality principle, according to which the State may assert territorial jurisdiction if the crime has been initiated in the State’s territory but completed abroad; (iii) the principle of ubiquity, according to which the State may assert territorial jurisdiction if the crime took place in whole or in part on the territory of the State irrespective of whether the part occurring on the territory is a constitutive element of the crime; (iv) the constitutive element theory, according to which a State may assert territorial jurisdiction if at least one constitutive element of the crime occurred on the territory of the State; and (v) the effects doctrine, according to which the State may assert territorial jurisdiction if the crime takes place outside the State territory but produces effects within the territory of the State*” (“Situation in the People’s Republic Of Bangladesh/Republic Of The Union Of Myanmar. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, Decision, Pre-Trial Chamber III, of 14th of November 2019, No. ICC-01/19, pp. 24-26).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

Derecho internacional consuetudinario, los Estados son libres de ejercer jurisdicción penal territorial, incluso si parte de la conducta criminal se lleva a cabo fuera de su territorio, siempre que exista un vínculo con el mismo; y 2) los Estados tienen un margen de discreción relativamente amplio para definir la naturaleza de la conexión de los hechos con su jurisdicción”⁶⁷⁴.

La falta de previsión en el Estatuto de Roma sobre los supuestos en que la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre delitos transfronterizos y sobre la base del principio de territorialidad, no puede conducir a la conclusión de que se limite su ejercicio exclusivamente cuando se produzca en el territorio de uno o más Estados Partes, pues ello iría en contra de lo establecido en el apartado a) del artículo 12.2 de dicho Estatuto, pues su interpretación sería contrario al principio de buena fe y limitaría la efectividad de su competencia. Ello se confirma cuando los Estados Partes del Estatuto establecieron, con relación al crimen de agresión, dicha limitación del artículo 15 bis del Estatuto determinando que este supuesto resulta la excepción a la norma general de no limitar explícitamente el ejercicio de la jurisdicción, basado exclusivamente en el principio de territorialidad, transfiriendo a la Corte su misma potestad jurisdiccional que ostenta en virtud del Derecho internacional.

En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares III afirma que: “De hecho, cuando los Estados delegan la autoridad en una organización internacional, transfieren todos los poderes necesarios para lograr los fines para los cuales la autoridad fue otorgada a la organización. A este respecto, se recuerda que el Estatuto contiene una serie de crímenes de guerra que tienen lugar en conflictos armados internacionales. Si la Corte no puede ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos en parte en el territorio de un Estado no Parte del Estatuto, esto significaría que la Corte no podría conocer de casos relacionados con crímenes de guerra cometidos en conflictos armados

⁶⁷⁴ Fragmento original del siguiente documento: “*Two conclusions follow from this: first, under customary international law, States are free to assert territorial criminal jurisdiction, even if part of the criminal conduct takes place outside its territory, as long as there is a link with their territory. Second, States have a relatively wide margin of discretion to define the nature of this link*” (“Situation in the People’s Republic Of Bangladesh/Republic Of The Union Of Myanmar. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, Decision, Pre-Trial Chamber III, of 14th of November 2019, No. ICC-01/19, p. 27).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

internacionales que involucran a Estados que no son Partes. No existe ninguna indicación en el Estatuto de que los redactores intentaron imponer tal limitación”⁶⁷⁵.

Concluye la Sala que: “La única limitación clara que se deriva de la redacción del artículo 12.2 a) del Estatuto es que al menos parte de la conducta (es decir, la comisión de la conducta típica del delito) debe tener lugar en el territorio de un Estado Parte. En consecuencia, siempre que parte de la conducta ilícita tenga lugar dentro del territorio de un Estado Parte, la Corte podrá ejercer la jurisdicción territorial dentro de los límites prescritos por el Derecho internacional consuetudinario”⁶⁷⁶.

Estimo que en este caso la competencia de la CPI para el procesamiento y enjuiciamiento de las personas responsables por la comisión de delito de lesa humanidad, cuya responsabilidad puede ser imputada a nacionales de un Estado no Parte, viene atribuida por el “consentimiento implícito” de un Estado Parte de transferir su potestad jurisdiccional para que la CPI persiga de dicho delito, en ejercicio de una competencia extraterritorial que le viene atribuida por su conexión de los hechos con su territorio. El propio llamamiento al principio de colaboración realizado por la Corte al Estado no Parte reafirma mi consideración de que en este caso estamos ante un supuesto equiparable al principio de justicia universal en su sentido limitado, cuya atribución originaria corresponde a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio, al menos, se encuentra la fase de la consumación del delito y los efectos del mismo por la persecución del grupo étnico.

⁶⁷⁵ Documento original: “*Indeed, when States delegate authority to an international organisation they transfer all the powers necessary to achieve the purposes for which the authority was granted to the organisation. In this respect, it is recalled that the Statute contains a number of war crimes that take place in international armed conflicts. If the Court could not exercise its jurisdiction over crimes that were partly committed in the territory of a non-State party, this would mean that the Court could not hear cases involving war crimes committed in international armed conflicts involving non-States Parties. There is no indication anywhere in the Statute that the drafters intended to impose such a limitation*” (“Situation in the People’s Republic Of Bangladesh/Republic Of The Union Of Myanmar. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, Decision, Pre-Trial Chamber III, of 14th of November 2019, No. ICC-01/19, p. 27).

⁶⁷⁶ Documento original: “*The only clear limitation that follows from the wording of article 12(2)(a) of the Statute is that at least part of the conduct (i.e. the actus reus of the crime) must take place in the territory of a State Party. Accordingly, provided that part of the actus reus takes place within the territory of a State Party, the Court may thus exercise territorial jurisdiction within the limits prescribed by customary international law*” (“Situation in the People’s Republic Of Bangladesh/Republic Of The Union Of Myanmar. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, Decision, Pre-Trial Chamber III, of 14th of November 2019, No. ICC-01/19, p. 27).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

Algunos autores como Ollé Sesé, en virtud de esta Resolución, consideran que la CPI ostenta jurisdicción universal (2008a: 413-416). Por el contrario, la Profesora Monique en su libro *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-States Parties*, concluye, tras analizar el proceso de creación del Estatuto de Roma, que la CPI carece propiamente de “jurisdicción universal”, por cuanto dicho término quedaba referido a la razón de ser de los delitos objeto de persecución, pero no a la configuración de su jurisdicción que siempre debía estar conectada con el territorio o la nacionalidad de los Estados Partes, pues de lo contrario sería ignorar los límites inherentes a la misma y al consentimiento de los Estados Partes del Tratado de Roma (2020: 167-169 y 194-195).

Considero que aunque deba reconocerse la legitimidad de la CPI en la interpretación extensiva del ejercicio de su jurisdicción para atribuirse el conocimiento de delitos internacionales de carácter transfronterizo, el fundamento de una jurisdicción que podemos denominar “subrogada” de aquella que, con carácter universal, pudieran tener los Estados Partes conforme a su Derecho interno, no resulta amparada en una interpretación correcta del Estatuto de Roma basada en la transferencia por parte de los Estados de su jurisdicción a favor de la CPI, por cuanto su Estatuto no atribuye la jurisdicción conforme al principio de justicia universal sino vinculada a los criterios de territorialidad o nacionalidad de los Estados Partes.

Con relación al ejercicio de la Corte de su competencia de ordenar la cooperación en los enjuiciamientos seguidos ante la misma por parte de los Estados no Partes, podemos citar el caso Al-Bashir⁶⁷⁷. En lo referente a la cuestión jurisdiccional, la Resolución de la Sala de Apelaciones de fecha 6 de mayo de 2019, confirma la Sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 11 de diciembre de 2017, atribuye la competencia de enjuiciamiento a la CPI, con fundamento en las obligaciones asumidas por un Estado no Parte del Estatuto de Roma, basado ello en las obligaciones derivadas del art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas, al haber hecho uso el CSNU por Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo, de la facultad establecida en el art. 13 b) del citado Estatuto. Como expusimos, el fundamento del ejercicio de la jurisdicción, se basaba en la obligación de cumplimiento del Derecho penal internacional fundado en normas consuetudinarias, al ser éste una necesidad del bien

⁶⁷⁷ Sobre el caso Al-Bashir, véase el apartado B) del epígrafe 1.6 del Capítulo 1 al tratar de la inmunidad.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

internacional de la paz y seguridad. Como señalaron los jueces que apoyaron el sentir mayoritario, la Corte deriva de su jurisdicción del acuerdo de los Estados involucrados para aunar la soberanía e independencia en interés de la comunidad internacional, por lo que un tribunal internacional ejerce la jurisdicción de todos los Estados soberanos interesados entre sí para un bien general⁶⁷⁸.

Sin embargo, a pesar de la obligación de todos los Estados a cooperar con los organismos internacionales conforme al art. 25 de la citada Carta, la atribución extensiva de la jurisdicción por parte de la CPI y de sus normas estatutarias y sistema procesal a un Estado no Parte generan dudas sobre su fundamento, pues interpreta la obligación de cooperación con la propia sujeción a todo un sistema normativo establecido de forma convencional que no han sido aceptadas por los Estados no Partes del Estatuto.

Igualmente, debemos también resaltar la reciente Sentencia de la Sala de Apelaciones de 5 de marzo de 2020, por el que se resolvía el recurso de apelación contra la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 12 de abril de 2019, que denegó la autorización de la Fiscalía para investigar sobre la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos desde el 1 de mayo de 2003 en Afganistán, Estado Parte del Estatuto de Roma desde febrero de 2003.

La citada Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II debía determinar si autorizaba a la Fiscalía el inicio de la investigación en territorio afgano ante la información obtenida sobre la posible comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad tanto por parte de las fuerzas afganas como por parte de las tropas de Estados Unidos durante la guerra de Afganistán⁶⁷⁹. Dicha investigación fue iniciada

⁶⁷⁸ Ver páginas 120-121 de la Tesis.

⁶⁷⁹ Así: *The Chamber must therefore analyse whether, in light of the specific features of the situation in Afghanistan, it is likely, or at all possible, that authorising an investigation would result in favouring those objectives. An investigation can hardly be said to be in the interests of justice if the relevant circumstances are such as to make such investigation not feasible and inevitably doomed to failure. In making any investigation or prosecution only worth doing if and to the extent that it can be considered as genuinely instrumental to those objectives, the Statute reiterates the idea that the Court is not meant - or equipped - to address any and all scenarios where the most serious international crimes might have been committed; therefore, focussing on those scenarios where the prospects for successful and meaningful investigations are serious and substantive is key to its ultimate success* (“Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Decision, Pre-Trial Chamber II, 12th of April 2019, No. ICC-02/17, p. 29).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

motu proprio conforme a lo establecido en el artículo 15.3 del Estatuto de la Corte, en virtud de la potestad del Fiscal de iniciar una investigación en cumplimiento de las normas previstas en el Reglamento de Procedimiento y Prueba y por delitos objeto de competencia de la CPI.

Lo fundamental de esta Decisión es la interpretación del art. 53 del Estatuto sobre el criterio “en interés de la justicia” y su vinculación con la competencia del Fiscal para iniciar la investigación de los delitos objeto de persecución de la Corte, destacando con ello la relevancia de las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre el control de las investigaciones para evitar el ejercicio abusivo de la competencia de la CPI y los conflictos que pueden suscitarse por la concurrencia de jurisdicciones con los Estados Partes⁶⁸⁰.

El sistema establecido por el Estatuto en el proceso de investigación no es un sistema adversarial puro sino mixto, al establecer un control judicial sobre su iniciación con el fin de evitar que la Fiscalía pudiera llevar a cabo investigaciones infundadas o estériles ante la posibilidad de que no puedan obtener pruebas suficientes y sólidas que determinen la eficacia del enjuiciamiento. Para ello, la Sala debía determinar si, tras valorar la información preliminar recabada por la Fiscalía, ésta resultaba de competencia de la Corte por constituir crímenes graves de trascendencia internacional. En cuanto al interés internacional en la persecución, la Sala de Cuestiones Preliminares estableció como criterios para su apreciación: “(i) el significativo tiempo transcurrido entre los presuntos delitos y la Solicitud; (ii) la escasa cooperación obtenida por la Fiscalía a lo largo de este tiempo, incluso para los limitados propósitos de un examen preliminar como tal, basado en información más que en pruebas; (iii) la probabilidad de que tanto la evidencia relevante como los posibles sospechosos relevantes aún estén

⁶⁸⁰ “Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Decision, Pre-Trial Chamber II, 12th of April 2019, No. ICC-02/17, pp. 10-13.

Igualmente, y en este sentido: “*the Chamber is duty-bound to determine in concrete terms whether the investigation of the specific incidents for which the authorisation is sought, and those which are closely linked to the former, must be allowed, in light of its assessment as to the existence of a reasonable basis to believe that the relevant jurisdictional parameters are satisfied. Accordingly, the scope of the scrutiny could not encompass incidents and groups of offenders other than those for which the authorisation was specifically requested. Quite logically, the same applies for other alleged crimes that may have occurred after the date of the Request*” (“Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Decision, Pre-Trial Chamber II, 12th of April 2019, No. ICC-02/17, p. 23).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

disponibles y al alcance de los esfuerzos y actividades de investigación de la Fiscalía en esta etapa”⁶⁸¹.

Atendiendo al tiempo transcurrido desde la posible comisión de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, al contexto social y político del Estado afgano y de los recursos que dispone la CPI para proceder dicha investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares II decidió denegar la Solicitud de la Fiscalía, apartándose de las resoluciones precedentes que sólo valoraban la suficiencia de la información recabada por el Fiscal en cuanto a la presunta comisión de los crímenes establecidos en el Estatuto. A pesar de considerar que la Corte tenía jurisdicción conforme a los artículos 7-8 y 17 del Estatuto, estimó que no concurría en este caso el requisito de “interés de justicia”, basándose para ello en los riesgos de la falta de eficacia de la investigación para ultimar el procedimiento y la imposibilidad de la obtención de pruebas. En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que:

“A pesar de que se cumplen todos los requisitos pertinentes en cuanto a jurisdicción y admisibilidad, las circunstancias actuales de la situación en el Afganistán son tales que las perspectivas de una investigación y un enjuiciamiento exitosos son extremadamente limitadas. En consecuencia, es poco probable que la realización de una investigación dé como resultado el cumplimiento de los objetivos enumerados por las víctimas que favorecen la investigación o que contribuyen positivamente a ella. Cabe recordar que solo las víctimas de casos específicos llevados ante la Corte podrían tener la oportunidad de desempeñar un papel fundamental como participantes en los procedimientos pertinentes; en ausencia de tales casos este rol significativo nunca se materializará, a pesar de que la investigación haya sido autorizada; las expectativas de las víctimas no irán más allá de las aspiraciones. Esto, lejos de honrar los deseos y la aspiración de las víctimas de que se haga justicia, generaría frustración y posiblemente hostilidad hacia la Corte y, por lo tanto, afectaría negativamente a su propia capacidad para perseguir de manera creíble los objetivos para los que fue creada la CPI”⁶⁸².

⁶⁸¹ Documento original: “(i) the significant time elapsed between the alleged crimes and the Request; (ii) the scarce cooperation obtained by the Prosecutor throughout this time, even for the limited purposes of a preliminary examination, as such based on information rather than evidence; (iii) the likelihood that both relevant evidence and potential relevant suspects might still be available and within reach of the Prosecution’s investigative efforts and activities at this stage” (“Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Decision, Pre-Trial Chamber II, 12th of April 2019, No. ICC-02/17, p. 29).

⁶⁸² Fragmento del presente documento original: “notwithstanding the fact all the relevant requirements are met as regards both jurisdiction and admissibility, the current circumstances of the situation in Afghanistan are such as to make the prospects for a successful investigation and prosecution extremely limited. Accordingly, it is unlikely that pursuing an investigation would result in meeting the objectives listed by the victims favouring the investigation, or otherwise positively contributing to it. It is worth

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

La Fiscal Bensouda recurrió la Decisión ante la Sala de Apelaciones, que resolvió en Sentencia de 5 de marzo de 2020, revocando lo acordado por la Sala de Cuestiones Preliminares al estimar de que la misma había incurrido en error de Derecho al no interpretar de forma correcta en los apartados 2 y 4 del artículo 15 del Estatuto, otorgando autorización a la Fiscalía para proceder a la investigación de los hechos.

En dicha Sentencia, la Sala de Apelaciones afirmó que la Fiscalía en el inicio de una investigación emprendida *motu proprio*, solamente debía de acreditar la veracidad de la información y que la misma fuera suficientemente válida para asegurar el ejercicio de sus funciones de conformidad con el Estatuto y el Reglamento de Procedimiento y Prueba. Así, los magistrados de la Sala no se adentraron en la cuestión sobre la interpretación del “en interés de la justicia”, remitiéndose a las normas de la CPI exclusivamente⁶⁸³.

En este sentido, la Decisión de la Sala de Apelaciones recogió como antecedentes los argumentos expuestos por la Fiscal, y que se basaban en que la forma que fue interpretado el presupuesto “interés de la justicia” del artículo 53.1 c) del Estatuto, fue incorrecto y contrario a lo dispuesto en el art. 15.4. En las alegaciones formuladas por las víctimas y otros *amici curiae*, pusieron de manifiesto que la Sala de Cuestiones Preliminares no debió haber abordado en absoluto los “intereses de la justicia”. Ello determinó que la primera cuestión que tuvo que resolver la Sala de Apelaciones si el requisito de “interés de la justicia” establecido en el artículo 53.1 c)

recalling that only victims of specific cases brought before the Court could ever have the opportunity of playing a meaningful role in as participants in the relevant proceedings; in the absence of any such cases, this meaningful role will never materialise in spite of the investigation having been authorised; victims' expectations will not go beyond little more than aspirations. This, far from honouring the victims' wishes and aspiration that justice be done, would result in creating frustration and possibly hostility vis-a-vis the Court and therefore negatively impact its very ability to pursue credibly the objectives it was created to serve (“Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Decision, Pre-Trial Chamber II, 12th of April 2019, No. ICC-02/17, p. 31).

⁶⁸³ “Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Judgment, Appeals Chamber, 5th of March 2020, No. ICC-02/17 OA4.

Sobre el presente caso, véase también ORIHUELA CALATAYUD, E. (2020). “La autorización para investigar los crímenes cometidos en Afganistán. Luces y sombras de la sentencia, de 5 de marzo de 2020, de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 39. Disponible en: <http://www.reei.org/>. Consultado el día 26 de agosto de 2020.

del Estatuto debía evaluarse para determinar si existe una base razonable para proceder a la autorización de una investigación en los términos en el artículo 15.4 del Estatuto.

La Sala de Apelaciones interpretó dicho precepto en el sentido de que la Sala de Cuestiones Preliminares sólo tiene una función con respecto al ejercicio del poder discrecional de la Fiscal y es determinar que *existe* un fundamento para iniciar una investigación. En su fundamentación observa, al respecto, “que una propuesta para permitir la notificación a la Sala de Cuestiones Preliminares y la revisión judicial de las decisiones del Fiscal de no solicitar la autorización de una investigación en virtud del artículo 15.6 del Estatuto fue rechazada por los redactores del Estatuto de Roma. De hecho, el derecho conferido a todos los Estados Partes y al Consejo de Seguridad de remitir situaciones proporcionaría el remedio apropiado en tales circunstancias”⁶⁸⁴. Si el Fiscal desea investigar una situación sin una remisión previa por parte de los Estados o del CSNU, requiere la autorización de la Sala de Instrucción, de conformidad con el artículo 15.4 del Estatuto. Si se concede la autorización, el Fiscal puede iniciar una investigación directamente. No está obligada a determinar por segunda vez con arreglo al párrafo 1 del artículo 53 del Estatuto que exista una base razonable para proceder con una investigación⁶⁸⁵.

La Profesora Orihuela Calatayud afirma que comparte la Sentencia de la Sala de Apelaciones de 5 de marzo de 2020, sobre la importancia de concretar y precisar las funciones tanto de la Fiscalía como de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, estimando que la propia persecución de un crimen internacional grave constituye en sí mismo un interés de justicia, tal y como había sido considerada autorizaciones precedentes por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares. Sin embargo, critica la falta de claridad sobre las “*dudas que [puedan suscitar ante] la posibilidad de ampliar la nómina de los factores o elementos enunciados en el art. 53.1 c) del [Estatuto de Roma]*”

⁶⁸⁴ Documento original: “*The Appeals Chamber notes, in this regard, that a proposal to allow for notification to the pre-trial chamber and judicial review of decisions of the Prosecutor not to request authorisation of an investigation under article 15(6) of the Statute was rejected by the drafters. Indeed, the right vested in all States Parties and in the Security Council to refer situations would provide the appropriate remedy in such circumstance*” (“The Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Judgment, Appeals Chamber, 5th of March 2020, No. ICC-02/17 OA4, pp. 14-15).

⁶⁸⁵ “The Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Judgment, Appeals Chamber, 5th of March 2020, No. ICC-02/17 OA4, pp. 14-15.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

y cuáles podrían ser estos, (...) respecto de las situaciones en las que la Fiscalía decide no abrir una investigación después de analizar la información recibida” (ORIHUELA CALATAYUD, 2020: 18-19).

De la presente Sentencia podemos destacar el voto separado de la magistrada Luz del Carmen Ibáñez Carranza que, a pesar de compartir el sentir mayoritario de los magistrados, estima que es innecesario para resolver la cuestión planteada la referencia sobre la potestad de valorar el interés de la justicia por parte del Fiscal conforme a lo establecido en los apartados 1 y 3 b) del artículo 53.1 del Estatuto de Roma, por cuanto en esa ocasión no se trata de una investigación remitida al Fiscal a instancia de los Estados Partes o del CSNU. Así señala que: “el Fiscal tiene absoluta discreción para decidir si abre o no investigaciones *motu proprio* y que los párrafos 1) y 3) b) del artículo 53 se aplican únicamente a las remisiones. Opino que, para considerar el presente llamamiento, es innecesario hacer esas declaraciones. Más bien se refieren a cuestiones ajenas al ámbito de esta apelación y, en consecuencia, deben leerse sin perjuicio de los escenarios que potencialmente pudieran surgir en el futuro, siempre que la Fiscal, hipotéticamente hablando, cerrara alguno de sus exámenes preliminares *motu proprio* y el juicio previo. La Sala debía actuar finalmente por propia iniciativa en virtud del artículo 53 (3) (b) del Estatuto”⁶⁸⁶.

La magistrada Ibáñez Carranza se remitió al principio de legalidad y al principio Lotus, señalando que: “Cualquier prohibición o limitación de un derecho debe estar expresamente por escrito en la ley. El intérprete no puede crear prohibiciones donde no estén escritas. Esa es la razón de ser del principio de legalidad. (...) Existe un principio general en el Derecho internacional que indica que lo que no está expresamente

⁶⁸⁶ Así: “(...) the Prosecutor has absolute discretion to decide whether or not to open proprio motu investigations and that paragraphs (1) and (3)(b) of article 53 apply only to referrals. I am of the view that, to entertain the present appeal, it is unnecessary to make those statements. They rather refer to issues outside the scope of this appeal and should consequently be read without prejudice to scenarios that could potentially arise in the future, whenever the Prosecutor, hypothetically speaking, were to close any of her proprio motu preliminary examinations and the Pre-Trial Chamber were to eventually act on its own initiative under article 53(3)(b) of the Statute” (“The Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Judgment, Appeals Chamber, 5th of March 2020, No. ICC-02/17-138-Anx, p. 1).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

prohibido está permitido, lo que se conoce como el principio de presunta libertad de acción”⁶⁸⁷.

Es dudosa la opinión jurídica expuesta por la magistrada en la interpretación que realiza del principio de legalidad, así como del principio Lotus para justificar la libertad de actuación de la Fiscalía de la CPI. Debe ser tenido en cuenta de que no estuvo en el pensamiento de los Estados Partes del Tratado de Roma una persecución de todos los crímenes internacionales, sino el establecimiento de una persecución selectiva atendiendo a su relevancia internacional, quedando ello establecido en el Preámbulo, artículo 1 y como causa de admisibilidad de su jurisdicción en el artículo 17 del Estatuto de la CPI. La interpretación del principio de legalidad no sólo legitima el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, sino también que la misma sea ejercida conforme a los límites que le son inherentes. Basar la ampliación de competencias en el principio Lotus sobre la declaración de lo que “no está prohibido está permitido” inicialmente establecida por la CPJI para superar la prohibición del *non liquet* no resulta de aplicación, pues ese principio se estableció a favor de las jurisdicciones de los Estados y no de los tribunales internacionales, por cuanto éstos carecen *in generes* de jurisdicción propia que no le haya sido atribuida por los Estados. Ello no resulta equiparable a que los Estados tengan libertad de actuación salvo cuando exista norma prohibitiva en el Derecho internacional, sino que los mismos tienen la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de las normas y principios del Derecho internacional conforme a sus normas del Derecho interno para garantizar el correcto ejercicio de sus jurisdicciones, lo que no es trasladable al ejercicio de la jurisdicción penal internacional por la CPI⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ Documento original: “Any prohibition or limitation to a right must be expressly written in the law. The interpreter cannot create prohibitions where they are not written. That is the *raison d’être* of the principle of legality. As further noted in my Comoros OA2 partly dissenting opinion, there is a general principle under international law indicating that what is not prohibited expressly is permitted, referred to as the principle of presumptive freedom of action” (“The Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Judgment, Appeals Chamber, 5th of March 2020, No. ICC-02/17-138-Anx, p. 8).

Sobre la fundamentación jurídica de la magistrada acerca del principio de legalidad y del principio Lotus, véase “Situation on Registered Vessels of The Union of The Comoros, The Hellenic Republic and The Kingdom of Cambodia. Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I’s ‘Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros”’, Decision, Appeals Chamber, 2nd of March 2019, No. ICC-01/13-98-AnxI, pp. 18-20.

⁶⁸⁸ Sobre la reformulación del principio Lotus y la prohibición del *non liquet*, véase CABALLERO PÉREZ, N. I. (2019), “Sentencia de 7 de septiembre de 1927 de la Corte Permanente de Justicia

4.3 Reflexiones sobre la realidad de la Corte Penal Internacional

Desde el método de la “teoría constructivista”, una visión analítica de la CPI como institución jurídica fundamental dentro del orden internacional debe ser abordada no sólo desde una perspectiva jurídica, sino también ética, filosófica y política.

Desde un punto de vista ético, supone un gran avance para las expectativas de los seres humanos y de su conciencia como “ciudadano mundial” dentro de una comunidad regida por principios de humanidad teniendo como elemento primordial la efectiva protección de sus derechos en cuanto pertenecientes al género humano. La dignidad es la base ética de la persona, su valor es consustancial al ser humano y por ello éstos tienen una clara conciencia de las conductas atentatorias e incompatibles con la misma al ser ésta un sentimiento inherente a su propio ser y sentir. Culturalmente y en la vida en común, el solo hecho de la propia existencia de la Corte tiene la virtud de hacer tomar conciencia por parte de la comunidad internacional de la necesidad de preservación de la paz y la defensa de la dignidad de las personas, pues la guerra y la violencia contra los individuos colectivamente considerados supone la quiebra de cualquier orden moral en el ámbito mundial. Reprender de forma individual aquellas conductas de ilicitud extraordinariamente vulneradoras de los derechos humanos fundamentales otorga confianza en el orden normativo y en sus instituciones.

Así pues desde esta perspectiva ética, con fundamento en los propios textos internacionales y sobre todo en aquellos que tienen por finalidad la protección de los derechos humanos, justifican la necesidad de creación de todo un sistema jurídico que garantice no sólo la represión de las conductas ilícitas gravemente atentatorias contra la dignidad humana sino que ello se lleve a efecto conforme al valor ético de “justicia”, pues si el Derecho internacional ha supuesto la consolidación en el ámbito global de los “principios de civilización”, toda represión y coerción sobre los individuos deben estar precedidas conforme a los derechos reconocidos a los mismos pues aunque resulte exigible, como postulado propio del valor de justicia, la ausencia de espacios de impunidad para aquellos que han atentado de forma grave contra el propio ser

Internacional: La inadvertida visión del caso “S.S. Lotus” conforme al voto particular de Rafael Altamira”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, N° 10, pp. 188-276; y CABALLERO PÉREZ, N. I. (2019). “Los Derechos Humanos en la opinión consultiva sobre armas nucleares de 1996”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 14, pp. 175-192.

humano⁶⁸⁹, ello debe hacerse sin despersonalizar a los infractores de su propia condición humana.

Desde una perspectiva filosófica, Immanuel Kant formuló, en su obra *Sobre la paz perpetua* (1795) sobre la idea de la dignidad humana, que el “Derecho de Gentes” era ante todo un derecho de la humanidad. Esta idea tiene sus orígenes en la filosofía estoica, pensadores como Séneca tenían la visión del hombre como miembros de una comunidad universal, dando origen a la llamada “teoría cosmopolita”, que concibe al hombre en su dimensión de ciudadano del mundo. El cosmopolitismo no es una mera descripción de la realidad sino una teoría en el que se incluye el ideal de racionalizar los procesos de globalización que, junto con el reconocimiento de la titularidad de Derechos Humanos frente a los Estados, determina la consideración de los individuos como sujeto del Derecho internacional pues en su dimensión protectora justifica la existencia inherente a la comunidad internacional de un derecho punitivo propio.

Desde el punto de vista político, la creación de un tribunal internacional para la exigibilidad de responsabilidades individuales por la comisión de crímenes contra “valores de la civilización” supone un extraordinario avance en la organización política de la comunidad universal. Es claro que la comunidad internacional constantemente ha estado afectada por crímenes de guerra, de genocidio, de lesa humanidad, de agresión, contra la paz, etc., que menoscaban la seguridad internacional, siendo insuficientes todas las disposiciones sobre el Derecho internacional humanitario, sobre los Derechos Humanos, las convenciones internacionales sobre el genocidio, sobre la represión y el castigo del *crimen de apartheid*, contra las torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni el esfuerzo por disminuir los inventarios nucleares y prohibir las armas químicas y biológicas, al igual que las pruebas con armamentos nucleares o las medidas o sanciones impuestas a Estados con la pretensión de evitar el uso de la fuerza para resolver los conflictos. Ello era debido en gran medida a la falta de medios adecuados para imponer el respeto al Derecho internacional vinculante, pues se

⁶⁸⁹ Desde esta perspectiva vinculada con la Corte Penal Internacional, véase ÁLVAREZ GIRALDO, L. M. (2010). “Los alcances de la Corte Penal Internacional frente a la autonomía estatal de juzgar los delitos de lesa humanidad”. *Nuevo Derecho*, Vol. 5, Nº 7, pp. 89-97; así como OLÁSULO ALONSO, H. (2014). “Dignidad humana, derecho internacional penal y justicia transicional”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 16, Nº 2, pp. 7-20.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

carecía de un organismo universal y permanente encargado de tutelar en forma idónea, reglada, oportuna y efectiva los Derechos Humanos⁶⁹⁰.

Todos estos sucesos coincidían con el padecimiento por parte de la humanidad de crímenes graves que atentaban de manera indiscriminada contra la existencia propia del ser humano degradando su dignidad. Este fue, sin duda, el primer argumento político que motivó a la comunidad internacional reclamar la existencia de un “estamento universal” encargado de impedir el ejercicio desaforado e ilimitado del poder por parte de “actores estratégicos”⁶⁹¹.

Resulta igualmente destacable que la CPI haya sido creada a través de un tratado internacional como solución más adecuada y operativa para una mejor aceptación por parte de los Estados de su personalidad jurídica internacional y de su “autonomía”. En su consolidación como órgano de justicia penal permanente ha tardado más de 40 años en ser configurado, al afectar de forma sensible aspectos soberanos de los Estados y el establecimiento de un sistema jurídico de Derecho penal y procesal sigue contando con recelos por parte de países que estiman que limitan sus potestades soberanas, aunque se reconozca su necesidad pues la atribución de una jurisdicción propia es el fundamento básico para garantizar el ejercicio de sus funciones.

Esta complejidad política determinó que fueran examinadas varias posibilidades sobre su creación e instrumento jurídico fundacional. Fueron descartadas fórmulas que hubieren supuesto su integración formal en el organigrama y sistema estructural de Naciones Unidas, que fueron rechazadas por los problemas prácticos que planteaban y su oposición por parte de la mayoría de los Estados. También fue rechazada la posibilidad de su creación a través de Resolución de la AG que, si bien hubiera permitido reflejar el apoyo y la voluntad de la comunidad internacional, hubiera obstaculizado en el futuro su funcionamiento, pues en este caso sólo podría tener un carácter meramente recomendatorio y no vinculante. Igualmente, fue estudiada la

⁶⁹⁰ Esta consideración fue expuesta en mi ponencia *Los Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre armas nucleares de 1996*, presentada en el I Congreso Internacional de “Derechos Humanos y Globalización”, celebrado en la Universidad de Sevilla los días 4 y 5 de julio de 2019.

⁶⁹¹ Se define como “actores estratégicos” aquellas personas u organismos claves que proponen, sugieren o realizan acciones que influyen o alteran los efectos en las decisiones que vayan a ser negociadas o adoptadas en un determinado momento, pudiendo afectar dichos actos a los demás individuos, colectivos e instituciones.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

posibilidad de abordar su creación a través de una reforma de la Carta de las Naciones Unidas que, aunque hubiese permitido situar a la Corte en el mismo plano que los otros órganos principales de Naciones Unidas, supondría una opción políticamente muy difícil de que pudiera prosperar al exigir el voto unánime de los cinco miembros permanentes del CSNU. Finalmente, también fue rechazada la opción de recurrir a una Resolución del CSNU para su creación de forma similar a los tribunales “*ad hoc*” pues ello supondría su vinculación con el Consejo de Seguridad como un órgano subsidiario del mismo. Además, ello traería más inconvenientes que ventajas pues la actividad de la CPI sólo tendría competencia para actuar en situaciones de amenaza a la paz y a la seguridad internacional y su jurisdicción tendría como los tribunales *ad hoc* limitaciones temporales, espaciales y personales que no resultaban compatibles con una institución que se pretendía de carácter permanente y general.

La CPI fue creada con la finalidad de integrar a la mayoría de los Estados de Naciones Unidas. Su creación fue realizada con una clara vocación de universalidad utilizando como instrumento jurídico constitutivo un tratado abierto que, al igual que la implementación del principio de complementariedad en el ejercicio de su jurisdicción, tenía por finalidad conseguir el mayor número de adhesiones al mismo. El propio principio de complementariedad va orientado a la incorporación dentro de los Derechos internos de mecanismos jurídicos necesarios para colaborar con la Corte y armonizar las conductas ilícitas trascendentes para el orden internacional que son objeto de persecución, potenciando que las mismas pudieran ser enjuiciadas de forma eficaz conforme al sistema jurídico-penal de los Estados y además la previsión de un órgano como la Asamblea de los Estados Partes que permite una participación activa de los Estados en la organización y en la configuración jurídica del mismo. Sin embargo, es en la pretensión de su universalidad donde puede encontrarse un mayor déficit político. La falta de incorporación al Estatuto de Roma por parte de países en conflicto como Israel o Irak o de potencias en el concierto internacional como Estados Unidos, Rusia o China, que suponen tres de los cinco países con derecho a veto en el CSNU debilitan su funcionamiento e instrumentos para la requerida cooperación y limitan los recursos financieros necesarios para su eficacia.

El Profesor Cerda Dueñas señala que “*la CPI ha padecido, desde su creación, el embate de algunos países [(principalmente por parte de Estados Unidos, Rusia y China)] que no sólo se han negado a ratificar el Estatuto sino que han sido hostiles y*

**Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional**

abiertos opositores a su existencia, lo que aunado a las críticas recurrentes (procesos largos, (...) la señalada recurrencia a países africanos, su ambigüedad sobre la complementariedad, etc.) han ralentizado su desarrollo y consolidación” (2017: 132). En este sentido, Cerda Dueñas señala la perspectiva de estos tres Estados sobre la actuación de la CPI y su papel dentro del Derecho penal internacional.

Así, Estados Unidos siempre ha negado su apoyo a la CPI ante la imposibilidad de evitar el enjuiciamiento de sus nacionales por la presunta comisión de crímenes de guerra en Afganistán⁶⁹² ante la Corte, fundamentándose sus discursos políticos en la vulneración de la soberanía norteamericana, reivindicando con ello el ejercicio de su jurisdicción para enjuiciar a los presuntos responsables por crímenes internacionales conforme a su Derecho interno (CERDA DUEÑAS, 2017: 132-134).

Por su parte, Rusia decidió no ratificar el Tratado de Roma con la finalidad de no cumplir sus obligaciones internacionales con la CPI, garantizando la protección de su soberanía frente a las posibles investigaciones que pudieran realizar la Corte en los territorios que formaron parte de la entonces URSS sobre las presuntas violaciones del principio de igualdad soberana de los Estados, la mayoría de ellas realizadas a través de actuaciones que implican el sentimiento nacional. En este sentido, Cerda Dueñas señala las investigaciones realizadas por la Fiscalía sobre la situación en Georgia en 2008 y la actuación de Rusia llevada a cabo en Crimea y en el Este de Ucrania en 2014⁶⁹³. Incluso llegó a acusar a la Corte de haber incumplido sus expectativas en el ejercicio de sus funciones como tribunal penal internacional, así como por su falta de imparcialidad (2017: 134-135).

Por último, el Estado chino, sin embargo, *“entiende y apoya de forma consistente (...) el establecimiento de una Corte Penal Internacional independiente, imparcial, eficaz y universal”* (CERDA DUEÑAS, 2017: 135)⁶⁹⁴, aunque no comparte

⁶⁹² En relación con el caso sobre la situación en Afganistán, véase el apartado C) del epígrafe 4.2 del presente Capítulo.

⁶⁹³ En este sentido, véase “Situation in Georgia. Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 27th of January 2016, No. ICC-01/15; y OFFICE OF THE PROSECUTOR. (2019). “Report on Preliminary Examination Activities 2019”, of 5 December, pp. 66-473 Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=191205-rep-otp-PE>. Consultado el día 1 de octubre de 2020.

⁶⁹⁴ Así, *“si el funcionamiento de la Corte puede hacer realidad que los individuos que cometan los más graves crímenes reciban el debido castigo, esto no solo ayudará a los pueblos a tener confianza en la*

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

con la Corte en la interpretación que realiza en algunos artículos del Estatuto de Roma relativos al ejercicio de su jurisdicción y al principio de complementariedad, determinando que algunas normas previstas en el Estatuto de la CPI no sean conforme a sus expectativas dentro de su ejercicio soberano en el Derecho internacional⁶⁹⁵. Estas críticas, en su mayoría, se centran en proteger sus intereses políticos y económicos en sus relaciones con los demás Estados evitando la posibilidad de que se le pueda exigir responsabilidad penal por la presunta vulneración de las normas internacionales sobre todo aquellas que afectan a los Derechos Humanos.

Estos tres Estados no han ratificado el Tratado de Roma debido a sus intereses estratégicos, políticos y económicos.

La Corte también es acusada de ser un tribunal internacional que “respalda” las actuaciones de los Estados “occidentales”. Se echa en falta una visión islámica⁶⁹⁶ y pluricultural que evitaría críticas de aplicar un sistema judicial penal de forma dominante en el que no se ven reflejados muchos Estados como los africanos que se adhirieron a la jurisdicción a la Corte de buena fe. Como indica la Profesora Monique, “cuando un Estado delega su jurisdicción a la CPI en el entendimiento de que ésta actuará conforme a las condiciones previas y provisiones jurisdiccionales previstas en el Estatuto. (...) La CPI no es un agente de cualquier Estado Parte y sería incongruente para la decisión de un Estado entrar en acuerdos internacionales que obstruyera la

comunidad internacional, sino que también será conducente para la paz y seguridad internacionales” (CERDA DUEÑAS, 2017: 135).

⁶⁹⁵ “China señala que el funcionamiento de la CPI debe ceñirse de manera estricta a la observancia del principio de complementariedad; enfocar su competencia a los delitos internacionalmente señalados como graves; no debe ir en contra de las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas, sobre todo en lo relativo a los crímenes de agresión, y que la CPI debe cumplir sus deberes, objetiva e imparcialmente, al hacer su mejor esfuerzo para evitar cualquier cuestión política” (CERDA DUEÑAS, 2017: 135).

⁶⁹⁶ En este sentido, véase ELEWA BADAR, M. (2011). “Islamic Law (*Shari’a*) and the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, Issue 2, pp. 411-433; y ABARCA LIZANA, M. A. (2019). *Críticas al proceso penal internacional ante la Corte Penal Internacional desde una perspectiva “interseccional”*. Memoria Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis Pregrado, Santiago, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/173097>. Consultado el día 21 de octubre de 2020. Sobre el Derecho islámico y su contribución al Derecho internacional, véase también GRAY, T. (Ed.) (2018). *Islam and International Criminal Law and Justice*. Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher.

**Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional**

jurisdicción de la Corte”⁶⁹⁷. En este sentido, la Profesora Abarca Lizana señala que “esto demuestra un problema inicial, cual es que una Corte universal ignore las tradiciones legales de gran parte de los países que quedarían sometidos a su jurisdicción: los países que se rigen por la Ley Sharia o Derecho musulmán. Evidentemente, estos países no se encuentran en una posición hegemónica o dominante como ocurre con los países que se rigen por el Derecho anglosajón (Estados Unidos, el Reino Unido o Australia) o el Derecho continental (Rusia, Alemania, Francia y prácticamente todos los países europeos y latinoamericanos), pero ello no justifica la exclusión de cualquier influencia de parte del Derecho musulmán en el Estatuto de Roma (lo cual traería evidentes problemas de legitimidad), menos si se considera que la mayoría de los conflictos en los que eventualmente- se cometen crímenes que quedarían bajo la competencia de la CPI tienen lugar en tales países (Iraq, el norte de África, Palestina e Israel, Sudán y Sudán del Sur, Nigeria, entre otros)”, y añade que “el problema es que el flujo se ha dado, hasta ahora, desde una sola dirección: los países occidentales, excluyendo a todos los países que no gozan de una posición privilegiada, especialmente los países musulmanes. Y ese problema se agudiza si se considera que la mayoría de los casos que han sido examinados y resueltos por la Corte han ocurrido en países islámicos (muchos de los cuales se rigen, al menos en parte, por el Derecho musulmán o Ley Sharia” (2019: 27-28).

En el funcionamiento de los procesos de investigación ante la CPI se percibe un distanciamiento por parte de los países africanos. Como señala el Profesor Cerda Dueñas en su artículo *Incidentes y riesgos de la involución de la Corte Penal Internacional*, “los Estados africanos desempeñaron un papel importante en la posibilidad de obtener las 60 ratificaciones necesarias para la entrada en vigor del Estatuto. Actualmente, África es la región más representada en la Asamblea de Estados Partes” (2017: 127). En el procedimiento del caso Al-Bashir, los conflictos mantenidos con los Estados africanos de Gambia, Kenia y Sudán, provocó que el Consejo de Paz y Seguridad de la UA respondiera con la adopción de una resolución en la que se

⁶⁹⁷ En este sentido, la Profesora Monique señala que: “In ratifying the Rome Statute, a State is delegating jurisdiction to the ICC on the understanding that the Court will act in accordance with the preconditions and jurisdictional provisions contained in the Statute. It would be somewhat antithetical if the existence of a treaty limiting the exercise of domestic judicial jurisdiction over particular persons could then also further limit the jurisdiction of the ICC. The ICC is not an agent of any individual State Party, and it therefore would be incongruous for a State’s decision to enter into international agreements to impede the ICC’s jurisdiction” (2020: 112).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

destacaba la complementariedad de la CPI a las jurisdicciones nacionales, y expresa su firme convicción de que la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de emitir la orden de detención pudiera socavar los delicados esfuerzos de negociación de la UA y las Naciones Unidas para resolver el conflicto en Sudán. Incluso en la decimotercera Cumbre de Jefes de Estado de la UA de julio de 2009 en Sirte (Libia), los líderes africanos decidieron no cooperar con la CPI para facilitar la detención de Al-Bashir. El distanciamiento con la CPI se acrecentó cuando, en marzo del 2010, se autorizó al Fiscal, entonces el argentino Luis Moreno Ocampo, a llevar a cabo la primera investigación *motu proprio* sobre los crímenes presuntamente cometidos en Kenia durante la violencia poselectoral del 2007-2008, donde murieron 1200 personas. Se expidieron citaciones contra Uhuru Muigai Kenyatta, Francis Kirimi Muthaura, Mohammed Hussein Ali, William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Sang. Tras las elecciones nacionales de marzo de 2013, Kenyatta se convirtió en Presidente y Ruto en Vicepresidente. A la luz de las tensiones generadas por el caso de Kenia, el Parlamento keniano votó, el 5 de septiembre de 2013, por retirarse de la CPI (CERDA DUEÑAS, 2017: 127-129).

Ante esta situación, *“la UA convocó [a sus miembros] a una Cumbre extraordinaria, celebrada en octubre del 2013, para debatir el futuro de la relación de África con la Corte. Las principales decisiones de esta Asamblea fueron el establecimiento de un grupo de contacto del Consejo de la UA para comunicarse con los miembros del Consejo de Seguridad de la ONU y expresarles sus preocupaciones respecto de su relación con la CPI. (...) Si bien la UA ha sido crítica de la CPI y ha llamado a sus miembros a no cooperar con esta hasta que se resuelvan los puntos de divergencia, ha detenido la promoción de una retirada colectiva: la vigesimoséptima Cumbre Ordinaria celebrada en Kigali (Ruanda) (julio de 2016), terminó sin el habitual ataque a la CPI. En Kigali, a diferencia del pasado cuando Botsuana era a menudo la voz solitaria en apoyo a la Corte dentro de la UA, otros países se opusieron más abiertamente a cualquier discusión sobre la posibilidad de una retirada total. Nigeria, Senegal, Costa de Marfil, Túnez y Argelia (que no es un Estado miembro de la CPI) se opusieron a cualquier resolución de retirarse de manera masiva”* (CERDA DUEÑAS, 2017: 129-130).

Esta situación se agudizó en octubre de 2016 cuando los Estados de Burundi, Sudáfrica y Gambia anunciaron su voluntad de abandonar la CPI. El Presidente de

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

Namibia Hage Geingob declaró que “*algunas personas están diciendo que nosotros somos los que creamos la CPI. Sin embargo, cuando uno crea algo, lo hace para que sea un activo, pero si más tarde se convierte en una abominación, [uno] tiene el derecho de dejarle puesto que ha dejado de servir a su finalidad*” (citado por CERDA DUEÑAS, 2017: 130). En la actualidad, el Estado de Burundi ha hecho efectiva su retirada con fecha 27 de octubre de 2017. Los Estados de Gambia y Sudáfrica, aunque anunciaron su retirada del Tratado de Roma en el año 2016, revocaron la decisión un año más tarde.

Filipinas también se ha retirado de la CPI el 17 marzo de 2019, por motivo de la apertura de un examen preliminar por la Fiscalía de la Corte sobre los delitos presuntamente cometidos por este Estado desde el 1 de julio de 2016 en el contexto de la campaña “guerra contra las drogas” lanzada por el Gobierno donde miles de personas fueron asesinadas al ser relacionadas con su supuesta participación en el uso o tráfico de drogas ilegales. Si bien algunos de esos homicidios se habrían producido en el contexto de enfrentamientos entre pandillas o dentro de ellas, presuntamente muchos de los incidentes denunciados implicaron ejecuciones extrajudiciales en el curso de operaciones policiales antidrogas. El Estado filipino estimó inaceptable el expediente preliminar al considerar que la situación no era equiparable a la comisión de crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma. No obstante, y de conformidad con lo establecido en el artículo 127 del Estatuto de Roma, se sigue investigando la situación por la Fiscalía de la Corte (NOTICIAS ONU, 2018)⁶⁹⁸.

Por otro lado, la creación y coexistencia de tribunales penales internacionalizados o híbridos, como los de TESL, PETO, ECCC y TEL, algunos de ellos impulsados por resoluciones del CSNU⁶⁹⁹, además de los Tribunales Penales Internacionales “*ad hoc*”, directamente creados por sus Resoluciones, suponen una distorsión del sistema universal de justicia penal pretendido por la CPI. Por muy favorable que hayan sido las experiencias en los enjuiciamientos por crímenes internacionales y aunque fueren justificadas su creación por razones de urgencia para

⁶⁹⁸ Con estas dos retiradas, actualmente son Estados Partes del Estatuto de Roma 123 (Datos disponibles en United Nations Treaty Collection y en la Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional).

⁶⁹⁹ Sobre estos tribunales, véase el Capítulo 3 de la Tesis, concretamente el apartado C) del epígrafe 3.3.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

resolver la situación generada con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma. En estos casos podrían haberse articulado fórmulas jurídicas que superaran la complejidad técnica del periodo transitorio previsto en el Estatuto de Roma para que, de forma unitaria, la CPI pudiera asumir y ejercer su jurisdicción sobre la base de acuerdos bilaterales con Naciones Unidas o disposiciones del CSNU que legitimarían su ejercicio reforzando su funcionamiento evitando la fragmentación y dispersión de su jurisdicción, además del sobrecoste financiero para la propia Naciones Unidas.

Desde la perspectiva jurídica, la creación de la CPI constituye no sólo la formación de un órgano más en el ámbito internacional, sino la configuración de todo un sistema jurídico para el ejercicio de la jurisdicción penal internacional, en el que confluyen normas de Derecho internacional público, normas de Derecho penal y de Derecho procesal.

La naturaleza de persona jurídica internacional de la Corte, independiente de Naciones Unidas, determina su capacidad para establecer acuerdos con los Estados y Organizaciones Internacionales, lo que determina desde su naturaleza del Derecho internacional público un decidido avance en preservar su imparcialidad en lo que incide a su autonomía financiera. En la pretensión de establecer un sistema judicial de naturaleza internacional éste viene asumido por jueces profesionales previamente elegidos por dos tercios de la Asamblea de los Estados Partes, estableciéndose garantías sobre su imparcialidad y capacidad para el desempeño de sus funciones durante un mandato general de 9 años (arts. 36-41 del Estatuto de Roma). A pesar de ello, no se ha elaborado un sistema estatutario de los jueces de la Corte, con un sistema preestablecido sobre su inmovilidad y exigibilidad de responsabilidad, necesario para garantizar su neutralidad en el ejercicio de sus funciones sobre todo ante un sistema que otorga un gran poder discrecional a sus decisiones.

El otro gran órgano en el que se estructura la organización jurídica de la CPI viene representado por el Fiscal. *“El Estatuto de Roma provee herramientas novedosas para que el Fiscal pueda decidir si inicia o no investigaciones en casos concretos (más allá de la intervención que puedan tener organismos externos, como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) y, además, la forma en que llevará adelante las investigaciones. En ese sentido, hay una balanza entre autonomía y control que cuenta con instituciones que pueden ser beneficiosas pero que, a su vez, presentan riesgos*

**Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional**

complejos cuando se miran desde una perspectiva crítica no interseccional. La institución más problemática es la posibilidad que tiene la fiscal de no iniciar una investigación “en interés de la justicia”, especialmente si se tiene en cuenta que es difícil concebir situaciones en que los crímenes más terribles contra la humanidad son los que se persiguen ante la CPI y que la Corte debe rendir cuentas a intereses extremadamente diversos” (ABARCA LIZANA, 2019: 48).

El concepto de “interés de la justicia” pone de manifiesto la complejidad de su concepción y representa el establecimiento de un criterio de “oportunidad” para casos específicos que debe ser valorado de forma excepcional y conforme a la discrecionalidad del Fiscal de la Corte⁷⁰⁰. *“El Reglamento Interno presentado por el Fiscal Ocampo en 2007 señala algunos criterios explícitos que deberán ser considerados al utilizar la institución en cuestión: la gravedad del crimen cometido (en cuanto a su intensidad, su naturaleza, la forma en que se cometieron y su impacto), los intereses de las víctimas (tanto en sus expectativas de justicia como su protección) y las circunstancias específicas en que se encuentra el acusado (especialmente su edad y estado de salud)” (ABARCA LIZANA, 2019: 49)⁷⁰¹. Pero además de estos criterios, existen dos causas que pueden impedir el inicio de un proceso y que viene determinado*

⁷⁰⁰ Los asuntos investigados actualmente por parte del Fiscal ante la Corte Penal Internacional giran en torno a los conflictos acontecidos en Uganda, República Democrática del Congo, Sudán-Darfur y República Centroafricana, y más recientemente, la Sala de Cuestiones Preliminares ha autorizado al Fiscal la investigación de los responsables de crímenes de guerra y contra la humanidad derivados de los conflictos armados acontecidos en territorio de Kenia, Costa de Marfil, Libia e Irak. Aunque resulte comprensible una discriminación en la selección de asuntos ante la Corte, necesariamente debió de determinarse los criterios de su atribución al resultar extremadamente impreciso el término de “interés de la justicia” establecido en los arts. 17 y 53 del Estatuto de Roma como principio de relevancia para el ejercicio de su jurisdicción, además de poder establecer mecanismos de control sobre los exámenes preliminares de la situación seguidos ante la Fiscalía. A pesar de que las investigaciones pueden resultar complejas no tanto en cuanto a la acreditación de la ilicitud de los crímenes objeto de enjuiciamiento como en la acreditación de la responsabilidad individual exigible en su comisión, en gran medida el mismo depende de la colaboración exigible a los Estados, lo que provoca dilaciones en el procedimiento.

En el asunto de Irak, la Oficina del Fiscal está llevando a cabo el examen preliminar desde el 13 de mayo de 2014 para determinar la presunta comisión de crímenes de guerra y otros delitos previstos en el Estatuto de Roma por parte de Reino Unido, y la gravedad de los mismos, durante la ocupación del territorio iraquí entre los años 2003 y 2008. Sobre la investigación que la Fiscalía está realizando, véase OFFICE OF THE PROSECUTOR. (2019). “Report on Preliminary Examination Activities 2019”, of 5 December, pp. 41-46. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=191205-rep-otp-PE>. Consultado el día 1 de octubre de 2020.

⁷⁰¹ Sobre el citado Reglamento, véase OFFICE OF THE PROSECUTOR. (2007). “Policy Paper on the Interests of Justice”, of 1 September. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-policy-int-just>. Consultado el día 24 de octubre de 2020.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

por la perturbación a las negociaciones de paz que puedan existir en un contexto determinado y la falta de recursos o sobrecarga de trabajo en la Fiscalía y la Corte, ello afecta al establecimiento de un sistema transparente con criterios previamente establecidos que eviten ambigüedades sobre circunstancias externas a la comisión del delito, lo que puede deberse a razones políticas que deben a ser ajenas a cualquier sistema de justicia (ABARCA LIZANA, 2019: 49-51)⁷⁰².

En cuanto al ejercicio de su jurisdicción por parte de la CPI, su régimen debe garantizar un equilibrio entre la primacía de la soberanía y el consentimiento de los Estados y ello determina que el ámbito penal en su ejercicio debe ser atribuido conforme a los principios jurídicos internacionales de territorialidad y nacionalidad. La Profesora Monique estima que ello resulta relevante con relación a los Estados no Partes del Estatuto de Roma. En este sentido, Monique señala la importancia de diferenciar la jurisdicción de la CPI de aquella basada en la jurisdicción universal. La idea del principio de la universalidad de la CPI proviene del apartado b) del artículo 13 del Estatuto de Roma al determinar la jurisdicción de la Corte conforme a los mecanismos del CSNU. Esta precisión permite que la Corte pueda perseguir los crímenes internacionales en cualquier Estado Parte del Estatuto de Roma (2020: 159-160). La autora no considera la existencia de una jurisdicción universal atribuida a la CPI, basándose para ello en dos aspectos: el primero de ellos está relacionado con la determinación de los delitos objeto de persecución bajo el Derecho consuetudinario y el

⁷⁰² Entre los asuntos en los que interviene la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en sus investigaciones preliminares, podemos destacar el seguido contra fuerzas de seguridad y autoridades gubernamentales o milicias pro-gubernamentales en Venezuela por la comisión de delitos de desapariciones forzadas de personas, torturas y privaciones arbitrarias de libertad en el contexto de la situación de inestabilidad política y déficit democrático. El informe inicial sobre la consideración de delitos de lesa humanidad cometidos en territorio venezolano, como Estado Parte de la Corte, fue elevado por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, así como por los Estados de Argentina, Colombia, Perú y Canadá; y Organizaciones Internacionales y No Gubernamentales en el año 2018 (Venezuela I), y recientemente por el informe elevado por el propio Estado de Venezuela sobre la ilegalidad de actos unilaterales coercitivos contra la población, dirigidas éstas principalmente contra Estados Unidos (Estado no Parte del Tratado de Roma, aunque los efectos del delito de lesa humanidad denunciados afectan a un Estado Parte) (Venezuela II). La relevancia en la cuestión planteada y que sigue siendo objeto de investigación por la Fiscalía viene concretada si ambos asuntos deben ser seguidos de forma conjunta, así como si las conductas ilícitas constituyen crímenes competencia de la Corte y, tras el análisis de los hechos, los mismos tienen relevancia para su admisibilidad. Sobre dichas investigaciones, véase OFFICE OF THE PROSECUTOR. (2018). "Report on Preliminary Examination Activities 2018", of 5 December, pp. 29-33. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>. Consultado el día 20 de diciembre de 2020; y OFFICE OF THE PROSECUTOR. (2020). "Report on Preliminary Examination Activities 2020", of 14 December, pp. 24-26 y 50-54. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>. Consultado el día 20 de diciembre de 2020.

otro con relación al principio de jurisdicción prescriptiva establecida en el propio Estatuto. Así, Monique señala que a pesar de que suenan bien para algunos delitos como el de lesa humanidad o crímenes de guerra, todavía quedan por determinar si algunos delitos son, de hecho, justiciables universalmente.

Además, el crimen de agresión incluido tras la Conferencia de Kampala de 2010 no es perseguible todavía como un delito consuetudinario objeto de jurisdicción universal, y con relación al principio de jurisdicción universal observa que incluso al conceder la posibilidad de que la jurisdicción universal sea ejercida por un tribunal internacional (algo que debe distinguirse de la jurisdicción de los Estados), ésta no debe superar el hecho de que sea una jurisdicción exclusivamente territorial. Sin la cooperación de los Estados en la investigación (señala la autora como ejemplo de esta cooperación la recopilación de pruebas, arresto y encarcelamiento de los presuntos acusados), los tribunales internacionales podrían limitar significativamente los objetivos y finalidades en las que fueron creados (MONIQUE, 2020: 193-194).

Como indica dicha autora, “la CPI opera bajo el supuesto de que los Estados Partes delegan de manera válida la jurisdicción de acuerdo con el Estatuto de Roma. Asumir lo contrario crearía una responsabilidad insostenible en la Corte de revisar los acuerdos internacionales de un Estado Parte para asegurarse de que no haya restricciones a su jurisdicción delegable. Más importante aún, perjudicaría significativamente la aplicación uniforme de las disposiciones sobre jurisdicción de la CPI a los Estados Partes”, añadiendo que “en virtud del Estatuto de Roma, la CPI puede ejercer su jurisdicción sobre los nacionales de Estados que no son Partes por crímenes cometidos en el territorio de los Estados Partes. En el Estatuto no se permiten variaciones de éste por medio de inmunidades u otras limitaciones jurisdiccionales. Al ratificar el Estatuto de Roma, un Estado delega jurisdicción a la CPI en el entendimiento de que la Corte actuará de conformidad con las condiciones previas y las disposiciones jurisdiccionales contenidas en el Estatuto. Sería en cierto modo antitético si la existencia de un tratado que limite el ejercicio de la jurisdicción judicial nacional sobre determinadas personas pudiera también limitar aún más la jurisdicción de la CPI. La CPI no es un agente de ningún Estado Parte individual y, por lo tanto, sería

incongruente que la decisión de un Estado de celebrar acuerdos internacionales obstaculice la jurisdicción de la CPI”⁷⁰³.

Pero dicha limitación no sólo existe con relación a los Estados no Partes del Estatuto de Roma, pues como señala el Profesor Cerda Dueñas: “*la jurisdicción estaría también limitada a los delitos cometidos por nacionales o en el territorio de un Estado Parte o un Estado que ha declarado su aceptación de la jurisdicción de la Corte, o que una situación ha sido referida por el Consejo de Seguridad*” (2017: 127). Debe ser tenido en cuenta que el CSNU es un órgano eminentemente político que representa los intereses de los países hegemónicos, lo que podría plantearse la justificación de las competencias establecidas a favor del mismo en los artículos 13 b) y 16 del Estatuto de la CPI, relativas a la facultad para remitir asuntos al Fiscal de la Corte y para suspender los procesos de investigación o enjuiciamiento.

Sin embargo, este instrumento de colaboración entre la CPI y el CSNU no supone un riesgo de politización de la Corte. Debe estimarse que lo que establece el Estatuto de Roma es una salvaguarda ante supuestos de inacción por parte del CSNU, como se deriva de que originariamente es una competencia atribuida a la Corte y por el sistema exigido de acuerdo ninguna de las potencias hegemónicas dentro del CSNU podrá utilizar su derecho de veto para suspender una investigación o enjuiciamiento. Además la Profesora Monique, analizando los asuntos sobre la situación en Darfur y Libia⁷⁰⁴, estima de que a través del CSNU como órgano encargado de velar por la paz y la seguridad posibilita el enjuiciamiento de los Jefes de Estado y Altos cargos de los

⁷⁰³ Documento original: “*The ICC operates on the assumption that States Parties are validly delegating jurisdiction in accordance with the Rome Statute. To assume otherwise would create an untenable onus on the Court to review a State Party’s international agreements to ensure there are no restrictions on its delegable jurisdiction. More importantly it would significantly impair the uniform application of the ICC’s jurisdiction provisions to States Parties.*”

Under the Rome Statute, the ICC may exercise its jurisdiction over nationals of non-States Parties for crimes committed on the territory of States Parties. There are no allowances in the Statute for variations to this by way of immunities or other jurisdictional limitations. In ratifying the Rome Statute, a State is delegating jurisdiction to the ICC on the understanding that the Court will act in accordance with the preconditions and jurisdictional provisions contained in the Statute. It would be somewhat antithetical if the existence of a treaty limiting the exercise of domestic judicial jurisdiction over particular persons could then also further limit the jurisdiction of the ICC. The ICC is not an agent of any individual State Party, and it therefore would be incongruous for a State’s decision to enter into international agreements to impede the ICC’s jurisdiction” (MONIQUE, 2020: 112).

⁷⁰⁴ Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1593 (2005), de 31 de marzo, sobre la situación en Darfur y 1970 (2011), de 26 de febrero, sobre la situación en Libia.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

Estados aunque no pertenezcan al Estatuto de Roma, cuestión que no sería permisible si el enjuiciamiento fuera realizado por un Estado en ejercicio de su jurisdicción universal (MONIQUE, 2020: 114-158 y 188-189).

No puede negarse que el Estatuto de Roma supone un serio avance hacia la codificación del Derecho penal internacional. Ahora bien, como señala el Profesor Ambos, como pretensión de un sistema jurídico completo precisa de reglas generales de imputación y el diseño de un sistema general del delito internacional debe tender a una validez universal no sólo desde el punto de vista de las teorías de las fuentes de creación normativa, sino también desde el ámbito de la eficacia práctica y comprensible de sus normas que merezca la aceptación por los diferentes ordenamientos jurídicos estatales (2005: 44-49)⁷⁰⁵. El sistema de Derecho penal debe tener un contenido abierto y flexible para dar solución a cuestiones materiales de la política criminal y para ello toda interpretación teológica de sus principios debe estar orientada a los valores y a los fines políticos de la comunidad internacional. Para evitar teorías radicales sobre la funcionalidad punitiva donde los fines de la pena se encuentran orientados exclusivamente a satisfacer una concepción de la culpabilidad completamente de naturaleza preventiva general, como expresión de la necesidad punitiva para la defensa de la sociedad⁷⁰⁶ se debe compatibilizar la comprensión de su realidad con los valores en los que se asienta el Derecho penal internacional como *“una comunidad de valores universal o de una sociedad del ciudadano mundial, en donde al Derecho penal*

⁷⁰⁵ El Profesor Ambos, basándose en las examinaciones de Lenckner, critica la nula influencia de la teoría dogmática del delito elaborada por la doctrina alemana, que pasa a ser por una de las más “sofisticadas y refinadas” elaboraciones teóricas, por lo que si la seguida en la construcción del sistema penal internacional se fundamenta en el ámbito jurídico proveniente del *Common Law*, ello sería difícilmente comprensible con el discurso dogmático alemán y supondría un obstáculo en la recepción en el ordenamiento jurídico interno de la construcción establecida en el sistema penal internacional (2005: 49-51).

⁷⁰⁶ *“En plano del Derecho penal internacional es aún más claro que la validez y obligatoriedad general de principios jurídico-penales con operatividad supranacional, como ahora han sido formulados en la tercera parte del ECPI, resulta de un proceso de negociación orientado a la solución de problemas y de consenso, a cuyo término no se imponen datos presuntamente lógico objetivos —en el sentido de una ciencia jurídico-penal “correcta” o “falsa” según criterios científicos—, sino fórmulas de compromiso de política criminal y de política de derecho internacional. Por tanto, aquí se trata de compromisos de política de Derecho internacional en forma de ley, los cuales reaccionan a determinados desarrollos del Derecho penal internacional y —en el mejor de los casos— están asegurados por el Derecho comparado. Si es que estos compromisos pudieran estar acaparados por una cierta dirección del pensamiento jurídico-penal, ésta no sería de todas maneras una dirección cerrada orientada a principios (óptica), sino, en todo caso, una abierta (de política criminal)”* (AMBOS, 2005: 64).

mundial le corresponde la función de proteger los derechos humanos fundamentales”
(AMBOS, 2005: 54).

Partiendo de este principio, las bases para una elaboración de la parte general de un sistema penal internacional como el pretendido por el Estatuto de Roma incurre en la deficiencia de una construcción del delito básicamente “bipartita”, que distingue solamente entre responsabilidad individual y las posibles causas de exclusión. Esta construcción no es compartida por doctrinas penales asentadas en el Derecho penal comparado donde se establece la diferenciación entre “lo injusto y la culpabilidad”. Las reglas de imputación de una determinada conducta descrita por el Derecho penal internacional no diferencian entre el “dolo del hecho” (como parte del tipo) de la conciencia de antijuridicidad (como parte de la culpabilidad).

No hay un reconocimiento fundamental del principio de culpabilidad en las normas de la CPI y los impedimentos de punibilidad, tanto materiales como procesales, no diferencian entre causas de justificación y de exculpación, ello se refleja en las sentencias dictadas por la CPI pues la aplicación de las reglas generales se hace con referencia a determinados tipos penales vinculando las reglas generales de imputación con lo que sería “la parte especial del Derecho penal”, muestra ello de un sistema jurídico incompleto (AMBOS, 2005: 67-69).

El establecimiento normativo de las conductas ilícitas objeto de represión internacional ha supuesto un notable esfuerzo por la comunidad internacional superando los sistemas establecidos en los tribunales penales internacionales creados *ex post facto*, que planteaba la necesidad de una visión interpretativa del principio de legalidad que “recharacterizaba” el mismo para hacerlo compatible con la norma consuetudinaria internacional, que presentaba deficiencias e inestabilidad jurídica compatible con la garantía de legalidad en el ámbito penal. Conforme al artículo 5 del Estatuto de Roma, los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, los crímenes de guerra y agresión son los que representan por su gravedad una mayor preocupación a la comunidad internacional en su conjunto, por eso suelen ser denominados habitualmente como “crímenes fundamentales” del Derecho penal internacional. Sin entrar en la distinción entre

“delitos fundamentales” y “delitos de tratados”⁷⁰⁷ (ambos de naturaleza internacional), debe considerarse que la descripción de las conductas ilícitas expuestas en el Estatuto de la CPI resultan ambiguas por contener una categorización general meramente descriptiva. Aunque los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra vienen sustentados en normas preestablecidas en el Derecho internacional consuetudinario, su concreción precisa habitualmente de su remisión a tratados específicos donde se establecen las obligaciones de Derecho internacional basadas en normas de *ius cogens*. Por otra parte, la valoración de la gravedad y relevancia internacional en su persecución viene sustentado sobre aspectos valorativos que generan incertidumbre en su persecución (SCHWÖBEL-PATEL, 2020: 768-790).

Otro aspecto en el que se manifiesta la deficiencia del sistema normativo establecido por el Estatuto de la CPI se encuentra en la regulación de la autoría, participación y actos preparatorios y de ejecución de los crímenes objeto de persecución. Como indica el Profesor Smeulers, los crímenes internacionales son manifestaciones de violencia colectiva en el que están involucradas muchas personas. Pueden ser caracterizados como crímenes estructurales que forman parte de una criminalidad que podría llamarse de “sistema” en cuanto participan en ella entidades colectivas. Ello determina que el comportamiento criminal no es individual sino colectivo donde existe una estructura jerárquica que incita, idea, exige u ordena la comisión delictiva. Son crímenes de obediencia que generalmente son cometidos como parte de una situación de conflicto político (SMEULERS, 2020: 380-385).

Por su parte Ambos, aunque reconoce el mejor tratamiento dado a la autoría y participación en el Estatuto de Roma con relación a los tribunales internacionales *ad hoc* al basarlo sobre la teoría del “dominio del hecho” y sólo en parte en la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad, señala que en su regulación establecida en los artículos 25 y 30 del Estatuto viene a confundir la forma participativa con los grados de ejecución y los actos preparatorios con significación criminal. La elaboración de la forma de intervención en el delito internacional pudo tener mejor solución si el mismo se hubiere remitido a la teoría del “delito funcional” establecida por la mayoría de los sistemas penales nacionales, sobre todos basados en el *Civil Law*, pues bastaría recordar

⁷⁰⁷ Según Neil Boister, entenderemos estos delitos como crímenes transnacionales que por su carácter transfronterizo imponen a los Estados su criminalización internacional (citado por SCHWÖBEL-PATEL, 2020: 711).

que en el dominio del hecho pueden integrarse tanto: la autoría individual directa, autoría individual mediata, coautoría, inducción y complicidad, lo que tiene especial importancia en la denominada teoría de “dominio por organización” y en el ámbito de la participación de la complicidad, al ser los crímenes internacionales delitos de naturaleza organizativa (AMBOS, 2005: 500).

En este sentido, y analizando aspectos psicológicos de la conducta criminal, Smeulers pone de manifiesto la dificultad de aceptar la prevención establecida en el artículo 33.2 del Estatuto de la CPI, que establece la manifiesta ilegalidad de cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad, en cuanto que la situación particular en el que puede encontrarse un individuo en el proceso de socialización puede determinar que deje de apreciar la ilegalidad manifiesta de dicho comportamiento y por otra parte las entidades colectivas determina de forma trascendente nuestro comportamiento, a veces sin plena conciencia y libertad para las personas que se integran en la misma, producto de un proceso de alienación (2020: 383-385). Los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma son ante todo “crímenes de obediencia”, “el objetivo del Derecho penal (internacional) es establecer estándares normativos calificando determinados comportamientos como delictivos y punibles. Las personas solo pueden ser consideradas responsables si han cometido un delito intencionalmente. Solo pueden ser considerados responsables si tienen una mente culpable y si hay una falta personal. El supuesto subyacente es que, para ser culpables, los individuos deben tener control y cierto nivel de libre albedrío para decidir si cometen un delito. Sin embargo, la libertad de elección está restringida en estas situaciones, especialmente para los reclutas de unidades militarizadas. Estas organizaciones están estructuradas jerárquicamente y los subordinados tienen la obligación general y legal de obedecer órdenes, especialmente en un período de conflicto armado. El incumplimiento de las órdenes es un delito grave y puede considerarse traición”⁷⁰⁸. Por ello, las opciones de comportamiento y sus

⁷⁰⁸ Documento original: “*The aim of (international) criminal law is to set normative standards by qualifying certain behaviour as criminal and punishable. Individuals can only be held responsible if they have intentionally committed a crime. They can only be held responsible if they have a guilty mind and if there is a personal fault. The underlying assumption is that, to be culpable, individuals must have control and a certain level of free will to decide whether to commit a crime. The freedom of choice is, however, restricted in these situations, especially for recruits of militarized units. These organizations are hierarchically structured and subordinates are under a general and legal obligation to obey orders, especially in a period of armed conflict. Failure to obey orders is a serious offence and can be considered treason*” (SMEULERS, 2020: 386).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

limitaciones coercitivas dentro de las organizaciones criminales debieron de ser consideradas en el Estatuto.

En cuanto al sistema de enjuiciamiento, la Corte establece un proceso penal basado en el principio acusatorio diferenciando la fase de investigación de la de enjuiciamiento, encomendando el mismo a jueces profesionales y dotando en su estructura de un sistema de revisión de sus resoluciones además de competencia en la supervisión de la ejecución de las condenas y el establecimiento de la reparación a las víctimas.

Se trata del establecimiento de un nuevo proceso penal internacional de naturaleza propia, si bien basado en el sistema adversarial cuenta con una fundamental inspiración de control judicial en todas las fases procesales, acogiendo principios propios del sistema de enjuiciamiento mixto, diferenciándose con ello de los tribunales internacionales *ad hoc* cuyo procedimiento penal se basaba fundamentalmente en el sistema del *Common Law* en el que sólo de forma esporádica y selectiva se incorporaba elementos propios del *Civil Law*. Como señala la Profesora Abarca Lizana, “*al iniciarse los trabajos preparativos para la creación de la CPI, surgió prontamente la pregunta sobre el proceso penal que debía adoptarse; ya sea el proceso penal del Derecho anglosajón o el proceso penal del Derecho continental. Cualquiera fuese la decisión que se tomara por parte de quienes se encontraban inmersos en la fase de creación, esta influiría en muchos aspectos de gran relevancia: el tratamiento de las víctimas, la creación de una Fiscalía, la presencia de jurados, la posibilidad de juzgar al acusado en su ausencia, etc. Y, si bien las diferencias entre ambos procesos penales (del Common Law y del Civil Law) tienden a diluirse, hay todavía diferencias importantes y que producen consecuencias significativas, por lo que no se trataba de una decisión fácil*” (2019: 8).

El marco legal reflejaba la diversidad de sistemas procesales de los países que participaron en los borradores del Estatuto de Roma, que conscientes de que por primera vez se establecía un sistema para enjuiciar crímenes futuros, a partir de su entrada en vigor y no cometidos con anterioridad a su creación, tuvo la pretensión de integrar en su sistema procesal la mayor parte de las diversas tradiciones legales, pero sin que ninguna de ellas fuera determinante en su marco jurídico (ABARCA LIZANA, 2019: 8-11).

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

Con relación a los sujetos, “*el proceso ante la CPI demuestra un progreso considerable en el establecimiento de un debido proceso (incluso para estándares propios del Common Law), el cual contempla, de manera balanceada, garantías para las víctimas, para el imputado y para terceros que participen en el proceso como testigos*” (ABARCA LIZANA, 2019: 12). En lo que respecta a los derechos de los acusados, el Estatuto de Roma establece un sistema que pretende la integración de los principios básicos del Derecho internacional de los derechos humanos en su procedimiento y funcionamiento⁷⁰⁹. El conjunto de garantías establecidas a través de los mismos permite identificar el sistema procesal dentro de los estándares de los “procesos justos” consiguiendo con ello no sólo legitimidad, sino también seguridad jurídica.

Por otro lado, con relación a lo que podríamos denominar “estatuto jurídico de las víctimas” inicialmente no prevista su participación en el Estatuto de Roma, con el establecimiento de la Oficina del Defensor Público para las Víctimas atendiendo a lo dispuesto en la Regla 81 del Reglamento de la Corte, se garantiza la participación efectiva de éstas ante la Corte. Con ello, se crea un importante precedente que debería reforzar la representación de las víctimas que, de acuerdo con la primera disposición de la Regla 90 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, son libres de elegir a su representante legal para que puedan en su nombre intervenir en el procedimiento, pudiendo realizar las observaciones o indicaciones que estimen pertinentes y todo ello con el objetivo de garantizar su participación efectiva en los procesos ante la Corte. Además, de forma institucional se les ofrecen la prestación de ayudas y asistencia a ellos y sus representantes legales, para que participen en el proceso y en la declaración de reparaciones.

La Corte siempre ha procurado desde sus comienzos hacer un ejercicio de imparcialidad en los asuntos sometidos a su enjuiciamiento, así como su preocupación para preservar los derechos de las personas sometidas a juicio. Fue una de las principales preocupaciones de la CPI que su actuación pudiera identificarse con cualquier influencia que los países hegemónicos pudieran ejercer sobre el ejercicio de sus funciones, por ello debían de generar confianza ante las reticencias que pudieran

⁷⁰⁹ En este sentido, se establece las garantías a favor de los acusados conforme a lo establecido en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y a las diversas convenciones regionales de los Derechos Humanos, conforme a sus estándares interpretativos. Así se reconoce en el Estatuto de Roma el derecho a la presunción de inocencia (art. 66), asistencia de letrado (art. 67) y *non bis in ídem* (art. 20).

tener sobre un proceso penal que fuere diferente a los establecidos en sus Derechos internos. Ya desde los primeros momentos Phillippe Kirsch⁷¹⁰ manifestó que “*lo que debiese esperarse del proceso ante la CPI es que garantice el debido proceso y un juicio justo, lo cual puede ocurrir de diversas maneras en los diversos países*” (citado por ABARCA LIZANA, 2019: 9).

Prueba de ello puede verse en la incidencia suscitada con motivo de su primer juicio con relación al caso Thomas Lubanga Dyilo, al que se estimó la vulneración de su derecho a conocer y contradecir las pruebas de cargo inicialmente presentadas por la Fiscalía que no dio traslado en su totalidad a la defensa argumentando el carácter de confidencialidad de alguna de ellas.

Este procedimiento comenzó el 20 de marzo de 2006, fecha en la que compareció el investigado ante la Sala de Cuestiones Preliminares tras su detención por su país y puesta a disposición de la CPI, así como tras la confirmación de los cargos por la comisión de crímenes de guerra cometidos por las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) a partir de septiembre de 2002 como líder de su guerrilla.

Como hemos señalado, resulta trascendente las incidencias resueltas por la Sala de Primera Instancia con fecha 16 de junio de 2008, en el que acordó la suspensión del procedimiento al considerar que la Fiscalía no puso a disposición de la defensa materiales potencialmente eximentes. La Sala, tras la celebración de la audiencia, el 2 de julio de 2008, ordenó su puesta en libertad que fue paralizada ante la apelación presentada por la Fiscalía y hasta que la Sala de Apelaciones tomara una decisión definitiva sobre el tema.

Aunque puede ser criticada la paralización de una decisión de libertad en un proceso penal en cuanto a su naturaleza de medida cautelar aflictiva para los acusados, el 21 de octubre de 2008, la Sala de Apelaciones de la CPI rechazó la apelación presentada por el Fiscal, pero igualmente rechazaron poner en libertad al acusado al estimar que la Decisión sobre la situación personal del mismo a la Sala de Primera Instancia. De forma similar y conforme a los principios generales del enjuiciamiento, no se comprende esta Decisión de la Sala de Apelaciones por cuanto que, al tener competencia para resolver la cuestión principal, también asume la resolución de cuanta

⁷¹⁰ Primer Presidente de la Corte Penal Internacional.

incidencia le sean puestas de manifiesto en aplicación del principio de competencia funcional, pues la situación personal del acusado en el procedimiento se encuentra conectada al objeto del procedimiento como medida cautelar. Conforme a lo resuelto por la Sala de Apelaciones, la Sala de Primera Instancia acordó por Resolución de fecha 15 de julio de 2010 la puesta en libertad del acusado razonando que nadie puede permanecer en custodia preventiva sobre una base especulativa.

Tras nueva apelación del Fiscal, la Sala de Apelaciones revocó la Decisión de la Sala de Primera Instancia por la que se suspendía el procedimiento y se ponía en libertad al acusado. Los jueces de la Sala de Apelaciones señalaron que, aunque el Fiscal no hubiera cumplido con las órdenes de la Sala de Primera Instancia en cuestiones de protección, los jueces deberían haber aplicado en primer lugar sanciones antes de imponer la drástica medida de suspender el procedimiento. Este incidente ha llamado la atención de los juristas y ha sido toda una prueba sobre la independencia de criterio de la Corte y si dentro del enjuiciamiento ante la misma se garantizaban los derechos de defensa derivados de los postulados del juicio justo o debido pues, en todo caso, la Sala de Primera Instancia y la de Apelación debían ponderar, por una parte, el derecho a una adecuada defensa del imputado, y por otra, la facultad del Fiscal para garantizar confidencialidad como único modo posible de obtener cooperación en ciertos casos. Pero como se puso de manifiesto, la controversia surgida estaba en la contradicción de dos normas que entraban en conflicto en cuanto al deber del Fiscal de ofrecer reserva sobre los asuntos o informaciones obtenidos con compromiso de confidencialidad prevista en el art. 54.3 e) del Estatuto de Roma, y el deber de desclasificar para que la defensa tuviese acceso a toda evidencia exculpatoria que se encuentre a su disposición del artículo 67.2 del mismo texto normativo.

Subsanado la vulneración decretada judicialmente del derecho de defensa del acusado se inició un nuevo enjuiciamiento cuya fase oral del juicio dio comienzo el 26 de enero de 2009 y la Sala de Primera Instancia dictó Sentencia el día 10 de julio de 2012, siendo condenado a 14 años de prisión⁷¹¹. La Sala de Apelaciones desestimó el recurso de apelación interpuesto por el acusado mediante Sentencia de 1 de diciembre

⁷¹¹ El juez que presidió el caso, Adrian Fulford, declaró que la mayoría de la Sala había decidido sentenciar a Lubanga a 14 años de prisión en total por el alistamiento, reclutamiento y utilización de niños soldados. Tras analizar la combinación de factores atenuantes, como la cooperación del acusado, y la falta de factores agravantes, como la ausencia de evidencia presentada a la Sala sobre violencia de género y violencia sexual, los jueces determinaron que la pena máxima de 30 años sería inapropiada.

*Cap. 4: La justicia universal en la Corte Penal Internacional.
Especial referencia a su sistema jurisdiccional*

de 2014, al determinar que están conformes con el veredicto y la pena impuesta por la Sala de Primera Instancia, compartiendo esta postura tras desestimar la reducción de la pena en sus Decisiones posteriores de fecha 22 de septiembre de 2015 y 3 de noviembre de 2017⁷¹².

Resulta positiva la búsqueda de dar certeza al procedimiento y a las garantías, encontrando una vía de solución que resolvía una materia de vital importancia para los procesos futuros, ya que para todos ellos será difícil y necesario reunir pruebas y en todos ellos habrá de respetarse el derecho de defensa del imputado. Pero junto a esta forma de actuación sin duda positiva para que en su funcionamiento la CPI vaya adquiriendo el necesario prestigio para ejercer su función, podemos destacar en la actualidad que, en el ejercicio de su competencia, la experiencia judicial va determinando líneas más seguras de actuación basadas en los precedentes judiciales no sólo en la definición de los crímenes internacionales, sino también en la propia actuación del procedimiento y de las fases de investigación seguidas por la Fiscalía, como se ha puesto de manifiesto en el asunto contra Bosco Ntaganda, sobre la comisión de crímenes contra la población civil en la República Democrática del Congo (asesinatos, desplazamientos forzados de personas, esclavitud sexual y utilización de niños en conflicto bélico) durante los años 2002 y 2003, donde la Sentencia condenatoria dictada en primera instancia por la Sala VI de la Corte de fecha 8 de julio de 2019, analizó la legalidad de la actuación de todo el proceso de investigación, así como la aplicación de las normas del procedimiento y de la interpretación jurídica de las conductas tipificadas en el Estatuto de Roma, criterios que fueron confirmados por la misma Sala en su Sentencia de 7 de noviembre del mismo año⁷¹³.

⁷¹² Sobre los fundamentos jurídicos de esta postura adoptada por los magistrados de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional, véase “Situation in the Democratic Republic of the Congo. In the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, Judgment, Appeal Chambers, 1st of December 2014, No. ICC-01/04-01/06 A 5; “Situation in the Democratic Republic of the Congo. In the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Thomas Lubanga Dyilo”, Decision, Appeal Chambers, 22th of September 2015, No. ICC-01/04/01/06; y “Situation in the Democratic Republic of the Congo. In the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Second Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Thomas Lubanga Dyilo”, Decision, Appeal Chambers, 3rd of November 2017, No. ICC-01/04/01/06.

⁷¹³ “Situation in the Democratic Republic of the Congo. In the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda”, Judgment, Trial Chamber VI, 8th of July 2019, No. ICC-01/04-02/06; y “Situation in the Democratic Republic of the Congo. In the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda”, Judgment, Trial Chamber VI, 7th of November 2019, No. ICC-01/04-02/06.

Capítulo 5: El “complejo” camino de la justicia universal de los tribunales españoles

5.1 La regulación de la competencia y de la jurisdicción universal en España

A) El ejercicio de la jurisdicción universal en España: 1870-1985

B) Ley Orgánica del Poder Judicial y sus reformas: desde 1985 hasta 2018

5.2 La aplicación de la jurisdicción universal en España

A) La regulación normativa de la jurisdicción universal

A.1) Argumentos a favor de las reformas de las Leyes Orgánicas 1/2009 y 1/2014

A.2) Argumentos contrarios a las reformas de las Leyes Orgánicas 1/2009 y 1/2014

A.3) La “justificación” de la actual regulación de la jurisdicción universal en España

B) La aplicación de la jurisdicción universal por los tribunales españoles

B.1) Resoluciones de los tribunales españoles que no se vieron afectadas por las reformas realizadas por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial

B.1.1) Caso de Augusto Pinochet

B.1.2) Caso Guatemala

B.1.3) Caso Scilingo

B.2) Resoluciones de los tribunales españoles que se vieron afectadas por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial

B.2.1) Asuntos en los que se acordó el sobreseimiento y archivo por falta de jurisdicción

B.2.1.1) Caso del Tíbet

B.2.1.2) Caso Falun Gong

B.2.1.3) Caso Ruanda y República Democrática del Congo

B.2.1.4) Caso “campos de concentración nazis”

B.2.1.5) Caso Couso

B.2.1.6) Caso “Flotilla de la Libertad”

B.2.1.7) Caso “torturas de Guantánamo”

B.2.1.8) Caso “vuelos de la CIA”

B.2.2) Asuntos en los que se mantiene la competencia de los tribunales españoles conforme a jurisdicción universal

B.2.2.1) Caso Carmelo Soria

B.2.2.2) Caso Ellacuría

B.2.2.3) Caso “Boko Haram”

B.2.2.4) Caso Sáhara

B.2.2.5) Casos de “narcotráfico internacional”

B.2.2.6) Caso “terrorismo y desapariciones forzadas en Siria”

5.3 La justicia universal en el actual diseño establecido por el ordenamiento jurídico y la práctica judicial

Capítulo 5: El “complejo” camino de la justicia universal de los tribunales españoles

La evolución social, política y jurídica de la comunidad internacional determinó que en España se afrontara una serie de reformas legislativas sobre el ejercicio de la jurisdicción extendiendo la misma para atender la defensa de intereses nacionales y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones conforme a los principios y normas de Derecho internacional.

Podemos observar, partiendo de la evolución interna e internacional sobre la competencia universal de los tribunales españoles, el desarrollo de la extraterritorialidad de la jurisdicción dotando de competencia a los tribunales internos para perseguir delitos que afectaban a los intereses del Estado y sus nacionales, hasta acoger una jurisdicción universal de carácter absoluto con la finalidad de dotar de instrumentos jurídicos el cumplimiento de las obligaciones del Estado español con el Derecho internacional para posteriormente, quizás por razones políticas, cometer una restricción de la misma estableciendo presupuestos de conexión que limitaban su ejercicio.

En la actualidad, el diseño legislativo de la jurisdicción, como manifestación de los valores y principios aceptados por la Constitución de 1978, se encuentra establecido en la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, dictada en desarrollo del Título VI (Del Poder Judicial) del texto constitucional en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 122 de la Constitución española (en adelante CE).

Sin embargo, la falta de consenso sobre la competencia, organización y estructura del Poder Judicial en España ha motivado que la LOPJ, desde su publicación oficial el día 2 de julio de 1985 sustituyendo a la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial 1870, haya sido modificada hasta en cincuenta y ocho ocasiones siendo la última de ellas la aprobada por LO 5/2018, de 28 de diciembre.

El diseño establecido conforme a la norma constitucional por la LOPJ en lo referente al ejercicio de la jurisdicción viene determinado en el artículo 4, cuando señala que: *“la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias, y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y las leyes”*, además de garantizar que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE, resultan vinculantes y están garantizados bajo la tutela judicial efectiva (artículo 7),

determinando en el artículo 23 el diseño de la jurisdicción española en el orden penal estableciéndose en el apartado 4 de dicho precepto el ejercicio extraterritorial y la competencia universal de la misma.

El diseño originario establecido en la LOPJ contemplaba una competencia amplia para ejercer la jurisdicción que permitía su atribución universal sin exigir vínculos especiales de conexión ni con el territorio ni con los nacionales, siendo ello profundamente modificado por la LO 1/2014, de 13 de marzo, que sometía a requisitos el ejercicio de la jurisdicción limitando cuando ésta se fundamentaba en el principio de justicia universal.

5.1 La regulación de la competencia y de la jurisdicción universal en España

La jurisdicción universal en nuestro ordenamiento jurídico, al menos en su sentido impropio, ha estado prevista desde la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, de 15 de septiembre. Si bien algunos investigadores como Ollé Sesé afirman que un posible antecedente de este ejercicio extraterritorial puede encontrarse en la Séptima Partida de Alfonso X el Sabio de 1265⁷¹⁴. Concretamente, en el Título I de la Ley XV de dicha Partida, por el que regula el ejercicio procesal para enjuiciar a los acusados por la comisión de hechos ilícitos, disponiendo que: *“et si aquel que fizo el yerro fuese home que anduviese fuyendo de un lugar a otro, de manera que no lo pudisen fallar, do fizo el alfecho, nin do ha la mayor parte de sus bienes, o do ha la mayor morada, entonces á este atal en cualquier lugar quel fallen lo pueden acusar, et él es tenuto de responder al acusamiento”*⁷¹⁵.

La incorporación legal de criterios de extensión jurisdiccional no fue introducida hasta finales del siglo XIX mediante la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, que refleja la evolución jurídica sobre el ejercicio de las jurisdicciones estatales⁷¹⁶.

⁷¹⁴ Las Siete Partidas es un conjunto de normas creadas durante el reinado de Alfonso X el Sabio (1252-1284) con la finalidad de ofrecer uniformidad jurídica. Además del citado fin, se considera en la actualidad uno de los textos jurídicos más relevantes de la historia del Derecho español, pues incluye desde la interpretación y aplicación de las leyes hasta la regulación del derecho de sucesión.

⁷¹⁵ Se mantiene la redacción original de la disposición tal y como aparece gramaticalmente escrito.

⁷¹⁶ Desde la perspectiva internacional, especialmente en Inglaterra, durante los siglos XVII y XVIII hubo antecedentes sobre el ejercicio de la competencia universal por parte de los tribunales nacionales,

A) El ejercicio de la jurisdicción universal en España: 1870-1985

La Sección Primera del Capítulo III del Título VII de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, por el que se regulaba el ejercicio jurisdiccional de los tribunales en los artículos 336 a 342, y 344 a 346 de la citada Ley.

El artículo 336 enumera una serie de conductas que tipificaban los comportamientos que vulneraban la seguridad del Estado y hubiesen sido cometidos fuera del territorio español. Así, dicho precepto disponía que: “Serán juzgados por los Jueces y Tribunales del Reino, según el orden prescrito en el art. 326⁷¹⁷, los españoles ó extranjeros que fuera del territorio de la Nación hubiesen cometido alguno de los delitos siguientes:

Contra la seguridad exterior del Estado[,] Lesa Majestad[,] Rebelion[,] Falsificacion de la firma, de la estampilla real ó del Regente[;] Falsificacion de la firma de los Ministros[,] Falsificacion de otros sellos públicos[,] Falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito ó intereses del Estado y la introduccion ó expendicion de lo falsificado[;] Falsificacion de billetes de Banco, cuya emision esté autorizada por la ley, y la introduccion ó expendicion de los falsificados[; y] los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero”⁷¹⁸.

principalmente en los delitos de piratería. Según el Profesor Eugene Kontorovich, la denominada “analogía de piratería” (“*piracy analogy*”), en virtud del cual los tribunales nacionales garantizan el ejercicio de su jurisdicción extraterritorial mediante delitos que, apreciando como identidad de razón los bienes jurídicos protegidos por la comunidad internacional, puedan ser objeto de persecución (la esclavitud, genocidio entre otros). Sobre la definición de “analogía de piratería” y la evolución de este fenómeno, véase KONTOVORICH, E. (2004). “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation”. *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, Issue 1, Winter, pp. 183-237. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=385900. Consultado el día 24 de abril de 2019.

⁷¹⁷ El presente precepto determina el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales para llevar a cabo la fase de instrucción. Así, dispone lo siguiente: “Cuando no conste el lugar en que se cometió una falta ó un delito, serán Jueces y Tribunales competentes para instruir y conocer de la causa:

1.º El de la demarcacion en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito.

2.º El de la demarcacion en que el reo presunto haya sido aprehendido.

3.º El de la residencia del reo presunto.

4.º Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

Si se suscitase competencia entre estos Jueces ó Tribunales, se decidirá dando la preferencia por el orden con que están expresados en el párrafo que precede.

Tan luego como conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, se remitirán las actuaciones al Juzgado ó Tribunal de aquella demarcacion, poniendo á su disposicion los detenidos y efectos ocupados”.

⁷¹⁸ Se mantiene la redacción original de la disposición tal y como aparece gramaticalmente escrito.

Conforme a esta regulación, Elena Díez Rodríguez señala que dichas normas sólo preveían el ejercicio de una jurisdicción basado en el principio de protección real, llegando incluso a afirmar que dicha normativa incurre en la confusión entre este principio y el de universalidad (2017: 311).

El artículo 346 de la Ley Provisional disponía que *“lo prescrito en esta seccion respecto á delitos cometidos en el extranjero, se entenderá sin perjuicio de los tratados vigentes ó que en adelante se celebren con potencias extranjeras”*⁷¹⁹. De este artículo se introduce en el ordenamiento jurídico que la jurisdicción sería aplicable atendiendo a los acuerdos internacionales suscritos⁷²⁰.

En los artículos 339 y 340 de la Ley Provisional se establecía que los tribunales disponían de la competencia para enjuiciar a aquellos españoles que hubiesen cometido delitos en territorio extranjero bien contra un individuo de la misma nacionalidad que la del partícipe, o bien contra un extranjero *“si concurrieren las circunstancias siguientes: 1.ª Que se querelle el ofendido ó cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo á las leyes[;] 2.º Que el delincuente se halle en territorio español [y] 3.º Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado ó penado en el extranjero, y en este último caso haya cumplido su condena”*⁷²¹.

Junto a este criterio de personalidad activa, el artículo 338 de la misma Ley establecía que los extranjeros serían juzgados por la comisión de los delitos previsto en dicho texto normativo *“cuando fueren aprehendidos en el territorio español ó se obtuviera la extradición”*⁷²². Esta norma, conforme señala Elena Díez Rodríguez, garantizaba el reconocimiento de *“la competencia de los Tribunales españoles incluso en aquellos casos en los que los presuntos responsables no se encontrasen en territorio nacional”* (2017: 312).

⁷¹⁹ Se mantiene la redacción original de la disposición tal y como aparece gramaticalmente escrito.

⁷²⁰ Debe ser tenido en cuenta que en este momento histórico los tratados eran, en su mayoría, bilaterales mediante alianzas pacíficas entre los Estados que resolvían conflictos en el ejercicio de sus jurisdicciones.

Un ejemplo de ello son los ya citados diversos acuerdos bilaterales alcanzados durante el siglo XIX entre los Estados, incluyendo el firmado entre los Estados Unidos de Norteamérica con el Gobierno de España sobre la extradición firmado en Madrid el 5 de enero de 1877 con el fin de cooperar para mejorar la administración de justicia a la hora de procesar y de enjuiciar a los responsables de los delitos cometidos (BEVANS, 1974a: 549).

⁷²¹ Se mantiene la redacción original de la disposición tal y como aparece gramaticalmente escrito.

⁷²² Se mantiene la redacción original de la disposición tal y como aparece gramaticalmente escrito.

Como límite del ejercicio de la jurisdicción universal debemos señalar lo expuesto en el artículo 337 de dicha Ley, que reconocía la aplicación del principio *non bis in ídem*, al disponer que: “*Si los reos de los delitos comprendidos en el artículo anterior hubiesen sido absueltos ó penados en el extranjero, siempre que en este último caso se hubiese cumplido la condena, no se abrirá de nuevo la causa.*

Lo mismo sucederá si hubiesen sido indultados, á excepción de los delitos de traición y lesa majestad.

Si hubieren cumplido parte de la pena, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso les correspondería”⁷²³.

Conforme a su normativa establecida en la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, la jurisdicción española contaba con un amplio ejercicio extraterritorial, si bien centrado en la seguridad del propio Estado dando primacía al criterio de protección y sólo reconociendo, en menor medida, su competencia cuando existía conexión territorial o bien conforme al criterio de personalidad activa. Por el contrario, de forma específica no se reconocía en esta Ley Provisional el ejercicio de la jurisdicción conforme al criterio de personalidad pasiva⁷²⁴.

La evolución de la comunidad internacional, especialmente tras la Primera y Segunda Guerra Mundial, ha determinado que el Estado español realizase una serie de reformas legislativas que permitiera ampliar el ejercicio de la jurisdicción extendiéndola a aquellos delitos considerados como internacionales. Así, el Derecho penal y procesal español ha sufrido reformas con la finalidad de adaptar sus normas internas al Derecho internacional. El Preámbulo de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre expone la necesidad de llevar a cabo dicha modificación, al señalar que: “*La necesidad, por una parte, de acomodar nuestras Leyes penales a lo establecido en otras Leyes internas de reciente promulgación, a lo convenido en Tratados internacionales suscritos por España y, en general, a la realidad social siempre en evolución, y la conveniencia, por otra, de perfeccionar, en lo posible, el sistema, han determinado una nueva reforma parcial del texto vigente del Código Penal que, en esta ocasión, afecta a los extremos siguientes: Protección penal de la persona y derechos del sucesor a la Jefatura del Estado, delito*

⁷²³ Se mantiene la redacción original de la disposición tal y como aparece gramaticalmente escrito.

⁷²⁴ Atendiendo al citado contexto histórico, debemos tener presente que el principio de personalidad pasiva no fue estudiado en gran profundidad, ni tan siquiera fue previsto en las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales.

de genocidio, tráfico de estupefacientes, delitos contra la libertad religiosa, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, protección penal del trabajador, delitos de terrorismo, emisión de cheques en descubierto y rehabilitación del penado”.

Conforme a la citada Ley, se incluyen el delito de genocidio dentro de los delitos contra el “Derecho de Gentes” tras suscribirse y ratificarse en 1968 al Convenio de 9 de diciembre de 1948 sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio⁷²⁵. Así, el genocidio *“pasó a ser objeto del principio de jurisdicción universal en España, estando habilitados los Tribunales nacionales desde ese momento para perseguir a los presuntos responsables de la comisión del mismo independientemente de su nacionalidad y del lugar de comisión de los hechos”* (DÍEZ RODRÍGUEZ, 2017: 312).

En cumplimiento del mandato establecido en la CE de 1978, fue publicada la LOPJ, que con sus posteriores reformas determinan el marco jurídico de la jurisdicción por los tribunales españoles y su evolución.

B) Ley Orgánica del Poder Judicial y sus reformas: desde 1985 hasta 2018

La LOPJ regula los principios rectores de la organización y funcionamiento de los tribunales españoles, así como sus garantías y el estatuto de los miembros de la judicatura que intervienen en la misma. El ejercicio de la jurisdicción en el ámbito penal viene establecido en los artículos 21 y 23 de la citada LO. El art. 21 dispone que *“los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los*

⁷²⁵ En el segundo punto del Preámbulo de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, disponía el siguiente texto articulado sobre la ampliación de la persecución de delitos internacionales: *“En cumplimiento del Convenio de nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho sobre prevención y sanción del genocidio, al que se adhirió España en trece de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho, se hace indispensable incluir estos delitos entre los que atacan al Derecho de Gentes.*

A esta necesidad obedece el artículo ciento treinta y siete bis, que responde a lo declarado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución noventa y seis, de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, y a lo que, en términos más específicos, concreta el artículo II del Convenio. Las conductas enumeradas en este artículo han sido recogidas en el precepto que ahora se incorpora al texto del Código [Penal de 1963], si bien acomodándolas previamente a nuestra técnica y disponiendo las penas de modo proporcional entre sí y en relación con otros delitos previstos en aquél. Si no se hace especial mención de las que señala el artículo III, es porque tanto la asociación para cometer el delito de genocidio como la instigación, la tentativa o la complicidad, resultan ya penadas por otros preceptos del Código, de aplicación general”.

que España sea parte”, salvo, y siguiendo en su redacción original, “los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho internacional público”. Este precepto regula el ejercicio nacional y extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales atendiendo al ordenamiento jurídico y a aquellos acuerdos internacionales suscritos y ratificados por parte del Estado español.

El artículo 23, por su parte, regula la competencia de los tribunales para conocer y perseguir los delitos internacionales cometidos tanto por ciudadanos españoles como por extranjeros. Los apartados del citado precepto determinan cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que los tribunales puedan ejercer su competencia. Así, el apartado 1 del artículo establece la competencia de los tribunales españoles sobre aquellas conductas ilícitas que hubiesen sido “cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”. Igualmente, en su apartado segundo determina que los órganos judiciales también “conocerán de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución[;] b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles[; y] c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

De estos preceptos, como aspecto interesante, podemos señalar que su redacción es similar a la prevista en la Ley Provisional de 1870, por cuanto ambas normas tenían como finalidad garantizar la seguridad del Estado en el ámbito transnacional, así como respetar las relaciones con otros Estados u organismos internacionales. En este sentido, el art. 23.3 dispone que “conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado[;] b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente[;] c) Rebelión y sedición[;] d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los

Ministros y de los sellos públicos u oficiales[;] e) Falsificación de moneda española y su expedición[;] f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado[;] g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles[;] h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española[; e] i) Los relativos al control de cambios”. En el cuarto apartado del artículo 23 se enumera una serie de delitos de carácter internacional que permiten a los tribunales ejercer su jurisdicción extraterritorialmente para perseguir a aquellos individuos nacionales y extranjeros que hubieran cometido alguno de los siguientes crímenes: “*a) Genocidio[;] b) Terrorismo[;] c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves[;] d) Falsificación de moneda extranjera[;] e) Los relativos a la prostitución[;] f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes[;] g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.*

A tenor de esta regulación, el magistrado Andrés Palomo del Arco sintetiza que: “*Dada la actualidad científica, política y social, cada vez mayor de este Derecho internacional penal, como integrante de normas de obligado cumplimiento para los ciudadanos, emanadas de la comunidad internacional, sin precisar de la intervención del legislador estatal, parecería más conveniente en aras de evitar confusiones, preterir en lo posible el término de Derecho internacional penal para aludir a la eficacia espacial de la norma penal interna y preferir el de extraterritorialidad, aunque su frecuencia en los manuales y asunción generalizada, determina hoy día, inevitablemente, su pervivencia.*

Si bien, esta acepción amplia y usual de Derecho penal internacional en su sentido primigenio (y semánticamente impropio), también incorpora el estudio de los delitos "propriadamente internacionales"; con la peculiaridad destacada entre nosotros por ABAD CASTELOS, que mientras en los delitos en los que concurre un elemento extranjero, sólo existe la mera posibilidad de que se suscite alguna cuestión de competencia internacional; cuando tiene lugar un delito propriadamente internacional, la exposición a más de una jurisdicción es inherente a su propio carácter, con la posibilidad de suscitarse tanto casos de concurrencia de jurisdicciones, como por el contrario de vacuum iuris, en que ningún Estado se propone hacer vales su competencia.

Entre los primeros, en cuanto se trata de buscar vínculos que legitimen la competencia de la jurisdicción nacional cuando existen elementos extranjeros, más allá del mero territorio sobre el que asienta la soberanía estatal; se trata de regular exclusivamente la aplicación del poder punitivo estatal a supuestos de hecho que por razón del lugar de la comisión delictiva, de la nacionalidad del sujeto activo del delito o de la víctima, muestran relaciones con un ordenamiento jurídico extranjero; pero que de ninguna manera legitiman o facultan el actuar soberano de un Estado en el territorio de otro Estado.

Precisamente por esta razón, en cuanto no implican actos de soberanía en el territorio de otro Estado, son normas que deben ser aceptadas por los demás Estados, siempre que se sustenten en un punto de conexión lógico, justificado por su interés legítimo en una adecuada administración de justicia, sólo limitado por el principio de Derecho internacional de proscripción de abuso jurídico, impeditivo de atribución de competencias arbitrarias o exorbitantes; pues consecuencia del principio de Derecho internacional de no intromisión, resulta que ningún Estado, recurriendo al Derecho penal, puede ocuparse de mantener y restablecer el orden contra todos y en todo el orbe, sino que precisa inexcusablemente de un punto de conexión legitimador.

Restricciones que no constriñen en exceso, pues aparte de la prudencia de los diversos ordenamientos estatales, los principios de legitimación reconocidos son muy amplios, sobre todo en su adopción combinada, como es práctica casi universal:

a) Principio de territorialidad, cuando el ius puniendi se proyecta sobre todos los delitos cometidos en el territorio del Estado, con independencia de la nacionalidad de autores y víctimas.

b) Principio de matrícula o pabellón, complementario del anterior, en cuanto resulta su prolongación para embarcaciones y aeronaves.

c) Principio real o de protección de intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado; con independencia del lugar en que se cometa el ataque.

d) Principio de protección individual, también conocido como de personalidad o nacionalidad pasiva, cuando se atribuye competencia sobre hechos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos individuales de nacionales.

e) Principio de personalidad activo o de la nacionalidad; que afirma la aplicación de la ley penal estatal en función de la nacionalidad del autor, sin tener en cuenta el lugar del hecho.

f) *Principio de universalidad o de justicia mundial, que sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, que atiende en esencia a la atribución de los delitos propiamente internacionales.*

g) *Principio de justicia supletoria, también denominado principio del Derecho penal por representación que tiene un carácter eminentemente subsidiario y opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de su ley penal, juzgarlo” (1999: Edición Digital [CD-ROM]).*

Esta regulación normativa ha sido objeto de diversas modificaciones, siendo el artículo 23 de la LO uno de los preceptos que más ha sufrido dichas reformas en un intento por ampliar o limitar el ejercicio de la competencia universal de los tribunales españoles en cuanto a la persecución y enjuiciamiento de autores penalmente responsables por la comisión de delitos internacionales, si bien los tres primeros apartados del citado precepto no se han visto implicados en dichas reformas permaneciendo su texto conforme a la redacción original.

Las reformas legislativas llevadas a cabo sobre el artículo 23 comenzaron con la LO 11/1999, de 30 de abril, por el que se introduce la tipificación de la conducta internacional relativo a la corrupción de menores o incapaces; seguida de la LO 3/2005, de 8 de julio, por el que incluye el delito internacional de “*la mutilación genital femenina*”, exigiendo como presupuesto “*que los responsables se encuentren en España*”; y la LO 13/2007, de 19 de noviembre, por el que se modifica el texto articulado, incluyendo el “*tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores*”.

Dichas reformas legislativas determinaron la ampliación del ejercicio de la jurisdicción universal conforme a los acuerdos internacionales suscritos y que fueron introducidos en el ordenamiento jurídico interno.

Así, en la Exposición de Motivos de la LO 13/2007, de 19 de noviembre, se determinó la persecución del delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina al disponer que: “*El tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas se encuadra entre los delitos caracterizados no sólo por atentar contra valores de carácter humanitario considerados esenciales por la comunidad internacional, sino también por*

la tradicional impunidad derivada del escaso empeño mostrado habitualmente en su represión por los Estados con más directos vínculos de conexión. Además, estamos ante un tipo de criminalidad transnacional, ámbito en el cual el factor de impunidad deriva, no tanto de la falta de voluntad de los Estados con más vínculos de conexión, cuanto de su falta de capacidad para la represión individual de una criminalidad generalmente privada, aunque, casi siempre, organizada”.

El artículo 21 de la LOPJ sufrió diversas reformas que permitieron armonizar el principio de inmunidad conforme a la norma internacional. Así, la LO 7/2015, de 21 de julio, por el que modifica el artículo 21; y la LO 16/2015, de 27 de octubre, respectivamente. Establece en su actual redacción del apartado 2 que: *“No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho internacional público”.* La competencia universal de los tribunales españoles, sin embargo, fue limitándose tras las sucesivas reformas realizadas mediante las LO 1/2009, de 3 de noviembre; 1/2014, de 13 de marzo; y 2/2015, de 30 de marzo.

La LO 1/2009, de 3 de noviembre, estableció en el artículo 23.4 que: *“Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.*

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

La LO 1/2014, de 13 de marzo, volvió a modificar el sistema de atribución jurisdiccional dando nueva redacción al apartado 5 del artículo 23, estableciendo que:

“Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que: 1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o, 2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal[;] b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia[; o] c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

Por último, la LO 2/2015, de 30 de marzo, procedió a añadir en el art. 23.4 e) un presupuesto con relación al delito de terrorismo, al establecer como requisito que “el

procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo”, determinando la necesidad de conexiones territoriales para el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales españoles.

Como veremos a continuación, estas últimas modificaciones legislativas fueron objeto de crítica⁷²⁶, por cuanto la mera limitación del ejercicio de la competencia universal conlleva la vulneración del derecho de las víctimas el acceso a la justicia, así como la posible violación de las normas internas e internacionales. Otros autores⁷²⁷, en cambio, consideran que esta restricción del ejercicio de la jurisdicción universal es relevante con la finalidad de evitar el uso abusivo por parte de los Estados que extienden su jurisdicción.

La STC 140/2018, por el que desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la LO 1/2014, de 13 de marzo, afirmó que dicha modificación legislativa no vulneraba las normas constitucionales relativas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ni incumplía las obligaciones internacionales suscritas por España y específicamente afirmó que la jurisdicción universal limitada, tal y como había sido diseñada por el legislador, tampoco era contraria al apartado 2 del artículo 10 de la Constitución.

Estas reformas legislativas sobre el principio de justicia universal y el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción española han provocado la existencia de dos posturas

⁷²⁶ Sobre los autores contrarios a la limitación de la competencia universal, véase el apartado A.2) del epígrafe 5.2 del presente Capítulo.

Igualmente, ABAD CASTELOS, M. (2013-2014). “The End of Universal Jurisdiction in Spain?”. *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 18, pp. 223-230; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009). “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la <<abrogación de facto>> a la <<derogación de iure>>”. *Diario La Ley*, Nº 7211, de 6 de julio, pp. 1-8; o ESTEVE MOLTÓ, J. E. (2014). “La Ley Orgánica 1/2014, de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 30, pp. 139-201.

⁷²⁷ Sobre esta postura, véase el apartado A.1) del epígrafe 5.2 del presente Capítulo y TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A. (2015). “Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal”. *Revista jurídica de Asturias*, Nº 38. Disponible en: <https://www.unioviado.es/reunido/index.php/RJA/article/view/10788>. Consultado el día 2 de febrero de 2019.

doctrinales divididas acerca de la legalidad de las mismas conforme al Derecho internacional.

5.2 La aplicación de la jurisdicción universal en España

Las diversas reformas legislativas llevadas a cabo en España sobre la competencia judicial universal han sido objeto de crítica tanto desde la óptica del Derecho interno como internacional.

La jurisprudencia y la doctrina jurídica mantienen distintas posturas sobre el ejercicio por los tribunales de la jurisdicción universal y la previsión normativa establecida en la LOPJ así como su compatibilidad con las normas consuetudinarias y convencionales del Derecho internacional y concretamente con aquellos tratados internacionales suscritos y ratificados por España.

A) La regulación normativa de la jurisdicción universal

Las diversas reformas legislativas, especialmente las realizadas mediante LO 1/2009 y LO 1/2014 respectivamente, fueron objeto de una serie de críticas que dividieron la visión de los juristas desde el análisis de la legislación nacional.

Atendiendo a la evolución histórica de nuestro ordenamiento jurídico, podemos apreciar dos argumentos de la doctrina en relación con el ejercicio de la competencia universal y la ausencia o no de previsión normativa para garantizar su cumplimiento. Dichos argumentos pueden sistematizarse entre: 1) aquellos juristas que afirmaron la necesidad de estas reformas para garantizar el ejercicio de una jurisdicción universal, y 2) aquellos que son contrarios a la misma ante la existencia de posible incumplimiento de las obligaciones y normas convencionales y consuetudinarias internacionales previstas en los acuerdos suscritos por el Estado español.

A.1) Argumentos a favor de las reformas de las Leyes Orgánicas 1/2009 y 1/2014

Los defensores de esta posición argumentaban que las reformas de los años 2009 y 2014 fueron necesarias para asegurar el ejercicio de la jurisdicción universal, afirmando que estas reformas no violaban las normas y principios tanto del diseño constitucional como del Derecho internacional. Así, en la exposición de motivos de la LO 1/2009 disponía lo siguiente: *“La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras,*

adentrándose en el ámbito de soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice el consenso de la comunidad internacional”.

Entre los juristas que abogaron por dicha reforma podemos destacar a José Antonio Tomás Ortiz de la Torre quien, en su artículo *Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal*, consideraba acertada la reforma prevista de la LO 1/2014, pues “*la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos*” (2015: 31).

La STC 140/2018, de 20 de diciembre, tuvo que resolver si la LO 1/2014, de 13 de marzo, vulneraba la norma constitucional, concretamente los artículos 9.3, 10.2, 24.1 y 96, y si la misma supondría el incumplimiento de los tratados suscritos y ratificados por España⁷²⁸.

La objeción sobre si la nueva regulación sería contraria al artículo 10.2 de la CE, el Tribunal desestimó los argumentos del recurso de inconstitucionalidad planteado, en el sentido de que entendía que la jurisdicción universal limitada o impropia no sería contraria a las obligaciones internacionales, señalando que “*no puede deducirse del*

⁷²⁸ En este sentido: “*Los recurrentes impugnan formalmente la totalidad de la LO 1/2014, considerando que, en la medida en que restringe el ámbito de la jurisdicción universal previamente previsto en la LOPJ, provoca un efecto de regresividad atentatorio de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y lesiva de los derechos al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) y a que ese acceso se garantice, en condiciones de igualdad, a todos los ciudadanos españoles (art. 14 CE). Se entiende asimismo que la LO impugnada vulnera el art. 10.2 CE, por afectar al contenido de la jurisdicción universal que determinados tratados firmados y ratificados por España otorgan a esa noción. Adicionalmente, se estima que la ley violaría el art. 96 CE por cuanto modifica, sin seguir el procedimiento previsto en tal precepto, algunos tratados internacionales firmados por España que prevén la persecución universal de determinados delitos. La demanda identifica en los nuevos arts. 23.2.b) y 23.6 LOPJ la lesión de los arts. 24.1, 124 y 125 CE, en la medida en que se suprimen la denuncia y la acción popular como instrumentos de inicio de un procedimiento penal en los casos de extensión extraterritorial de la jurisdicción. Y se imputa asimismo a la Disposición 23 Transitoria de la Ley Orgánica 1/2014 la vulneración del art. 117 CE, en su vertiente de exclusividad de la jurisdicción, en la medida en que la misma prevé el sobreseimiento provisional de los procedimientos incoados merced a la regulación previa de la extensión de jurisdicción*” (STC 140/2018, FJ 1°).

Derecho internacional de los derechos humanos, que es parámetro de interpretación obligatorio para este Tribunal, un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción como el que defienden los recurrentes” (STC 140/2018, FJ 5º). El Tribunal, conforme a la jurisprudencia tanto del TEDH como del TS y sus propios precedentes, reconoce la facultad del legislador “para definir las condiciones de acceso a la jurisdicción también incluye la definición del contenido de la jurisdicción universal”⁷²⁹, si bien advierte “que el legislador no es totalmente libre a la hora de configurar las opciones normativas, sino que debe respetar los límites descritos, la cuestión a dilucidar es si resulta o no compatible con el derecho de acceso a la jurisdicción ex art. 24.1 CE, interpretado a la luz de los tratados de Derechos Humanos firmados por España, una definición restringida del principio de jurisdicción universal como el que formula la LO 1/2014”; fundamentándolo ello en las resoluciones dictadas por la AG⁷³⁰ con la finalidad de indicar la ausencia de un modelo único y universal sobre este ejercicio extraterritorial, reconociéndolo “implícitamente que no existe dicho modelo, identificándose una amplia diversidad de opiniones expresadas por los Estados en relación con el alcance y aplicación de la universalidad de la jurisdicción” (STC 140/2018, FJ 5º). Además, añade que “la definición de la jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español no viene dada en la Constitución. El art. 117.3 CE establece que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y

⁷²⁹ En el citado fundamento jurídico, el Tribunal fundamenta esta afirmación conforme a lo previsto en sus Sentencias 206/1987 y 20/2012 bajo los presentes términos: “el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (STC 206/1987, de 21 de diciembre, FJ 5). En esta regulación, la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida” (STC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 7). Por tanto, el legislador podrá definir las condiciones de acceso a la jurisdicción, entre las que podemos incluir las relativas a la definición de las competencias jurisdiccionales de los juzgados y tribunales, siempre y cuando tal definición normativa no imponga al justiciable “requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador” (STC 20/2012 FJ 7 y jurisprudencia allí citada)”.

⁷³⁰ El Tribunal Constitucional cita “las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) 64/117, de 16 de diciembre de 2009, 65/33, de 6 de diciembre de 2010, 66/103, de 9 de diciembre de 2011, 67/98, de 14 de diciembre de 2012, 68/117, de 16 de diciembre de 2013, 69/124, de 10 de diciembre de 2014, 70/119, de 14 de diciembre de 2015 y 71/149, de 13 de diciembre” (STC 140/2018, FJ 5º).

tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”; es el legislador, pues, quien determinará las normas relativas a la competencia jurisdiccional” (STC 140/2018, FJ 3º).

El TC, en lo que respecta a la existencia de vulneración del artículo 96 de la CE ante el posible incumplimiento de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Gobierno español; resolvió en su sexto fundamento jurídico la inexistencia de dicha violación por cuanto el dicho *“precepto no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas”*. En este sentido, *“la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario”* (STC 140/2018, FJ 6º). Ello determina que *“la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7)”*, considerando que *“el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del art. 24.1 CE⁷³¹”* (STC 140/2018, FJ 6º).

Finalmente, el Tribunal consideró que la regulación legal no era contraria al art. 9.3 de la CE, en cuanto a los requisitos legales exigidos para el ejercicio extraterritorial

⁷³¹ Sobre la aplicabilidad del artículo 24.1 de la Carta Magna en lo que respecta al presente supuesto, la STC 145/2012, de 2 de julio dispone en su fundamento jurídico cuarto que el citado precepto asegura *“que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)”*.

de la jurisdicción por los tribunales españoles. El argumento del TC sobre este aspecto señala que aunque existan “*sistemas que garantizaran mejor el acceso de las víctimas al sistema judicial; (...) ello no significa que el previsto no respete el derecho de acceso a la jurisdicción, ni que la regulación impugnada en este proceso ignore el principio de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE*” (STC 140/2018, FJ 7º). Con ello concluye que la nueva redacción de la LO 1/2014 garantiza la seguridad jurídica y resulta conforme con lo establecido en las normas convencionales y consuetudinarias del Derecho internacional⁷³².

En este sentido, la STC 140/2018⁷³³ añade que “*para evitar esta concurrencia de jurisdicciones y los conflictos que de la misma pudieran derivarse, cada Estado determina la fórmula de aplicación de la jurisdicción universal a través, fundamentalmente, de la articulación de los principios de subsidiariedad de la jurisdicción nacional, respecto del resto de jurisdicciones competentes, y de complementariedad de la jurisdicción nacional, respecto de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional fundamentalmente*”. Y aunque desde la perspectiva internacional, tan admisible es una jurisdicción universal absoluta como otra que, por disposiciones del Derecho interno, sea limitada, el TC señala al respecto que: “*eventualmente, los*

⁷³² Sobre otra perspectiva y análisis de esta Sentencia del Tribunal Constitucional, véase MARULLO, Ch. M. (2019). “La jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71, Nº 2, pp. 311-317.

⁷³³ Igualmente, merece especial atención el voto disidente concurrente del magistrado Antonio Narváez Rodríguez sobre la presente Sentencia del Tribunal Constitucional, por el que afirma su disenter en los aspectos técnicos del quinto fundamento jurídico de la citada Sentencia. Si bien es cierto que su postura es parcialmente favorable con el sentir mayoritario de los miembros del Tribunal, considera que es fundamental recordar el artículo 10.2 de la Constitución, y su indirecta vinculación con el artículo 24.1 de la Carta Magna, bajo los siguientes términos: “*de entre todos los tratados y convenios que España haya suscrito y ratificado, la vinculación con el art. 10.2 CE sólo es predicable de un tipo determinado, en razón de la especial materia que regula, pues, ha de destacarse al respecto que, según dispone aquel precepto constitucional, “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias [...] ratificados por España*”. Son sólo, pues, los convenios y tratados que versan justamente sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales los que guardan vinculación con el mandato constitucional del art. 10.2 CE”.

La citada vinculación indirecta con el artículo 24.1 de la Constitución hace referencia a las garantías procesales necesarias para poder llevar a cabo la tutela judicial efectiva, así como del ejercicio del *ius puniendi*. Todo ello siempre que existan normas que “*estén vigentes y en la medida en que el Estado, en el ejercicio de su soberanía, establezca por ley interna los necesarios puntos de conexión para disponer, en su caso y de conformidad con las recomendaciones que pueda establecer la norma convencional, la persecución de aquellos delitos más allá de sus fronteras territoriales*” (STC 140/2018, Voto Disidente Concurrente).

Estados pueden delimitar el alcance de la jurisdicción universal (...), relativizándolo a través de la definición de puntos de conexión con los intereses nacionales, de modo que sólo la concurrencia de tales puntos ampararía la extensión extraterritorial de la jurisdicción nacional” (FJ 3º).

A.2) Argumentos contrarios a las reformas de las Leyes Orgánicas 1/2009 y 1/2014

Atendiendo a la evolución de las diversas legislaciones que regulaban el ejercicio de la competencia universal, con especial atención en la LOPJ, pudimos observar que dicho ejercicio pudo ser considerado de carácter absoluto en sus inicios destacando el gran número de delitos internacionales que podían ser objeto de persecución, que posteriormente se ha transformado en una jurisdicción universal limitada con el objetivo político de evitar cualquier conflicto con otros Estados. Estas últimas reformas llevadas a cabo en los años 2009 y 2014 dividieron a la doctrina, especialmente tras las resoluciones y sentencias del TS, del TC y de la AN.

Aquellos investigadores contrarios a estas últimas reformas legislativas que limitaban el ejercicio de la jurisdicción universal criticaron la reducción de aquellos delitos considerados por la comunidad internacional como universales y unos preceptos que, conforme a su interpretación literal, determinarían la vulneración de los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales, y con mayor relevancia, que no se podría cumplir los presupuestos para el ejercicio de la competencia universal en virtud de la reforma de la LOPJ mediante LO 1/2009, al exigir “*que los presuntos responsables se encontraran en España, que existiesen víctimas de nacionalidad española o que se verificase la existencia de un vínculo relevante de los hechos denunciados con España*” (DÍEZ RODRÍGUEZ, 2017: 393).

Así, para Elena Díez Rodríguez, la mera inclusión de estos presupuestos en la persecución de delitos internacionales, incluyendo el criterio de la presencia de los partícipes en el territorio “*no parece responder más que a la idea de obstaculizar el enjuiciamiento por parte de los Tribunales españoles de tales violaciones de Derechos Humanos*” (DÍEZ RODRÍGUEZ, 2017: 393). Igualmente, los Profesores Lamarca Pérez y Ollé Sesé, en relación sobre este asunto, ya habían manifestado que estos requisitos podrían dar lugar a confusión acerca de “*la cuestión de la competencia jurisdiccional con la exigencia de un requisito procedimental de enjuiciamiento*”

(2011: 9), determinando todo ello, en palabras del Profesor Chinchón Álvarez, que “la inclusión de requisitos adicionales en su configuración y/o ejercicio podrían suponer un progresivo distanciamiento de la misma esencia y razón de ser de este principio, bajo la consideración de que a mayor número de exigencias para activarlo, menor será su incidencia en la consecución de su misma finalidad última” (2009: 2).

En relación con la reforma realizada mediante LO 1/2014, ésta vuelve a resaltar en su exposición de motivos la necesidad de limitar el ejercicio de la jurisdicción universal bajo los siguientes términos: “Han pasado cuatro años desde que la mencionada reforma entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho internacional”, afirmación que ha sido objeto de crítica aún más duras por los juristas contrarios al sentir de la reforma legislativa como Esteve Moltó.

Para el legislador, y como afirmó el Profesor Ortiz de la Torre, el Estado español cumple con sus obligaciones conforme a su ordenamiento jurídico interno y a la comunidad internacional pues: “La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional”. Ello tiene por finalidad garantizar y reforzar la seguridad jurídica y el principio de legalidad del ordenamiento jurídico nacional en el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción⁷³⁴.

⁷³⁴ Así, y conforme a la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 1/2014, dispone lo que sigue: “Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía.

Con esta finalidad, se precisan los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española: es necesario que el legislador determine, de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones. La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene además un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito.

También se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la

El Profesor Esteve Moltó, con relación a esta última reforma y atendiendo a la jurisprudencia del caso Tíbet, manifestó que la modificación del artículo 23.4 de la LOPJ “*contempla una arbitraria categorización de las víctimas y una laberíntica regulación en numerosos apartados y regímenes, que intencionadamente deja en la mayor indefensión a las víctimas de los crímenes más graves, generando espacios injustificados de impunidad para sus perpetradores*” (2014: 180). Dicha arbitrariedad, según la Doctora Díez Rodríguez, “*podría suponer un tratamiento discriminatorio para las víctimas españolas de delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra en detrimento de las víctimas españolas de otros delitos, como el de torturas o desapariciones forzadas, que sí recibirían protección por parte de los Tribunales*” (2017: 422). Ello se aplicó con el fin de evitar cualquier conflicto transnacional o internacional con los demás miembros de la comunidad internacional, especialmente con aquellos Estados cuyo régimen político y actuaciones políticas y jurídicas son contrarias a las normas y principios del Derecho internacional, incluyendo con mayor relevancia a los artículos de la DUDH de 10 de diciembre de 1948.

Finalmente, la Profesora Abad Castelos afirmó que la reforma realizada por el Estado español mediante la LO 1/2014 es incompatible con las obligaciones internacionales, por cuanto permite la impunidad por la comisión de los delitos internacionales objeto de persecución e incumple dichas obligaciones con los órganos judiciales internacionales como la CPI (2013-2014: 228-229). En este sentido, la Profesora concluyó que la citada LO “ha “distorsionado” o “dinamitado” el principio de jurisdicción penal universal, pues ha malinterpretado y tergiversado el contenido de las obligaciones internacionales de España, ha introducido una enorme confusión (que refleja una mala técnica legislativa e incluye graves errores), quebranta las normas del Derecho internacional y elimina las características distintivas del principio de jurisdicción universal. Al mismo tiempo, desde un punto de vista práctico, este novedoso marco normativo significa que este nuevo obstáculo en la lucha contra la

jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen”.

impunidad no solo es un inconveniente (siendo casi imposible de superar), sino también ilegal”⁷³⁵.

Los presentes argumentos que se reflejan contrarios a las reformas de la LOPJ que conlleva una limitación del ejercicio de la jurisdicción universal, afirman que estas modificaciones vulneran no sólo las normas convencionales y consuetudinarias del Derecho internacional, por cuanto la mera reducción de los delitos internacionales objeto de persecución determina la violación del derecho de las víctimas a su tutela jurídica sobre dichos crímenes, sino también la infracción de normas internas en relación a la limitación del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción del Estado español, así como la existencia de discriminación al incluir la posibilidad de priorizar entre categorías de delitos considerados graves por la comunidad internacional⁷³⁶.

Por tanto, *“esta enorme cantidad de críticas negativas, tanto por parte de la doctrina como por parte de diversos operadores jurídicos y organizaciones de Derechos Humanos, demuestra claramente que el proceso de elaboración de la nueva Ley careció de un deseable proceso de consulta tras el cual esta hubiese podido configurarse de forma más respetuosa con el Derecho internacional así como con las propias víctimas de las violaciones de Derechos Humanos a las que el poder judicial español venía amparando desde hace décadas gracias a la anterior regulación, lo cual también es lógicamente criticable”* (DÍEZ RODRÍGUEZ, 2017: 437).

⁷³⁵ Documento original: *“It has been said that the reform has “distorted” or “dynamited” the principle of universal criminal jurisdiction. Indeed, this reform has misinterpreted and misrepresented the contents of Spain’s international obligations, introduced enormous confusion (reflecting a bad legislative technique and including serious mistakes), breached rules of international law and erased the distinctive characteristics of the principle of universal jurisdiction. At the same time, from a practical point of view, this new normative framework means that this new obstacle in the fight against impunity is not only inconvenient (being almost impossible to overcome) but also illegal”* (ABAD CASTELOS, 2013-2014: 229).

⁷³⁶ Así, de acuerdo con la postura de la Doctora Díez Rodríguez sobre este último aspecto: *“En el plano interno, es incluso posible que la reforma infrinja el orden constitucional español, especialmente, a mi juicio, por el trato discriminatorio que se dispensa a las víctimas fruto del régimen dual de puntos de conexión habilitantes que se consagra en la nueva Ley así como por la invasión del poder legislativo sobre el judicial que supone la ordenación del sobreseimiento automático de las causas, antes si quiera de que el órgano judicial encargado de las mismas pueda verificar la existencia o no de dichos puntos de conexión”* (2017: 437).

A.3) La “justificación” de la actual regulación de la jurisdicción universal en España

Los inicios de la justicia universal en España, conforme al diseño originario establecido en la LOPJ, tendían a una extensión del ejercicio de la competencia de los tribunales españoles acorde con el carácter absoluto de la jurisdicción universal. Así, en la STC 237/2005 afirmó en su momento que la redacción anterior del artículo 23 de la LOPJ *“instauraba un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución”* (FJ 3º).

El ejercicio de la competencia universal, tal y como venía regulada en nuestro Derecho interno, suponía para los Estados afectados un inconveniente ante la posibilidad de que pudiera verse amenazada su soberanía, sobre todo en aquellos supuestos en los que se cuestiona la legalidad de sus actos. Con el fin de evitar la existencia de conflictos bilaterales con motivo de la actuación de los tribunales, algunos Estados sugirieron al Gobierno español la modificación de sus normas internas. Unido a ello, los aspectos de conveniencia política y económica motivaron las reformas legislativas que limitaran el ejercicio de la jurisdicción universal con la finalidad de mantener las buenas relaciones diplomáticas y comerciales entre España y los Estados que pudieran verse afectados por las decisiones judiciales adoptadas en aplicación del principio de justicia universal.

Por otro lado, la limitación de la jurisdicción universal fue también solicitada por parte de los jueces y tribunales españoles, que consideraron necesarios establecer una serie de criterios jurídicos que garantizaran su aplicación, basados en el principio de seguridad jurídica y en el necesario desarrollo de instrumentos de cooperación en materia de Derecho penal internacional, además por criterios prácticos de eficacia evitando instrucciones de causa que difícilmente acabarían con el debido enjuiciamiento y sentencia, sobre todo ante la dificultad de poner a disposición de los tribunales españoles a los presuntos responsables por la comisión de graves delitos internacionales.

La CE no establece un especial diseño de la jurisdicción universal, tal y como puso de manifiesto la STC 140/2018, porque el ejercicio de la jurisdicción emana del propio Derecho interno y no de las normas internacionales, estimando conforme a los valores del Estado y los principios del Derecho internacional la opción normativa realizada por el legislador de una posición más restringida de la jurisdicción universal. Corresponde al legislador determinar los presupuestos de acceso a la jurisdicción y la determinación del contenido del ejercicio de toda competencia universal, por lo que la limitación establecida resulta permisible siempre que dicho modelo respete el contenido de los tratados de Derechos Humanos que vinculen al Estado español, que supone un valor jurídico derivado de la dignidad humana establecido en los artículos 1 y 10.2 de la CE.

Por ello, el diseño actual de la LOPJ tras la reforma del año 2014, aun estableciendo una jurisdicción universal de naturaleza limitada, exigiendo para su ejercicio determinados presupuestos de conexión territorial o subjetiva, creemos que resulta compatible con el diseño constitucional e incluso internacional y resulta compatible con el principio de justicia universal.

B) La aplicación de la jurisdicción universal por los tribunales españoles

Siguiendo la exposición realizada por el Profesor José Elías Estevé Moltó en el *Anuario Español de Derecho Internacional* en los años 2015, 2016 y 2017, junto con Juan Jorge Piernas López e Irene Vázquez Serrano, la reforma afectó a todas las causas seguidas en ejercicio de la competencia universal por los tribunales españoles, lo que provocó, sobre todo por la aplicación de la Disposición Transitoria Primera, la propia revisión por los órganos judiciales españoles de su jurisdicción.

En consecuencia, debemos distinguir en primer lugar aquellos asuntos que, conforme al momento que fueron tramitados, no fueron afectados por la reforma de la LO 1/2014, de 13 de marzo, por el que se modifica la LO 5/1985, de 1 de julio del Poder Judicial; de aquellos otros que, por encontrarse en tramitación, fueron afectados por lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la citada norma modificadora, y dentro de éstas, diferenciar los asuntos que tuvieron que ser archivados por carecer de jurisdicción de aquellos otros en los que se mantuvo la jurisdicción universal ejercida por los tribunales españoles.

B.1) Resoluciones de los tribunales españoles que no se vieron afectadas por las reformas realizadas por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Dentro de esta clasificación podemos citar los asuntos de mayor relevancia llevados por los tribunales españoles, que conforme al diseño de atribución de competencias corresponden su instrucción a los Juzgados Centrales de Instrucción (en adelante JCI) y su enjuiciamiento a la AN, sin perjuicio de los recursos de casación competencia del TS, y del recurso de amparo ante el TC.

B.1.1) Caso de Augusto Pinochet

Supuso uno de los casos más relevantes dentro de la historia judicial de nuestro país y con repercusión internacional. Tuvo su origen en la orden de arresto internacional, dictada por el ex-juez Baltasar Garzón, el 10 de octubre de 1998 contra el que fue Presidente de la República de Chile Augusto Pinochet, acusado de haber cometido delitos de genocidio, torturas, desaparición de personas y terrorismo durante el ejercicio de sus funciones entre los años 1973 y 1990⁷³⁷.

La citada orden, remitida a las autoridades inglesas, solicitaba la extradición del Sr. Pinochet a los juzgados españoles, al encontrarse en dicho país por razones médicas. Esta orden, fue parcialmente estimada por la HoL, que entonces desempeñaba funciones de TS; decretando mediante Decisión adoptada el 24 de marzo de 1999 la extradición del Sr. Pinochet únicamente por la comisión de delitos de torturas cometidos a partir del día 8 de diciembre de 1988, extradición que se formalizó en octubre de 1999, aplicando para ello la existencia de la doble criminalidad prevista en el *Criminal Justice Act* de 29 de septiembre de 1988, al tener conforme a su regulación igual competencia los tribunales británicos para ejercer su jurisdicción a fin de conocer de delitos de torturas

⁷³⁷ Sobre el caso de Augusto Pinochet, su procesamiento y posterior impacto tanto en el Derecho internacional como en España y en Reino Unido, véase HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (2000). “La inmunidad del Jefe de Estado”, en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords). *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 163-184; e igualmente BRODY, R. y RATNER, M. (2000). *The Pinochet Papers. The case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*. The Hague, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers. Así como SULLIVAN, F. (2004). “A separation of Powers perspective on Pinochet”. *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 14, Nº 2, pp. 409-503.

cometidos en el extranjero⁷³⁸ (PAZMIÑO ORTIZ, 2018: 89). No obstante, y con fecha 2 de marzo de 2000, el entonces Ministro del Interior del Reino Unido, Jack Straw, adoptó la decisión de liberar al acusado, basándose en los exámenes médicos sobre la condición física del Sr. Pinochet al acreditar un empeoramiento de su salud que le imposibilitaba ser juzgado.

En términos jurídicos, debía ser resuelta la petición de extradición basada en el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles y si ello era legítimo con los principios internacionales así como con las normas internas del *Common Law*. Debemos señalar la importancia de la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Londres y las dos posteriores por la HoL sobre la entrega del Sr. Pinochet ante las autoridades españolas.

La primera decisión adoptada por la justicia inglesa fue la Sentencia de 28 de octubre de 1998, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Londres, a las que le siguieron las decisiones de la HoL *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, de 25 de noviembre de 1998, y *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division*, de 24 de marzo de 1999. Las autoridades judiciales de Reino Unido tuvieron que resolver sobre la entrega solicitada por el Estado español en cumplimiento de la petición judicial cursada y analizar si existían razones de inmunidad que impidieran su entrega. El Tribunal Superior de Justicia de Londres tuvo que actuar con motivo del recurso de *habeas corpus* interpuesto por el Sr. Pinochet para valorar la legalidad de su detención y determinar si gozaba o no de inmunidad conforme a los principios del Derecho internacional.

Atendiendo a su Derecho interno, la Sentencia reconocía la inmunidad temporal de Augusto Pinochet, al considerar que “*el Apartado I de la Immunity Act de 1978*

⁷³⁸ Fueron los artículos 134 y 136 del citado texto normativo la que posibilitó que el acusado pudiera ser extraditado ante los tribunales españoles, al disponer en la misma que los partícipes, aunque desempeñara sus funciones dentro del Estado, puedan ser perseguidos por delitos de tortura.

reconoce la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero frente a cualquier Tribunal del Reino Unido, que deberá ser reconocida incluso cuando dicho Estado no sea parte del procedimiento⁷³⁹ y que la sección 14 de ese Apartado establece que, cuando se hace referencia a un Estado, debe entenderse que esta referencia incluye <<al soberano de otro Estado en el ejercicio de su función pública>>⁷⁴⁰” (HORMAZABÁL MALARÉE, 2000: 168), así como, conforme al artículo 39 de la sección 20 de la *Diplomatic Privileges Act 1964*, establece la duración del privilegio de la inmunidad durante el ejercicio de las funciones como Altos dirigentes de un Estado, todo ello como se recoge en esta Sentencia y en el artículo 39 de la Convención de Viena de 1961 sobre las Relaciones Diplomáticas, por el que regula la inmunidad conforme al Derecho internacional⁷⁴¹.

⁷³⁹ En concreto, es el artículo 1 de la misma Ley donde se refleja el ámbito de aplicación de la inmunidad dentro de la jurisdicción de los tribunales de Reino Unido. El precepto determina que: “(1) *A State is immune from the jurisdiction of the courts General of the United Kingdom except as provided in the following immunity provisions of this Part of this Act.*

(2) *A court shall give effect to the immunity conferred by this section even though the State does not appear in the proceedings in question*”.

⁷⁴⁰ Del citado precepto, merece especial atención sus apartados 1 y 2, por los que dispone lo siguiente: “(1) *The immunities and privileges conferred by this Part of this Act apply to any foreign or commonwealth State other than the United Kingdom; and references to a State include references to— (a) the sovereign or other head of that State in his public capacity; (b) the government of that State; and (c) any department of that government, but not to any entity (hereafter referred to as a “separate entity”) which is distinct from the executive organs of the government of the State and capable of suing or being sued.*

(2) *A separate entity is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom if, and only if— (a) the proceedings relate to anything done by it in the exercise of sovereign authority; and (b) the circumstances are such that a State (or, in the case of proceedings to which section 10 above applies, a State which is not a party to the Brussels Convention) would have been so immune*”.

⁷⁴¹ Como dato interesante atendiendo al estudio del Convenio de Viena de 1961 y de la *Diplomatic Privileges Act 1964*, podemos observar que el número del precepto y su disposición coinciden en ambos artículos 39. Determinando así que Reino Unido había suscrito y ratificado el Convenio de Viena de 1961, conllevando así a la modificación legislativa de sus normas internas dando lugar a la citada Ley sobre los privilegios de los diplomáticos y demás Altos dirigentes del Estado. Así los apartados 1 y 2 del citado artículo dispone lo siguiente: “1. *Every person entitled to privileges and immunities shall enjoy them from the moment he enters the territory of the receiving State on proceeding to take up his post or, if already in its territory, from the moment when his appointment is notified to the Ministry for Foreign Affairs or such other ministry as may be agreed.*

2. *When the functions of a person enjoying privileges and immunities have come to an end, such privileges and immunities shall normally cease at the moment when he leaves the country, or on expiry of a reasonable period in which to do so, but shall subsist until that time, even in case of armed conflict. However, with respect to acts performed by such a person in the exercise of his functions as a member of the mission, immunity shall continue to subsist*”.

Esta Sentencia fue apelada ante la HoL por el Fiscal General Alun Jones⁷⁴² al estimar que el Sr. Pinochet seguía gozando de inmunidad incluso después de haber ejercido el cargo de Presidente de Chile, al resultar de aplicación los apartados 1 y 2 del artículo 39 de la Convención de Viena de 1961, así como en la normativa interna inglesa establecida en la *Diplomacy Privileges Act 1964*, que dispone que:

“1. Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que entre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo o, si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido.

2. Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aún en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión”⁷⁴³.

En la Resolución apelada venía a reconocer que el Sr. Pinochet gozaba de inmunidad absoluta durante el ejercicio de su mandato entre 1973 y 1990, que dicha inmunidad mantenía su validez y vigencia conforme a los principios diplomáticos, aunque hubiera cesado en el cargo. Es en este punto donde se establecía la divergencia pues, con mayor corrección jurídica, podría estimarse que la misma cesaba en cuanto no se ejercieran las funciones inherentes al cargo que justificaran su reconocimiento internacional (UNITED KINGDOM HIGH COURT OF JUSTICE, 1999: 85).

La inmunidad en este sentido, justificada por razón de la persona, tendría una naturaleza temporal como reconoció la Resolución dictada por la HoL de 25 de noviembre de 1998, aunque la misma fue anulada con posterioridad por falta de imparcialidad al acreditarse que la esposa del Juez Hoffmann, miembro integrante de dicho Tribunal, estaba vinculada a Amnistía Internacional, organización que había denunciado al Sr. Pinochet por los crímenes cometidos. Una vez apartado de la

⁷⁴² Así, el Sr. Alun Jones, Fiscal General quien representó al Estado español junto con el Sr. James Lewis, afirmó ante el Lord Bingham Cornhill, del Tribunal Superior de Justicia de Londres, lo siguiente: “*My Lord, we would invite the court to certify the question in the terms proposed. My Lord, given the evidence, the importance, and international interest we say that it is inevitable, practically speaking, that the House of Lords would grant leave. We submit that it is much more efficient and in the interests of all parties for the matter to be determined as soon as possible. My Lord, we would certainly undertake to give our petition to the House of Lords certainly within the normal 14 days*” (UNITED KINGDOM HIGH COURT OF JUSTICE, 1999: 88).

⁷⁴³ Sobre la redacción original del citado precepto, véase nota al pie núm. 741.

composición del Tribunal, la HoL dictó una última Resolución de fecha 24 de marzo de 1999 que, aunque reconoció parcialmente la inmunidad del Sr. Pinochet, autorizó la entrega a las autoridades españolas para que pudiera ser procesado y enjuiciado por delitos de torturas.

Lo trascendente en cuanto a la legitimidad del ejercicio universal de la jurisdicción en la persecución de crímenes internacionales que pudieron ser cometidos por el Sr. Pinochet fueron establecidas en la citada Resolución de 25 de noviembre de 1998⁷⁴⁴, que profundizó y limitó el principio de inmunidad de los Altos dirigentes del Estado, ilustrando sobre la evolución histórica y justificación de la misma, así como sus límites⁷⁴⁵, sobre todo, ante la comisión de los delitos de genocidio, torturas, desaparición de personas y terrorismo, delitos éstos por la que era solicitada la extradición a España del Sr. Pinochet y que fue remitida a las autoridades inglesas ante el conocimiento de que éste se encontraba en su territorio por razones médicas.

Esta orden de entrega fue parcialmente estimada por la Decisión de la HoL de 25 de noviembre de 1998, cuya postura mayoritaria fue suscrita por los Lores Nicholl, Hoffmann y Steyn, que mantuvieron que los delitos de torturas o retención ilegal de personas son crímenes perseguibles por la comunidad internacional, sin que existan razones de inmunidad que exoneren de responsabilidad, aunque sus partícipes hubiesen ejercido sus funciones como Jefes de Estado. En especial, la opinión de Lord Steyn llegó a considerar que la cuestión relevante venía determinada en concretar los límites a la inmunidad, por cuanto dichos límites son aplicables con respecto a la comisión de ciertos actos que constituyen crímenes internacionales punibles conforme a las leyes internacionales (HORMAZÁBAL MALARÉE, 2000: 173). Esta opinión se impuso a la

⁷⁴⁴ La composición de los Lores para la citada Resolución fueron los Lores Nicholl, Hoffmann, Steyn, Slynn de Hadley y Llody de Berwick.

⁷⁴⁵ Así, el Juez Lord Nicholls, quien consideró la inexistencia del ejercicio de la inmunidad del Sr. Pinochet, afirmó lo siguiente: “*In times past, before the development of the concept of the state as a separate entity, the sovereign was indistinguishable from the state: l’Etat, c’est moi. It would be expected therefore that in those times a former head of state would be accorded a special personal immunity in respect of acts done by him as head of state. Such acts were indistinguishable from acts of the state itself. Methods of state governance have changed since the days of Louis XIV. The conduct of affairs of state is often in the hands of government ministers, with the head of state having a largely ceremonial role. With this change in the identity of those who act for the state, it would be attractive for personal immunity to be available to all former public officials, including a former head of state, in respect of acts which are properly attributable to the state itself. One might expect international law to develop along these lines, although the personal immunity such a principle affords would be largely covered also by the act of state doctrine*” (HOUSE OF LORDS, 1998: 1334).

discrepancia mantenida en el Tribunal por los Loes Slynn de Hadley y Lloyd de Berwick, que estimaban que el mero hecho de cesar como Alto dirigente de un Estado no supondría el cese de la inmunidad. El Juez Lord Lloyd afirmaba que ello era conforme al Derecho consuetudinario de Reino Unido⁷⁴⁶ y al Derecho internacional⁷⁴⁷, pues lo trascendente es la distinción entre el ejercicio privado y público de la persona, existiendo inmunidad si las actuaciones de los Altos dirigentes del Estado son realizadas de forma pública⁷⁴⁸.

Como observó en su análisis sobre la Resolución el Profesor J. Collins, la diferencia entre actuaciones públicas y privadas para el reconocimiento de la inmunidad es un límite impreciso y confuso por la dificultad de distinguir en un Jefe de Estado su actuación personal de sus actuaciones políticas, sobre todo cuando tiene por objeto valorar su participación en la comisión de delitos internacionales⁷⁴⁹. En este sentido, Lord Steyn afirmó que no puede ser aplicada la inmunidad de Altos dirigentes de los Estados en aquellos supuestos en los que se persiguen crímenes internacionales,

⁷⁴⁶ Sobre esta postura: “*So again the question arises whether the common law immunities have been abolished by statute. So far as the immunities and privileges of diplomats are concerned, this may well be the case. Whether the same applies to heads of state is more debatable. But it does not matter. For in my view the immunities to which Senator Pinochet is entitled under section 20 of the State Immunity Act are identical to the immunities which he enjoys at common law*” (HOUSE OF LORDS, 1998: 1327).

⁷⁴⁷ Lord Lloyd argumentó su postura resaltando el siguiente pasaje: “*No international agreement specifically provides for the immunities of a former head of state. However, under customary international law, it is accepted that a state is entitled to expect that its former head of state will not be subjected to the jurisdiction of the courts of another state for certain categories of acts performed while he was head of state unless immunity is waived by the current government of the state of which he was once the head. The immunity is accorded for the benefit not of the former head of state himself but for the state of which he was once the head and any international law obligations are owed to that state and not to the individual*” (HOUSE OF LORDS, 1998: 1320).

⁷⁴⁸ Así, citando al Profesor Greenwood, Lord Lloyd señaló lo siguiente: “*It is generally agreed that private acts performed by the former head of state attract no such immunity. Official acts, on the other hand, will normally attract immunity.... Immunity in respect of such acts, which has sometimes been applied to officials below the rank of head of state, is an aspect of the principle that the courts of one state will not normally exercise jurisdiction in respect of the sovereign acts of another state*” (HOUSE OF LORDS, 1998: 1320).

⁷⁴⁹ Así, el presente pasaje ilustra esta cuestión ya replanteada por el Juez Lord Steyn: “*The submission was made that it could never be in the exercise of such functions to commit crimes as serious as those allegedly committed by the applicant. Unfortunately history shows that it has indeed on occasions been state policy to exterminate or to oppress particular groups. One does not have look very far back in history to see examples of the sort of thing having happened. There is in my judgment no justification for reading any limitation based on the nature of the crimes committed into the immunity which exists*” (HOUSE OF LORDS, 1998: 1337).

considerando que no puede existir razón que impida su procesamiento por la hipótesis de que no hubiere cometido “personalmente” los mismos⁷⁵⁰. Así señaló que:

“Negativamente, el desarrollo del Derecho internacional desde la Segunda Guerra Mundial justifica la conclusión de que, al tiempo del golpe de Estado de 1973, y ciertamente desde entonces, el Derecho internacional condenó el genocidio, las torturas, la toma de rehenes y los crímenes de lesa humanidad (tanto en tiempos guerra como de paz), y que los consideran crímenes internacionales que merecen ser castigados. Por tanto, teniendo en consideración la situación del Derecho internacional, me resulta difícil sostener que la comisión de tales delitos graves pueda ser considerada dentro de las actuaciones llevadas a cabo por un Jefe de Estado dentro del ejercicio de sus funciones”⁷⁵¹.

Anulada esta Resolución, la dictada con fecha 24 de marzo de 1999 fundamenta su carácter más limitado y la sola entrega al objeto de la persecución internacional del delito de torturas en la vigencia de la *Criminal Justice Act 1988*, normativa interna que garantiza el cumplimiento de Reino Unido tras su adhesión a la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984, derivando la obligación de entrega del acusado al Derecho interno y el reconocimiento de la persecución internacional del mismo⁷⁵².

⁷⁵⁰ Sobre esta afirmación: “*The essential fragility of the claim to immunity is underlined by the insistence on behalf of General Pinochet that it is not alleged that he “personally” committed any of the crimes. That means that he did not commit the crimes by his own hand. It is apparently conceded that if he personally tortured victims the position would be different. This distinction flies in the face of an elementary principle of law, shared by all civilized legal systems, that there is no distinction to be drawn between the man who strikes, and a man who orders another to strike. It is inconceivable that in enacting the Act of 1978 Parliament would have wished to rest the statutory immunity of a former Head of State on a different basis*” (HOUSE OF LORDS, 1998: 1338).

⁷⁵¹ Fragmento del documento original: “*Negatively, the development of international law since the Second World War justifies the conclusion that by the time of the 1973 coup d’etat, and certainly ever since, international law condemned genocide, torture, hostage taking and crimes against humanity (during an armed conflict or in peace time) as international crimes deserving of punishment. Given this state of international law, it seems to me difficult to maintain that the commission of such high crimes may amount to acts performed in the exercise of the functions of a Head of State*” (HOUSE OF LORDS, 1998: 1337).

⁷⁵² Así afirma el presente pasaje: “*Since the Nazi atrocities and the Nuremberg trials, international law has recognised a number of offences as being international crimes. Individual states have taken jurisdiction to try some international crimes even in cases where such crimes were not committed within the geographical boundaries of such states. The most important of such international crimes for present purposes is torture which is regulated by the International Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984. The obligations placed on the United Kingdom by that Convention (and on the other 110 or more signatory states who have adopted the Convention) were incorporated into the law of the United Kingdom by section 134 of the Criminal Justice Act 1988.*”

Para la Resolución de 24 de marzo de 1999, la HoL contó con siete jueces⁷⁵³, si bien llegaron a una postura unánime, los Lores Browne-Wilkinson, Hope de Craighead, Hutton, Saville de Newdigate, Millet y Phillips de Worth Matravers determinaron que la Convención contra la Tortura era vinculante atendiendo, fundamentalmente, a lo dispuesto en el artículo 134 de la *Criminal Justice Act 1988*. En opinión separada, Lord Millet llegó a considerar que la inmunidad, por razón de la persona, únicamente podría ser reconocida en la medida en que los Altos dirigentes de un Estado continuaran desempeñando sus funciones y no posteriormente, pues el principio de inmunidad pertenece al Estado y ampara a los que ostenten la dirección del mismo y sus delegados, pero no a las personas que hayan finalizado o cesado en el desempeño de su cargo⁷⁵⁴, llegando a afirmar que “la inmunidad de jurisdicción no es un derecho personal, sino más bien es un atributo de la soberanía de un Estado, que puede hacer valer o renunciar a él, pero tal renuncia deberá ser expresa cuando así lo exima por tratado o convenio”⁷⁵⁵. Contrario a esta opinión mayoritaria se expresó Lord Goff de Chieveley que, basándose en anteriores precedentes, defendió que la inmunidad también amparaba a los Altos dirigentes de los Estados, aunque hubieren cesado en sus funciones si los hechos por los que se pretende su enjuiciamiento hubieren sido cometidos mientras desempeñaban sus funciones, al ser esta postura más acorde al principio de inmunidad tal y como viene siendo reconocido en el Derecho internacional.

El Profesor Hormazábal Malarée, al analizar la Resolución dictada, y en sintonía con las afirmaciones realizadas por Lord Millet, viene a reflexionar que: “*si bien afirma la inmunidad ratione personae para el Jefe de Estado respecto de cualquier conducta y ratione materiae para el ex Jefe de Estado respecto de los actos propios del cargo, sostiene que la responsabilidad internacional puede hacerse efectiva respecto de*

That Act came into force on 29 September 1988. Section 134 created a new crime under United Kingdom law, the crime of torture. As required by the Torture Convention "all" torture wherever committed worldwide was made criminal under United Kingdom law and triable in the United Kingdom” (HOUSE OF LORDS, 1999: 582).

⁷⁵³ La composición de los Lores para la citada Resolución fueron los Lores Goff de Chieveley, Browne-Wilkinson, Hope de Craighead, Hutton, Saville de Newdigate, Millet y Phillips de Worth Matravers.

⁷⁵⁴ Ello conforme al presente fundamento: “*This immunity is not in issue in the present case. Senator Pinochet is not a serving head of state. If he were, he could not be extradited. It would be an intolerable affront to the Republic of Chile to arrest him or detain him” (HOUSE OF LORDS, 1999: 644).*

⁷⁵⁵ Documento original: “*State immunity is not a personal right. It is an attribute of the sovereignty of the state. (...) It may be asserted or waived by the state, but where it is waived by treaty or convention the waiver must be express” (HOUSE OF LORDS, 1999: 644).*

*cualquier crimen contra la humanidad[,] pues conlleva una jurisdicción universal si infringen el ius cogens y por su gravedad y escala suponen un ataque contra el orden legal internacional. Por eso concluye que como la costumbre internacional forma parte del Common Law, los tribunales ingleses tienen[,] y han tenido siempre[,] jurisdicción criminal extraterritorial con respecto a los crímenes que la costumbre internacional define como crímenes de jurisdicción universal”*⁷⁵⁶ (2000: 176), considerando además que la finalidad del Convenio contra la Tortura no fue la creación de una conducta típica internacional, sino más bien redefinirla para que la comunidad internacional pudiera perseguir tal crimen⁷⁵⁷.

A pesar de la Resolución dictada, que implícitamente venía a reconocer la legitimidad del ejercicio por parte de los tribunales españoles de la competencia universal para el procesamiento y enjuiciamiento del Sr. Pinochet, al menos en cuanto a su presunta participación por el delito de torturas, el Ministro del Interior Jack Straw, en Decisión de fecha 2 marzo de 2000, acordó desestimar la entrega de Augusto Pinochet a las autoridades españolas, negando la extradición solicitada por motivos de salud del mismo, justificando su decisión política en motivos humanitarios, dicha Decisión afectaba a los principios democráticos del propio Reino Unido, además de suponer una

⁷⁵⁶ Así, Lord Millet afirmó sobre este aspecto de la costumbre del Derecho internacional bajo los siguientes términos: “*Every state has jurisdiction under customary international law to exercise extra-territorial jurisdiction in respect of international crimes which satisfy the relevant criteria. Whether its courts have extra-territorial jurisdiction under its internal domestic law depends, of course, on its constitutional arrangements and the relationship between customary international law and the jurisdiction of its criminal courts. The jurisdiction of the English criminal courts is usually statutory, but it is supplemented by the common law. Customary international law is part of the common law, and accordingly I consider that the English courts have and always have had extra-territorial criminal jurisdiction in respect of crimes of universal jurisdiction under customary international law*” (HOUSE OF LORDS, 1999: 650).

⁷⁵⁷ Fundamento previsto en el presente pasaje: “*The Convention against Torture (1984) did not create a new international crime. But it redefined it. Whereas the international community had condemned the widespread and systematic use of torture as an instrument of state policy, the Convention extended the offence to cover isolated and individual instances of torture provided that they were committed by a public official. I do not consider that offences of this kind were previously regarded as international crimes attracting universal jurisdiction. The charges against Senator Pinochet, however, are plainly of the requisite character. The Convention thus affirmed and extended an existing international crime and imposed obligations on the parties to the Convention to take measures to prevent it and to punish those guilty of it. As [the professors] Burgers and Danielus explained, its main purpose was to introduce an institutional mechanism to enable this to be achieved. Whereas previously states were entitled to take jurisdiction in respect of the offence wherever it was committed, they were now placed under an obligation to do so. Any state party in whose territory a person alleged to have committed the offence was found was bound to offer to extradite him or to initiate proceedings to prosecute him. The obligation imposed by the Convention resulted in the passing of section 134 of the Criminal Justice Act 1988*” (HOUSE OF LORDS, 1999: 650).

clara interferencia política en la decisión de los tribunales, como puso de manifiesto el juez y profesor estadounidense Frank Sullivan en su artículo *A separation of Powers perspective on Pinochet*⁷⁵⁸.

Resulta igualmente trascendente mencionar la intervención de las autoridades del Estado de Chile en el proceso, pues la solicitud de entrega cursada por las autoridades españolas fue realizada ante un tercer país en cuyo territorio se encontraba de forma transitoria el Sr. Pinochet, que ostentaba la nacionalidad chilena.

Las autoridades chilenas alegaron ante el Tribunal que el Sr. Pinochet debía ser entregado ante sus autoridades atendiendo tanto a los criterios de competencia de personalidad activa y pasiva como por su vinculación a los hechos objeto de persecución, lo cual determinaba la primacía de su propio ejercicio jurisdiccional, basándose para ello en recientes precedentes internacionales en el ejercicio de la acción penal, como el caso Furundžija, seguido ante el TPIY, que estableció la doctrina de que los delitos contra la tortura vienen establecidos por normas imperativas de Derecho internacional⁷⁵⁹ y que tanto las víctimas como su autor ostentaban la nacionalidad chilena. Esta postura fue defendida por el juez y Profesor Frank Sullivan, que mantenía que los tribunales de Chile tenían jurisdicción para procesar y enjuiciar a Augusto Pinochet por crímenes internacionales atendiendo a los criterios de competencia no sólo de personalidad activa y pasiva, sino también al criterio básico y esencial de territorialidad, sin que fuera obstáculo para ello las pretendidas leyes de amnistía que fueron dictadas para la normalización democrática de Chile tras la caída de la dictadura presidida por el Sr. Pinochet, pues basándose en la propia Resolución dictada por la HoL de 24 de marzo de 1999, al negársele la inmunidad por no estar ejerciendo las funciones de Alto dirigente del Estado chileno, los tribunales españoles carecerían de

⁷⁵⁸ Sobre el citado artículo, véase SULLIVAN, F. (2004). “A separation of Powers perspective on Pinochet”. *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 14, Nº 2, pp. 409-503.

⁷⁵⁹ Así, y citando un fragmento del caso Furundžija, ilustra lo siguiente: “Because of the importance of the values it protects, [the prohibition of torture] has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even 'ordinary' customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by states through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force.... Clearly, the jus cogens nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate” (HOUSE OF LORDS, 1999: 589).

jurisdicción en este caso para someter a juicio al Sr. Pinochet, a pesar de ejercer una competencia universal, pues el nexo y relación de los hechos con la víctima y su autor determinarían la primacía de que correspondiera a las autoridades chilenas el enjuiciamiento, al estimar obligatoria la misma y poder ser juzgado en Chile (SULLIVAN, 2004: 422-423), aunque la competencia universal ejercida por el Estado español fue en virtud de la nacionalidad de las víctimas de los crímenes cometidos por el Sr. Pinochet.

Tras la Decisión de Jack Straw, el Sr. Pinochet tenía autorización para regresar a Chile. Por su parte, los tribunales de justicia chilenos abrieron causa penal por la comisión de delitos contra la población civil y crímenes perseguidos por la comunidad internacional, aunque no pudo llegar a enjuiciarse al fallecer en el año 2006 y por su estado de demencia declarado a partir del año 2001⁷⁶⁰.

Estas Resoluciones reconocieron la legitimidad de las autoridades judiciales españolas en el ejercicio de su jurisdicción y constituyó un precedente del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción en cumplimiento del principio de justicia universal, a la vez que determinó los límites de la inmunidad de los Altos dirigentes de los Estados con relación a la comisión de delitos considerados como graves por la comunidad internacional⁷⁶¹ y cuyo consenso en su persecución viene obligatoriamente establecido, al menos, por normas de Derecho internacional consuetudinario, lo que sirvió de fundamento para posibilitar el enjuiciamiento del mismo ante las autoridades judiciales de Chile haciendo ineficaces ante estos delitos las leyes de impunidad internas, sin perjuicio de valorar en este caso la primacía de la jurisdicción basada en criterios de territorialidad y personalidad activa y pasiva.

⁷⁶⁰ A su regreso a Chile, el Juez Sr. Guzmán abrió causa contra el mismo por la denominada Caravana de la Muerte, que constituiría la comisión de delito de desaparición forzosa, torturas y asesinatos, pidiendo que le fuera retirado el fuero de inmunidad que ostentaba en esos momentos, abriéndole igualmente el procedimiento por el asesinato de Carlos Prat a solicitud de los tribunales argentinos, terminando por sobreseerse las causas al ser declarado persona sin capacidad por problemas mentales el 4 de julio de 2002.

⁷⁶¹ En nuestra jurisprudencia se reconoce la inmunidad personal a los Altos dirigentes de los Estados como criterio vinculado a la soberanía nacional. Así se reconoce en varias resoluciones de inadmisión de querrela por parte de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional como los autos de 23 de diciembre de 1998 (Asuntos Hassan II y Teodoro Obiang Nguema), 4 de marzo de 1999 (Asunto Fidel Castro), y 24 de marzo de 2003 (Asunto Hugo Chávez Frías). Sobre los citados casos, véase notas pie de página y texto de OLLÉ SESÉ, M. (2008a). *Justicia universal para crímenes internacionales*. Madrid, Editorial Marcial Pons.

B.1.2) Caso Guatemala

La cuestión planteada a los tribunales españoles en este asunto viene determinada por la denuncia formulada ante el JCI, en funciones de Guardia, por parte de la “*Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid, Rigoberta M. T. [Menchún Tum] y otros*” (STS del 25 de febrero de 2003, AH 2º), por los hechos acontecidos en Guatemala entre los años 1978 y 1990, considerados inicialmente por los denunciantes como constitutivos de delito de genocidio, terrorismo y torturas, que tras su reparto fue atribuido su conocimiento al JCI número 5.

Admitido a trámite, interpuso el Ministerio Fiscal recurso de reforma y posterior apelación, que fue resuelto por el Auto de fecha 13 de diciembre de 2000 dictado por el Pleno de la AN, que ordenó el archivo de la causa por estimar la ausencia de jurisdicción de los tribunales españoles para perseguir y enjuiciar los delitos objeto de denuncia. La Sala de lo Penal de la AN consideró que no procedía el ejercicio en esos momentos de la jurisdicción penal española para la persecución de los hechos referidos, debiendo el instructor archivar la diligencia al no tratarse de un supuesto de inadmisión de querrela por falta de competencia del juez, ni tampoco un supuesto de sobreseimiento de la causa, sino que el archivo viene motivado por la falta de jurisdicción de los tribunales españoles al haberse cometido los hechos delictivos en territorio de otro país sujeto a la soberanía de otro Estado, quedando fuera de los efectos del principio general de territorialidad de la ley penal española.

Contra esta Resolución, fue interpuesto por parte de los denunciantes recurso de casación ante el TS, estimando que conforme a las normas de Derecho internacional y a las propias disposiciones establecidas en la LOPJ ostentaba los tribunales españoles competencia universal para la persecución de los delitos objeto de denuncia. Para ello, debe recordarse que la norma interna aplicable, que venía constituida por el artículo 23.4 de la LOPJ, establecía que “*será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española, como delito de genocidio, entre otros*[, posteriormente ampliado a los delitos de:]

–*Terrorismo; piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; falsificación de moneda extranjera; delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces* ([ampliado estos últimos tras la modificación realizada a la anterior por] *Ley*

Orgánica 11/1999); [pudiendo añadirse además los delitos relativos a] *tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deban ser perseguidos en España*—. Sin perjuicio de las diferencias apreciables entre unos y otros delitos, no establece particularidad alguna respecto al régimen de su persecución extraterritorial” (STS del 25 de febrero de 2003, FJ 8º).

El TS estima parcialmente la impugnación realizada contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, al considerar que conforme a la normativa expuesta los tribunales españoles sólo tienen jurisdicción para perseguir los hechos cometidos contra ciudadanos españoles acontecidos en la Embajada de España en Guatemala el día 30 de enero de 1980 y otros hechos concretamente determinados y cometidos en perjuicio de los ciudadanos españoles, sobre la base de lo establecido en el artículo 23.4 g) de la LOPJ y en las disposiciones de la Convención contra la Tortura⁷⁶².

Es conveniente resaltar algunos aspectos de la fundamentación jurídica de esta Sentencia que de forma pormenorizada analiza la competencia de la jurisdicción de los tribunales españoles no sólo con relación al Derecho interno, sino también atendiendo a las obligaciones internacionales asumidas por España. En su fundamento jurídico octavo reitera que la norma general de atribución de la jurisdicción es el principio de territorialidad, y por ello, el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción no puede ser interpretado de forma que determine en la práctica la apertura de un proceso penal ante cualquier noticia de los delitos internacionales cometidos, desconectado del lugar de

⁷⁶² En este sentido, el Tribunal Supremo centra el debate en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia cuando afirma que: “*Es indudable que los hechos, tal y como vienen descritos en las denuncias y querellas unidas a las presentes actuaciones, constituyen auténticas atrocidades cometidas por unos seres humanos contra otros, que, como se dice muy expresivamente en el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad, lo cual nos impulsa a afirmar, una vez más, que la comunidad internacional, como conjunto de Estados, no debe permanecer impasible ante sucesos de esta clase que constituyen crímenes de derecho internacional, y que debe plantearse, a través de sus órganos, en la forma, medida y momento en que sea procedente, la adopción de las decisiones oportunas tendentes a evitar la impunidad, sin perjuicio de las actuaciones que, según las leyes y los Tratados, correspondan a cada Estado en particular*”.

Igualmente, “*el Convenio no establece la jurisdicción universal, pero tampoco la excluye. Tampoco excluye otros criterios. Si se reconoce la posibilidad de que intervenga más de una jurisdicción nacional, al ser varios los criterios de atribución jurisdiccional, habrá de aceptarse algún criterio de prioridad, orientado a resolver los supuestos de concurrencia efectiva y real de jurisdicciones activas, de manera que ha considerarse natural que la actuación de los Tribunales del lugar de comisión excluya, en principio, la de los Tribunales de otro Estado*” (STS del 25 de febrero de 2003, FJ 6º).

comisión y de la nacionalidad de las víctimas o de su autor, pues el Derecho penal y procesal aplicable en España no puede estar sometido a “*un principio de oportunidad*”, que no se reconoce como criterio para atribuir la jurisdicción en el Derecho interno y que tampoco es un criterio reconocido en los tratados suscritos por España.

El TS, en esta Sentencia, profundiza la extensión de la competencia universal conforme al Derecho interno, y así afirma que:

“La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que le corresponden a aquella, que en muchos aspectos viene delimitada por la de otros Estados. En este sentido, no son absolutamente equiparables los supuestos referidos a lugares no sometidos a ninguna soberanía estatal y aquellos otros en los que la intervención jurisdiccional afecta a hechos ejecutados en el territorio de otro Estado soberano.

La extensión extraterritorial de la ley penal, en consecuencia, se justifica por la existencia de intereses particulares de cada Estado, lo que explica que actualmente resulte indiscutible el reconocimiento internacional de la facultad de perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sobre la base del principio real o de defensa o de protección de intereses y del de personalidad activa o pasiva. En estos casos el establecimiento unilateral de la jurisdicción tiene su sentido y apoyo fundamental, aunque no exclusivo, en la necesidad de proveer a la protección de esos intereses por el Estado nacional” (STS del 25 de febrero de 2003, FJ 8º).

Profundizando en la fundamentación de la Sentencia, ésta establece que cuando la extensión extraterritorial de la jurisdicción interna se fundamente en la naturaleza del delito, en tanto que de los bienes jurídicos objeto de protección sea titular la comunidad internacional, debe establecerse la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios y garantías establecidas en el procedimiento. Cuando el ejercicio de la jurisdicción, basado en la justicia universal, se establezca como consecuencia de una obligación contractualmente asumida por los Estados, como parte de un tratado, ello no impide que su alcance pueda ser limitado al establecer como presupuestos para su ejercicio un punto de conexión directa con los intereses nacionales, basándose para ello en resoluciones del TS Federal alemán, así como de la Corte de Casación belga y, de forma especial, en el pronunciamiento de la CIJ en la Decisión de 14 de febrero de 2002, en el conocido caso Yerodia.

El Tribunal analiza el artículo 8 del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, que prevé que las partes contratantes puedan recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta, las medidas apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio, lo que en cierta forma resultó ser el fundamento para la creación de los TPIY y TPIR. Esta previsión, a pesar de ser obligatoria para España como parte del Convenio, no determina la obligación de los Estados a intervenir fuera de sus fronteras, que en todo caso puede considerarse como inobjetable cuando su intervención venga aceptada por acuerdos o por decisión de la comunidad internacional, pero no cuando la misma es adoptada unilateralmente por un Estado o sus órganos judiciales, apreciando por sí mismo la necesidad o conveniencia de su intervención.

Así, el Tribunal añade que *“en los tratados internacionales suscritos en orden a la persecución de delitos que afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la comunidad internacional, se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución”* (STS del 25 de febrero de 2003, FJ 9º).

Tras analizar las convenciones de Derecho internacional suscritas por España, concluye que resulta exigible la existencia de una conexión directa para que pueda ser afirmada la atribución de jurisdicción, y que esa conexión viene establecida por el lugar de los hechos, por los sujetos activos y pasivos, así como con relación a una concreta comisión delictiva, pero ello no determina ni autoriza una extensión de la jurisdicción a otros supuestos, aunque aparentemente exista vinculación con dichos puntos de conexión. Como afirma el Tribunal: *“Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables*

cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción. Ello responde, según entiende un sector importante de la doctrina, al llamado principio de justicia supletoria o de Derecho penal de representación, al menos en un sentido amplio. Entendido de esta forma o bien, como sostiene otro sector doctrinal, como un elemento de conexión en el ámbito del principio de jurisdicción universal, el Estado donde se encuentre el presunto culpable está legitimado para actuar contra él, cuando se trate de alguno de estos delitos.

Por otro lado, una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal. Se une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes” (STS del 25 de febrero de 2003, FJ 10°).

En conclusión, la Decisión adoptada estima que conforme al ordenamiento jurídico interno y no existiendo norma obligatoria “convencional” que vincule la actuación extraterritorial de la jurisdicción española en este caso, sólo resulta admisible la persecución de los delitos objeto de denuncia por su conexión al criterio de personalidad activa o pasiva o de protección real, en cuanto afecten a los intereses tutelados por la norma penal española, pues en todo caso la jurisdicción universal debe ser entendida conforme a los principios del Derecho internacional en un sentido limitado y subsidiario atendiendo a los intereses y bienes jurídicos tutelados por las convenciones internacionales⁷⁶³.

⁷⁶³ Esta postura mayoritaria fue apoyada por los magistrados Luis Román Puerta Luis, Enrique Bacigalupo Zapater, Carlos Granados Pérez, Juan Saavedra Ruiz, Julián Sánchez Melgar, José Ramón Soriano, Miguel Colmedero Menéndez de Luarca y José Manuel Maza Martín.

Contra la opinión mayoritaria se formuló voto particular, que consideraba que debía procederse a la estimación íntegra del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de la AN de fecha 13 de diciembre de 2000, al estimar que la Resolución dictada no satisfacía el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), estableciendo una doctrina excesivamente restrictiva en la aplicación del relevante principio de justicia universal que se apartaba de lo establecido por el legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de genocidio establecida en el artículo 23.4 a) de la LOPJ⁷⁶⁴, afirma que no puede compartir la opinión mayoritaria, pues *“el genocidio constituye un crimen universalmente reconocido y unánimemente condenado por la comunidad internacional. Sus autores son enemigos comunes de toda la humanidad pues atentan contra nuestros valores más profundos y, al negar el derecho a la existencia de un grupo humano, cometen la más grave violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal para evitar la impunidad en un caso de genocidio étnico implica actuar en representación de la comunidad internacional”* (STS del 25 de febrero de 2003, Voto Particular, FJ 1º) y de la Convención de 9 de diciembre de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no establece principio de subsidiariedad, pues de la obligación establecida para el enjuiciamiento de estos delitos conforme al principio de territorialidad no excluye la concurrencia de que otros Estados puedan extender su competencia extraterritorial sin que se prevea entre ellas reglas de prioridad entre las mismas.

La única limitación que establece el Derecho interno para la actuación de sus Tribunales en estos delitos es que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. La doctrina acoge el principio de justicia universal en consideración exclusiva a la naturaleza del delito, sin tener en consideración el lugar de comisión, ni los criterios de nacionalidad de la víctima o la de su autor, estimando la incorrección que se deduce de la resolución mayoritaria al analizar una serie de convenios internacionales ajenos al supuesto de genocidio, de la que no puede deducirse una prohibición genérica del ejercicio de la jurisdicción universal frente a los responsables que no se encuentren en el territorio nacional. En los casos de apertura de un procedimiento para la persecución penal de crímenes contra la comunidad

⁷⁶⁴ Este voto particular fue suscrito de forma conjunta por los magistrados Joaquín Delgado García, José Antonio Martín Pallín, Cándido Conde-Pumpido, José Antonio Marañón Chavarri, Joaquín Giménez García, Andrés Martínez Arrieta y Perfecto Andrés Ibáñez.

internacional no se exige necesariamente la presencia de los responsables del delito en territorio español, toda vez que dicha presencia sólo es necesaria para su enjuiciamiento, conforme a las normas de Derecho interno que impide el enjuiciamiento en rebeldía en estos crímenes, salvo que así lo consienta el propio *reo*.

Esta afirmación viene siendo apoyada en el Derecho comparado, donde existen supuestos en los que se ha reconocido el principio de jurisdicción universal en materia de genocidio como la Sentencia del TC de la República Federal de Alemania de 12 de diciembre de 2000, Sentencia del TS de Bélgica de 12 de febrero de 2003 (caso Sharon y otros), la Sentencia del TS francés en el caso Klaus Barbie y la Resolución del Tribunal de apelación de la HoL del Reino Unido dictada el 24 de marzo de 1999 (caso Pinochet). Los fundamentos jurídicos que son introducidos por los disidentes vienen a asumir valores esenciales para la paz y seguridad internacional, concluyendo que:

“El ejercicio de la jurisdicción universal, al desterrar la impunidad por los grandes crímenes contra la humanidad, como lo es el Genocidio, contribuye a la paz y a la humanización de nuestra civilización. Es cierto que no devuelve la vida a las víctimas, ni puede conseguir que todos los responsables sean enjuiciados. Pero puede ayudar a prevenir algunos crímenes y a enjuiciar a algunos de sus responsables. Con ello contribuye a la consecución de un mundo más justo y seguro, y a consolidar el Derecho internacional, en lugar de la violencia, como forma habitual de solucionar los conflictos” (STS del 25 de febrero de 2003, Voto Particular, FJ 13º).

Contra la Sentencia dictada recurrió en amparo Dña. Rigoberta Menchún Tum, la Asociación de Derechos Humanos de España, la Asociación Libre de Abogados y otros al estimar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por denegación de acceso a la jurisdicción. Dña. Rigoberta Menchún Tum, profundizando en sus alegaciones de amparo, ilustró al TC que la denominada “Ley de Reconciliación Nacional de Guatemala”⁷⁶⁵ sólo tenía por finalidad procurar la amnistía para los participantes en el “conflicto armado”, y en argumentos compartidos con la Asociación de Derechos Humanos de España y la Asociación Libre de Abogados alegaron que la regulación procesal aplicable resultaba ser la vigente al tiempo de la iniciación del procedimiento,

⁷⁶⁵ Ley aprobada en el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto 145-96, de 18 de diciembre. Dicha norma tiene como fin, conforme a los tratados suscritos por el Estado guatemalteco y a sus circunstancias históricas, la reconciliación de aquellas personas que participaron en conflictos armados dentro de Guatemala.

pues el carácter procesal de las normas sobre competencia no impide su retroactividad. El TC resolvió estos recursos de amparo⁷⁶⁶ declarando que había sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del acceso a la jurisdicción, restableciendo la integridad de sus derechos y anulando el AAN de 13 diciembre de 2000 y la STS de 25 de febrero de 2003, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la AN para que dictara nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, y todo ello conforme a la fundamentación que exponemos.

La Sala 2ª del TC⁷⁶⁷ comenzó por declarar su competencia al considerar que al ser una cuestión relativa a la jurisdicción universal permite entrar directamente a ponderar su alcance constitucional. Al hilo de lo expuesto por los disidentes de la Sentencia dictada por el TS, estima que no resulta necesario para la atribución de la competencia universal una conexión exclusiva, ni con el principio de territorialidad, ni con el de protección real, ni tan siquiera de personalidad activa o pasiva, pues considera que *“el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes”* (STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 3º).

En su motivación discrepa de la doctrina aplicada por el TS, pues si la atribución de la competencia universal precisara de una autorización en el Derecho convencional, ello solo supone uno de los mecanismos de persecución de los delitos internacionales como el genocidio, pero no impide la existencia de otros instrumentos jurídicos para su persecución, ya que en otro caso se vaciaría de contenido su naturaleza universal (así STC 237/2005, FJ 5º) y, conforme a la opinión de los magistrados discrepantes, mantiene que las decisiones del TC alemán han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con los intereses nacionales y, por otra

⁷⁶⁶ La Sala 2ª del Tribunal Constitucional procedió a la acumulación de los recursos de amparo seguidos con los núms. 1744/2003, de 26 de marzo; 1755/2003 y 1773/2003, de 27 de marzo, que fueron resueltos en una única Sentencia dictada con el núm. 237/2005, de 26 de septiembre.

⁷⁶⁷ Integrada por los magistrados Guillermo Jiménez Sánchez, Vicente Conde Martín de Hijas, Elisa Pérez Vera, Ramón Rodríguez Arribas y Pascual Sala Sánchez.

parte, la Sentencia de la CIJ en el caso Yerodia no estableció restricciones a la competencia universal, sino que limitó su conocimiento a la resolución del reconocimiento de inmunidad personal del Sr. Yerodia conforme a las normas internacionales. En consecuencia, no puede sostenerse que existan criterios correctores en la costumbre internacional sobre la atribución de la competencia universal, sino que *“no correspondiéndole a cada Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, el ejercicio de la competencia universal sólo será legítimo cuando exista el citado punto de conexión; el cual, resalta la resolución impugnada, ha de tener una significación equivalente a los criterios que, reconocidos en la Ley nacional o los Tratados, permiten la extensión extraterritorial de la competencia”* (STC 237/2005, FJ 6º), ello no impide que las legislaciones nacionales incorporen un principio de jurisdicción universal sin vinculación a sus intereses, como se regulan en el Derecho interno de algunos Estados, que no representan la posición mayoritariamente seguida en el Derecho comparado.

La STC, atendiendo a la naturaleza de la jurisdicción universal, la define en materia penal como *“la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”*, terminando por concluir que *“la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados”* (STC 237/2005, FJ 9º).

La dimensión jurídica de la STC, y en cierta medida también la STS, supone un profundo estudio sobre la vinculación no sólo de la norma interna sino también de la legalidad internacional para el legítimo ejercicio de la competencia universal por parte de los Estados.

Sin embargo, mientras el TS, basándose en la legislación interna interpretada conforme a los tratados y convenciones suscritos por España, estima necesario la

existencia de un interés del Estado que sirva de conexión y justifique la persecución de delitos cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional; el TC estima que el diseño del legislador es dotar de competencia universal propia a los tribunales españoles, basándose para ello en la inexistencia de norma convencional o consuetudinaria que imponga límites a la legislación interna y que toda interpretación de la norma debe ser realizada conforme a la mayor extensión del derecho fundamental que pueda verse afectado. Resulta llamativo que el TS exige una mayor concreción de la norma, fundamentalmente escrita, al tratarse del ejercicio de la jurisdicción y de la aplicación del Derecho penal, cuyo principio de legalidad resulta más exigente al entrar en conflicto con derechos y garantías personales reconocidas también de forma universal. En cambio, puede ser apreciada en la Resolución del TC, y en parte en el voto particular emitido en la propia STS, una mayor profundización en los valores universales con amplia interpretación de los instrumentos y herramientas para su protección, sobre todo cuando afecta a la persecución de determinados delitos cuyo ataque atañe a la comunidad universalmente considerada⁷⁶⁸.

B.1.3) Caso Scilingo

Adolfo Francisco Scilingo⁷⁶⁹ participó, conforme a su cargo militar, en la comisión de graves crímenes contra el “Derecho de Gentes” que fueron cometidos en Argentina entre 1976 y 1983 durante el denominado “Proceso de Reorganización Nacional”⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ Sobre los fundamentos jurídicos del presente caso, debemos resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo 712/2003, de 20 de mayo. En la citada Sentencia, el Tribunal rechazó recurso de casación instado por la Asociación “Comité de Solidaritat Amb el Perú de Catalunya” contra el Auto de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2002 (conocido también como asunto Alan García o Alberto Fujimori), por el que desestima el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2001, por el que solicitaba a los tribunales españoles ejercer su jurisdicción penal para procesar y enjuiciar al ex-Presidente Alan Gabriel Ludwig García Pérez, al Presidente Alberto Fujimori y al asesor Vladimiro Montesinos, así como a miembros de la organización militar Grupo Colina y miembros de la organización terrorista “Sendero Luminoso” del Estado peruano por la comisión de delitos de genocidio, terrorismo y detención ilegal de personas desde 1986 hasta 2001.

En la actualidad, Alberto Fujimori, Vladimiro Montesinos y miembros del “Grupo Colina” fueron condenados a 25 años de prisión por la Sala Especial de la Corte Suprema de Perú como autores mediatos por la comisión de estos delitos conforme a su Derecho interno. En cuanto al Sr. García Pérez, no fue procesado por estos delitos, si bien se suicidó el 17 de abril de 2019, fecha en la que las autoridades peruanas preparaban su arresto por el caso de corrupción de la empresa brasileña Odebrecht. Los miembros del grupo terrorista “Sendero Luminoso” fueron procesados y condenados a 25 años de prisión por la comisión de delitos de terrorismo en 1992.

⁷⁶⁹ Adolfo Francisco Scilingo Manzorro (1946), de nacionalidad argentina, fue militar durante la dictadura militar “El Proceso” entre los años 1976 y 1983. Conocido por haber cometido crímenes de lesa

Tras no aceptarse inicialmente la competencia de la jurisdicción española para incoar proceso penal contra el Sr. Scilingo, fue la STS 1362/2004, de 15 de noviembre, la que declaró la competencia de la jurisdicción española para instruir causa penal contra el Sr. Scilingo por la comisión de crímenes de lesa humanidad, y ello conforme al art. 607 bis del CP⁷⁷¹, en relación con el artículo 23.4 de la LOPJ en cumplimiento de los principios y normas de Derecho internacional.

El Sr. Scilingo fue condenado por SAN 16/2005, de 19 de abril, por la comisión de delitos de lesa humanidad, al haber confesado su participación en los actos preparados por la Junta Militar durante la dictadura argentina. Esta Sentencia, en línea con los principios de Derecho internacional, fundamenta que, aunque el acusado “*haya manifestado en su defensa haber realizado los hechos cumpliendo órdenes y bajo la*

humanidad durante el ejercicio de sus funciones como oficial de marina, así como por haber confesado haber cometido delitos internacionales.

⁷⁷⁰ También conocida bajo el nombre de “El Proceso”, fue una de las dictaduras que comenzó con el golpe de Estado de 24 de marzo de 1976. Dicho régimen político estaba compuesto por miembros de la Junta Militar, y cuyas actuaciones fueron cuestionadas ante los sucesivos delitos contra la población civil, por cuanto violaban las normas y principios tanto del Derecho internacional como de los Derechos Humanos. Los actos principales que llevaron a cabo fueron los relacionados con el terrorismo y la desaparición forzosa de personas, el Plan u Operación Cóndor fue creado con el fin de llevar a cabo este último crimen.

Si bien es cierto que, tras finalizar dicha dictadura el 10 de diciembre de 1983 con el nombramiento de Raúl Alfonsín (1927-2009) como Presidente mediante elecciones presidenciales de ese mismo año, la mayoría de los miembros que integraron dicha Junta Militar fueron juzgados por delitos internacionales, siendo España, Alemania Francia e Italia los Estados que procedieron a ejercer sus jurisdicciones para perseguir a los miembros de dicha organización mediante las denunciadas instadas por los familiares de las víctimas de dicha dictadura, principalmente en los supuestos del Plan Cóndor.

Los miembros que formaron parte de dicha Junta fueron: Jorge Videla, Emilio Massera, Orlando Agosti, Roberto Viola, Antonio Lambruschini, Omar Graffigna, Leopoldo Galtieri, Jorge Anaya, Basilio Lami Dozo, Cristino Nicolaidis, Rubén Franco, y Augusto Jorge Hughes.

⁷⁷¹ La conducta típica descrita en dicha norma penal, fue introducida por la modificación realizada al Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, sobre la base del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, por el que se creaba la Corte Penal Internacional. Dicho delito, viene descrito en la norma penal en los siguientes términos: “*1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen*”.

Su tipicidad sigue teniendo actual vigencia, sin que haya sido afectada por modificaciones posteriores realizadas en el Código Penal como la última gran reforma realizada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

obediencia debida existente en el Derecho militar argentino”, los magistrados sostuvieron con fundamento en lo establecido en el Estatuto de Roma, y que fue recogido con anterioridad en el Estatuto del TMI, que “existe consenso general de que [la obediencia debida] no puede ser válidamente invocada como eximente de la responsabilidad penal en la comisión de crímenes contra la humanidad. No puede admitirse que exista exención de responsabilidad penal en esta clase de delitos frente a los crímenes cometidos como consecuencia del cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico⁷⁷²” (SAN 16/2005, FJ 1ºA).

Igualmente, los magistrados señalaron que *“en la República Argentina, a lo largo de todo el año 1.975, e incluso con anterioridad, los responsables militares de cada una de las armas del Ejército, con la ayuda de las Fuerzas Policiales y los Servicios de Inteligencia y apoyo de grupos de civiles, tomaron la decisión no sólo de derrocar a la Presidenta constitucional, María Estela Martínez de Perón, mediante un golpe de Estado, que se materializó el 24 de marzo de 1.976, sino también de diseñar, desarrollar y ejecutar un plan criminal sistemático de secuestro, torturas, desaparición y, finalmente, eliminación física de toda aquella parte de la ciudadanía que reputaban sospechosa de ser “subversiva”, entendiendo por tal las que por su forma de pensar, actividades, relaciones o adscripción política resultaban en apariencia incompatibles con su proyecto político y social. La selección de quienes tendrían la consideración de subversivos se haría en función de su adscripción a determinadas actividades y sectores, fundamentalmente por motivos políticos e ideológicos, aunque también influirían los étnicos y religiosos” (SAN 16/2005, HP 1º).*

Debemos destacar el fundamento jurídico de esta Sentencia que estima conforme a Derecho el ejercicio de la competencia universal para perseguir los delitos de lesa

⁷⁷² De acuerdo con la citada Sentencia: *“No le cabe ninguna duda a la Sala que SCILINGO tuvo conocimiento de las ilícitas actividades desarrolladas por el Grupo de Tareas 3.3.2 en la ESMA, que además éstas se incardinaban como una parte más en el plan ideado y ejecutado por las Fuerzas Armadas Argentinas para el establecimiento de un determinado sistema político e ideológico previa eliminación de aquella parte de la población nacional que por motivos políticos, ideológicos o religiosos pudiese representar un obstáculo en tales objetivos. SCILINGO como la mayoría de los militares pertenecientes al Ejército argentino aceptó ese plan y los objetivos perseguidos con el mismo, incluso llegando a solicitar formar parte del GT 3.3.2 y, aunque su actividad fue fundamentalmente de apoyo logístico, también se involucró en actividades operativas de la forma que se ha descrito, y en ellas participó directamente en hechos concretos que son los que se tienen en cuenta, además del elemento contextual en el que se producen, para la tipificación penal de su conducta” (SAN de 19 de abril de 2005, FJ 1ºA).*

humanidad no sólo atendiendo al artículo 23.4 de la LOPJ, sino también al considerar que dicho ejercicio pueda llevarse a cabo mediante la autorización de la comunidad internacional. Así lo afirman en el siguiente fundamento:

“La competencia de la jurisdicción española en el caso puede ser examinada desde la doble perspectiva que se viene haciendo, desde la del Derecho internacional y desde el nacional interno. Aunque las normas nacionales admitan la competencia jurisdiccional extraterritorial para la persecución penal de un delito acaecido en el territorio de otro Estado (art 23.4 y 5 LOPJ), estimamos que necesita para ser legítima en el ámbito internacional su reconocimiento en dicho espacio. En el presente caso, y como venimos afirmando, tratándose de responsabilidad individual por delitos contra la humanidad, viene reconocida esta posibilidad de ejercicio de la persecución penal a cualquier otro Estado” (SAN 16/2005, FJ 1º).

La Sentencia de la AN fue recurrida en casación, siendo resuelto por la STS 798/2007, de 1 de octubre, que aceptando esencialmente los fundamentos de la Sentencia impugnada, sí estimó parcialmente el recurso que fue interpuesto por las acusaciones particulares que representaban a las víctimas, en el sentido de condenar al Sr. Scilingo como autor de treinta delitos de asesinato, un delito de detención ilegal, y cómplice de doscientos cincuenta y cinco delitos de detención ilegal, siendo considerado todos ellos crímenes contra la humanidad, si bien mantuvo la absolución de los demás acusados.

Con relación a la vulneración de las garantías del art. 25.1 de la CE, la Sala tuvo que valorar el principio de legalidad penal en los delitos enjuiciados. En este sentido, de forma mayoritaria, sostuvieron que las normas de Derecho interno⁷⁷³ garantizaban el enjuiciamiento de las conductas ilícitas impugnadas, estableciendo en su fundamento que:

“Las normas de Derecho internacional penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los derechos humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante

⁷⁷³ Debe tenerse en cuenta que en aplicación de las obligaciones asumidas por el Estado español conforme al art. 17 del Estatuto de Roma, se introdujo en el art. 607 bis del CP las conductas constitutivas de delito internacional.

conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. Se han traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra la humanidad, y genocidio. La definición de estos delitos no siempre ha alcanzado la necesaria precisión, sobre todo en cuestiones relativas a algunas de sus modalidades y concretamente respecto del crimen de agresión, pero la esencia de las conductas prohibidas más relevantes en cuanto se refieren a la violación de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida. Se trata de hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares, siempre ejecutados, como se ha dicho, desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o de una organización similar, que son aprovechadas por los autores no solo para facilitar la ejecución sino también para procurar la impunidad. Generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas vinculadas de alguna forma al ejercicio abusivo, y por lo tanto ilegítimo, del poder.

Las referencias a estas conductas en el Derecho internacional penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de Derecho interno. Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Martens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza.

Aunque el elemento de contexto, que caracteriza a estos delitos frente a las infracciones comunes, se identificó en un principio, y por razones obvias, (Acuerdo de Londres y Estatuto del Tribunal de Núremberg) con un nexo de guerra, pronto fue abandonada tal configuración. Ya en la Convención de 1968 sobre la

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia [Artículo 1 .b)] a los crímenes de lesa humanidad "cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, ...". Pronto fue sustituido, ya en algunas sentencias de Tribunales alemanes que después de la Segunda Guerra Mundial aplicaron la Ley del Consejo de Control nº 10, por la valoración de un elemento de poder o supremacía en el autor, vinculado con el poder del Estado o de una organización similar, que le permita actuar a gran escala. Aunque aparece posteriormente en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el propio Tribunal lo ha interpretado como un requerimiento de su jurisdicción y no como un elemento del crimen contra la humanidad, tal como ya resultaba de la citada Convención de 1968. Esta misma línea interpretativa ha sido seguida después por Tribunales nacionales. Así, el Tribunal Supremo francés en 1985, en el Caso Barbie; la Corte Suprema holandesa en 1981, en el Caso Menten; o la Corte Suprema de Canadá en 1994, en el Caso Finta. Tal exigencia tampoco aparece en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda” (STS 798/2007, de 1 de octubre FJ 6º).

Pero el propio Tribunal matiza y advierte que las normas consuetudinarias dentro del Derecho penal internacional “no contienen una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa⁷⁷⁴”, por cuanto “no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles”, no por ello deben “ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas” en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 de la CE, por el que determina la interpretación de los tratados internacionales suscritos por España para garantizar la protección de los derechos fundamentales (STS 798/2007, FJ 6º). “De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*” (STS 798/2007, FJ 6º).

⁷⁷⁴ “No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes” (STS 798/2007, FJ 6º).

Por consiguiente, los magistrados concluyeron que: “A) *La causación dolosa de la muerte de otras personas, así como las detenciones ilegales, estaban previstas como conductas delictivas en el momento de la comisión de los hechos, tanto en Argentina como en España.* B) *Las circunstancias relevantes concurrentes en un hecho delictivo, aun cuando no sean típicas, son valorables en el enjuiciamiento, siempre que se acuda a criterios adecuados jurídicamente al ordenamiento.* C) *El elemento de contexto característico de los crímenes contra la humanidad estaba reconocido internacionalmente en el momento de los hechos con límites suficientemente definidos.* D) *Las conductas enjuiciadas constituían en ese momento crímenes contra la humanidad según el Derecho penal internacional consuetudinario.* E) *La voluntad de perseguir penalmente esta clase de hechos (asesinatos, detenciones ilegales y otros) cuando concurre el elemento de contexto, estaba establecida internacionalmente de forma generalizada en normas de Derecho penal internacional consuetudinario, al menos desde la creación de los Tribunales internacionales tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial” (STS 798/2007, FJ 6º).*

En lo que respecta al ejercicio de la competencia universal por parte de los tribunales españoles, defendieron la correcta interpretación y aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ, concretamente el entonces apartado g), por cuanto, a pesar de que no figurara el delito de lesa humanidad dentro de la lista de delitos internacionales que el Estado español podía perseguir, la simple vinculación del Estado con los tratados internacionales (que en este supuesto hace referencia al Convenio de Ginebra sobre los crímenes de guerra) permite dicha persecución; pues “*no parece razonable entender que la ley española excluya la jurisdicción de los Tribunales internos respecto de los crímenes contra la humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los derechos humanos básicos” (STS 798/2007, FJ 7º).*

Sobre la aplicación de la jurisdicción universal, los jueces del Tribunal afirmaron lo siguiente:

“La jurisdicción universal incondicionada es inobjetable cuando tiene su origen en un Convenio Internacional o en una decisión de los órganos de Naciones Unidas. De no ser así, es conveniente la existencia de un elemento de conexión con los intereses

nacionales que evite actuaciones desproporcionadas y justifique internacionalmente de forma suficiente la intervención de los órganos del Poder Judicial de un Estado respecto de hechos que han tenido lugar en el territorio sometido a la soberanía de otro Estado. Así se sostuvo en la STS 327/2003, mediante una interpretación sistemática y teleológica del artículo 23.4 de la LOPJ, la cual fue posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional en la STC 237/2005, en la que, sin embargo, ha entendido (STC 237/2005) que el artículo 23 de la LOPJ instaura un “principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución”, y aunque admita, sin identificarlas, probables restricciones, éstas probablemente han de venir relacionadas con la circunstancia de que los hechos ya sean perseguidos por los Tribunales del territorio donde los hechos ocurrieron” (STS 798/2007, FJ 7º).

Sin embargo, los jueces del Tribunal consideraron que la jurisdicción universal de este caso no es absoluta, sino más bien condicionada ante la existencia del criterio de personalidad pasiva, por cuanto existían “víctimas españolas en el ámbito del ataque generalizado y de la persecución, y el acusado se [encontraba] en España⁷⁷⁵” (STS 798/2007, FJ 7º)⁷⁷⁶, determinando así la no vulneración del principio de legalidad de nuestro ordenamiento jurídico y, con ello, la aceptación de los fundamentos jurídicos previstos en la Sentencia de la AN de 19 de abril de 2005.

La Decisión adoptada no fue unánime, formulándose contra la misma diversos votos particulares, que en síntesis no comparte los argumentos de la opinión mayoritaria basados en primer lugar sobre si la confesión supone una prueba plena conforme al artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), en segundo lugar sobre la propia competencia de la jurisdicción española y las dudas de que la

⁷⁷⁵ Sobre esta afirmación relativa a la presencia del Sr. Scilingo en territorio español, es necesario resaltar su comparecencia voluntaria ante los tribunales españoles en octubre de 1997. Si bien dicha confesión fue realizada ante los medios de comunicación entre los años 1995 y 1996.

⁷⁷⁶ Esta opinión mayoritaria fue suscrita por los magistrados Juan Saavedra Ruiz, Enrique Bacigalupo Zapater, Joaquín Delgado García, Carlos Granados Pérez, Andrés Martínez Arrieta, Julián Sánchez Melgar, Perfecto Andrés Ibáñez, José Ramón Soriano Soriano, José Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, Francisco Monterde Ferrer y Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

misma estuviera justificada en su ejercicio universal establecido en el artículo 23.4 de la LOPJ; en tercer lugar que, al desvincularse su enjuiciamiento de todo criterio territorial, podría afectar al derecho del juez imparcial y predeterminado por la ley; y en cuarto lugar, y con mayor relevancia, la ausencia de la debida concreción en la definición de la conducta típica constitutiva de crímenes de lesa humanidad, que vulneraría el principio de irretroactividad de la norma penal, estando ello prohibido por el art. 25 de la CE, al haberse aplicado el art. 607 bis CP a hechos anteriores a su entrada en vigor.

Sobre la posible vulneración del principio de legalidad, el magistrado Maza Martín afirmó que:

“Calificando unos hechos como lo que no eran, con la importante consecuencia de permitir la aplicación del principio de jurisdicción universal y el que, en su virtud, pudiesen entrar a conocer de ellos nuestros Tribunales, más tarde, en la Sentencia recurrida, calificándolos adecuadamente para sustentar la condena como delito de lesa humanidad, pero aplicando indebidamente un tipo inexistente al tiempo de su producción, manteniendo así la virtualidad del fundamento jurisdiccional; y, finalmente, se corrige esa vulneración del principio de legalidad en su aspecto de irretroactividad de la norma penal, calificando con toda corrección las conductas enjuiciadas, pero aplicando unos tipos, el asesinato y la detención ilegal, que, de por sí, negarían la jurisdicción de los tribunales españoles para su enjuiciamiento” (STS 798/2007, Voto Particular del Magistrado José Manuel Maza Martín).

Del voto particular del magistrado Varela Castro merece especial atención, por cuanto considera que dentro del ejercicio de la competencia universal *“distingue dos tipos de delitos a los que resulta aplicable: 1º.- los que son de inmediata y directa competencia extraterritorial, por imperativo del propio precepto legal interno, [(apartados a) a g)] y, 2º.- los que pueden llegar a serlo por aplicación de la firma de algún Tratado o Convenio internacional [apartado h)]”*. Siendo estos últimos los más cuestionados en aquellas conductas tipificadas donde se puede apreciar la ausencia de concreción en el comportamiento típico objeto de persecución (STS 798/2007, Voto Particular del Magistrado Luciano Varela Castro).

Igualmente, *“no acredita la mayoría del Tribunal, con deseables citas, la existencia de una costumbre internacional que se refiera a la persecución universal de los delitos de lesa humanidad, desvinculadamente de los delitos relativos a guerra o a*

otros principios, como el de personalidad activa o pasiva”, conllevando así la inexistencia de “título convencional internacional [alguno], ni siendo posible apoyo en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la asunción de jurisdicción en este tipo concreto de casos, constituye una extensión carente de justificación de la jurisdicción española” (STS 798/2007, Voto Particular del Magistrado Luciano Varela Castro).

Sobre todo cabe destacar el voto particular del magistrado Marchena Gómez, que estima desnaturalizado el principio de legalidad penal. En este sentido, el hoy Presidente de la Sala 2ª del TS, mantiene que la legalidad implica previsibilidad, pero en la aplicación de la ley penal no basta constatar su concurrencia para que sea aceptada una condena por un delito no vigente en el momento de su comisión, sino además que tiene una finalidad de impedir que el *ius puniendi* sea ejercido indiscriminadamente sin otro soporte que el que proporciona el voluntarismo judicial. Incluso añade que la exigencia de *lex certa* no sólo adquiere significado en el proceso de elaboración de la ley penal, sino también en el de su interpretación y su aplicación. Específicamente, expone lo siguiente: “No puedo sumarme a esa práctica redefinición del principio de legalidad, surgida del especial acento puesto en su aspecto material, desplazando a un lugar menor el nomen iuris con el que cada sistema penal identifica los hechos susceptibles de persecución en su territorio. Entiendo que, tratándose del principio de legalidad, el énfasis en los aspectos materiales, por contraposición a unos aspectos formales que, precisamente por ello, podrían ser minusvalorados, encierra el riesgo de contribuir, con la cobertura de una cuestionable visión hilemórfica, a la eliminación de su verdadero significado.

También entiendo que la consideración del delito de lesa humanidad como delito común circunstanciado, nos conduce a la negación de su sustantividad, hasta el punto de convertir lo principal en subsidiario. El delito de lesa humanidad no es un plus respecto de los delitos de homicidio, detención ilegal y asesinato. Por el contrario, es un aliud, del que no puede prescindirse cuando lo que se está discutiendo es la legitimidad de una condena que ha calificado los hechos como encajables en el art. 607 bis del CP. No comparto la degradación que hace nuestra sentencia de la sustantividad típica del delito de lesa humanidad, hasta el punto de convertir lo que son verdaderos elementos del tipo objetivo en elementos de contexto cuya efectiva vigencia puede

reputarse irrelevante en el momento de verificar el juicio de tipicidad” (STS 798/2007, Voto Particular del Magistrado Manuel Marchena Gómez).

En este sentido, a pesar de conocer las concepciones doctrinales que llegan a afirmar que el principio de legalidad forma parte de un dominio ajeno al Derecho penal internacional, expresa su desacuerdo con la relativización que el Tribunal realiza del principio de legalidad, pues la degradación de la necesidad de evitar el principio *nullum crimen sine lege* pase de ser un principio de la justicia a un principio de la injusticia. *“Conforme a este entendimiento de la singularidad de determinados delitos, sería posible construir hasta una cuarta vía del Derecho penal para aquellos supuestos de impunidad auspiciada por unas estructuras estatales al servicio de la vulneración masiva de Derechos Humanos. Como premisas de ese nuevo desafío dogmático se han señalado las siguientes: a) el Derecho positivo debe ser flexible, pero no exacto; b) la prohibición de aplicación retroactiva de la ley debe quedar de lado, cuando sea adecuado al fin perseguido; c) cabe fundamentar las decisiones en consideraciones iusnaturalistas. Desde mi punto de vista, sin embargo, el principio de legalidad no es una categoría prescindible en el Derecho penal internacional. Se oponen a ello el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (“nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”); el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (“nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”); el art. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (“nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”) y el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (“nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no*

fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello” (STS 798/2007, Voto Particular del Magistrado Manuel Marchena Gómez).

Comparte igualmente las dudas sobre la persecución de los hechos enjuiciados en ejercicio de la competencia universal, y conocedor de los procesos iniciados en el Estado argentino, señala que negar la capacidad judicial de los tribunales españoles para el enjuiciamiento y condena del procesado no implica propugnar la impunidad de los gravísimos delitos, pues concluye afirmando que *“las razones sobrevenidas que han convertido a las autoridades judiciales argentinas en la jurisdicción más adecuada para el conocimiento de los hechos”* (STS 798/2007, Voto Particular del Magistrado Manuel Marchena Gómez).

Debemos destacar que los órganos judiciales argentinos habían iniciado el enjuiciamiento penal a los miembros de la Junta Militar por la comisión de los delitos cometidos durante la dictadura de 1976, rechazando la constitucionalidad de toda norma que determinara la impunidad de sus responsables. En este sentido, la Sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal el 9 de diciembre de 1985, que tuvo un impacto nacional e internacional al juzgar y condenar a la mayoría de los miembros de la Junta Militar⁷⁷⁷ por haber cometido delito de terrorismo⁷⁷⁸. Así, *“la actividad descripta fue producto de la*

⁷⁷⁷ De acuerdo con el fallo de la Sentencia, el Tribunal condenó a Jorge Rafael Videla, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Emilio Eduardo Massera a cumplir pena en prisión. Sin embargo, fueron absueltos Jorge Anaya, Omar Graffigna, Leopoldo Fortunato Galtieri y Basilio Lami Dozo al no poder demostrar la autoría por la comisión de los delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones, así como porque algunos de ellos desempeñaron sus funciones después de haber finalizado la comisión de dichos crímenes.

⁷⁷⁸ Conforme al Derecho penal argentino, la tipificación del terrorismo está previsto dentro de los delitos contra el orden público, contra la seguridad de la nación y contra los poderes públicos y el orden constitucional, así como contra la vida y la libertad de las personas. Así, en sus 210 bis, 213 bis, 214, y 226-236 del Código Penal de 1984, normativa que fue modificada mediante Ley de Defensa de la Democracia de 9 de agosto del mismo año.

Sin embargo, es necesario diferenciar esta concepción conforme al ordenamiento jurídico interno de Argentina con lo previsto en la comunidad internacional. El Derecho internacional define el terrorismo como aquellas conductas típicas que atentan contra la población civil con el objetivo de crear “un Estado de terror” a una colectividad de personas o a personas, con independencia de las razones políticas, religiosas, ideológicas, raciales entre otros motivos. Dicha matización es fundamental atendiendo a las circunstancias históricas y jurídicas de la comisión de estos delitos, por cuanto los miembros de la Junta

actuación de una pluralidad de grupos subversivos que en total contaban con un número de algunos miles de integrantes, siendo sus características más importantes su organización de tipo militar que incluyó la creación de normas y organismos propios de tipo disciplinario⁷⁷⁹, su estructura celular, la posesión de un considerable arsenal que utilizaban en sus acciones, y abundantes recursos económicos, producto principal de delitos cometidos⁷⁸⁰”⁷⁸¹, todo ello con “el objetivo [de tomar el] poder político⁷⁸² por

Militar no actuaron para crear tal Estado de terror, sino más bien para obtener el poder político y controlar el orden público del Estado argentino.

⁷⁷⁹ “Los comandantes militares que asumieron el gobierno, decidieron mantener el marco normativo en vigor, con las jurisdicciones y competencias territoriales que éste acordaba a cada fuerza. Ahora bien, sin la declaración de zonas de emergencia que posibilitaran el dictado de bandos (art. 43 de la ley 16.970 y arts. 131/139 del Código de Justicia Militar), el sistema imperante sólo autorizaba a detener al sospechoso, alojarlo ocasional y transitoriamente en una unidad carcelaria o militar, e inmediatamente disponer su libertad, o su puesta a disposición de la justicia civil o militar, o bien del Poder Ejecutivo (v. Directiva 404/75, Anexo 6 - Bases Legales-, PON 212/75 y DCGE 217/76; Placintara/75, Anexos “E” y “F”). Esto sólo sufrió una pequeña modificación con el dictado de la ley 21.460, que autorizó a las fuerzas armadas a actuar como autoridad preventora, más de acuerdo a las reglas del Código de Procedimientos en Materia Penal” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 2º, Capítulo XX).

Además, “se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física” (CNCC, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 2º, Capítulo XX).

⁷⁸⁰ “La ilegitimidad de este sistema, su apartamiento de las normas legales aún de excepción, surge no del apresamiento violento en sí mismo, sino del ocultamiento de la detención, del destino de las personas apresadas, y de su sometimiento a condiciones de cautiverio inadmisibles cualquiera fuera la razón que pudiera alegarse para ello” (CNCC, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 2º, Capítulo XX).

⁷⁸¹ CNCC, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 2º, Capítulo III.

⁷⁸² La finalidad del golpe de Estado de 24 de marzo de 1976 fue el siguiente: “Restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia imprescindible para reconstituir el contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación responsable de los distintos sectores a fin de asegurar la posterior instauración de una democracia republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del pueblo argentino”, (Acta Fijando el Propósito y los objetivos básicos para el Proceso de Reorganización Nacional)” (CNCC, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 6º).

parte de las organizaciones terroristas, algunas de las cuales incluso intentó, como paso previo, a través de los asentamientos en las zonas rurales de Tucumán ya mencionados, la obtención del dominio sobre un territorio, a fin de ser reconocida como beligerante por la comunidad internacional”⁷⁸³.

Igualmente, los magistrados de este Tribunal manifestaron, tras afirmar la inconstitucionalidad de las normativas aprobadas por la Junta Militar y analizar el *modus operandi* para obtener información sobre la población civil, lo siguiente:

“Tal necesidad de lograr información, valorada por quienes, incluso para alcanzar el poder, menospreciaron la ley como medio para regular la conducta humana, fue condición suficiente para que el uso del tormento, el trato inhumano, la imposición de trabajos y el convencimiento creado a los secuestrados de que nadie podría auxiliarlos, aparecieran como los medios más eficaces y simples para lograr aquel propósito (...).

A su vez, aquel menosprecio por los medios civilizados para prevenir la repetición de los hechos terroristas, o castigar a sus autores, la certeza de que la opinión pública nacional e internacional no toleraría una aplicación masiva de la pena de muerte, y el deseo de no asumir públicamente la responsabilidad que ello significaba, determinaron como pasos naturales del sistema, primero el secuestro, y luego la eliminación física clandestina de quienes fueron señalados discrecionalmente por los ejecutores de las órdenes, como delincuentes subversivos”⁷⁸⁴.

La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) de 30 de diciembre de 1986 resolvió el recurso extraordinario contra la Sentencia de la Cámara ante la existencia de vulneración de las normas constitucionales argentinas y prescripción de los delitos objeto del anterior juicio, conllevando así la vulneración del derecho de defensa de los acusados. El fallo de la Corte desestimó parcialmente este recurso, determinando así el reconocimiento de la Decisión de la Cámara. Si bien los miembros de la Corte consideraron errónea el grado de participación de los acusados

⁷⁸³ CNCC, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 2º, Capítulo V.

⁷⁸⁴ CNCC, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 2º, Capítulo XX.

Orlando Ramón Agosti y Roberto Eduardo Viola⁷⁸⁵. Por ello, “*la interpretación del art. 514 del [Código] de Justicia Militar que ha efectuado el a quo, no resulta adecuada a derecho. En efecto, tal artículo dispone que cuando se cometiera delito por una orden del servicio; será único responsable el superior que dio la orden, en tanto que el subordinado será considerado cómplice, cuando se hubiere excedido en su cumplimiento*”⁷⁸⁶”⁷⁸⁷. En este caso, los jueces de la Corte consideraron que era necesario resolver la interpretación de este precepto determinando “*el alcance que se le asigna en su formalidad y contenido a la expresión “órdenes del servicio”. En este sentido, los*

⁷⁸⁵ Sobre este aspecto, la Corte analizó la Sentencia dictada por la Cámara, manifestando así el presente pasaje: “*Que, tanto al aplicar el art. 514 del [Código] de Justicia Militar, como al interpretar el art. 45 del [Código] Penal, al sentenciante ha consentido que la doctrina penal es pacífica al denominar autor mediato a quien, para ejecutar la acción típica, se sirve de otra persona como instrumento, dominando la voluntad del ejecutor. Sin embargo, admite la coexistencia de la autoría mediata con la figura del ejecutor responsable -autor inmediato-, situación que aún se daría en el supuesto en que se dominara la voluntad de éste a través de un aparato organizado de poder, en el que el ejecutor sería sustituible y no actuaría como una persona individual, sino como un engranaje de aquella maquinaria. Concluye así la sentencia reforzando su convicción de que los procesados son autores mediatos de los hechos que se les atribuyen*” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 19°).

⁷⁸⁶ “*Del texto surgen, pues, tres hipótesis: la primera de ellas, mira exclusivamente al superior y le traslada la responsabilidad por el delito comprendido en la orden del servicio, ya sea porque supone el error del inferior, o bien porque el acto importa un abuso conexo e inmediatamente vinculado a la orden del servicio conforme a su carácter corriente, y relativo a la actividad militar en la esfera que le es propia; pero no, en cambio, cuando en tiempo de paz, la orden importa la comisión de un hecho contra la vida o la libertad, como sería el caso de los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y tormentos, referidos a personas no sometidas a la jurisdicción militar ni vinculada a la vida castrense. Ello es así, ya que si bien las órdenes del servicio están excluidas de la facultad de inspección -art. 675- por lo que una vez emitidas por el superior, el subordinado debe cumplirlas -salvo excepciones-. Sin embargo, y para el caso de comisión de un delito por su ejecución, la propia regla ha establecido una transferencia de la responsabilidad al superior, que está fundada en la distribución de funciones y en el fin de asegurar la disciplina con mayor rigor; vale decir, que no es una transferencia de la calidad de autor, sino de responsabilidad penal, con el objeto de imponer la disciplina. En cuanto al segundo supuesto, el artículo se refiere al subordinado, a quien considera cómplice en el exceso que hubiera cometido, esto es, en otro hecho distinto de lo ordenado, para abarcar de ese modo algunos supuestos de la relación superior -subordinado- que resulten de una actividad comprendida en cierto modo en la orden y que la torpeza del superior favorece; o bien por estar abarcado -el exceso- en el dolo eventual de quien dio la orden. Por último, y para fundar la transferencia de responsabilidad al superior, puede entenderse que la ley analiza a la orden del servicio como una forma de cumplimiento del deber por el superior, de manera que es él quien debe vigilar su ejecución por el inferior, para así cumplimentar y garantizar aquello que el mismo superior está obligado a hacer por mandato de la ley y de la situación. Es por eso que el superior debe controlar el cumplimiento, y responder por la inobservancia querida o culposa de las normas del Código de Justicia Militar. De donde surge que, sea la orden legítima o ilegítima, siempre deba tener una estructura limitada a lo que es propio o corriente de su función*” (CSJN, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 14°).

⁷⁸⁷ CSJN, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 14°)

*delitos cometidos por la "ejecución de una orden del servicio", son aquéllos conexos con el ámbito de la función; y no los externos perpetrados en tiempo de paz, que atacan la vida o la libertad de las personas y que son los que se investigan en esta causa: homicidios, privaciones ilegales de la libertad, tormentos. Por lo que únicamente están comprendidos en esta norma aquellos hechos ilícitos que por sus características fácticas se ven conectados con la finalidad de la orden y se hallan dentro del circuito de los hechos próximos, vinculados inicialmente a la competencia y al deber del superior, cuando el sujeto pasivo o las cosas están en el espacio propio de esa competencia”*⁷⁸⁸. Este fundamento, por el que considera que los acusados actuaron como cooperadores necesarios en la comisión de tales crímenes conforme a la teoría general de Derecho penal de Claus Roxin determinó el dictado de una sentencia de absolución de los Sres. Viola y Agosti por los delitos de privación de libertad y robo, respectivamente, disminuyendo así la condena de prisión inicialmente impuesta.

Estas Sentencias tuvieron un gran impacto en el Estado argentino y en los tribunales de dicho país, que comenzaron a perseguir a los demás miembros que integraron la Junta Militar. Actualmente y de acuerdo con los datos de la Unidad de Superintendencia para Delitos de Lesa Humanidad⁷⁸⁹, la CSJN ha dictado, desde el año 2008, un total de 939 condenas en sus 155 sentencias⁷⁹⁰.

En lo que respecta a la competencia de la jurisdicción de los tribunales españoles, fueron las denuncias de las víctimas de la dictadura militar argentina quienes solicitaron, al igual que en otros países como Alemania o Italia, que se persiguieran penalmente a los responsables por la comisión de delito de desapariciones forzadas de personas como delito internacional de lesa humanidad al encontrarse protegidos en

⁷⁸⁸ CSJN, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 309:5 (1986), Considerando 15°.

⁷⁸⁹ La Unidad de Superintendencia para Delitos de Lesa Humanidad, creada mediante Acordada 42/2008 para sustituir a la Unidad de Asistencia y Seguimiento de las causas penales por las que se investiga la desaparición forzada de personas, ocurridas antes del 10 de diciembre de 1983, es una unidad dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiene por finalidad garantizar la seguridad jurídica y protección de los derechos humanos, así como, en colaboración de otras instituciones federales del Estado argentino, la facultad de perseguir a los autores que hubiesen cometido crímenes de lesa humanidad.

⁷⁹⁰ Sobre los datos de la Unidad de Superintendencia para Delitos de Lesa Humanidad, véase CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL. “Lesas Humanidad: se dictaron 939 condenas en juicios orales de todo el país”, de 20 de marzo de 2017. *Centro de Información Judicial*. Disponible en: <https://cij.gov.ar/nota-25275-Lesa-humanidad--se-dictaron-939-condenas-en-juicios-orales-en-todo-el-pa-s.html>. Consultado el día 26 de julio de 2019.

territorio argentino por leyes que favorecían su impunidad, amnistía, indultos, leyes de exención de responsabilidad por obediencia debida o extinción de responsabilidad por prescripción⁷⁹¹.

Con la declaración de inconstitucionalidad de estas leyes que favorecían la impunidad, al estimarla contrarias a los principios y valores del régimen democrático argentino, con las reformas legislativas posteriores permitieron que los tribunales argentinos pudieran seguir la causa por los delitos cometidos en sus territorios y por sus propios nacionales, iniciando con ello los procedimientos penales para perseguir a los responsables por la comisión de crímenes de lesa humanidad. Consecuencia de ello es la preferencia de la atribución del enjuiciamiento a la jurisdicción penal argentina basados en los criterios de territorialidad y nacionalidad frente al ejercicio de la jurisdicción universal española, como aconteció en el enjuiciamiento del exmilitar argentino Rodrigo Cavallo⁷⁹², donde los tribunales españoles consideraron que no tenían jurisdicción para su procesamiento, reconociendo que es la jurisdicción del Estado argentino la competente para su enjuiciamiento⁷⁹³.

La concurrencia de jurisdicciones determina el establecimiento de un orden lógico para su ejercicio derivado de su naturaleza exclusiva. En este caso, puede observarse la subsidiariedad de la jurisdicción universal frente al ejercicio territorial de la

⁷⁹¹ Los textos legislativos que otorgaban indultos e impunidades a los militares que formaron parte de dictadura militar, se articularon normativamente a través de: Leyes de Impunidad, Ley de Punto de Partida de 1986, por la que determinaba la prescripción penal de los delitos que hubiesen sido cometidos por los militares durante la dictadura; y Ley de Obediencia Debida de 1987, por el que determinaba la inexistencia de punibilidad para aquellos militares que hubiesen cometido delito, al considerar que éstos actuaban de acuerdo con la obediencia debida. Estas dos últimas leyes terminaron por ser derogadas por la Cámara de los Diputados el 24 de marzo de 1998, así como declaradas nulas por el Congreso de la Nación el 21 de agosto de 2003 y declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia el 14 de junio de 2005; las Leyes de Impunidad fueron declaradas inconstitucionales mediante los fallos de la Sentencias de la Corte Nacional de Casación de 15 de septiembre de 2006 y de la Corte Suprema de 31 de agosto de 2010. En este sentido: CSJN, “Simón, Julio Héctor y Otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, Fallos 328: 2056 (2005); asunto “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” previsto en el dictamen de la Procuración General de 4 de mayo de 2007 y en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 13 de julio de 2007; y CSJN, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”, Fallos 333:1657 (2010).

⁷⁹² Rodrigo Miguel Cavallo (1951), exmilitar argentino acusado de crímenes de lesa humanidad, cometidos durante la dictadura argentina “El Proceso” de 1976. Su caso fue conocido no sólo por el intento de entrega ante las autoridades españolas para que pudiera ser procesado y juzgado, sino también por haber sido juzgado y condenado por dichos crímenes en Argentina.

⁷⁹³ Sobre el caso Cavallo en España, véase los Autos de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 2006, de 13 de marzo de 2008, de 15 de abril de 2008, y 24 de noviembre del mismo año.

jurisdicción, que junto al criterio de personalidad activa, determina la prevalencia de esta jurisdicción frente a la que pueda ser ejercida por un tercer Estado, pues no debe ser olvidado que la jurisdicción supone una manifestación significativa o central de la soberanía estatal y la propia Carta de las Naciones Unidas consagra el principio de no injerencia soberana. Las normas convencionales y consuetudinarias del Derecho internacional no resuelven el problema de la concurrencia de jurisdicciones. Para ello, las normas procesales y sustantivas del Derecho interno suelen establecer hechos o nexos de conexión que vinculen la persecución del delito a la jurisdicción del Estado, sirviendo de éstos como criterios de preferencia jurisdiccional en caso de concurrencia. Quizás al ser consciente de ello, el propio Estatuto de Roma, al crear la CPI, prefiera la utilización del término “complementariedad” para referirse al ejercicio de la jurisdicción universal, que conforme a la misma resultaría aplicable cuando el Estado con jurisdicción territorial o de personalidad activa o pasiva no quiere o no puede ejercer la persecución de los crímenes internacionales.

B.2) Resoluciones de los tribunales españoles que se vieron afectadas por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Dentro de las resoluciones de los tribunales españoles que se vieron afectadas por la aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la LO 1/2014, podemos diferenciar entre aquellos asuntos en los que se procedió a su sobreseimiento y archivo por carecer de jurisdicción los tribunales españoles, de aquellos otros en los que se procedió a su tramitación al estimar que los mismos contaban con competencia para el ejercicio de la jurisdicción universal.

B.2.1) Asuntos en los que se acordó el sobreseimiento y archivo por falta de jurisdicción

B.2.1.1) Caso del Tíbet

El presente caso fue iniciado por diversas querellas interpuestas con la finalidad de exigir responsabilidad penal a los responsables de crímenes cometidos contra la colectividad del Tíbet como consecuencia de la dominación de la República Popular de

China en dicha región y su ocupación militar en el período comprendido entre 1950 y 1979⁷⁹⁴.

Asignado al JCI núm. 2 el conocimiento de los hechos, fue decretada la falta de jurisdicción por Auto de fecha 20 de noviembre de 2003, inadmitiendo a trámite la querrela formulada, siendo confirmada dicha Resolución por Auto de fecha 11 de mayo de 2004 de la AN (Pleno de la Sala de lo Penal). Recurrida en casación la anterior resolución, la Sentencia del TS (Sala Segunda) núm. 345/2005, de 18 de marzo, desestimó el recurso interpuesto, recurriendo en amparo los querellantes, que fue resuelto por el TC (Sala Segunda) en Sentencia núm. 227/2007, de 22 de octubre que, en sentido similar a su anterior Sentencia núm. 237/2005, declaró la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, acordando la nulidad de las anteriores resoluciones y ordenando retrotraer el procedimiento al objeto de que el JCI dictara nueva resolución respetuosa con la dimensión constitucional del derecho fundamental vulnerado.

En su fundamentación, esta Sentencia insiste que la exigencia de una conexión con la nacionalidad de la víctima supondría una restricción irrazonable en cuanto a las

⁷⁹⁴ El conflicto internacional entre China y el Tíbet tuvo lugar como consecuencia de denegar el reconocimiento de la soberanía tibetana conforme al Acuerdo de los 17 Puntos, del 23 de mayo de 1951 (acuerdo internacional de pacificación suscrito por China y Tíbet), por el que garantizaban “*que el sistema político del Tíbet no sería alterado por las autoridades centrales [de la República Popular de China] ni tampoco el estatus del Dalai Lama*” (SUSANNA Y LÓPEZ, 2007: 40), siempre que conforme a dicho acuerdo, “*el pueblo tibetano [volviera] al seno de la gran familia de la Patria, la República Popular de China*”.

Este acuerdo fracasó ante la dificultad de cumplir dichos preceptos, determinando con ello que en 1956 se creara el Comité Preparatorio para la Región Autónoma del Tíbet. Así como debemos resaltar que durante ese período de tiempo el pueblo tibetano sufre una serie de cambios en su estructura social, principalmente por su compleja relación con la República Popular de China. Durante los años 50 y hasta la actualidad, la población tibetana denunciaba las vulneraciones de sus derechos y libertades (en su mayoría Derechos Humanos), especialmente por el reconocimiento de su soberanía y su derecho a la autodeterminación por parte del Gobierno chino.

Fue el Profesor de Derecho internacional D. José Elías Esteve Moltó quien, tras la realización de su tesis doctoral, bajo el título *El estatu jurídico del Tíbet en el Derecho Internacional* (2002), asesoró al Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet durante el procedimiento. Su tesis fue objeto de polémica en las relaciones bilaterales entre España y China, pues en ese momento se llevaban a cabo relaciones de cooperación en materia económica. Sobre este aspecto, véase CAMPO FIDALGO, S. (2013). “Una tesis amenaza las relaciones entre China y España”. *Prensa La Información*, de 28 de noviembre. Disponible en: https://www.lainformacion.com/mundo/una-tesis-amenaza-las-relaciones-entre-china-y-espana_ku5ahx23wevgfylw9s6o61/; y CARRANCO, Elena. (2013). “Luz judicial sobre el horror tibetano”. Sección España, *El País*, sábado 23 de noviembre. Disponible en: https://elpais.com/politica/2013/11/22/actualidad/1385156448_447204.html. Ambos documentos consultados el día 4 de febrero de 2019.

normas de atribución de la competencia universal, reiterando su doctrina de que ello conllevaría a una ilegítima vulneración del Derecho constitucional, toda vez que “los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad” ([con cita de la] STC 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3), al constituir una “denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable” ([con cita de la] STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 4)» (FJ 8)”. Insiste en su fundamentación el TC que: “La restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado, por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base (...). La exégesis manejada por el Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que tal delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el Legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ, y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución” (STC 227/2007, de 22 de octubre, FJ 5°).

En esta Sentencia, el TC concluye sobre la competencia universal que lo determinante para crímenes internacionales como el genocidio y el terrorismo es su conexión con la exigencia de afectación a intereses nacionales, en los términos que fueron planteados por la STS, pues la misma no resulta conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal y añade lo siguiente: “La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende 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 (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000,

de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos” (STC 227/2007, de 22 de octubre, FJ 5º).

En cumplimiento de la STC, la querrela fue admitida concluyéndose el sumario instruido por el JCI núm. 2 por Auto de 25 de marzo de 2014, elevando el mismo a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, a fin de que se pronunciara sobre *“la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado a) del Art. 23.4 de la Ley Orgánica del poder judicial a los efectos de cumplir con el mandato previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o bien, adopte la decisión que estime pertinente” (AAN 38/2014, AH 2º).*

La reforma legislativa en este punto realizada por la LO 1/2014 determinó que se convocara el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, con la finalidad de establecer criterio sobre la concurrencia de presupuestos para el ejercicio de la competencia universal por los órganos judiciales, lo que se materializó en su Auto 38/2014, de 2 de julio, que siguiendo los principios generales dictados en la STS de fecha 25 de febrero de 2003 y 8 de marzo de 2004, establece como principio general, *“que hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción” (AAN 38/2014, FJ Único),* y basándose además en lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la citada LO 1/2014, de 13 de marzo, que modifica la LOPJ en este aspecto, el sobreseimiento y archivo de la causa, pues como recogió en su fundamento:

“(…) no existe ninguna norma internacional que obligue a los Estados a incorporar el principio de la jurisdicción universal; los límites de la jurisdicción universal es una cuestión de política criminal que compete al legislador, obligación asumida por el legislador español en orden al cumplimiento de los tratados internacionales firmados por España relativos a los delitos de genocidio, torturas y de lesa humanidad (...).

España, como Estado soberano y como expresión de su soberanía ha instituido su jurisdicción sobre estos delitos en los casos señalados, precisando los límites positivos y negativos de la posible extensión de la Jurisdicción española determinando, de un

modo ajustado a los tratados internacionales, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones, teniendo además la persecución de delitos cometidos fuera de España carácter excepcional, constituyendo las circunstancias que deben darse en cada caso requisitos de procedibilidad para su investigación y conocimiento; requisitos que deberán estar acreditados” (AAN 38/2014, FJ Único).

Establecido por la AN este criterio competencial, que reafirma en cierta medida el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Penal de la AN de fecha 3 de noviembre de 2005, reunido para unificar criterios en materia de la jurisdicción universal tras la STC en el caso Guatemala, la restricción se estima razonable para evitar exceso y abuso de Derecho ante casos absolutamente ajenos por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y alejados sin acreditar en las denuncias o querellas interés directo o relación con ellos, por ello en este Auto se produjo el archivo de la causa penal contra Jiang Zemin, Li Peng, Ren Rong, Yin Fatang, Quiao Shi, Chen Kuiyuan y Peng Peiyun⁷⁹⁵ por cuanto *“ninguno de los supuestos descritos concurre en este caso; los querellados no se encuentran en las categorías citadas o reúnen esas características; ninguno ostenta la nacionalidad española, ni reside en España ni se encuentra en territorio nacional”* (AAN 38/2014, FJ Único).

Por su coherencia con las Decisiones anteriores, podemos resaltar el voto particular del Magistrado Antonio Díaz Delgado, que discrepaba del sentir mayoritario al estimar que de *“la lectura [de la entonces redacción] del artículo 23 de la LOPJ, (...), en los gravísimos delitos que atacan a la fibra más sensible de cualquier persona como el genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, el Estado español se desentiende si las víctimas son españolas, lo cual es de una dejación inadmisibile*

⁷⁹⁵ Los acusados en cuestión eran: “1º J.Z. [Jiang Zemin], anterior Presidente de China y Secretario del Partido Comunista Chino, que en la actualidad es la máxima autoridad del Ejército popular de Liberación. 2º Li Peng, antiguo Primer Ministro durante la represión tibetana y de finales de los 80 y principios de los 90. 3º R.R. [Ren Rong], Secretario del Partido en el Tíbet durante el periodo de 1971-1980 y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet. 4º Y.F. [Yin Fatang], Secretario del Partido en el Tíbet, durante el periodo 1980-1985 y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet. 5º Q.S. [Quiao Shi], Jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los años 80. 6º C.K. [Chen Kuiyuan], Secretario del Partido en la Región Autónoma del Tíbet durante el periodo 1992-2001 y 7º D.D. [o P.P -Peng Peiyun-], Ministro de Planificación familiar en los años [80 y] 90” (Auto de la Audiencia Nacional de 10 de enero de 2006, AH 1º).

cuando el ciudadano español víctima de tan graves delitos no vea protegidos sus derechos e intereses por el estado español, cuando ningún Tribunal internacional, o la jurisdicción territorial correspondiente del lugar en que hayan cometido los hechos, no actúe; y sin embargo, en los supuestos de terrorismo y los otros delitos referenciados anteriormente, el criterio de personalidad pasiva sí se tiene en consideración en orden a la atribución de jurisdicción universal a los tribunales españoles”. Igualmente, la Magistrada Bayarri García, en su voto particular, señaló que “es importante destacar la diferencia de trato que debe dispensarse a los distintos títulos de imputación que bajo el principio de jurisdicción universal acoge el art. 23.4 LOPJ”.

Interpuesto recurso de casación contra dicha Sentencia, fue desestimado el mismo por la STS núm. 296/2015, de 6 mayo, siendo ponente de la misma el magistrado Conde-Pumpido Tourón, con fundamento en las consecuencias de la reforma legal realizada por la LO 1/2014. Aunque inicialmente reconoce que los hechos pudiesen ser constitutivos de delito de genocidio, como ya mantuvo en su voto particular realizado en la STS núm. 327/2003, 25 de febrero, mantiene su opinión en la presente Sentencia al señalar que: *“el genocidio constituye un crimen universalmente reconocido y unánimemente condenado por la comunidad internacional. Sus autores son enemigos comunes de toda la humanidad pues atentan contra nuestros valores más profundos y en la medida en la que niegan el propio derecho a la existencia de un grupo humano, cometen la más grave violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal para evitar la impunidad en un caso de genocidio étnico implica actuar en representación de la comunidad internacional”* (STS 296/2015, FJ 13º), y que en este delito *“la norma legal de atribución de la jurisdicción exclusivamente en consideración a la naturaleza de determinados delitos, por el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en nuestro ordenamiento, o por el principio de defensa, que ya se recogía separadamente en el apartado tercero del citado art. 23 de la LOPJ.*

En particular en lo que se refiere al denominado núcleo fundamental de los crímenes internacionales, como son el genocidio o los crímenes contra la humanidad, señalaba el voto particular que la sustitución del principio de jurisdicción universal por el de personalidad pasiva constituye un error, pues se trata precisamente de delitos cuya sanción internacional se fundamenta en que constituyen una agresión contra valores comunes reconocidos como fundamentales para el conjunto de la comunidad

internacional” (STS 296/2015, FJ 13º), pero ello no significa que en nuestro ordenamiento jurídico se haya amparado el ejercicio de una competencia universal con carácter absoluto, ni tan siquiera que este sea el criterio de la STC 237/2005, que afirma que el criterio absoluto de la jurisdicción universal no viene impuesta necesariamente por principios constitucionales sino por criterios de legalidad.

Añade que ciertamente *“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 (STC 237/2005)”* y estima que estos criterios *“han sido respetados en la legislación actual, pues como es fácil comprobar, la Jurisdicción en materia de Genocidio no se limita en absoluto en relación con la nacionalidad de las víctimas ni con criterios específicos de interés nacional (art. 23 4º LOPJ, reformado por la LO 1/2014, apartado a)”* (STS 296/2015, FJ 15º).

En esta Sentencia, el TS continúa analizando si existe obligación derivada del Derecho internacional para la atribución de competencia universal en este caso, a pesar de tratarse de la comisión de delito de genocidio, tras interpretar el artículo 6 del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 dispone que *“las personas acusadas de Genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”*, no impone a los Estados partes la obligación de establecer en su legislación interna un modelo específico de jurisdicción universal, pues *“el Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de Genocidio, pero tampoco la impide”*, continuando por reconocer que: *“El debate sobre la admisión en Derecho penal internacional de una jurisdicción universal “in absentia”, es decir extensiva a la posibilidad de reclamar la extradición de extranjeros que han cometido delitos en el extranjero sin especiales vínculos de conexión con el país que los reclama, ha suscitado una relevante controversia. Tanto la Ley belga de 1999, como la española de 1985, la han admitido. En nuestro país relevantes resoluciones de esta Sala, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Constitucional (STC 237/2005, por ejemplo), la han apoyado, pero en todo caso con el soporte legislativo de nuestra regulación interna de Jurisdicción Universal, conforme a la redacción inicial de la LOPJ”* (STS 296/2015, FJ 23º). En este sentido igualmente, el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra del 12

agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, “establece el principio de justicia universal obligatoria para los Estados firmantes en el sentido de imponer la obligación de juzgar o extraditar a los responsables de las infracciones graves del Convenio, cualquiera que sea el lugar del mundo donde se cometió la infracción y cualquiera que sea la nacionalidad del responsable. Pero esta obligación está referida a los supuestos en que estos responsables se encuentren en el territorio del Estado firmante, pues su contenido y finalidad es evitar que ninguno de estos responsables pueda encontrar refugio en un país firmante de la Convención” (STS 296/2015, FJ 27°), y ello a pesar del carácter imperativo y no facultativo con que la jurisdicción universal otorga a los crímenes de guerra, pero que no obliga al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, salvo los supuestos de buscar, detener y enjuiciar ante los propios tribunales cuando los responsables se hayan refugiado u ocultado en su territorio.

Dentro de este contexto, la Sentencia afirma lo siguiente:

“Por lo tanto una interpretación sistemática, atendiendo al contexto de la norma, conduce a la misma conclusión.

En definitiva, es cierto que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema imperativo de jurisdicción universal. Pero lo hace en el sentido de imponer a cualquier país firmante la obligación de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y con independencia de su nacionalidad, exclusivamente en función de la naturaleza del delito.

Esta jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de buscarlos fuera de su territorio, y de reclamarlos en cualquier caso, máxime cuando esta obligación de reclamación no puede ser cumplida y atendida simultáneamente por todos los países firmantes de la Convención. El régimen establecido es de cooperación entre Estados, no de competición” (STS 296/2015, FJ 28°).

En conclusión, la Sentencia reconoce que “el modelo inicial de la LOPJ consagraba un sistema de jurisdicción universal absoluta e incondicionada. Pero este sistema, con independencia de la opinión particular que pueda sostenerse sobre él, no viene impuesto imperativamente con carácter general por los Tratados Internacionales

o por el Derecho internacional penal consuetudinario, ni tampoco viene impuesto específicamente por la Convención de Ginebra para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

En consecuencia, el legislador puede limitarlo, como lo ha hecho la Ley Orgánica 1/2014, a supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que se encuentre en España, sin que esta limitación constituya una violación de la Convención de Ginebra” (STS 296/2015, FJ 29°).

Con la finalidad de determinar, en base al principio de seguridad jurídica, los criterios sobre el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción basado en la competencia universal, establece que “conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción “in absentia” en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia” (STS 296/2015, FJ 29°).

El TS es consciente de la evolución del Derecho internacional público y de la integración normativa de los derechos humanos, y con fundamento al art. 7 de la CPI, estima que para la comisión de crímenes contra la humanidad no se requiere la existencia de conflicto bélico, pero ello no impide considerar que la persecución internacional de estas conductas delictivas deben de encontrarse previamente contempladas a nivel interno y añade que “los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del Derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones” (STS 296/2015, FJ 43°).

Pero además, es elemento esencial de la aplicación de la norma penal el principio de legalidad, que supone una garantía esencial frente al ejercicio arbitrario del *ius puniendi* por parte de los Estados y, aunque una condena basada en principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas pudiera ser permisible, al menos con carácter general, ello no impide la obligación de cada Estado a formular por exigencia del principio de legalidad el establecimiento de las conductas ilícitas de forma estricta y exigente en cumplimiento de los valores y garantías reconocidos en sus textos constitucionales.

Partiendo de esta reflexión, frente al derecho de las víctimas y su legítima satisfacción de acceder a la justicia para procurar el castigo de los responsables, debe contraponerse que ello sólo puede ser posible a través del cumplimiento de las exigencias y garantías del procedimiento y del principio de legalidad penal. Por ello el TS rechaza, en este caso concreto, la persecución del delito internacional cometido basada en la descripción típica exclusivamente establecida en norma internacional consuetudinaria, al afirmar que:

“[El] Derecho internacional penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al Derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI.

Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa. De ello cabe concluir que el Derecho internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles” (STS 296/2015, FJ 43°).

El TS estimó que no era necesario el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la modificación de la competencia universal y su limitación

establecida por la LO 1/2014, por cuanto “*el criterio de que los Tribunales españoles no obtienen su jurisdicción del Derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento, ya establecido por este Tribunal Supremo, debe reafirmarse en el caso actual, desestimando en consecuencia la alegaciones de inconstitucionalidad*” (STS 296/2015, FJ 43°).

Esta Resolución, basada en la modificación legislativa, fue objeto de duras críticas por parte del Profesor Esteve Moltó, que llama la atención sobre el hecho de que la prohibición del genocidio es una norma internacional de Derecho imperativo (*ius cogens*) como ha declarado la CIJ de forma reiterada y que el Estado puede incurrir en responsabilidad al no poner los medios judiciales necesarios para su persecución, estableciendo un criterio muy restrictivo a la justicia universal, con desconocimiento del valor normativo del Derecho internacional consuetudinario. Además en la Sentencia sorprende las valoraciones que, de corte político, se introducen en sus fundamentos señalando los enconados debates suscitados en el Congreso y en el Senado, que justificaban la necesidad de la reforma a la LOPJ debido a ciertos problemas en las relaciones internacionales que la interpretación expansiva de la jurisdicción universal estaba ocasionando (PIERNAS LÓPEZ (coord.); ESTEVE MOLTÓ, y VÁZQUEZ SERRANO, 2015: 373-375).

El Profesor Esteve Moltó pone de manifiesto en su comentario a la STS 296/2015 la contradicción en la que incurre, pues “*por un lado se reconoce que esta jurisdicción universal posee un "carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la comunidad internacional" y que en consecuencia "consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor"*”, mientras que por otro puntualiza que ello “*"no significa que estén obligados a extender dicha jurisdicción a personas que se encuentren fuera de su territorio"*[,] la sentencia alude al Derecho penal internacional en términos genéricos para concluir que no existe ninguna obligación convencional para que los Estados tengan que perseguir estos horribles crímenes internacionales”, e insiste en una interpretación que protege los intereses de los Estados en detrimento de las víctimas de crímenes internacionales, añadiendo “*en el fundamento de derecho sexto (...) que "la lucha*

contra la impunidad en el Derecho internacional penal no puede hacerse a costa de las garantías esenciales del Estado de Derecho”, criticando por ello lo aventurado de la posición adoptada por el Tribunal de no plantear una cuestión de inconstitucionalidad (PIERNAS LÓPEZ (coord.); ESTEVE MOLTÓ, y VÁZQUEZ SERRANO, 2015: 371-372).

La reforma legislativa contenida en la LO 1/2014 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario Socialista, en lo relativo a la jurisdicción universal, impugnando “formalmente la totalidad de la LO 1/2014, considerando que, en la medida en que restringe el ámbito de la jurisdicción universal previamente previsto en la LOPJ, provoca un efecto de regresividad atentatorio de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y lesiva de los derechos al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) y a que ese acceso se garantice, en condiciones de igualdad, a todos los ciudadanos españoles (art. 14 CE). Se entiende asimismo que la LO impugnada vulnera el artículo 10.2 CE, por afectar al contenido de la jurisdicción universal que determinados tratados firmados y ratificados por España otorgan a esa noción. Adicionalmente, se estima que la ley violaría el artículo 96 CE por cuanto modifica, sin seguir el procedimiento previsto en tal precepto, algunos tratados internacionales firmados por España que prevén la persecución universal de determinados delitos”.

La STC 140/2018, de 20 de diciembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto comenzando por determinar cuál es el ámbito de su competencia, así señala que *“este Tribunal ha de abstenerse asimismo de analizar los argumentos relativos a la «regresividad» de la ley orgánica impugnada considerados de forma autónoma. Este primer argumento de fondo de la demanda tampoco va asociado a la cita de precepto constitucional alguno que se invoque como vulnerado; y la acusación de regresividad se refiere a la comparación del nuevo régimen legal relativo a la extensión extraterritorial de la jurisdicción respecto del régimen anterior”* y añade conforme a su propia jurisprudencia que *“es una premisa básica, asociada al principio democrático, que el legislador del pasado no puede vincular al legislador del futuro y, por tanto, que no existe un genérico derecho al mantenimiento de la Ley y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo”* (STC 140/2018, FJ 2º).

Sobre el principio de “universalidad, también llamado de jurisdicción universal o de justicia universal, permite perseguir a quienes han cometido un crimen independientemente de la concurrencia del resto de criterios, y que es aplicable a la persecución de los delicta iuris gentium, crímenes particularmente graves por atentar contra el «Derecho de Gentes», los Derechos Humanos y afectar intereses fundamentales de la comunidad internacional”, pero añade que “este último, el principio de justicia universal, trasciende a su consideración como mera regla de atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la comunidad internacional, debiendo ser considerado, en su dimensión funcional, como una fórmula garante de un espacio universal de jurisdicción con el objetivo de erradicar la inmunidad respecto de la comisión de determinados crímenes, particularmente odiosos para la humanidad por ser agresiones muy graves de los derechos humanos” (STC 140/2018, FJ 3º), sin que por otra parte la Constitución defina la jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español. Por lo que exige una formulación legal, que se concreta a través de las previsiones de la LOPJ y de los tratados internacionales ratificados por España relativos a la persecución internacional de determinados crímenes.

Tras analizar las modificaciones operadas en la LOPJ en materia de jurisdicción y establecer el alcance de la misma conforme a su determinación legal, afirma que la jurisdicción universal es un principio de extensión de la jurisdicción sin reconocimiento constitucional, por lo que ha sido conectado con el derecho de acceso a la justicia y como consecuencia de ello, “el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (...). Por tanto, el legislador podrá definir las condiciones de acceso a la jurisdicción, entre las que podemos incluir las relativas a la definición de las competencias jurisdiccionales de los juzgados y tribunales, siempre y cuando tal definición normativa no imponga al justiciable «requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador»” (STS 140/2018, FJ 5º).

El TC, aun reconociendo que esa libertad del legislador está sometida a límites pues la configuración de las opciones normativas debe respetar los presupuestos constitucionales para garantizar su compatibilidad con el derecho de acceso a la justicia, interpretado a la luz de los tratados de Derechos Humanos firmados por España, concluye que no puede deducirse del sistema universal un modelo único y válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción, pues ello no se deduce del contenido de las resoluciones de la AG, tampoco de la CIJ, ni tan siquiera de la jurisprudencia emanada del TEDH⁷⁹⁶.

Tras ese examen de los precedentes vinculantes, concluye el TC: *“debe entenderse que el derecho de acceso a la jurisdicción, en particular, tal y como resulta interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al no tener un carácter absoluto, puede quedar sujeto, en su vigencia aplicativa, a unas limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en lo que respecta a los requisitos de*

⁷⁹⁶ “Por lo que hace a los tratados del sistema universal previamente citados, la lectura de los mismos permite concluir que no establecen un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción. Prueba adicional de ello es el contenido de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) 64/117, de 16 de diciembre de 2009; 65/33, de 6 de diciembre de 2010; 66/103, de 9 de diciembre de 2011; 67/98, de 14 de diciembre de 2012; 68/117, de 16 de diciembre de 2013; 69/124, de 10 de diciembre de 2014; 70/119, de 14 de diciembre de 2015 y 71/149, de 13 de diciembre. Todas ellas reconocen implícitamente que no existe dicho modelo, identificándose una amplia diversidad de opiniones expresadas por los Estados en relación con el alcance y aplicación de la universalidad de la jurisdicción.

Tampoco la Corte Internacional de Justicia ha abordado directamente la cuestión del alcance y eventual obligatoriedad del principio de jurisdicción universal. A pesar de que pudo hacerlo en las resoluciones de 14 de febrero de 2002 (orden de arresto de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo v. Bélgica) y de 16 de noviembre de 2010 (procedimiento penal iniciado en Francia, República del Congo v. Francia) y en la sentencia de 20 de julio de 2012 (cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar, Bélgica v. Senegal), en los tres casos se resuelven los asuntos sin profundizar en la cuestión del alcance de la jurisdicción universal que había sido planteada. Lo único que puede deducirse del conjunto de pronunciamientos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) y de la Corte Internacional de Justicia, así como de otros documentos de referencia, como los principios de Princeton sobre la jurisdicción universal, documento doctrinal presentado por la Misión Permanente del Canadá y la Misión Permanente del Reino de los Países Bajos ante las Naciones Unidas al Secretario General de Naciones Unidas el 27 de noviembre de 2001 (AGNU A/56/677), es que el Derecho internacional consuetudinario otorga a los Estados la facultad para atribuir competencia universal a sus jueces y magistrados, pero no les impone la obligación de hacerlo, dependiendo el ejercicio de dicha facultad de la relevancia que cada Estado atribuya a la relación entre el ejercicio de la soberanía en el marco de las relaciones internacionales y la garantía del imperio universal de los Derechos Humanos manifestada en la lucha contra la impunidad de los delitos más graves atentatorios de tales derechos. Esa facultad de los Estados se concreta a través de la firma de tratados internacionales en los que la jurisdicción universal puede conformar un principio de aplicación obligatoria, a través de la legislación interna del orden que se considere pertinente. Cuestión aparte es la determinación de las eventuales relaciones entre las previsiones convencionales y las establecidas en la legislación interna, determinación que, en el caso de la legislación española, viene contenida en el texto constitucional en los términos previstos en el artículo 96 CE” (STS 140/2018, FJ 5°).

admisibilidad de un recurso. Entre estas limitaciones, puede apreciarse la introducción de requisitos de procedibilidad en los supuestos de extensión de jurisdicción. Por tanto, la Ley Orgánica 1/2014 no es, considerada en su conjunto, contraria al artículo 10.2 CE en relación con el artículo 24.1 CE por definir el principio de jurisdicción universal de forma restrictiva. Y ello por cuanto no puede deducirse del Derecho internacional de los derechos humanos, que es parámetro de interpretación obligatorio para este Tribunal, un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción como el que defienden los recurrentes. El recurso debe ser desestimado en este punto” (STS 140/2018, FJ 5°).

Rechaza igualmente el TC el argumento de la arbitrariedad del legislador a la hora de restringir la competencia universal, señalando que: *“la opción asumida por el legislador resulta de todo punto razonable: la ley no puede excluir el principio de universalidad absoluta si existe un tratado internacional ratificado por España que lo prevea, a riesgo de resultar inaplicada en favor del tratado (art. 96 CE); pero tampoco está obligada a extender el alcance de la jurisdicción universal, por razón de la nacionalidad de la víctima, eliminando otros criterios de conexión con los intereses del Estado, si el legislador no lo considera oportuno por razones de política legislativa. En suma, que el acceso a la jurisdicción española de víctimas de nacionalidad española no se articule en virtud de este criterio de origen nacional, sino en virtud de la concurrencia de otros criterios seleccionados por el legislador, claramente expuestos en el precepto, y que se presuponen coherentes con el sistema de derecho internacional aplicable a la persecución de determinados delitos, no puede ser considerado más que como una opción legislativa que en nada se opone al respeto al principio de seguridad jurídica” (STC 140/2018, FJ 7°), terminando por rechazar igualmente la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Primera establecida en la LO 1/2014.*

B.2.1.2) Caso Falun Gong

El presente caso siguió procesalmente un camino similar al asunto del Tíbet y su archivo fue debido a la modificación de la LOPJ, sobre todo al alcance interpretativo que se le dio a la Disposición Transitoria Primera de la LO 1/2014.

Los hechos objeto de denuncia vinieron motivados por la persecución al movimiento religioso Falun Gong⁷⁹⁷ por parte del Presidente y Alto Dirigente del Gobierno de la República Popular de China, estimando que contra los miembros de dicho movimiento espiritual se habían cometido los delitos de genocidio y torturas, lo que motivó que el JCI núm. 2 resolviera inadmitiendo la misma por falta de jurisdicción de los tribunales españoles, Decisión que fue confirmada en apelación por el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, por Auto de 11 de mayo de 2004, igualmente al desestimar recurso de casación, la Sala 2ª del TS, en su Sentencia de 18 de marzo de 2005, confirmó la falta de competencia de la jurisdicción española. Fue el TC en la citada Sentencia núm. 227/2007 la que, estimando vulnerado el derecho de acceso a la justicia, declaró la nulidad y devolución del asunto al JCI para que se resolviera conforme al derecho fundamental que había sido vulnerado.

Tras la reforma en la competencia universal operada por la LO 1/2014, de 14 de marzo y sobre todo a tenor de lo establecido en su Disposición Transitoria Única, al disponer que *“las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella”*, determinó que el JCI núm. 2 por Auto de 2014 acordara la conclusión del sumario y su remisión a la AN, que en Decisión del Pleno de la Sala de lo Penal por Auto de 15 de julio de 2014 acordó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al estimar que no concurría los presupuestos tras la reforma legislativa para que los tribunales españoles tuvieran jurisdicción para perseguir y enjuiciar los hechos.

Igualmente, como aconteció en el asunto del Tíbet, fue interpuesto recurso de casación, que fue resuelto por la Sala Segunda del TS en Sentencia de fecha 8 de mayo del 2015, de que igualmente fue ponente el magistrado Conde-Pumpido Tourón. La fundamentación alegada y desestimatoria del recurso de casación interpuesto guarda

⁷⁹⁷ Movimiento espiritual, y también de carácter religioso, fundado por Li Hongzhi en China en 1992. Basado en técnicas de meditación y enseñanzas filosóficas, especialmente en los principios de “Verdad, Benevolencia y Tolerancia” (zhēn, shàn y rěn), tienen como fin el cumplimiento del deber cívico y respetar los valores de convivencia dentro de la colectividad.

Sin embargo, el Partido Comunista Chino, ante el temor de que este movimiento alcanzara la independencia del Estado debido al incremento de número de seguidores por medio de sus enseñanzas, inició una persecución contra éstos con el fin de erradicar el mismo, llegando incluso a cometer delitos que podrían ser perseguidos internacionalmente como la tortura.

intrínseca similitud con la dictada en fecha 6 de mayo de dicho año, con relación al genocidio del Tíbet, estimando nuevamente que tras la reforma no podría ser declarada la jurisdicción por los tribunales españoles sin vulnerar el principio de legalidad, por cuanto su dimensión constitucional viene establecida en el artículo 25.1 de la CE, pues el contenido del mismo supone desde dicha perspectiva *“una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal”* (con cita STC 283/2006), y añade que esa exigencia formal se extiende al presupuesto de que toda acción punitiva del Estado debe ser ejercida en el ámbito de su jurisdicción.

Así, el Tribunal razona que: *“La búsqueda de la impunidad en los delitos internacionales de especial gravedad, o en otras materias como el terrorismo o la criminalidad organizada, no puede conducir, en absoluto, a la vulneración de las garantías esenciales del proceso, entre las que se encuentra, de modo muy destacado, el principio de legalidad. Estas garantías no son, como se ha llegado a decir en alguna resolución, escollos que hay que superar o bordear en la persecución inquisitorial de la Justicia por cualquier medio, sino por el contrario, constituyen los auténticos pilares de nuestra civilización, que no se pueden desvirtuar o trivializar por muy relevante que se considere el delito perseguido. Porque en el proceso el fin nunca justifica los medios”* (STS 297/2015, FJ 13º).

Contra la STS recurrieron en amparo los querellantes, que fue resuelto por la Sala Segunda del TC en su Sentencia 10/2019, de 28 de enero, que atendiendo a la nueva regulación sobre la jurisdicción universal y su constitucionalidad resuelta por STC 140/2018, de 20 de diciembre, desestima la existencia de vulneración del derecho de acceso a la justicia al ser conforme a las Resoluciones de archivo dictadas y respetuosas con los derechos fundamentales.

El TC, siguiendo la doctrina expuesta por el mismo sobre la legitimidad del legislador para diseñar de forma más limitada la jurisdicción universal, recuerda que *“en aplicación al caso de autos de la doctrina constitucional expuesta, es preciso señalar que, en la medida en que la norma relativa a la jurisdicción atribuye la titularidad misma del poder de juzgar, la existencia de dicha norma constituye un*

presupuesto procesal insoslayable para dictar cualquier acto jurisdiccional en el seno de un determinado proceso. La jurisdicción, como potestad misma de juzgar, constituye una manifestación del principio de soberanía de cada Estado, de tal modo que si, más allá de sus fronteras, aquel ha delimitado el enjuiciamiento de un determinado tipo de asunto en función de ciertos puntos de conexión, los órganos judiciales no podrán iniciar o continuar la persecución penal más allá de aquellos límites jurisdiccionales. De ahí que los cambios relativos a las normas que regulan la jurisdicción puedan ser aplicables inmediatamente a todos los procesos en curso, sin que el escenario procesal surgido a partir de la vigencia de la nueva norma implique aplicación retroactiva alguna” (STC 10/2019, FJ 3º).

Con este fundamento centra la cuestión en la regulación dada a la Disposición Transitoria de la LO 1/2014, que ciertamente, sobre la pretendida base de ser una norma meramente procesal, sí que tuvo una gran repercusión en los procedimientos iniciados con anterioridad, incluso como en el presente caso que habían obtenido del propio TC, un reconocimiento de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ante lo irrazonable del archivo y de la denegación de acceso a la justicia (en este caso, STC 227/2007, de 22 de octubre), quebrando la seguridad jurídica y las expectativas generadas con la tramitación de la causa y su satisfacción en el ámbito judicial la apariencia del buen derecho que el legislador, con la regulación del régimen transitorio establecido en la Ley modificadora de la situación anterior, restringió al máximo.

El TC justifica en esta Sentencia y basándose en su propia jurisprudencia la legalidad de esta Disposición Transitoria equiparando los efectos de archivo en virtud de su aplicación a los mismos de un sobreseimiento provisional, señalando en el fundamento jurídico tercero lo siguiente:

“Este Tribunal considera que, como ya dijimos en la STC 181/2000, de 29 de junio, del principio de exclusividad de jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia (FJ 19). Tanto menos podrá, por consiguiente, compartirse una interpretación del alcance de dicho principio que llegue al extremo de consagrar una

auténtica cristalización del ordenamiento resultante de la labor interpretativa llevada a cabo por los jueces y magistrados en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales (por todas STC 139/2005, de 26 de mayo, FJ 3). Por tanto la previsión de una disposición transitoria como la que se cuestiona por los recurrentes no limita ese principio de exclusividad, como demuestra el hecho de que la aplicación de la disposición transitoria se articuló de modos diversos en aplicación de la potestad jurisdiccional de cada uno de los magistrados que estaban, al momento de entrada en vigor de la ley orgánica, instruyendo causas por crímenes cometidos en el extranjero con arreglo a la regulación previa.

Por otro lado, la disposición transitoria, al margen de identificarse como una regla de derecho transitorio de los procedimientos en curso, introduce una nueva delimitación del ámbito objetivo de la jurisdicción penal. A partir de este dato, la norma impugnada produce unos efectos similares a los del sobreseimiento provisional. Y ello en atención a que, una vez archivado el procedimiento, en el supuesto de que con posterioridad se constatare que en el mismo concurren los requisitos determinantes de la activación de la jurisdicción española en el delito en curso de enjuiciamiento, habría de suspenderse el sobreseimiento y reiniciarse el procedimiento. Tal sucedería, por ilustrar la idea con un sencillo ejemplo, de encontrarse el o los acusados en territorio español”.

La Sentencia dictada termina por reiterar los fundamentos realizados para estimar la constitucionalidad de una regulación limitada de la jurisdicción universal, conforme a lo expuesto en su anterior STC 140/2018, de 20 de diciembre.

B.2.1.3) Caso Ruanda y República Democrática del Congo

La STS 551/2015, de 24 de septiembre, siendo ponente de la misma Conde-Pumpido Tourón, sobre lo ya decretado en el caso Tíbet, en aplicación de la legislación interna modificada por la LO 1/2014, terminó por sobreseer con carácter provisional la causa, dictando para ello una segunda Sentencia, que revoca el archivo definitivo acordado por la AN, estimando que de la aplicación de la Disposición Transitoria no corresponde el sobreseimiento a ninguna de las categorías previstas en la LECrim, lo que permite en un futuro la reapertura del procedimiento, si concurren los presupuestos establecidos para el ejercicio de la jurisdicción.

Reafirma la fundamentación anterior sobre el nuevo diseño que de la jurisdicción universal realiza la LOPJ tras su modificación llevada a cabo por la LO 1/2014, sin que la misma pueda estimarse que viola las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español. Así afirma que:

“El fundamento de la facultad de todos los Estados para el enjuiciamiento de estos delitos se encuentra en su carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la comunidad internacional. Su respaldo en el Derecho internacional se encuentra en los Tratados Internacionales que especialmente facultan a todos los Estados a extender su jurisdicción al enjuiciamiento de estos delitos.

Estos Convenios facultan a los Estados para prever en sus ordenamientos el principio de Justicia Universal pero, según se deduce con nitidez de su texto, ordinariamente no la imponen. Establecen generalmente una cláusula según la cual se admite la jurisdicción penal extraterritorial ejercida conforme a las Legislaciones nacionales, añadiéndose el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no se conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio.

Pero, como es fácil comprobar en su texto, no se establece expresamente en esos Tratados que cada Estado parte deba imperativamente investigar y perseguir, sin limitación alguna, los hechos constitutivos de delitos internacionales ocurridos en el territorio de otros Estados. Es decir, de los Tratados, que configuran el Derecho penal internacional convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de jurisdicción universal absoluta o incondicionada” (STS 551/2015, FJ 3º).

Si bien el Tribunal dicta una segunda Sentencia, por cuanto estima que el sobreseimiento que procede acordar por la ausencia de jurisdicción, no es el sobreseimiento definitivo acordado por la Audiencia al tener un carácter singular y permitir la reapertura del procedimiento en cuanto se den los presupuestos exigidos para llevar a cabo el ejercicio de la jurisdicción.

B.2.1.4) Caso “campos de concentración nazis”

Por AAN (Pleno Sala de lo Penal), de fecha 15 de diciembre de 2014 y presidido entonces por el magistrado Grande-Marlaska, se desestima el recurso de apelación

contra el sobreseimiento y archivo previamente acordado, estimando de forma mayoritaria que la reforma de la jurisdicción universal no viola el Derecho internacional y que en el presente caso no existen nuevos elementos para seguir con el procedimiento. En esta Resolución cabe destacar el voto particular de cuatro de sus magistrados que discreparon con el acuerdo mayoritario, al ser partidarios del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, al entender que la reforma legal vulneraba derechos fundamentales individuales en cuanto se privaba del derecho a la tutela judicial efectiva causando un tratamiento discriminatorio de las víctimas de estos graves delitos internacionales con respecto a otras víctimas de delitos cuya atribución de jurisdicción sí se encontraban previstos en la propia LOPJ.

Interpuesto contra la anterior Resolución recurso de casación, éste fue desestimado por ATS de fecha 18 de abril de 2016, que sin entrar propiamente en la violación de los derechos de los tratados alegada por los recurrentes, estima que al tratarse de la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento deja sin efecto el sobreseimiento de la AN, salvo en los supuestos de la debida acreditación del fallecimiento de todos los imputados.

Esta Resolución de la que es ponente el magistrado Jorge Barreiro, pone de manifiesto uno de los puntos más controvertidos de la reforma señalando que: *“La nueva regulación del principio de justicia universal con respecto a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra ha procedido a una restricción tan sustancial del derecho de los ciudadanos españoles víctimas de tales delitos en el extranjero, que excluye de forma extrema su acceso a la jurisdicción para defender sus derechos dentro del territorio español, dadas las escasísimas posibilidades de que uno de los presuntos autores resida habitualmente en España”*, y añade *“la gran contradicción sustancial de la reforma queda evidenciada en el hecho de que mientras que los delitos más graves del Derecho penal internacional (lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra) son desplazados fuera de la competencia de la jurisdicción española, excepto para los supuestos de rarísimas excepciones anteriormente expuestas; en cambio, sí cabría encuadrar en el ámbito de nuestra jurisdicción los delitos de segundo grado del Derecho penal internacional, aunque también con unas restricciones que no se daban en la Ley Orgánica 1/2009, y mucho menos en la 6/1985”* (ATS 3240/2016, FJ 3º).

B.2.1.5) Caso Couso

Consecuencia del veredicto del caso Tíbet, el juez del JCI núm. 1 por Auto de fecha 9 de junio de 2015, sobre la base vinculante de la jurisprudencia del TS, concluye el sumario y lo eleva a la AN al estimar extensible a los procedimientos seguidos con similar fundamento la necesidad de acordar tras la reforma legal el sobreseimiento de la causa, lo que es confirmado con unanimidad por Auto de fecha 25 de noviembre de 2015, dictado por la sección 3ª de la Sala de lo Penal de la AN, todo ello al exigirse en la nueva regulación el requisito de que el imputado se encuentre en territorio español.

Tras el recurso formulado por la familia Couso y la Asociación Libre de Abogados, la misma fue resuelta por la STS de la Sala Segunda del 25 de octubre de 2016, siendo ponente de la misma el magistrado Granados Pérez, que confirma la Resolución de la AN reiterando los argumentos expuestos y estimando además que, a pesar de haberse alegado la posible vulneración de Derecho europeo, denegó el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), con el fundamento que: *“El rechazo a tal solicitud viene determinado por la ausencia de uno de sus presupuestos: que el órgano judicial albergue dudas sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión por carecer de la suficiente claridad. La aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sólo si al aplicarla aparece tal duda nace la necesidad de elevar la cuestión prejudicial; en particular los órganos jurisdiccionales de última instancia, en el sentido que los describe el artículo 267 TJUE. Entre ellos se encuentra esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”* (STS 797/2016, FJ 1º), criterio seguido por la STJUE de 6 de octubre de 1982, en el asunto Cilfit⁷⁹⁸.

La Sentencia también desestima el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre la restricción de la competencia universal realizada por la LO 1/2014. Esta Resolución recuerda que *“los Tribunales españoles solo tienen*

⁷⁹⁸ En el presente caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió la cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea [actualmente el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea], en virtud del cual considera que los jueces de los Estados Miembros no estarán obligados a instar este mecanismo, salvo que exista cuestión alguna sobre la interpretación de las normas comunitarias objeto de resolución o que dicha duda haya sido resuelta por el mismo Tribunal.

jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español, contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, sin que pueda extenderse dicha jurisdicción "in absentia" en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia” (STS 797/2016, FJ 1º). Igualmente considera que no se incumple las obligaciones internacionales establecidas en su artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 al afirmar que: “Lo que la Convención establece, con carácter imperativo, es que todos los Estados firmantes deben buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquier infracción grave, si estas personas se han refugiado u ocultado en su país, y deberá hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad y el lugar donde se cometió la infracción. La norma añade que el Estado firmante podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes, lo cual presupone que la persona responsable se encuentre en el territorio del Estado firmante, a disposición del mismo, que es lo que se necesita para poder entregarla. Por lo tanto una interpretación sistemática, atendiendo al contexto de la norma, conduce a la misma conclusión” (STS 797/2016, FJ 1º). Aunque sea cierto que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros tratados, establece un sistema imperativo de jurisdicción universal, la extensión de ésta sólo resultaría obligatoria cuando el responsable se encuentre en su territorio, pero esta jurisdicción no es imperativa ni se extiende a la obligación de buscarlo fuera del territorio del Estado, pues el régimen jurisdiccional establecido es de cooperación entre países y no de competición entre ellos, lo que resulta independiente a la libertad legislativa de los Estados para asumir facultativamente en su Derecho interno la extensión de su jurisdicción a los casos en que los responsables no se encuentren a su disposición (STS 797/2016, FJ 1º).

B.2.1.6) Caso “Flotilla de la Libertad”

En el caso de la denominada “Flotilla de la Libertad”, seguido por el abordaje de ocho buques que se dirigían a la Franja de Gaza para prestar ayuda humanitaria, que tras la intervención del ejército de Israel causaron el fallecimiento de nueve personas y más de

treinta heridos, fueron incoadas por el JCI núm. 5 diligencias en virtud de la querrela presentada por estos hechos, por si los mismos pudieran ser constitutivos de crímenes de guerra. El juez de instrucción, tras constatar que los hechos también estaban siendo investigados en Turquía, al pertenecer a dicha nacionalidad alguno de los buques abordados y al objeto de determinar el ejercicio de la jurisdicción española sobre dichos hechos, procedió a elevar al TS la preceptiva exposición razonada en la que se ponía de manifiesto que, aunque no concurrían los requisitos establecidos de los apartados a) y b) del artículo 23.4 de la LOPJ, podría concurrir en virtud del apartado p) el ejercicio de la jurisdicción española⁷⁹⁹ con fundamento en el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra.

El TS mediante Auto de 8 de abril de 2015, del que fue ponente el magistrado Valera Castro, estima que no concurren los hechos objeto de querrela en ninguno de los supuestos de atribución a la jurisdicción de los tribunales españoles, y en dicha Resolución afirma que:

“Teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, se examinará si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso, para determinar la disponibilidad de persecución: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer

⁷⁹⁹ El citado precepto determina que: “Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España”.

comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio” (ATS 20093/2015, FJ 2º).

La falta de acreditación sobre la concurrencia o no de los presupuestos legalmente exigidos es la que determina que no se ha acreditado causa de excepción a la exclusión de la jurisdicción universal en los hechos objeto de querrela (ATS 20093/2015, FJ 3º).

Remitida la causa al JCI, éste por Auto de 17 de noviembre de 2015, estimó necesaria para la acreditación de dicha excepción la práctica de diligencia, consistente en remitir una comunicación a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad al estimar que ello resultaba necesario para cumplir las obligaciones internacionales ante la gravedad de los hechos y la calificación jurídica de los mismos.

Interpuesto contra dicha Resolución recurso de apelación, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, por Auto de 22 de diciembre de 2015, anula la comunicación cursada al estimar de que no es una decisión inocua y que implica una actividad investigadora que sólo puede ser adoptada en el ejercicio de la jurisdicción, al carecer de ésta, sin jurisdicción no existe procedimiento.

B.2.1.7) Caso “torturas de Guantánamo”

En el caso de las torturas de Guantánamo seguido por el traslado y trato degradante en centros de detención ilegal ante el JCI núm. 5, este juzgado dicta con fecha 15 de julio de 2015 dos autos; el primero de ellos denegando la práctica de diligencia de investigación que le habían sido solicitadas y el segundo aplicando la doctrina del caso Tíbet, remitiendo la causa a la AN al estimar que debe ser apreciada la falta de jurisdicción de los tribunales españoles en el presente caso.

Recurrida la Resolución dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN del 8 de enero de 2016, completada por Auto de 15 de enero por el que se acordó el sobreseimiento del procedimiento, se interpuso recurso de casación que fue resuelto por STS el 18 de noviembre de 2016, del que resultó ponente el magistrado Granados Pérez, que desestima los recursos interpuestos y confirma la resolución de sobreseimiento, apoyándose para ello en la doctrina ya sentada por la Sentencia 551/2015, de 24 de septiembre, que examina supuestos similares.

Se resalta que, a pesar de fundarse los hechos en el Derecho internacional humanitario, obligación establecida en el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el mismo no impone un determinado modelo de jurisdicción universal, así señala que:

“Lo que la Convención establece, con carácter imperativo, es que todos los Estados firmantes deben buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquier infracción grave, si estas personas se han refugiado u ocultado en su país, y deberá hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad y el lugar donde se cometió la infracción. La norma añade que el Estado firmante “Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes”, lo cual presupone que la persona responsable se encuentre en el territorio del Estado firmante, a disposición del mismo, que es lo que se necesita para poder entregarla. Por lo tanto una interpretación sistemática, atendiendo al contexto de la norma, conduce a la misma conclusión.

En definitiva, es cierto que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema imperativo de jurisdicción universal. Pero lo hace en el sentido de imponer a cualquier país firmante la obligación de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y con independencia de su nacionalidad, exclusivamente en función de la naturaleza del delito. Esta jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de buscarlos fuera de su territorio, y de reclamarlos en cualquier caso, máxime cuando esta obligación de reclamación no puede ser cumplida y atendida simultáneamente por todos los países firmantes de la Convención. El régimen establecido es de cooperación entre Estados, no de competición. Todo ello con independencia de que un Estado pueda asumir facultativamente, en su legislación interna, la extensión de su jurisdicción a supuestos en que los responsables no se encuentren a su disposición. Pero esta amplitud en el ejercicio de la jurisdicción, asumida en la versión inicial de nuestra LOPJ, no viene impuesta necesariamente por la Convención de Ginebra” (STS 869/2016, FJ 5º).

B.2.1.8) Caso “vuelos de la CIA”

Con fecha 17 de noviembre de 2014, la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la AN, en su Auto núm. 346/2014, dictado en las diligencias previas 109/2006 seguidas ante el JCI núm. 2, del que fue ponente el magistrado Enrique López López, vino a confirmar el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones penales, que fueron seguidas por los vuelos realizados por la Agencia Internacional de Inteligencia de los Estados Unidos y utilizados para trasladar a los detenidos de forma ilegal a prisiones donde se sospechaban que eran objetos de torturas.

Esta Resolución estima que la jurisdicción penal carece de competencia universal para el conocimiento de estos hechos y centra la cuestión sobre el principio de territorialidad en la atribución de la jurisdicción, pues sobre la base del delito cometido (la detención ilegal), al tener naturaleza permanente debe estimarse que de haberse cometido el mismo, éste se produjo en territorio nacional. Así señala que: *“Al margen de que el título de imputación lo sea como autores o cómplices, lo que es cierto, es que los delitos de cometerse, se estaban cometiendo antes y después de la escala aérea en España, de tal modo que como se ha dicho, el permiso de arribo hubiera permitido que este tipo de delitos de carácter permanente (la detención ilegal) se produjera también en España; ahora bien, para poder imputárselos a los denunciados sería necesario que tuvieran racional y puntual conocimiento de lo que estaba ocurriendo, y no meras sospechas sobre la existencia de centros de detención secretos en diferentes puntos del mundo”* (AAN 346/2014, FJ 2º). Es más, la parte recurrente pretendió una ampliación de la imputación bajo el ejercicio de la jurisdicción universal por hechos criminales acaecidos fuera del territorio, determinando la Sala de que ello estaba fuera del recurso interpuesto y añadiendo que: *“Las presentes actuaciones se iniciaron por unos hechos presuntamente cometidos en España al haber arribado en territorio español aeronaves donde podría haberse cometido tales hechos y nada más. No es un escrito de recurso el medio adecuado para extender la investigación a hechos diferentes a los que dio lugar la incoación de este procedimiento por más conexidad que exista. Aun así y a la espera de que se pronuncie al respecto y con carácter genera el Pleno de la Sala de lo Penal de esta Audiencia, la Sala no comparte la lectura que se hace de los artículos 129 del III y 146 de IV Convenio de Ginebra de 1949, puesto que la obligación que se impone a las partes contratantes es la de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer una cualquiera de las infracciones graves y de hacerlas comparecer*

ante los propios Tribunales, sea cual fuere la nacionalidad, se refiere a los autores encontrados en el territorio de tales estados, y en su consecuencia se dice en el último de los preceptos que podrá, si lo prefiere, entregarlas para que sean juzgada por otra parte contratante interesada. Lo cual ahonda en la tesis de que el imputado ha de estar en el territorio de la parte contratante que inicia la investigación. Lo contrario, siendo posible, depende la política legislativa de cada país, pero en cualquier caso este tema no es objeto de este recurso” (AAN 346/2014, FJ 5°).

La AN estimó que la jurisdicción penal española era competente para el conocimiento de los hechos, pero mantuvo la decisión del sobreseimiento provisional al no constar justificada en la causa los indicios de participación de personas debidamente identificadas en la comisión del delito. Dicha Resolución estimó que se había agotado toda posible investigación sobre los hechos sin que hubiera habido avances en la identificación de los posibles responsables, así: *“De todo lo instruido podemos concluir que la única forma de obtener la identidad de las diferentes tripulaciones es mediante la oportuna información de la CIA norteamericana y de los informes que al recepto obre en el CNI español y todo esto se ha intentado” (AAN 346/2014, FJ 4°).*

El magistrado José Ricardo de Prada Solaesa, en su voto particular contra la anterior Resolución, mantuvo que la causa no debió sobreseerse, sino insistir en la práctica de diligencias que ultimara su instrucción basándose para ello en la propia normativa internacional, que estima aplicable a los crímenes contra los derechos básicos de protección que deben ser dispensados a los prisioneros de guerra o civiles participantes en hostilidades, capturados en situaciones de conflicto armado. Así, añade que *“los artículos 129 y 146 del III y IV Protocolo [de la Convención de Ginebra] respectivamente, referidos a las sanciones penales establecen además del compromiso de las partes contratantes de tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente, la "obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes". También*

que *"las Partes Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio"*, lo que constituye una obligación que se extiende no solo a los Estados en conflicto armado sino también de terceros Estados” (AAN 346/2014, Voto Particular del magistrado José Ricardo de Prada Solaesa, Fundamento 3°).

Igualmente, en su voto particular mantiene su disconformidad sobre el ejercicio de la jurisdicción exclusivamente basada en el principio de territorialidad, estima que debe ser aplicado el principio de jurisdicción universal, pues *“los hechos, no solamente los producidos en España, también los producidos en otros lugares y que constituyen crímenes internacionales serían susceptibles de ser perseguidos internacionalmente, especialmente al tratarse de crímenes de guerra previstos en los Convenios de Ginebra y que como se ha señalado obligan a todos los Estados partes a su persecución, independientemente de donde se hayan producido, sin que la ley ordinaria española, con las limitaciones contenidas en el art 23.4 de la LOPJ, pueda ir en contradicción con este mandato internacional, siendo en todo caso los Convenios de Ginebra derecho de aplicación preferente”* (AAN 346/2014, Voto Particular del magistrado José Ricardo de Prada Solaesa, Fundamento 6°)⁸⁰⁰.

Aunque este Auto fue objeto de recurso de casación, el mismo fue desestimado por la STS 507/2015, de 28 de julio, del que fue ponente el magistrado Julián Sánchez Melgar, por razones de inadmisibilidad procesal al no poder ser objeto de casación la impugnación de Auto de sobreseimiento provisional, exponiendo que: *“la ley posibilita la intervención de esta Sala Casacional, concediendo este recurso, únicamente cuando exista alguna discrepancia judicial sobre la inexistencia de delito, pero no -desde luego- cuando sobre esta cuestión no se haya planteado ninguna divergencia entre los distintos órganos judiciales que hayan podido entender sobre tal problemática. Dicho de otra manera: si todos los órganos judiciales no han tenido duda acerca de que los hechos investigados (hechos sumariales, dice concretamente la ley) no son constitutivos de delito, no puede acceder al Tribunal Supremo mediante un recurso extraordinario de*

⁸⁰⁰ Téngase en cuenta que el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Audiencia Nacional de fecha 3 de noviembre de 2005 unificó criterios estimando que conforme a la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en este asunto no concurrirían los presupuestos para estimar de aplicación la jurisdicción universal, tal y como consta redacta en el artículo 23.4 y Disposición Transitoria del citado texto normativo.

casación. En suma, la condición legal fijada es bien clara: que alguien se hallare procesado como culpable de un delito (art. 848), pues en caso contrario, no es posible el recurso de casación. Y para determinar si alguien “se hallare procesado” en el procedimiento abreviado, esta Sala ha declarado que debe haber “recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal, la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables” (STS 507/2015, FJ 2º).

B.2.2) Asuntos en los que se mantiene la competencia de los tribunales españoles conforme a la jurisdicción universal

B.2.2.1) Caso Carmelo Soria

En el presente caso, se trataba de la exigibilidad de responsabilidad penal por la comisión de delito de desapariciones forzadas que eran instruidos en varias piezas separadas emanadas del sumario seguido por la llamada operación Cóndor y que fueron archivadas por Auto de fecha 23 de mayo de 2014. Sin embargo, la pieza relativa al funcionario hispano-chileno Carmelo Soria, desaparecido y asesinado por agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional durante la dictadura de Augusto Pinochet, al constituir delito de terrorismo y siendo la víctima española, permitió la continuación de la instrucción por ATS de fecha 8 de abril de 2015. Tras constatar la inacción chilena y la ausencia de reparación denunciada por el Informe 13/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), se refuerza la conclusión alcanzada basada en el caso Ellacuría, en cuyos Autos de fecha 20 de abril de 2015 y 4 de enero de 2016, se reforzaba el interés social en la investigación y enjuiciamiento del delito imputado.

Siguiendo con la anterior doctrina, el ATS de fecha 20 de octubre de 2015, del que fue ponente el magistrado Jorge Barreido, afianza el conocimiento de la jurisdicción española de este caso considerado de delito de terrorismo con víctima española, centrando el objeto del veredicto en la ponderación del principio de subsidiariedad en los términos que expone el artículo 23.4 de la LOPJ, que concurriría “*cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal*” (ATS 20092/2015, FJ 2º), y añade que “*el propio precepto precisa cuáles son las pautas interpretativas que nos deben guiar a*

la hora de dilucidar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado por parte de las autoridades del país en que se perpetraron los hechos: "A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia "" (ATS 20092/2015, FJ 2°).

Tras analizar la información remitida por el Juez del JCI, el TS concluye que la instrucción llevada en Chile revela que no ha existido en ningún momento, ni todavía existe, una investigación diligente y eficaz sobre lo ocurrido, concluyendo que el lugar donde ocurrieron los hechos no existe voluntad del Estado para investigar lo mismo, atendiendo a la escasa entidad y relevancia de las diligencias practicadas por la justicia chilena (ATS 20092/2015, FJ 3°).

B.2.2.2) Caso Ellacuría

El JCI núm. 6 elevó a la Sala del TS cuestión de competencia con el objeto de determinar si resultaba aplicable la jurisdicción española en la persecución de los responsables por el asesinato de Monseñor Ellacuría y los jesuitas Ignacio Martín Varó, Segundo Montes, Amando López, Juan Ramón Moreno y Joaquín López acontecido el 17 de noviembre de 1989 a manos de un pelotón del batallón de infantería de reacción inmediata “ATLACATL”, vinculado al ejército salvadoreño. En su exposición razonada se puso de manifiesto la falta de una investigación eficaz y justa realizada por las autoridades de El Salvador, lo que determinó el incumplimiento de un resultado justo por dicho crimen calificado de terrorista.

El TS, por Auto de la Sala de lo Penal de 20 de abril de 2015, que resolvía el recurso núm. 20962/2014, estimó la jurisdicción española para la persecución y

enjuiciamiento de los responsables. Dicha Resolución fue dictada conforme a la doctrina establecida en el caso Carmelo Soria, y mantiene con la misma identidad de fundamentación jurídica. El magistrado ponente Marchena Gómez, tras analizar la evolución realizada en la competencia universal tras la reforma legislativa en España, señalaba que: *“La justicia universal, declarábamos en la STS 592/2014, de 24 de julio, ha sufrido una evolución; de manera que inicialmente, tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de definirse como de pura justicia universal, en tanto que carecía de cualquier condicionante jurídico; una segunda concepción, inaugurada mediante la modificación operada en 2009 (LO 1/2009, de 3 de noviembre), que podemos adjetivar de justicia universal con exigencia de una conexión nacional, o vínculo relevante que nos relacione con el hecho perseguido; y la vigente, que nace con la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en donde preponderantemente se atiende a la configuración de los tratados internacionales y el grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los Estados firmantes”* (ATS 20962/2014, FJ 2º), y añade, conforme a la Disposición de Motivos de la LO 1/2014, que: *“La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice (...)”* (ATS 20962/2014, FJ 2º).

El magistrado parece ser consciente de los riesgos que supone la constatación de que un Estado, llamado a ejercer su jurisdicción, no esté dispuesto a realizarla o no pueda realmente hacerlo, por eso afirma que: *“La valoración sobre esa imposibilidad objetiva o esa falta de intención del Estado correspondiente para llevar a cabo la investigación habrá de realizarse por esta Sala de lo Penal, que habrá de tener en cuenta para ello los parámetros fijados por el legislador. Esta valoración, por otro lado, supone enjuiciar la actuación de la Administración de Justicia de otro Estado, no está exenta de dificultades y puede conllevar el análisis de cuestiones complejas, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista político-diplomático e incluso histórico, que exigen a este Tribunal prudencia en su ejercicio”* (ATS 20962/2014, FJ 2º).

Pero valorando el razonamiento expuesto por el instructor y el contenido del Informe de la CIDH núm. 136/99, de 22 de diciembre, unido a que los inicialmente declarados culpables por los tribunales salvadoreños fueron beneficiados por una ley de amnistía general, determinó la convicción de que no existió una investigación diligente y eficaz sobre lo ocurrido, ni un proceso imparcial u objetivo (ATS 20962/2014, FJ 3°).

Afirmada por esta Resolución que los tribunales españoles ostentan jurisdicción para el conocimiento de los hechos, el JCI núm. 6 por Auto de fecha 14 de enero de 2016, continuó la causa contra los 18 querellados, consiguiendo la extradición de Inocente Orlando Montano por parte de las autoridades de los Estados Unidos, donde se encontraba, en la que cabe destacar la autorización de extradición judicialmente acordada el 5 de febrero de 2016, en cumplimiento del Tratado de Extradición entre Estados Unidos y España, y más aún, al tratarse de delito de terrorismo y en aplicación del principio de personalidad pasiva⁸⁰¹, siendo posteriormente condenado como autor de cinco delitos de asesinato con carácter terrorista a 30 años de prisión mediante Sentencia de la AN de 11 de septiembre de 2020, por el que resuelve el recurso núm. 4/2015.

Esta SAN recuerda el marco jurídico convencional de la extradición, señalando que: “(...) en virtud de la aplicación del principio de especialidad en materia de extradición, conforme al cual el país requirente y receptor del entregado se compromete a no juzgar a éste por hechos anteriores diversos de aquél o aquéllos que sirvieron de justificación para la entrega por parte del país que ejecuta la detención y entrega (...)” (SAN 4/2015, FJ 3°)⁸⁰².

⁸⁰¹ Sobre la citada autorización de extradición, véase “In re request by Spain for the extradition of Inocente Orlando Montano Morales”, Certification of Extraditability & Order of Commitment, The United States District Court for the Eastern District of North Carolina, Northern Division of 5 February 2016, reference No. 2:15-MJ-1021-KS.

⁸⁰² Así: “La doctrina que ha analizado el alcance de este principio concluye que el Estado que recibe al sujeto no puede extender el enjuiciamiento ni la condena a hechos distintos de los que específicamente motivaron la extradición, ni someterle a la ejecución de una condena distinta. El Estado reclamante debe enunciar taxativamente el tipo de delito que está comprendido en el tratado y por el que se solicita la entrega y no puede enjuiciar ni castigar al extraditado más que por ese delito. Consiste, en definitiva, en que ninguna persona extraditada podrá ser detenida, procesada o penada en el estado requirente por un delito cometido con anterioridad a la fecha de la solicitud de su extradición y que sea distinto del propio delito por el cual se ha concedido la misma. Su naturaleza es doble, pues siendo una prerrogativa del Estado requerido, también cumple una función de garantía para el reclamado. Por tanto, el principio se orientaba tradicionalmente tanto a proteger la soberanía del Estado requerido como a la defensa de la persona entregada, pues ambos resultarían perjudicados si, una vez efectuada la entrega, ésta pudiera

B.2.2.3) Caso “Boko Haram”

El JCI núm. 4 admitió denuncia contra los líderes del grupo yihadista Boko Haram por actos de terrorismo contra la población civil acontecido en marzo de 2013 en Nigeria, estimando la competencia de la jurisdicción española conforme al artículo 23.4 e) de la LOPJ, al existir víctimas con nacionalidad española⁸⁰³.

Bajo este criterio de personalidad pasiva se constata, además, que no se ha iniciado proceso judicial alguno sobre estos hechos, ni en Nigeria, ni en otros Estados, ni por la CPI o por cualquier otro tribunal penal internacional, pudiendo perseguirse estos hechos como constitutivos de delito de terrorismo y de lesa humanidad, toda vez que dicho grupo se encuentra asociado a Al Qaeda conforme al listado realizado por el Comité del CSNU (PIERNAS LÓPEZ (coord.); ESTEVE MOLTÓ, y VÁZQUEZ SERRANO, 2015: 389-390).

A juicio del Profesor Esteve Moltó, “*este auto puede abrir una nueva vía para perseguir graves violaciones de Derechos Humanos, y así evitar la definitiva defunción de la jurisdicción universal en España*” (PIERNAS LÓPEZ (coord.); ESTEVE MOLTÓ, y VÁZQUEZ SERRANO, 2015: 390).

B.2.2.4) Caso Sáhara

En el presente caso, las diligencias penales tenían por objeto la investigación de la presunta comisión de los delitos de asesinatos, detenciones y desapariciones de personas

ser enjuiciada o condenada por hechos distintos que no hubieran permitido la extradición” (SAN 4/2015, FJ 3°).

⁸⁰³ La incoación del caso fue realizada por Auto de fecha 27 de mayo de 2015, fue afectada en virtud de la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, que afecta al procedimiento conforme a la redacción dada al segundo punto del apartado e) del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone lo siguiente: “*Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo; 3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; 5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; 6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; 7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o, 8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.*

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles”.

de origen saharauí llevados a cabo contra los civiles por miembros pertenecientes a las fuerzas militares y policiales marroquíes, que tendría por finalidad ocupar el territorio del Sáhara Occidental.

Seguida la causa ante el JCI núm. 5 de la AN, con fecha 9 de abril de 2015, se dicta Auto de procesamiento, ordenando que sean cursadas órdenes internacionales de *busca y captura* contra personas concretas que habían sido identificadas en la participación de dichos delitos, incluido genocidio, amparándose para ello en lo establecido en el artículo 2 de la Convención de Ginebra de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, al estimar que concurren los elementos requeridos en dicha convención internacional, pues: “*cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*”. Y tales hechos son: “a) *Matanza de miembros del grupo. b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*” (AAN 1/2015, FJ 2º).

Con relación a la competencia universal de España, de la misma lectura del Auto en el que se establece y diferencia los tiempos en que fueron cometidos los hechos, se recuerda que la población establecida en el territorio del Sáhara occidental era considerada como nativa o indígena “*aunque legalmente tenían la consideración de españoles, tal y como ha reconocido posteriormente la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 1026/1998, de 28 de octubre de 1998*” (AAN 1/2015, FJ 2º), y por ello, son los criterios de territorialidad y de personalidad pasiva los que determinaron la continuación del procedimiento. Además, considera que atendiendo al carácter continuo y permanente de los delitos imputados, especialmente el de desapariciones forzadas, los hechos no pueden estimarse que hayan sido prescritos basándose para ello no sólo en la norma interna, sino también en “*el art. 5 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 2006, ratificado por España*⁸⁰⁴” (AAN 1/2015, FJ 2º).

⁸⁰⁴ Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 18 de febrero de 2011.

B.2.2.5) Casos de “narcotráfico internacional”

En el supuesto específico del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción española en los casos de narcotráfico, nos encontramos con precedentes que, de forma excepcional y específica, se distancian de la doctrina interpretativa surgida sobre los límites de la jurisdicción universal tras la reforma de la LOPJ, realizada por LO 1/2014. El TS ha podido analizar la competencia de la jurisdicción española en la Sentencias núm. 592/2014, de 24 de julio⁸⁰⁵, que son seguidas por las posteriores de 765/2014, de 5 de noviembre⁸⁰⁶; 866/2014, de 11 de diciembre⁸⁰⁷ y 847/2015, de 5 de diciembre⁸⁰⁸.

En la Sentencia 592/2014, dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal del TS, se parte de lo dispuesto en el artículo 23.4 de la LOPJ que, a pesar de establecer aparentemente la competencia de la jurisdicción española para conocer de la persecución y enjuiciamiento de los responsables por delito de tráfico de sustancias de estupefacientes conforme a los apartados d), i) y p) del citado apartado 4 del artículo 23⁸⁰⁹ de la citada LOPJ, en el caso sometido a la consideración del Tribunal y consistente en la aprehensión del buque mercante Mayak, con bandera de Sierra Leona, que se encontraba en aguas internacionales cercanas a la bahía de Alhucemas (Marruecos) y de la isla de Alborán (España), en el que se intervinieron más de quince toneladas de hachís, siendo detenidos sus ocho tripulantes de nacionalidad siria,

⁸⁰⁵ Ponente el magistrado Sánchez Melgar.

⁸⁰⁶ Siendo ponente el magistrado Valera Castro.

⁸⁰⁷ Siendo ponente el magistrado Del Moral García.

⁸⁰⁸ Ponente el magistrado Jorge Barreido.

⁸⁰⁹ Así, “la nueva redacción del número 4, en lo que aquí interesa, a efectos de resolver el presente recurso, dispone:

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

(...) d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

(...) i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

(...) p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos»”.

afirmando la Sentencia que la jurisdicción española resulta aplicable, al ser autorizado su ejercicio por los tratados internacionales sobre el narcotráfico y en virtud de lo establecido en el artículo 96.1 CE. En este caso la concreción de la extraterritorialidad viene determinada por la naturaleza del delito y las circunstancias contempladas en el artículo 23.4 d) de la LOPJ, que resulta de aplicación.

Refuerza dicha afirmación el Tribunal basándose en normas de Derecho internacional, según el siguiente fundamento: *“El art. 108 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (Montego Bay) bajo el epígrafe de “Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, declara: Todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales. Todo Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas podrá solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico. La referida convención internacional, está constituida por la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por Instrumento de 30 de julio de 1990”, y este ejercicio de competencia universal lo fundamenta el Tribunal en lo dispuesto de esta Convención, que “tiene como principio que los Estados firmantes parten de su profunda preocupación «por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad». Por lo que pretenden «concertar una convención internacional que sea un instrumento completo, eficaz y operativo, específicamente dirigido contra el tráfico ilícito, en la que se tomen en cuenta los diversos aspectos del problema en su conjunto, en particular los que no estén previstos en los tratados vigentes en la esfera de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas»” (STS 592/2014, FJ 5º).*

En conclusión, establece como doctrina para la aplicación de la jurisdicción que *“en los casos de delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cometidos en medios marinos, el apartado d) del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere jurisdicción a las autoridades españolas para el*

abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco (artículo 17.3 y 4 de la Convención)” (STS 592/2014, FJ 5º).

En la siguiente STS 755/2014, de 5 de noviembre, con igual fundamento, se declara la competencia de la jurisdicción española para perseguir y enjuiciar el delito de narcotráfico, al incautarse en el interior de la embarcación con bandera turca, Berk Kaptan, la cantidad de casi doce toneladas de hachís, intervenidas en aguas internacionales. La Sentencia profundiza en la interpretación dada por el Pleno de la Sala Segunda del TS del artículo 23.4 de la LOPJ (STS 592/2014, de 24 de julio), reforzando la obligatoriedad del enjuiciamiento al reiterar que *“art. 22.2 en su letra a), apartado iv), del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, y la Convención Única de 1961, sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972”, que establece que “iv) Los referidos delitos graves cometidos tanto por nacionales como por extranjeros serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición de conformidad con la ley de la Parte a la cual se la solicita, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado” (STS 775/2014, FJ 3º).*

Autorizada por las autoridades de Turquía el abordaje en alta mar, conducido el buque a territorio español y puestos los detenidos a disposición judicial, estima que en este caso los tratados internacionales les obligaban y no sólo les facultaban a enjuiciar a los responsables, concluyendo que no constando ninguna petición de extradición, y *“conforme al más elemental sentido común en la interpretación del marco normativo descrito lleva a la conclusión de que el Estado español viene obligado (\neg serán juzgados dicen los artículos 22 y 36 del Convenio y Convención de 1961 y 1971 \neg) [a enjuiciarlos]. De otra suerte la intervención legítima y obligatoria en alta mar se habría mudado en relevante obstrucción de la legítima e inequívoca voluntad internacional de persecución al haber frustrado cualquier intervención y otro Estado con el abordaje y detención de los tripulantes” (STS 775/2014, FJ 4º), todo ello porque se carecen de instrumentos jurídicos para resolver hipotéticamente conflictos negativos sobre la jurisdicción.*

En el mismo sentido, también viene a aplicar esta doctrina la STS 847/2014, de 5 de diciembre, que tenía por objeto determinar si los tribunales españoles eran competentes para enjuiciar a los responsables de delito de narcotráfico por la aprehensión del buque Moon Light, realizada en aguas internacionales entre las costas de Argelia y de España, interviniéndosele casi diez toneladas de hachís y procediendo a la detención de sus ocho tripulantes. La Sentencia reitera el criterio establecido por el Pleno de la Sala Segunda del TS y, anulando las resoluciones emanadas por el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, reitera en su fundamentación que la jurisdicción española es competente conforme al artículo 23.4 LOPJ, pues con relación al delito de tráfico de drogas atribuye una triple aplicación de su competencia universal, así: *“por la letra d) los delitos cometidos en los espacios marítimos cuando un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional permitan atribuir a España su competencia para tal represión punitiva; por la letra i) los delitos cometidos fuera de nuestro espacio territorial de soberanía, pero excluidos también de los espacios marinos, cuando la comisión de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes pueda ser imputado a un español o se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español (aspectos éstos referidos tanto a la comisión en el espacio aéreo como en otro espacio territorial nacional en donde aparezca una conexión delictiva con nuestra soberanía); finalmente, por la letra p), cualquier delito cuya persecución nos imponga con carácter obligatorio un tratado vigente en España u otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”* (STS 847/2014, FJ 2º con cita de la STS 596/2014).

Por último, también debemos destacar, en asunto similar, la STS 866/2014, de 11 de diciembre, para el enjuiciamiento de la tripulación del barco pesquero Aseel, bajo pabellón de Tanzania, inspeccionado en aguas internacionales y custodiado al puerto de Almería, donde tras ser registrado le fueron intervenidas dieciséis toneladas de hachís, ocultadas tras un doble mamparo de su bodega. En este caso, aunque el Ministerio Fiscal consideró que *“la zona contigua no constituye mar territorial, pero se diferencia de la alta mar en que permite el ejercicio de competencias en materia de infracción de las leyes y reglamentos aduaneros, de contrabando y otros, según la disposición adicional de la citada ley, de modo que la vigente ley de contrabando (Ley Orgánica*

6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando), tipifica, como autores de delito de contrabando, en su artículo 2.g), a los que "alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua, o en las circunstancias previstas por el artículo 111 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982", y en el apartado 3 de dicho artículo declara que cometen, asimismo, delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros” (STS 866/2014, AH 1º). El Tribunal reconduce la solución a la interpretación que conforme a sus precedentes habían realizado del artículo 23.4 de la LOPJ y aunque recuerda que la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 justifica la reforma en la necesidad de que “la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional” (STS 866/2014, FJ 4º), terminando por señalar que aunque no basta la mera facultad o la simple posibilidad de que los tratados atribuya jurisdicción al Estado español, en estos casos, tales tratados internacionales la otorgan de forma efectiva como se puede deducir de los artículos 4 y 16 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Las anteriores Sentencias terminaron por revocar el criterio seguido por la AN que estimaba que en estos asuntos no concurrían los presupuestos para el ejercicio de la jurisdicción española, que inicialmente confirmaron los sobreseimientos de las causas seguidas ante los JCI, lo que tuvo como inmediata consecuencia la puesta en libertad de

los responsables de estos delitos de narcotráfico, pues la revocación posterior de dichas resoluciones por el criterio interpretativo realizado tras el Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS no pudo evitar el cese de las medidas cautelares adoptadas durante la instrucción, además de la aparente contradicción con el criterio seguido en aquellos casos del ejercicio de la competencia universal basado en el Derecho humanitario, no entrando tampoco en considerar la aplicación de criterio de subsidiariedad que podría justificar el ejercicio de la jurisdicción española a pesar de las reformas.

En la STS 101/2015, de 23 de febrero, también con relación al delito de narcotráfico, se aborda un supuesto de concurrencia de jurisdicciones que tenía como hechos la participación en el tráfico ilícito de estupefacientes incautada en los puertos de Buenos Aires y Santos (Brasil), y que, al menos de forma parcial, fueron investigados ante el Juzgado de lo Penal Económico Nº 5 de Buenos Aires. Los recurrentes estimaban que, en este caso, la jurisdicción española carecía de competencia por la intervención de otro tribunal, además de la falta de concurrencia de los presupuestos procesales al no existir querrela del Ministerio Fiscal, que resultaba obligatoria tras lo establecido en el artículo 23.2 LOPJ, sin que pudiera considerarse que tenga efecto alguno retroactivo la Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de la modificación de la LOPJ.

Con independencia del criterio, ciertamente dudoso desde el punto de vista procesal de estimar necesaria la interposición de querrela por el Ministerio Fiscal, cuando éste ya había formulado su escrito de acusación, el Tribunal viene a reconocer que la calificación jurídica es un acto más concreto y de relevancia en el procedimiento que la interposición de la querrela, confirmando así el criterio de la AN que daba por cumplimentado dicho requisito, si bien lo relevante de la resolución dictada debemos situarlo en la fundamentación realizada en este caso para estimar la competencia de la jurisdicción española.

Para ello en este asunto, el TS se basa en la naturaleza del delito, así como en la independencia participativa de los investigados, afirmando que los tribunales españoles son competentes no sólo por la aplicación del principio de justicia universal sino en base al principio de territorialidad establecido en el artículo 23.1 LOPJ. Así afirma que *“no se trata de un delito cometido exclusivamente en el extranjero, sino que atendiendo*

a la configuración típica del delito que se imputa (de simple actividad y de resultado cortado) aparecen incluidos en él (art. 368 C.P.) una gran multiplicidad de conductas delictuales que permiten alumbrar de un único origen delictivo (exportación de drogas tóxicas) una pluralidad de concreciones delictivas en el desarrollo de ese proyecto inicial amplio, con desarrollo de operaciones en muy distintos países e incluso en el mismo país, en que las que individuos integrantes de un proceso de importación desconozcan que el volumen inicial de droga (delito de origen) tuvo destinos diferentes y diferentes partícipes, en cada uno de ellos”, y concluye que “en estos casos se produce una concurrencia de jurisdicciones , pues desde el momento que una conducta colme la descripción típica procede enjuiciarse de manera autónoma, en tanto por sí misma ya estará consumando el delito de tráfico de drogas (v.g. la producción, la transformación, el transporte, la recepción, la ocultación, la venta al por mayor, la venta a menor escala, el favorecimiento, etc.)” (STS 101/2015, FJ 4º), terminando por considerar que la autonomía con el posible proceso seguido en Argentina y al ser dirigida la imputación hacia otros partícipes que no fueron acusados en aquel proceso, determina la atribución de la jurisdicción y competencia a los tribunales españoles.

Esta Resolución fue muy criticada por el Profesor Esteve Moltó al considerar que la calificación jurídica y querrela son trámites procesales de distinta naturaleza, pues tienen una función diferente que puede afectar a los derechos de los investigados y sobre todo por la imposibilidad de que la defensa pudiera alegar la excepción de jurisdicción al restringirle dicha facultad y poder ser apreciada sólo de oficio por el órgano judicial, lo que puede privar de las debidas garantías de defensa al investigado que se le niega su derecho a plantear su sometimiento a una jurisdicción que no le corresponde (PIERNAS LÓPEZ (coord.); ESTEVE MOLTÓ, y VÁZQUEZ SERRANO, 2015: 394-395).

B.2.2.6) Caso “terrorismo y desapariciones forzadas en Siria”

El magistrado Eloy Velasco Núñez, del JCI núm. 6, por Auto de fecha 27 de marzo de 2017, admitió a trámite la denuncia formulada por las víctimas de los fallecidos, desaparecidos y desplazados en la guerra de Siria, así como por las torturas sistemáticas realizadas por el Régimen sirio para eliminar la disidencia interna.

Estos hechos pueden ser constitutivos de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, torturas, terrorismo y desapariciones forzadas de personas. El propio CSNU

condenó estas actuaciones en diversas resoluciones por constituir crímenes de guerra y de lesa humanidad, aunque no remitió el caso para su investigación ante la CPI por el veto que los Estados de China y Rusia ejercieron en el seno del CSNU. Ello justificó la necesidad de aplicar vías alternativas para obtener “justicia”, incluyendo el ejercicio de las jurisdicciones de los tribunales nacionales para perseguir estos hechos y procurar su enjuiciamiento basado en la atribución de competencia universal, que viene amparado de forma complementaria por la jurisdicción establecida en el propio Estatuto de Roma (JCIAN N°6, FJ 1°).

El magistrado instructor analiza su propia competencia y jurisdicción sobre los hechos e incluso señala en su fundamento jurídico segundo lo siguiente:

“El alcance y los límites de la jurisdicción española en el ámbito penal se recogen en el art. 23 LOPJ.

El citado precepto, y concretamente sus números 4, 5 y 6, han sido reformados y el número 6 incluido ex novo por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativos a la denominada justicia universal.

En lo que hace a los delitos de jurisdicción universal de primer grado, la letra a) del art. 23.4 LOPJ regula el delito de lesa humanidad y los crímenes de guerra, todos aparentemente concurrentes en los hechos narrados en la querrela, pero no perseguibles por la jurisdicción española, y por ende, de este Juzgado, al no concurrir los restrictivos puntos de conexión introducidos con la reforma, que de esa manera desnaturalizó lo que o es "de persecución universal", o no es justicia contra el ser humano por el hecho de serlo, dondequiera y contra quienquiera que se produzca, máxime cuando eso lo pueden hacer los Tribunales internacionales.

En efecto y definiendo respectivamente los indicados delitos el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por las Naciones Unidas el 17/07/1998, en sus arts. 7 (lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra):

- lesa humanidad: Apreciándose que la desaparición forzada, si se realiza de manera "generalizada y sistemática" como en este caso el denunciado en torno al Centro de Detención Ilegal militar 245 de Damasco (Siria), conforme al art. 5 del Convenio para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas hecho en New York el 20/12/2006, "constituye un crimen de lesa humanidad", procede igualmente verificar si hace de España país competente para su persecución.

El art. 23.4 letra a) LOPJ sólo atribuye jurisdicción a los Tribunales españoles en caso de que el procedimiento se dirija contra un español o ciudadano extranjero con residencia habitual en España o extranjero que se encuentre en España y cuya extradición haya sido denegada por España, circunstancias que no concurren en el caso”.

Igualmente, en su razonamiento y con intención de sostener la jurisdicción universal aplicable a estos hechos, pone de manifiesto que en este caso se constata una inoperancia del principio de subsidiariedad, lo que determina la necesidad de su persecución por los tribunales españoles atendiendo fundamentalmente al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Así señala que: *“la imposibilidad de perseguirlos, como se ha reseñado más arriba, por el TPI y la ONU, razón por la que el 5/02/2015 la Comisión de Investigación Internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria determinó la necesidad de aplicar vías alternativas para obtener Justicia, incluyendo los procesos a desarrollar ante los Tribunales nacionales, en la línea de complemento, como se ha señalado, del Estatuto de Roma a que se refiere el Preámbulo (4) de la Decisión 2003/325/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 8/05/2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”* (JCIAN N° 6, FJ 2°).

Ello determina la necesidad de perseguir estos delitos ante los respectivos tribunales nacionales para posibilitar el cumplimiento internacional del *aut iudicare*, que supone una especie de vertiente inversa del propio principio de subsidiariedad que determinaría la intervención de los tribunales españoles conforme al art. 23.5 LOPJ. Además, y con vista al apoyo de la concurrencia del principio de personalidad pasiva, realiza una interpretación extensiva de la consideración de víctima en estos delitos. Así, expresamente señala que:

“La consideración de “víctima”, en los supuestos de muerte por el delito investigado de la víctima directa (el asesinato), de sus familiares afectados consanguíneos, en la consideración del dolor y sufrimiento padecido personal y directamente y como únicos capaces de expresarlo ante las autoridades de su país, máxime en el caso de la imposibilidad de hacerlo ante el TPI y conforme a los artículos aquí reseñados de varios Convenios internacionales, conforme permiten leyes como el Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015, de 27 de abril que les da en su art. 2 la

categoría de "víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito", en su párrafo 1º al final a los "parientes en línea colateral dentro del tercer grado que se encuentren bajo su guarda, y en caso de no existir los anteriores, a todos los parientes en línea recta y a sus hermanos", teniendo derecho conforme a su art. 11 a) "a ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la LECrim ", el art. 2.1 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por lo que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, o los arts. 8 y 9 de la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, A/RES/147 de 16 de diciembre de 2005 sobre Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones que señala: "A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones o emisiones que constituyen una violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el Derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima" (JCIAN Nº 6, FJ 2º).

La citada Resolución supone un intento de extender por vía interpretativa las restricciones establecidas a la competencia universal por parte de la LO 1/2014, fundada en el Derecho internacional humanitario y conecta con el verdadero principio de justicia universal en materia penal, que incube a los Estados como sujetos obligados para preservar los valores y principios de la comunidad internacional, así como prevenir las violaciones y atentados graves contra la misma justificando la posición de los Estados

no sólo como sujetos al Derecho penal internacional de naturaleza convencional, sino también consuetudinario.

Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal contra la anterior Resolución, solicitando su revocación y la declaración de la falta de jurisdicción española para el enjuiciamiento de los hechos, el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN por Auto 35/2017, de 27 de julio⁸¹⁰, estima el recurso y revoca la Resolución del JCI N° 6 por falta de jurisdicción para la persecución de los hechos⁸¹¹.

Reitera en su Resolución el Pleno de la AN la línea jurisprudencial y los criterios establecidos sobre los presupuestos de la jurisdicción universal conforme a la LOPJ tras su reforma realizada por LO 1/2014, de 13 de marzo y profundiza en su fundamento al señalar que sólo de forma especial pueden estar facultados los Estados para extender su jurisdicción con el respaldo del Derecho internacional que se encuentra en los tratados, y añade que: *“Entre dichos Tratados se analizan el Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y el castigo del Genocidio, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, la Convención sobre la prevención del castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, de 14 de diciembre de 1973, el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977, la Convención contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006”* (AAN 35/2017, FJ 2º), e igualmente añade que *“estos Convenios, como otros relacionados con delitos similares, facultan a los Estados para prever en sus ordenamientos el principio de justicia universal pero, según se deduce con nitidez de su texto, ordinariamente no la imponen. Establecen generalmente una cláusula según la cual se admite la jurisdicción penal extraterritorial ejercida conforme a las legislaciones nacionales, añadiéndose el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en*

⁸¹⁰ Siendo ponente del mismo el magistrado Julio de Diego López.

⁸¹¹ La postura mayoritaria fue sostenida por los magistrados Espejel Jorquera, Guevara Marcos, Murillo Bordallo, Hurtado Adrián, Palacios Criado, González Pastor, Barreiro Avellaneda, Martel Rivero, Poveda Peñas, Rubio Encinas, González González y Diego López.

su territorio y no se conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio” (AAN 35/2017, FJ 2º), concluyendo que la extensión de la jurisdicción extraterritorial es excepcional, pudiendo admitir limitaciones como la establecida en la legislación española, concretamente “respecto de la apertura de procedimientos *“in absentia”* contra extranjeros que han cometido delitos en el extranjero, y no se encuentran, ni siquiera transitoriamente, en territorio español (...)” (AAN 35/2017, FJ 2º), pues “de los Tratados, que configuran el Derecho penal internacional convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada” (AAN 35/2017, FJ 2º), terminando por afirmar que no cabe apreciar un conflicto normativo entre la LO 1/2014 y a los tratados conforme al artículo 96 CE se integra en nuestro ordenamiento jurídico.

Igualmente, la Sala no estima conforme al Derecho interno la extensión del concepto de “víctimas”, ni tan siquiera en los delitos de terrorismo. En su razonamiento, señala que tampoco una interpretación extensiva del concepto de “víctimas” viene apoyada en el artículo 75.1 del Estatuto de la CPI, y consecuente con ello desestima la concurrencia de jurisdicción basada en el principio de personalidad pasiva, pues utiliza como criterio de “víctimas” el que normativamente viene establecido en la Ley 4/2015, de 27 de abril, que si bien contempla la categoría de “víctimas indirectas”, al tener ésta con relación a las “víctimas directas” un carácter excluyente, no facultaría al querellante para justificar la desmesurada extensión de la jurisdicción que sería contraria a la finalidad perseguida por la reforma legal (AAN 35/2017, FJ 4º).

Contra esta Resolución, presentaron opiniones discrepantes los magistrados de Prada Solaesa y Sáez Valcárcel a los que se adhirieron el magistrado Díaz Delgado y la magistrada Fernández Prado, que sostienen que la restricción legalmente establecida a la jurisdicción universal resultaría en este caso contradictoria con los fines inherentes a dicha institución y no comparten el concepto de “víctimas” establecido por la opinión mayoritaria, basándose para ello en los precedentes establecidos en los instrumentos jurídicos internacionales, así cita: “*La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985), que establece que:*

1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2. (...) "En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización"", “b) Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147 aprobada por unanimidad por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005. El principio 8 de dicho documento se refiere al concepto de víctima: "A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el Derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización"", además de otros instrumentos jurídicos que amplía el concepto jurídico de “víctimas directas”, basándose además en la jurisprudencia del TEDH, que ha conferido la protección como víctimas directas “a los familiares próximos de las personas sometidas a desaparición forzosa, al ser ellas mismas víctimas de un trato inhumano contrario al art. 3 CEDH”, con cita a sentencias dictadas por el TEDH, concluye que la interpretación limitadora del concepto de víctima tiene directas consecuencias en el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que podría constituir un incumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados de otorgar dicha protección a través de una investigación judicial adecuada de los hechos.

Formula igualmente voto particular la magistrada Bayarri García, que se adhiere a lo anteriormente expuesto en cuanto que no comparte el concepto restrictivo de víctima establecido en la Resolución. Su discrepancia lo fundamenta en la necesidad de elevar al TC la cuestión sobre la inconstitucionalidad de la redacción dada al artículo 23, apartados 4, 5 y 6 LOPJ sosteniendo que *“el fundamento de la facultad de todos los Estados para el enjuiciamiento de estos delitos se encuentra en su carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la comunidad internacional. Su respaldo en el Derecho internacional se encuentra en los Tratados Internacionales que especialmente facultan a todos los Estados a extender su jurisdicción al enjuiciamiento de estos delitos. Estos Convenios facultan a los Estados para prever en sus ordenamientos el principio de Justicia Universal pero, según se deduce con nitidez de su texto, ordinariamente no la imponen. Establecen generalmente una cláusula según la cual se admite la jurisdicción penal extraterritorial ejercida conforme a las Legislaciones nacionales, añadiéndose el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no se conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio”*.

Las SAN 1/2017, de 15 de diciembre y STS 139/2019, de 13 de marzo, desestimaron recursos de apelación y de casación respectivamente contra el AAN, confirmando los fundamentos jurídicos de la misma.

Aunque la Resolución es conforme a la interpretación dada tras la reforma legal de los presupuestos exigidos para el ejercicio de la jurisdicción universal, no se profundiza en una interpretación que permita atribuir a la jurisdicción estatal el conocimiento de casos como el planteado, que se caracterizan por la inacción de los órganos internacionales con competencia internacional de enjuiciamiento, por lo que la ausencia de respuesta jurídica permite desnaturalizar la esencia del principio de justicia universal en su aplicación horizontal por los Estados, con riesgo de impunidad.

5.3 La justicia universal en el actual diseño establecido por el ordenamiento jurídico y la práctica judicial

Tras la reforma de la LOPJ mediante LO 1/2014, de 13 de marzo, existen dos argumentos en relación con la interpretación del artículo 23.4 de la citada LO.

El Profesor Antonio Tomás Ortiz de la Torre considera que la reforma realizada mediante LO 1/2014 es conforme con las normas constitucionales y el Derecho internacional, pues una extensión de la jurisdicción de los tribunales no orientada al cumplimiento de los principios y normas de Derecho internacional conllevaría la interferencia en el ejercicio soberano de otro Estado. En este sentido, *“la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos”* (2015: 31)⁸¹².

Los Profesores Esteve Moltó, Chinchón Álvarez y Lamarca Pérez muestran su disenter sobre esta reforma, pues la aplicación de una competencia universal limitada conllevaría no sólo la discriminación de las víctimas de aquellos crímenes internacionales objeto de persecución como el genocidio o la trata de personas, determinando la existencia, según Esteve Moltó, de una “categorización arbitraria de los delitos internacionales” sino también limitar las actuaciones de los tribunales nacionales para garantizar el procesamiento y enjuiciamiento de los justiciables⁸¹³.

Considero que la interpretación del artículo 23.4 LOPJ llevada a cabo por el TS, avalada tras las reformas legislativas por el TC, determina la implantación de una jurisdicción universal limitada al someterla a presupuestos previos para la persecución penal de los responsables de delitos internacionales.

Por otro lado, a pesar de los precedentes en Derecho internacional, la vigencia del principio de legalidad penal como garantía básica del procedimiento y derecho básico de los justiciables ha abierto una crisis interpretativa en la tipificación de las conductas basadas exclusivamente en el Derecho internacional consuetudinario. En los delitos de genocidio, lesa humanidad, torturas y crímenes de guerra, núcleo del Derecho internacional humanitario, se ha establecido por vía interpretativa que los mismos facultan, pero no obligan a un determinado régimen jurídico para su persecución y enjuiciamiento de sus responsables, que necesariamente deba ser asumido por el Derecho interno de los Estados, sino que éstos mantienen su competencia basada en la libertad del legislador para establecer conforme a su Derecho interno el ejercicio

⁸¹² Sobre esta visión, véase el apartado A.2) del epígrafe 5.2 del presente Capítulo.

⁸¹³ Sobre esta visión, véase el apartado A.2) del epígrafe 5.2 del citado Capítulo 5.

universal de su jurisdicción, sin que ello suponga infringir el Derecho internacional, pues las obligaciones derivadas del mismo y su implementación viene determinada por el ejercicio soberano y el principio de no injerencia en la soberanía de otro Estado conforme al artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas (caso Tíbet).

Cuando en los textos internacionales se establecen de forma clara la definición y tipificación de las conductas contra el Derecho humanitario, el mismo debe ser considerado como un delito distinto (de naturaleza y caracteres específicos) y no una mera suma de los delitos que, de forma habitual, como el asesinato, las lesiones, las amenazas, detenciones ilícitas o coacciones, que desde siempre han sido positivizados internamente por las normas penales estatales, lo que plantea problemas de “vulnerabilidad” del principio de legalidad, pues aunque pueda fundarse su persecución y enjuiciamiento en el Derecho consuetudinario, ello resultaría incompatible con el principio de legalidad cierta, expresa y estricta de las conductas criminales, así como de la aplicación irretroactiva de las normas penales que perjudiquen al reo (caso Scilingo), sin que las reformulaciones materiales del principio de legalidad superen las exigencias de previsión formal y determinación punitiva, que también son parte del propio principio de legalidad.

Resulta llamativo, sin embargo, que en aquellos delitos internacionalizados o internacionales de carácter menor como narcotráfico, piratería o trata de seres humanos se realizan un esfuerzo interpretativo para extender la jurisdicción española a su enjuiciamiento ejerciendo en cierta medida una competencia universal, quizás porque históricamente estos delitos fueron asociados desde el inicio del Derecho internacional como a los delitos considerados como *hostis humani generis*, pues potencialmente pueden afectar de forma directa a los intereses de los Estados por ser lesivos para su seguridad jurídica y la paz social (caso de los buques Mayak, Moon Light, Aseel, y Berk Kaptan).

Mención especial merece el tratamiento del ejercicio de la competencia basado en el principio de subsidiariedad, que si bien no está debidamente tratado en la norma legal, sí que por vía interpretativa los precedentes judiciales han venido a solucionar problemas de concurrencia de jurisdicciones, pero sólo en los términos en que la subsidiariedad se plantea de forma positiva y siempre sobre la base del presupuesto exigible de que no hubiera auténtica satisfacción de la justicia por parte de la

jurisdicción llamada territorialmente a perseguir y enjuiciar los delitos internacionales, como se ha podido observar en los casos Ellacuría y Carmelo Soria.

Sin embargo, al no existir recurso alguno para determinar la jurisdicción penal estatal competente para perseguir delitos contra el Derecho humanitario, no existen reglas para resolver cuestiones negativas de competencia. No existen mecanismos jurídicos que resuelvan la aplicación de lo que podríamos denominar “principio de subsidiariedad negativa”, pues el legislador y la interpretación dada por nuestros tribunales sólo determinan el pronunciamiento acerca de la procedencia y ejercicio de la jurisdicción española, pero no contempla posibilidad alguna de indicar la previsión de la jurisdicción competente tanto de órganos penales internacionales como la de otros Estados que tuvieren que actuar en virtud de obligaciones de Derecho internacional (caso de “terrorismo y de las desapariciones forzadas en Siria”).

En la doctrina penal clásica, resulta patente que no es legítima la imposición de pena sin que constate la vulneración o puesta en peligro inminente del bien jurídicamente protegido y por ello de forma histórica se ha ido conformando una serie de garantías procesales y de derechos a favor de los enjuiciados, que tiene por finalidad la prohibición de toda arbitrariedad en el ejercicio del *ius puniendi*. Estos derechos adquieren no sólo su reconocimiento en la DUDH, sino que también son fundamentales para la mayoría de las constituciones que reconocen la dignidad humana como valor superior de su ordenamiento jurídico. Ello no quiere decir que sea incompatible con el derecho de las víctimas al acceso a la justicia, cuya extensión viene siendo observada en las normas e interpretaciones judiciales, y para ello debe avanzarse y profundizarse en los instrumentos jurídicos que reconozcan su condición con la finalidad de establecer puntos de conexión con los Estados para que queden obligados internacionalmente en su reconocimiento, debiendo actuar por imperativo de la debida satisfacción de “justicia”.

Ciertamente, la justicia penal universal debe respetar los derechos humanos de los agresores, si no, no sería justicia, pero la víctima debe estar amparada en su reconocimiento y derechos, debiendo para ello facilitarle su acceso a los tribunales. Es aquí donde se aprecia una restricción interpretativa por parte de los tribunales españoles en la aplicación de la jurisdicción universal, pues se introduce un concepto restrictivo

que muchas veces impide la conexión exigida por las normas legales para el ejercicio de la jurisdicción.

La falta de evolución del ejercicio de una competencia universal permanente por parte de los tribunales penales internacionales, prefiriéndose otros instrumentos de enjuiciamiento como los tribunales transicionales, híbridos o internacionalizados, debilitan las competencias de la propia CPI, a lo que debe añadirse el bloqueo ejercido en ocasiones por el CSNU, que sin alternativa ofrecida por el Derecho internacional convencional, ni por los Derechos internos de los Estados, corre el riesgo de “vaciar de contenido” la justicia universal y el establecimiento de una competencia universal que supere la primacía de los intereses estatales.

Capítulo 6: La construcción dogmática de la justicia universal

6.1 La construcción de una teoría sobre los crímenes internacionales y de la competencia para su persecución

A) Teorías que pretenden un fundamento sustantivo de la norma penal internacional

B) Teorías basadas en la jurisdicción como fundamento de un sistema penal internacional

C) Teoría basada en la potestad soberana del sistema punitivo

6.2 La extensión de la jurisdicción de los Estados

6.3 Los tribunales penales internacionales y su jurisdicción

6.4 La jurisdicción universal: entre su “posibilismo” internacional y su realidad estatal

6.5 El sistema punitivo en el Derecho internacional

A) Jurisdicción universal y su coexistencia con la jurisdicción penal internacional

B) La jurisdicción universal in absentia y el enjuiciamiento del “ausente”

C) La atribución jurisdiccional en caso de concurrencia

D) El sistema de garantías jurisdiccionales como principio del Derecho internacional

Capítulo 6: La construcción dogmática de la justicia universal

En la creación normativa de los Estados y, en cierta forma, la comunidad internacional es reflejo de ello, los comportamientos sociales conforman, a través de los representantes políticos, la orientación jurídica que organizan la convivencia de la sociedad. Desde esta perspectiva, puede ser observada una disgregación del orden jurídico, en el que suele prevalecer la individualización normativa frente al carácter general que tradicionalmente justificaba la creación del Derecho.

Las sociedades desarrolladas se caracterizan por una hiperproducción normativa que conlleva la fragmentación del Derecho. En este sentido, Rehbinder afirma que, a medida del crecimiento social, surge la necesidad de nuevos ámbitos de regulación normativa para dar satisfacción, por parte del Estado, al principio de seguridad jurídica (1981: 145). A pesar de dicha justificación, las prácticas legislativas han desarrollado una política desmesurada, a veces sin una necesidad concreta que motive la creación normativa, observándose que muchas de ellas tienden a garantizar situaciones particulares insuficientemente basadas en la propia realidad social o sobre fundamentos artificiosos ajenos al carácter general de toda norma jurídica que pueden originar contradicciones y perturbar la coherencia en su aplicación. El Derecho internacional no es ajeno a esta evolución, donde se aprecia cada vez más un mayor peso de subjetividad. La personalización ha determinado que la jurisprudencia internacional se tenga en cuenta no sólo a los Estados, sino también a los individuos o grupos de personas⁸¹⁴. Además, en el ámbito del Derecho penal internacional la desconexión normativa con el hecho o la situación fáctica corre el riesgo de un exceso dogmático y nominalista que pierde su sentido en cuanto pretenda su justificación atendiendo de forma exclusiva al propio simbolismo del derecho creado.

⁸¹⁴ Ejemplo de ello pueden ser los casos seguidos ante la Corte Internacional de Justicia, y expuestos por el magistrado Cançado Trindade, el de Nottebohm sobre la doble nacionalidad de 1955; los asuntos de los juicios a los prisioneros de guerra Pakistán de 1973 (Pakistán v. India), y Personal Misión Diplomática y Consular de los Estados Unidos en Teherán de 1980; el caso de Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de los años 1996 y 2007 (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro); el caso de la Frontera entre Burkina Faso y Malí de 1986; los asuntos relativos a la asistencia consular de Breard (Paraguay v. Estados Unidos), LaGrand de 2001 (Alemania v. Estados Unidos), y Avena y otros Ciudadanos mexicanos de 2004 (México v. Estados Unidos) (2018: 39).

En el ámbito de la ciencia jurídico-penal el Profesor Mir Puig, con cita al sociólogo Searle⁸¹⁵, tras analizar la relación entre lo normativo y lo fáctico, concluye que todo hecho social, incluso los más complejos como el Derecho, aunque actúen como normas constitutivas de creación de otros hechos institucionales (creación normativa) o como normas regulativas, que tratan de influir empírica y no solamente de forma simbólica en el comportamiento humano o en su realidad, están necesariamente conectadas a los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos, es decir, vinculadas a una realidad de hecho. Con ello se limita los abusos del normativismo dogmático, pues la función del derecho combina los elementos normativos y también físicos que caracterizan a toda realidad social y a la cual también viene conectada. Esta misma observación resulta claramente aplicable al proceso de codificación del Derecho internacional en lo que respecta a la creación normativa de normas de naturaleza punitiva.

Desde esta perspectiva, la teoría constructivista determina que la configuración de la norma aplicable atiende a su propia realidad social y eficacia para la resolución de conflictos que requieren una solución jurídica, contando para ello no sólo la literalidad del texto normativo sino la interpretación que de éste es realizado por los “operadores jurídicos” y la doctrina, que al conectar la misma atendiendo a sus antecedentes y finalidad con los principios jurídicos que las legitiman, determinan la creación de un derecho equitativo de naturaleza particular. Esta visión teórica del Derecho permite evitar las ambigüedades en las que puedan incurrir los textos normativos, al interrelacionar los aspectos sociales, culturales, filosóficos y políticos con todo el sistema jurídico, dotándolo de una naturaleza institucional del que puede deducirse cognoscitivamente su normatividad concreta. Esta visión resulta relevante en la construcción de una teoría general del Derecho internacional por la singularidad de sus

⁸¹⁵ Sobre la conexión entre simbolismo del Derecho como realidad institucional y la realidad física objeto de regulación, resulta de interés las teorías del sociólogo John Searle y su obra *La construcción de la realidad social* (1997). Según Searle, tras señalar que la realidad social se construye a partir de tres elementos básicos: la asignación de una función a ciertos hechos, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas, termina considerando que el Derecho participa de esta realidad dando lugar a los hechos que denomina institucionales que caracterizan a las culturas humanas y éstos sólo pueden cumplir su misión en cuanto se conectan, por abstractos que pudieran estimarse, con una realidad física o *hechos brutos* como denomina dicho autor. Sobre dicha doctrina que ha sido aplicada al Derecho penal, véase MIR PUIG, S. (2007). “Límites del normativismo en el Derecho penal”. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Derecho penal del siglo XXI*. Nº VIII, Madrid, Escuela Judicial, Cuadernos del Derecho Penal, concretamente las pp. 41-81.

fuentes normativas y que, en aspectos tan sensibles como el ejercicio jurisdiccional, suponen una visión crítica necesaria para la correcta comprensión del derecho aplicable.

Como hemos señalado la jurisdicción es una manifestación esencial del poder soberano. Su ejercicio extensivo por parte de los Estados puede suponer, y de hecho supone, conflictos entre los mismos que han sido resueltos por los tribunales internacionales conforme a las normas de Derecho internacional aplicables.

De forma especial en el ámbito penal, la extraterritorialidad de las jurisdicciones nacionales supone la base en la que se fundamenta toda competencia universal. Desde el postulado *aut dedere aut iudicare*, que supone la necesidad de relación entre Estados regida por principios de colaboración y reciprocidad, hasta la jurisdicción universal fundada en normas convencionales o consuetudinarias de Derecho internacional, precisan de la vigencia de una legalidad que concrete los valores y principios fundamentales de la comunidad internacional.

El principio de legalidad vincula no sólo al Derecho interno de los Estados sino que legitima el propio ejercicio de toda competencia universal, pues en todo Estado de Derecho la actuación de los poderes públicos se somete a la Ley. La Ley es la garantía de los individuos frente a cualquier potestad de coerción y es la base donde se asienta la seguridad jurídica para ejercer sus derechos. En el ámbito de la jurisdicción, la configuración legal de los sistemas procesales garantiza el acceso a la justicia y a la igualdad de las partes en el enjuiciamiento, legitimando la actuación de los órganos judiciales y la eficacia de sus pronunciamientos.

Todo órgano judicial, y los tribunales internacionales no son una excepción, fundamentan su jurisdicción y actuación en normas escritas, ciertas y previas a su creación y funcionamiento. Los tribunales de justicia, especialmente los que integran el orden de la jurisdicción penal, están sujetos al principio de legalidad que legitiman su libertad de actuación y autonomía en términos normativos y obligatorios. El principio de legalidad no sólo ampara la eficacia de su actuación judicial sino que también supone un instrumento para preservar la potestad de los Estados, a la vez que se reconocen los derechos de las víctimas y otorgan un estatuto jurídico de garantía a las personas afectadas por el enjuiciamiento. En el ámbito del ejercicio de toda competencia universal por parte de los Estados, la misma queda vinculada a sus normas internas, pero al poder afectar a iguales potestades soberanas de otros Estados, debe encontrarse

amparada en la propia legalidad internacional. En el ejercicio de la competencia universal por parte de los tribunales transicionales e internacionales, generales, especiales, regionales e híbridos, esta legalidad viene establecida en su acuerdo constitutivo, sus estatutos y normas de funcionamiento. Su actuación deberá respetar no sólo sus normas estatutarias y de procedimiento sino además los principios reconocidos por el Derecho internacional, así como los derivados y consolidados por los sistemas jurídicos internos de los Estados, que integran la norma aplicable.

6.1 La construcción de una teoría sobre los crímenes internacionales y de la competencia para su persecución

Al hilo de lo expuesto en la introducción del Capítulo 3 de la presente Tesis, el Derecho internacional se encuentra actualmente en la situación de configurar todo un sistema punitivo basado en los principios fundamentales del mismo con la atribución a órganos judiciales propios de la competencia necesaria para su aplicación.

En la construcción de todo sistema jurídico resulta conveniente el establecimiento de una teoría que integre en un “orden jurídico” la comprensión de toda normatividad específica, en este caso, reguladora del ejercicio de la potestad legitimadora que justifique cualquier imposición coercitiva.

Frente a aquellos que sostienen que en el concepto de crimen internacional resulta irrelevante una teoría plausible del Derecho internacional, la construcción de la misma resulta ineludible en cuanto que son las potestades derivadas del poder soberano las que, en último término, sirven para determinar el alcance obligatorio del Derecho y la autoridad legítima para su aplicación.

A) Teorías que pretenden un fundamento sustantivo de la norma penal internacional

Tanto los crímenes nacionales como internacionales pueden ser caracterizados como conductas que justifican imponer castigos legales a sus perpetradores. En sentido amplio, el Derecho penal internacional se caracteriza por la imposición de consecuencias jurídicas a los transgresores de las conductas “prohibidas”. Sin embargo, debe destacarse que existen una serie de consecuencias normativas específicamente asociadas al concepto de crimen internacional.

Abandonados los enfoques históricos desde la perspectiva *ius naturalista* o *ius positivista*, el requisito de la existencia de una norma internacional es el elemento diferenciador entre un crimen internacional y un delito nacional, pues aunque existan dentro del Derecho penal de los Estados crímenes comunes y castigados de forma uniforme por todos ellos (por ejemplo, el asesinato) no puede derivarse por este simple hecho su naturaleza de crimen internacional, así el Profesor Greenawalt indica que en estos casos “su universalidad no se deriva del Derecho internacional, sino del hecho de que cada Estado en el mundo ha decidido de forma independiente criminalizarlos”⁸¹⁶. Citando al Profesor Heller dicho autor estima “como una cuestión de Derecho positivo, un crimen internacional es un acto que el Derecho internacional obliga a todos los Estados del mundo a criminalizar”⁸¹⁷. Además, debemos añadir que el Derecho internacional no ha definido normativamente y de forma específica el concepto de crímenes internacionales. La Carta de Londres de 1945 identificó los crímenes de lesa humanidad como un delito internacional señalando el asesinato, exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos como tipos de delitos contra la humanidad, pero con ello sólo especificaba los elementos constitutivos de dicho delito no definiendo al mismo. Ello también ocurrió con la violación entendida como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, que tuvo que ser conceptualmente identificada por parte del TPIY conforme a los sistemas jurídicos nacionales y, en particular, conforme a la interpretación realizada por el TEDH⁸¹⁸, por cuanto el mismo no constaba especificado en los tratados o en el Derecho internacional consuetudinario, ni tampoco en los principios generales del Derecho internacional, ni especialmente determinados sus presupuestos típicos en el Derecho penal internacional.

Otra posición acerca de la definición de los crímenes internacionales viene establecida sobre la consecuencia jurídica derivada de su comisión, así estima que los crímenes internacionales son delitos para los que el Derecho internacional establece directamente la culpabilidad individual. Conforme a esta visión, una persona comete un

⁸¹⁶ Documento original: “*their universality derives not from international law, but from the fact that every state in the world has independently decided to criminalize them*” (GREENAWALT, 2020: 299).

⁸¹⁷ Documento original: “*as a matter of positive law, ‘an international crime is an act that international law obligates every state in the world to criminalize’*” (citado por GREENAWALT, 2020: 298).

⁸¹⁸ Así, en el TEDH, *M.C. / Bulgaria*, Sentencia (dec.) de 4 de diciembre de 2003, no. 39272/98, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298.

crimen internacional cuando viola una norma relevante impuesta por el Derecho internacional. Ahora bien, si se define en términos de una obligación de prohibición de ciertos actos universalmente condenables, esta definición pone en duda la verdadera naturaleza del crimen internacional.

Autores como Ambos establecen que el fundamento de los crímenes internacionales debe estar basado en lo que denomina “macrocriminalidad” y, en este sentido, en su consideración de los crímenes internacionales como delitos fundamentales para el orden internacional se ha manifestado Antonio Cassese. No obstante, autores como Altman y Wellman han criticado estas posturas de definir determinadas categorías como “súper crímenes”, cuya atrocidad conmueve la conciencia moral universal, “*que permitirían desplazar la soberanía estatal y justificar la competencia penal internacional sobre injustos morales que no cruzan las fronteras [estatales]*” (citado por CHEHTMAN, 2013: 160)⁸¹⁹. Dichos autores son partidarios de trasladar el concepto de atrocidad al de prevención de violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos individuales, lo cual no significa que la noción de crímenes internacionales sea conceptual o normativamente innecesaria (CHEHTMAN, 2013: 160-161).

Basándonos en una consideración de los valores establecidos en el Derecho internacional sobre la conciencia moral universal del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida y de la dignidad humana como principio de civilización, se ha pretendido establecer una teoría de los crímenes internacionales fundada en la protección de los derechos humanos más fundamentales. Sobre la obligación asumida por los Estados por los que éstos no sólo deben abstenerse de violar directamente los derechos humanos sino también están obligados a proteger los mismos mediante el establecimiento de sanciones penales efectivas, los crímenes internacionales encuentran su fundamento en la prohibición universal de violar los derechos humanos fundamentales. A ello hay que objetar que esta posición no ha sido mantenida por la

⁸¹⁹ En este sentido, véase AMBOS, K. (2005). La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. Traducción al español realizado por MALARINO, E., 1ª Edición de 2002 y 2ª Edición de 2004, Montevideo, Editorial Temis, Editorial Duncker & Humblot, y Fundación Konrad-Adenauer, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.; CASSESE, A. (2008). *International Criminal Law*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press; y CHEHTMAN, A. (2015). Filosofía y Derecho penal internacional. En FABRA ZAMORA, J. L. y SPECTOR, E. (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*. Vol. 3, Nº 714, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, pp. 2365-2401.

jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos a pesar del progresivo establecimiento de un *corpus iuris* de protección internacional del individuo frente a los graves ataques contra su dignidad (GREENALWALT, 2020: 299)⁸²⁰.

Basándose en este marco teórico, se ha fundamentado de forma tradicional que los crímenes internacionales son crímenes contra la humanidad. Esta visión se remonta a la Cláusula Martens en la Convención de la Haya de 1899, que considera que los crímenes internacionales dañan o violan a la humanidad en sí misma. Esta teoría determina que los crímenes internacionales constituyen una categoría jurídica propia distinta a los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz o el genocidio, lo que permitiría distinguirlos de los delitos internos. El daño causado a la humanidad es realizado por ataque generalizado y sistemático contra una población civil, ante la comisión de determinados actos inhumanos, justifica que un Estado extraterritorial o un tribunal internacional tengan derecho a castigar a sus perpetradores porque actúan en última instancia como representante de ella (CHEHTMAN, 2015: 2376-2388).

Sobre ello, Luban señala que, aunque el “principio de *hostis humani generis*” pueda tener un carácter sustantivo, resulta necesario preguntarse si existe un concepto legítimo de humanidad. La humanidad no puede ser simplemente el conjunto de seres humanos, ni tampoco puede ser considerada como una comunidad política. La llamada comunidad internacional como organización política de Estados determinaría, en último caso, subsumir a los seres humanos en los mismos y supondría negar toda legitimidad a un Derecho penal internacional. Ahora bien, la humanidad considerada como una comunidad moral ya se encontraba implícitamente esbozada en la filosofía de Cicerón cuando se refería a la “inmensa comunión de la especie humana” y aunque pudiera señalarse que nunca ha existido una comunidad moral de seres humanos, Duff señala que dicha comunidad es un proyecto que se articula sobre normas cosmopolitas, que se aplican a los que la violan, las reconozcan o no (citado por LUBAN, 2020: 576-579). Frente a ello, Luban señala que un sistema adecuado de justicia penal sólo puede surgir de una comunidad políticamente constituida, lo que no impide que una comunidad moral pueda actuar a través de las estructuras políticas existentes, por ello no existe una

⁸²⁰ Así, véase *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010; *Jadhav (India v. Pakistan)*, Provisional Measures, Order of 18 May 2017, I.C.J. Reports 2017; y *Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment, I.C.J. Reports 2019.

diferencia sustancial entre la comunidad moral que actúa en instituciones estatales de las que actúan en instituciones internacionales preexistentes para promover la responsabilidad y las acciones de esas instituciones. Su justificación es que entiende que el enemigo de toda humanidad es ante todo un miembro de la misma y responsable ante ella (LUBAN, 2020: 579-582).

La tesis de Luban se basa en que cada ser humano tiene interés en que los crímenes contra la humanidad sean castigados con independencia de donde éstos se cometan, pues cualquiera podría ser víctima de estos crímenes. Pero como señala Chehtman, esta teoría basada en el interés individual que tiene cada ser humano de no ser víctima de un delito haría colapsar la distinción entre crímenes internacionales y nacionales, pues justificaría la persecución extraterritorial para todos ellos (2015: 2381-2387).

Sobre la consideración de que los crímenes internacionales constituyen violaciones a la condición humana, se ha desarrollado el principio normativo de que “una conducta sólo debe ser criminalizada si es dañosa”. El “principio del daño” tiene la función de establecer un límite a las conductas que deben ser criminalizadas desde el punto de vista internacional. Este principio justifica las conductas que deben ser tenidas en cuenta por la comunidad internacional para ser criminalizadas, y como sugiere May, la necesidad de que haya un “principio del daño internacional” resulta necesaria porque los enjuiciamientos penales internacionales pueden determinar la pérdida de libertad de los responsables y ello solamente puede justificarse cuando se constate la existencia de un daño a la comunidad internacional (citado por CHEHTMAN, 2015: 2383). Chehtman observa, sobre esta teoría normativa, que si bien el principio de solidaridad puede justificar su aplicación ante la vulnerabilidad común a la violencia o al daño, ello no explica la existencia de una autoridad extraterritorial legitimada para imponer castigos. Además este principio no termina por diferenciar la exigencia de que el daño realmente cometido se refiera a personas individuales o colectivas, lo que también impide una diferenciación entre los crímenes contra la humanidad y la mayoría de los crímenes internos (2015: 2383-2384).

Smeulers, desde una perspectiva criminológica, analiza si el crimen internacional es un tipo diferente de criminalidad que justifica su persecución universal y para ello establece una caracterización específica de los crímenes internacionales. Así

señala que “la primera característica típica es que los crímenes internacionales son, por definición, manifestaciones de violencia colectiva, en la que están involucradas muchas personas. Si bien los actos subyacentes de crímenes internacionales como el asesinato, la tortura y la violación son crímenes comunes, la característica jurídica sobresaliente es que solo pueden calificarse como crímenes internacionales si se cometen como parte de una forma de violencia más estructural. Debe haber un conflicto armado (crímenes de guerra), los crímenes deben ser parte de un ataque generalizado o sistemático (crímenes de lesa humanidad) o deben ser cometidos con el propósito de destruir un grupo en su totalidad o en parte (genocidio).

La segunda característica de los crímenes internacionales, que se relaciona estrechamente con el primero, es que pueden calificarse como manifestaciones de la criminalidad del sistema, lo que significa que entidades colectivas están involucradas en la comisión de estos crímenes. Por tanto, la fuente del comportamiento no es individual, sino colectiva. La actuación colectiva indica que pertenecen a unidades estructuradas jerárquicamente. Las personas que cometen físicamente crímenes internacionales lo hacen porque operan en un colectivo que las incita, urge, exige u ordena cometer tales crímenes. En consecuencia, estos delitos pueden calificarse de delitos de obediencia.

La tercera característica de los crímenes internacionales supone que son esencialmente crímenes políticos ya que generalmente se cometen como parte de una campaña política o dentro de un conflicto político”⁸²¹.

⁸²¹ Documento original: “The first typical feature is that international crimes are by definition manifestations of collective violence, in which many people are involved. Although the underlying acts of international crimes such as murder, torture, and rape are ordinary crimes, the outstanding legal characteristic is that they can only be qualified as international crimes if they are committed as part of a more structural form of violence. (... there should either be an armed conflict (war crimes), the crimes should be part of a widespread or systematic attack (crimes against humanity), or should be committed with the purpose to destroy a group in whole or in part (genocide). (...)

The second feature of international crimes, which closely relates to the first, is that they can be qualified as manifestations of system criminality, which means that collective entities are involved in the commission of these crime. The term system criminality was used by Röling and can be defined as: ‘a situation where collective entities order or encourage international crimes to be committed, or permit, or tolerate the committing of international crimes.’ The source of the behaviour is thus not the individual, but the collective. These collectives are hierarchically structured units in which policies developed at the top of the chain of command travel through the various units and are ultimately translated into orders given to the low-ranking officials: the foot soldiers. The people who physically commit international crimes do so because they operate in a collective that incites, urges, requires, or orders them to commit such crimes. The crimes can consequently be qualified as crimes of obedience. Kelman and Hamilton, who developed the term crime of obedience, defined it as ‘an act performed in response to orders from an authority that is considered illegal or immoral by the international community. (...)

No obstante, esta caracterización de los crímenes internacionales no aborda una teoría sobre su concepto aunque aporta una sistematización cognoscitiva sobre aspectos específicos derivados de su normatividad jurídica.

Bassiouni establece que los crímenes internacionales son aquellos establecidos conforme a las normas de *ius cogens* de Derecho internacional y analizando los mismos conforme al orden de su emergencia en el Derecho penal internacional considera que son la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio, *apartheid* y tortura (2001: 107-108)⁸²². Pero como observa Chehtman, la conceptualización de los crímenes internacionales conforme a su naturaleza sólo aporta una base descriptiva que no debe ser confundida con su fundamento teórico (2013: 171-172).

Para la Profesora Schwöbel-Patel, los crímenes internacionales son aquellos verdaderamente universales, lo que determina que puedan ser considerados como culturalmente específicos. Sobre este fundamento establece la distinción entre los que denominan “delitos fundamentales”⁸²³ de los “delitos de tratados”⁸²⁴. En este sentido,

The third feature of international crimes is that they are in essence political crimes, as they are typically committed as part of a political campaign or within a political conflict. The collective entities involved in the conflict always aim to gain or maintain political power” (SMEURLES, 2020: 381-382).

⁸²² *“International criminal law evidences the existence of twenty-seven crime categories. These twenty-seven categories are evidenced by 276 conventions concluded between 1815 and 1999. Some of these conventions include penal provisions that distinguish them from other conventional international law. These international crimes are: aggression, genocide, crimes against humanity, war crimes, crimes against the UN and associated personnel, unlawful possession and/or use of weapons, theft of nuclear materials, mercenarism, apartheid, slavery and slave-related practices, torture, unlawful human experimentation, piracy, aircraft hijacking, unlawful acts against civil maritime navigation, unlawful acts against internationally protected persons, taking of civilian hostages, unlawful use of the mail, nuclear terrorism, financing of international terrorism, unlawful traffic in drugs and dangerous substances, destruction and/or theft of national treasures and cultural heritage, unlawful acts against the environment, international traffic in obscene materials, falsification and counterfeiting of currency, unlawful interference with submarine cables, and bribery of foreign public officials. (...) Because conventional and customary international criminal law overlap with respect to certain crimes, it is useful to examine whether universal jurisdiction vis-a-vis jus cogens international crimes arises under any of the sources of international criminal law. What follows is an assessment of the evolution of universal jurisdiction with respect to jus cogens international crimes based on conventional and customary international law sources. These jus cogens international crimes are: piracy, slavery and slave-related practices, war crimes, crimes against humanity, genocide, apartheid, and torture”* (BASSIOUNI, 2001: 106-108).

⁸²³ De acuerdo con la Profesora Schwöbel-Patel, denomina “delitos fundamentales” a aquellos crímenes internacionales *strictu sensu*.

⁸²⁴ Conforme a la autora, debemos considerarlos como “delitos de tratados” aquellos que podemos denominar “delitos internacionalizados” o delitos transnacionales.

define el crimen transnacional como “conducta que tiene efectos transfronterizos, reales o potenciales, de interés nacional e internacional. Dentro de esta categoría deben diferenciarse los delitos del Derecho penal internacional *stricto sensu*, que son “crímenes centrales” y por ello específicos. Mientras los crímenes centrales son establecidos por el Derecho penal internacional, la criminalización de los crímenes de tratado vienen establecidas por el Derecho penal transnacional. Los tratados que establecen los delitos transnacionales también se denominan a menudo “convenciones de supresión”, ya que imponen a los Estados la obligación de reprimir un determinado acto en la jurisdicción nacional en oposición a la jurisdicción internacional. En el aspecto práctico, el Derecho penal transnacional se construye sobre una red de criminalización, extradición y asistencia mutua legal y procesal”⁸²⁵, mientras que los crímenes internacionales se construyen sobre la base de la universalidad.

Sin embargo, debe ser tenido en cuenta que en ambos tipos de delitos la conducta se criminaliza por existir un “interés internacional” y que tanto en los delitos propiamente internacionales como en los delitos transnacionales dependen de la asistencia de los Estados para su eficacia.

Esta ambigüedad, que en último caso sólo establece la consideración de que los crímenes fundamentales suponen un conjunto particular de delitos internacionales, ha determinado que algunos autores establezcan la línea divisoria entre unos y otros atendiendo a los instrumentos normativos que tipifican la conducta ilícita.

Schwöbel-Patel analiza la doctrina de Robert Cryer que, al tratar sobre la Convención contra la Tortura de 1984 (que determina la obligación de los Estados a “tipificar” en su Derecho interno el delito de tortura) y al analizar la Convención sobre el Genocidio de 1948 (que considera al genocidio como crimen internacional), termina por fundamentar la distinción entre crímenes internacionales y “crímenes domésticos” atendiendo al lugar de la prohibición de la conducta criminal. Por ello, podrán ser

⁸²⁵ Documento original: “‘conduct that has actual or potential trans-boundary effects of national and international concern’. These are, according to him, to be distinguished from ‘international criminal law *stricto sensu* – the so-called core crimes’. Treaty crimes, it is suggested, thereby sit on the other side of a disciplinary divide, with ICL as concerning core crimes, and TCL as concerning treaty crimes. The relevant treaties are also often referred to as ‘suppression conventions’ as they place obligations on states to suppress a certain act in domestic jurisdiction—as opposed to international jurisdiction. On the practical side, then, TCL is built on a web of criminalization, extradition, and legal and procedural mutual assistance” (SCHWÖBEL-PATEL, 2020: 711).

considerados crímenes internacionales aquellos que quedan establecidos en la esfera internacional, pero no tendrán tal consideración aquellos delitos si los tratados que lo han configurado están destinados al Derecho penal interno. Cassese se centra en los instrumentos de ratificación de las convenciones de los Derechos Humanos para explicar qué son los crímenes internacionales y por ello considera que el Derecho internacional consuetudinario supone el factor distintivo clave. También referido a la autoridad encargada de su represión, suele afirmarse que los crímenes internacionales son aquellos realizados ante un tribunal penal internacional, ya sea *ad hoc* o permanente (citado por SCHWÖBEL-PATEL, 2020: 773-774).

Otras teorías se fundamentan en el interés internacional en la persecución de ciertas conductas que no pueden quedar bajo el control de los Estados, siendo un factor común a todas ellas su gravedad, pero como señala Meg deGuzman, “la base teórica y los contornos doctrinales del concepto siguen siendo inciertos”⁸²⁶.

La Profesora Schwöbel-Patel, citando al Profesor Heller, señala que “un crimen internacional es un acto que es universalmente criminal según el Derecho internacional. Por lo tanto, combina el ámbito del Derecho internacional que distingue un crimen internacional de un delito nacional, unido al aspecto de universalidad que caracteriza a los crímenes internacionales como criterio diferenciador entre un crimen internacional de otro transnacional. Dentro de estas categorías Heller las subdivide diferenciando entre lo que denomina “criminalización directa” (cuya tipificación se establece sin importar su consideración como “delito doméstico” con la finalidad de eludir la aplicación de la ley interna) y la criminalización nacional (atendiendo a la obligación de cada Estado de tipificarlo como delito en su ordenamiento interno). En su opinión, si se quiere tomar en serio el positivismo, el Derecho penal internacional debe aceptar la tesis de la criminalización nacional”⁸²⁷.

⁸²⁶ Documento original: “*the theoretical basis and doctrinal contours of the concept remain uncertain*” (citado por SCHWÖBEL-PATEL, 2020: 774).

⁸²⁷ Documento original: “*an international crime is an act that is universally criminal under international law. He therefore combines the international law aspect, which distinguishes an international crime from a domestic crime, and the universality aspect of an international crime, which distinguishes an international from a transnational crime. Heller sub-divides further between the direct criminalization thesis—criminalization regardless of domestic criminalization, with the potential of bypassing domestic law—and the national criminalization thesis—criminalization because every state is domestically obligated to criminalize*” (citado por SCHWÖBEL-PATEL, 2020: 774-775).

Con esta exposición, Heller pretende destacar la naturaleza legal-positivista de los crímenes internacionales, pero este enfoque sigue estando basado en la incertidumbre, pues aunque pueda admitirse que estos crímenes internacionales son considerados como atroces conforme al consenso internacional, ello resulta apreciable conforme al resultado o consecuencias de la conducta criminal. A esta teoría se puede objetar desde una perspectiva crítica que no establece un criterio previo sobre el concepto normativo de crímenes internacionales.

El Profesor Guilfoyle reflexiona señalando que: “Ahora tendemos a distinguir entre los cuatro grandes crímenes "básicos" que se pueden enjuiciar ante tribunales penales internacionales (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y agresión) y un residuo de otros delitos definidos internacionalmente o basados en tratados. En general, se considera que los primeros constituyen delitos internacionales "propriadamente dichos" (*stricto sensu*), mientras que los segundos se agrupan como delitos transnacionales. Ambas categorías carecen normativamente de definiciones convincentes y coherentes”⁸²⁸.

Siguiendo a dicho autor, “el Derecho penal internacional ha sido, históricamente, un término concebido de manera amplia, que abarca todos los delitos definidos en el Derecho internacional general o establecidos en los tratados. Citando a Bassiouni, sostuvo que "el Derecho penal internacional es una disciplina relativamente nueva que integra aspectos penales y procesales del Derecho internacional y aspectos procesales internacionales del Derecho penal nacional"⁸²⁹”⁸³⁰. El Profesor Guilfoyle clasifica los

⁸²⁸ Documento original: “*We now tend to distinguish between the big four ‘core’ crimes prosecutable before international criminal tribunals (genocide, war crimes, crimes against humanity, and aggression) and a residuum of other internationally defined or treaty-based offences. The former are generally taken to constitute international crimes ‘properly so called’ while the latter are lumped together as transnational crimes. Both categories lack convincing and coherent definitions (...)*” (GUILFOYLE, 2020: 791).

⁸²⁹ “*This expansive approach led him to include within his definition of international crimes not only the big four but also: offences against United Nations personnel, the theft of nuclear materials, mercenarism, slavery, torture, piracy, various terrorism offences, unlawful traffic in drugs, bribery of foreign public officials, and unlawful interference with international submarine cables, among others*” (GUILFOYLE, 2020: 791-792).

⁸³⁰ Documento original: “*International criminal law was, historically, a broadly conceived term, encompassing all crimes defined under general international law or found in treaties. Bassiouni, in many ways the founder of the modern field in English, held that ‘[i]nternational criminal law is a relatively new discipline that consists of the penal and procedural aspects of international law and the international procedural aspects of national criminal law’*” (GUILFOYLE, 2020: 791-792).

delitos transnacionales en tres categorías amplias, delitos contra las personas (actos de terrorismo y trata de personas), fallo regulatorio (tráfico de armas, de personas o drogas; tráfico de inmigrantes y delitos ambientales) y de corrupción (soborno a funcionarios extranjeros y financiación del terrorismo) (2020: 792). “Sin embargo, no todo lo que pueda ser considerado como crimen transnacional en sentido común o criminológico es necesariamente objeto de un régimen jurídico internacional”⁸³¹. Aunque la consideración de un crimen transnacional implica un movimiento prohibido a través de una frontera, también éste se ha caracterizado como un crimen interno establecido a través de obligaciones derivadas de tratados o convenciones multilaterales, por lo que se sigue recurriendo a la “tesis de las fuentes” (instrumentos normativos) para establecer una línea divisoria entre los crímenes internacionales de los delitos transnacionales, a los que también denomino “delitos internacionalizados”.

A pesar de lo expuesto, no se encuentra controvertido la existencia de crímenes internacionales como una cuestión de Derecho internacional⁸³². El Derecho establece consecuencias normativas específicas asociadas a la noción de crímenes internacionales, que determina la imposición de castigos legales a sus perpetradores, pero precisamente por ello sólo puede establecerse un análisis conceptual desde una perspectiva jurisdiccional.

B) Teorías basadas en la jurisdicción como fundamento de un sistema penal internacional

Siguiendo al Profesor Chehtman, los crímenes internacionales vienen asociados a un peculiar régimen jurisdiccional, por lo que solo puede conceptuarse los crímenes internacionales desde una perspectiva normativa basada en la jurisdicción. La jurisdicción es una manifestación trascendente de la potestad soberana, por ello el Derecho internacional ha exigido determinados nexos para autorizar el ejercicio de la

⁸³¹ Documento original: “*Not everything, however, that may be referred to as a transnational crime in a common sense or criminological fashion is necessarily the subject of a tailored international legal regime*” (GUILFOYLE, 2020: 793).

⁸³² Así, y con relación a los delitos de lesa humanidad, la Comisión de Derecho de Internacional ha elaborado diversos borradores sobre un proyecto que denomina “Prevención y Castigo de la lesa humanidad” con la finalidad de conceptuar normativamente las conductas objeto de represión como crimen internacional. Sobre el mismo, véase “Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 71.º periodo de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2019, nº de referencia A/74/10.

competencia penal sobre un determinado hecho. La excepción a este principio viene determinada por el ejercicio de la jurisdicción salvo los crímenes internacionales, que en principio debemos identificar como crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. Basar una teoría sobre los crímenes internacionales en lo que respecta al concepto de humanidad establece una débil conexión normativa, que sin embargo sí puede alcanzarse desde las implicaciones normativas del enjuiciamiento extraterritorial. *“Las teorías basadas en los derechos resultan en principio más atractivas que aquellas que toman como noción fundamental la idea de deberes o los enfoques puramente consecuencialistas [y] la mejor forma de explicar la existencia de un derecho es identificar un interés, individual o colectivo, que posea la suficiente importancia como para ser protegido por la existencia de un derecho”* (CHEHTMAN, 2015: 2370-2371). Por ello, la competencia penal debe ser conceptualizada en términos de derechos proporcionando una justificación a nivel normativo de la práctica jurídica existente.

Como expusimos en el Capítulo 2, existe un gran consenso en considerar a la piratería como el primer crimen internacional reconocido sobre su consideración de *hostis humani generis*, habiendo influenciado de forma relevante las teorías jurisdiccionales sobre el ejercicio de la competencia extraterritorial para su persecución. Los argumentos sobre la fundamentación de los crímenes internacionales parten de los rasgos específicos del régimen jurisdiccional de persecución de la piratería basados en la consideración de que los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad comparten dicho rasgo fundamental con el delito de piratería y por ello participan de igual naturaleza normativa como crimen internacional.

Como expusimos, Cowels argumenta desde consideraciones jurídicas históricas que los crímenes de guerra deben ser considerados como crímenes internacionales al estar contruidos sobre la necesidad de su persecución en situaciones donde el orden político y la aplicación de la ley se encuentran ausentes. Así señala que *“[l]a jurisdicción ejercida sobre los crímenes de guerra ha sido de la misma naturaleza que la ejercida en el caso de la piratería, y esta jurisdicción amplia ha sido asumida por la misma razón fundamental”* (COWELS, 1945: 217; citado y traducido por CHEHTMAN, 2015: 2372-2373). Su argumento se fundamenta en la necesidad de permitir el ejercicio de la jurisdicción ante situaciones donde la aplicación de la ley es muy débil o inexistente y ello como medio de disuasión de la comisión delictiva. Sin embargo, establecer una justificación general para el ejercicio de la competencia penal

sobre el concepto de “disuasión” no permite la distinción entre crímenes nacionales y los crímenes internacionales.

Como señala Luban, es cierto que la jurisdicción universal proporciona una conveniencia legal en la represión de estos crímenes fundamentales y de ahí su implicación normativa, pero estima que su fundamento puede resultar incoherente y peligroso. Los Convenios de Ginebra de 1949 adoptaron el *hostis humani generis* como fundamento del ejercicio de la jurisdicción universal para justificar la persecución de las infracciones graves, pero la misma se fundamenta más bien en la exención práctica de la jurisdicción territorial por crímenes que se caracterizan por ser dirigidos por la propia élite de los Estados. Ciertas normas jurídico-penales carecerían de toda vigencia en estos casos salvo que se atribuyeran a una autoridad extraterritorial la competencia para castigar a quienes la violan, estas normas son las que prohíben conductas que habitualmente integran la categoría de crímenes internacionales (LUBAN, 2020: 578-581).

El Estado ostenta la capacidad originaria para castigar los crímenes cometidos en su territorio, cuando ejerce dicha competencia satisfaciendo con ello el derecho de sus ciudadanos, impide cualquier ejercicio de otra Autoridad extraterritorial sobre su jurisdicción. Con fundamento en sus funciones de autogobierno, se le debe reconocer una inmunidad frente a toda Autoridad extraterritorial que interfiera en su ejercicio. Pero como señala Chehtman, esta inmunidad se encuentra limitada en cuanto debe proteger los intereses fundamentales de sus ciudadanos. Si no impide la protección de los derechos básicos de los mismos, esa inmunidad cesa y permite el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial para castigar a los responsables por la comisión de delitos graves contra sus propios ciudadanos (2015: 2387-2389).

Chehtman señala que el fundamento para la persecución de los crímenes internacionales no es otro que el mismo que el establecido para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial pues, como expusimos en el Capítulo 2, dicho ejercicio debe fundamentarse en la existencia de un interés relevante, colectivo, especialmente establecido y en la existencia de una autoridad legítima que tenga capacidad para reclamar su ejercicio.

Los argumentos sobre la Autoridad y la competencia penal nos llevan a considerar la justificación del “poder de castigar” pues para que un determinado órgano

tenga competencia penal sobre un individuo concreto, no es suficiente la satisfacción de intereses colectivos relevantes sino que dicho órgano tenga autoridad para ejercer la competencia de castigar (CHEHTMAN, 2013: 201).

El ejercicio de la jurisdicción fundado en el derecho de las víctimas no constituye en la actualidad argumento alguno para fundar normativamente un sistema de justicia penal. La atribución a una Autoridad centralizada de la capacidad para castigar a un individuo es un aspecto central de todo proceso penal. Chehtman, siguiendo a Joseph Raz y su concepción de la Autoridad como servicio⁸³³, señala que la obligatoriedad tiene su fundamento en el interés para la protección de un derecho, pero que este interés se satisface cuando se otorga un poder a una “Autoridad centralizada”. Este poder viene delimitado normativamente, por lo que se carece ante disposiciones establecidas por conveniencia política, intereses económicos, de venganza, odio y por cualquier otra causa que no sea previamente determinada para reclamar fuerza de autoridad. Pero además, la legitimación particular para enjuiciar a un individuo se fundamenta en razones de prioridad que contemplan en un segundo orden si un individuo puede imponer su propio juicio para cumplir o no una decisión de la Autoridad (CHEHTMAN, 2013: 205-208).

La autoridad de los tribunales penales puede basarse en esta concepción de “servicio” pues se fundamenta en el interés colectivo de los individuos que precisan sentir que su régimen normativo se encuentra vigente y es lo suficientemente importante para justificar un poder que permite castigar a quienes violen dichas normas, que determina el establecimiento de una autoridad expresamente legitimada por normas jurídicas para llevar a efecto el mismo. Esta legitimación normativa también es moral pues el Derecho en estas cuestiones trascendentes crea un centro de poder que permite asegurar el cumplimiento de deberes morales. Así, citando a Duff, Farmer, Marshall y Tadros en su obra *The Trial on Trial*, “*el juicio penal debería ser entendido normativamente como un proceso en el que, y a través del cual, los ciudadanos son*

⁸³³ La concepción de la Autoridad como servicio de Raz se aprecia en tres proposiciones centrales: Tesis de la Justificación Normal, por la que se acepta las directivas de una autoridad como vinculantes; Tesis de la Dependencia, por la que dicha directiva resulta independientemente aplicable como criterio normativo; y por último Tesis de la Prioridad, que sostiene como razón práctica la realización de las acciones requeridas por la autoridad no deben ser sumadas sino, que una deben ocupar en lugar de otras (citado por CHEHTMAN, 2013: 204-205).

llamados a responder a sus conciudadanos por sus supuestas conductas públicas incorrectas” (citado por CHEHTMAN, 2013: 218- 220).

Para Chehtman, el rasgo distintivo de los diversos crímenes internacionales se fundamenta en su capacidad para castigar a quienes cometan las conductas normativamente establecidas en el sistema de Derecho penal internacional. Así, lo que justifica transformar una regla penal en una regla penal internacional es el hecho de su vigencia sin hacerla depender exclusivamente de su aplicación por parte de un Estado. Ello permite el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial basado en el interés de los individuos en zonas de conflictos o en aquellos lugares donde se ha perpetrado o se encuentra cometiendo este tipo de atrocidades, ello posee un interés relevante que otorga a una Autoridad extraterritorial la facultad de juzgar a los responsables (2015: 2396-2397).

C) Teoría basada en la potestad soberana del sistema punitivo

De forma tradicional, son los Estados los que han monopolizado el *ius puniendi*. La concepción de los Estados conforme a la tradicional teoría de Hobbes impide cualquier interferencia de otro poder en la soberanía del mismo, lo que determina como señala Altman y Wellman trasladar la justificación “de la jurisdicción penal internacional sobre crímenes que atraviesan las fronteras del Estado” al ámbito de lo que denominan “perforación de la soberanía estatal”. Para dichos autores, la atrocidad de ciertos crímenes cuando su comisión no es impedido por los Estados o carecen de capacidad para prevenir violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos individuales, esos Estados pierden su derecho a impedir “que terceras partes interfieran en estos casos, que de otro modo sólo podrían ser considerados como asuntos internos” (citado por CHEHTMAN, 2015: 2392). Son razones humanitarias las que justifican que una autoridad extraterritorial tenga el poder de castigar a los delincuentes por su comisión de crímenes generalizados o sistemáticos a los derechos básicos de quienes están en una posición vulnerable. Aunque Chehtman estima defectuosa esta teoría pues considera que la gravedad del crimen no debe determinar una justificación normativa (2015: 2396), la misma sí establece un interesante enfoque necesario para hacer compatible un sistema punitivo de ámbito internacional como excepción a la regla general relativa a la soberanía estatal.

Siguiendo a Rodrigo Hernández, “*el principio de igualdad soberana es el principio constitutivo básico del sistema internacional desde la creación del sistema internacional de Estados a partir de los Tratados de Westfalia en 1648 hasta la actualidad (entonces concebido como el principio de soberanía). Es el principio constitutivo esencial que hace que el actual sistema internacional sea como es. Sin entidades soberanas e iguales no existiría un sistema internacional como el actual, tendríamos otro modelo organizativo diferente*” (2018: 72). La soberanía en su expresión clásica equivaldría a la *summa potestas* o *plenitudo potestatis*, caracterizada por la territorialidad y por la exclusividad, debiendo concebirse como autoridad suprema legítima dentro de un territorio. Como principio desde la doctrina constructivista, es el resultado de una construcción social conformada por estadistas, diplomáticos, intelectuales y aceptada por prácticas socialmente relevantes en los sistemas de los Estados⁸³⁴.

Pero como observa dicho autor, “*el hecho de que el principio de soberanía fuera el principio constitutivo del sistema internacional no implica necesariamente que tenga que seguir siendo así, ya que tal principio constitutivo puede evolucionar. De hecho, el propio principio de soberanía evolucionó para convertirse tras la [Carta de las Naciones Unidas] (art. 2.1) en el principio de igualdad soberana. Además, «el principio organizativo último de un sistema es el resultado del proceso y no de su origen genético».* En este sentido, algunos autores han defendido que el principio de igualdad soberana habría dejado de ser ya el principio constitutivo del sistema internacional y de la comunidad internacional” (RODRIGO HERNÁNDEZ, 2018: 72-73).

Los cambios producidos en la comunidad internacional en los últimos años han tenido efecto sobre la soberanía, la propia creación de un sistema de protección de los derechos humanos determina que ello no sea sólo una cuestión que pertenece a la jurisdicción interna de los Estados, sino que concierne a toda la comunidad internacional. Si a ello añadimos la construcción de un sistema penal internacional debe

⁸³⁴ Como indica el Profesor Rodrigo Hernández, del reconocimiento del principio de igualdad soberana como principio constitutivo del sistema internacional ha conformado otros principios generales tradicionalmente establecidos en el sistema normativo del Derecho internacional como: “*el principio de arreglo pacífico de las controversias internacionales; el principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados; el principio de cooperación internacional; el principio de inmunidad jurisdiccional y de ejecución del Estado; el principio de inmunidad y de inviolabilidad de los agentes diplomáticos y de los locales diplomáticos; el principio de inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado; y las reglas que regulan la subjetividad internacional*” (2018: 72).

ser reinterpretada la función constitutiva de la soberanía en el Derecho internacional y en las grandes cuestiones de la teoría de las relaciones internacionales, pues ello ha supuesto una relativización de su concepto y un proceso de erosión constatado por la práctica internacional. Conceptos como el de “soberanía suspendida” que justifican el ejercicio de potestades normativas, ejecutivas y judiciales por otra Autoridad diferente del Estado territorial, “soberanía cosmopolita” que ha motivado una flexibilización del principio de territorialidad consecuencia de la globalización y de una nueva configuración del espacio político internacional o el de “soberanía condicionada”, basado en valores que se derivan de la dignidad humana y que son tenidos en cuenta como adecuados y verdaderos para todo individuo y para toda sociedad que los Estados asumen la obligación de protegerlo condicionando sus potestades al respeto de dichos valores y normas, son ejemplo de estas nuevas visiones sobre las potestades soberanas en la actualidad (RODRIGO HERNÁNDEZ, 2004: 282-290).

Siguiendo al Profesor Rodrigo Hernández, *“la comunidad internacional contemporánea es un modelo de organización social que tiene como sujetos primarios y principales a los Estados soberanos”*, y añade que en su dimensión sustantiva *“la soberanía ya no puede ser la garantía de impunidad para cualquier tipo de conducta incluidas las más execrables, por ello tiene especial interés la noción de “soberanía responsable”*. Esta consiste no sólo en derechos sino también en obligaciones que todos los Estados tendrían, por el solo hecho de formar parte de la comunidad internacional, tanto hacia sus propios ciudadanos como hacia los demás Estados” (2004: 322-323).

Sobre la ficción legal⁸³⁵ del poder constituyente del principio de soberanía estatal, se ha desarrollado la capacidad normativa de la comunidad internacional. Como indiqué en el Capítulo 1, siguiendo al Profesor Ramiro Rico, que considera el poder soberano no como exclusivo sino como una relación de prevalencia entre poderes concurrentes, llega a considerar que cuando el mismo se aplica sobre un sustrato social que resulta común, se ejercen potestades que pueden ser calificadas de soberanas. Por eso dicho autor sostiene que *“cuando la [Organización de las Naciones Unidas (ONU)],*

⁸³⁵ Conforme al Diccionario Jurídico Español, entendemos por “ficción jurídica” en su acepción usual como *“el artificio jurídico que permite obtener efectos jurídicos a una situación o relación inexistente, como si se hubiera producido”*.

en su famosa Resolución del 46⁸³⁶, se dirigió al pueblo español, y lo solicitó y lo invitó a escoger, creó una relación de soberanía, una concurrencia por la soberanía; creó una competencia entre el Estado español y la ONU. La ONU, en nombre suyo y del supuesto o real substrato social común a todos, representado por la solidaridad democrática de los pueblos, una especie de *corpus mysticum democraticum*, invitó al pueblo español a que le obedeciera a ella preferentemente” (RAMIRO RICO, 1980: 134).

Bajo esta consideración, toda organización internacional puede ser considerada como “poder público” con capacidad normativa y aptitud para la aplicación y ejecución de sus decisiones. Estas funciones pueden ser consideradas como “cualidades soberanas” o asimiladas a “potestades soberanas”. Ahora bien, estas potestades de autodeterminación vienen condicionadas conforme a sus normas constituyentes, que determinan el establecimiento de principios inherentes a su estructura y funcionamiento y, lo que resulta de suma trascendencia, al propio sistema que legitima su creación normativa. Consecuente con ello, los Estados en gran medida siguen siendo los creadores y destinatarios del Derecho internacional, pero conforme a las funciones normativas asumidas por la comunidad internacional (que a la vez es una comunidad social, política y jurídica), determinan un nuevo contexto en el reconocimiento de la dimensión pública del Derecho internacional. Como señala el Profesor Rodrigo Hernández, “*el ejercicio de reinterpretación basado en un nuevo enfoque, marco conceptual y contexto puede ofrecer nuevos resultados. Los miembros de la comunidad internacional, las normas que tienen por objeto el gobierno del sistema internacional y del ordenamiento internacional, las normas que protegen intereses públicos internacionales, sean esenciales o no, las instituciones creadas para la gestión de los intereses colectivos cobran un nuevo significado en cuanto que forman parte de una comunidad constitucional global y desempeñan nuevas funciones*” (2018: 62).

Desde nuestra perspectiva “constructivista”, las “prácticas culturales” de los miembros de la comunidad internacional que operan en un proceso de interacción social y que pueden estar integradas por un conjunto de principios, de elementos informales

⁸³⁶ Sobre la citada Resolución, véase ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (1946). “Resolución 39 (I) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 12 de diciembre de 1946. Relaciones de los Miembros de las Naciones Unidas con España”, 1ª Sesión, nº de referencia A/RES/39(I). Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/39\(I\)](https://undocs.org/es/A/RES/39(I)). Consultado el día 7 de noviembre de 2020.

escritos o no, y de usos en un grupo social, determinan las normas que tienen por finalidad la protección de intereses esenciales del orden internacional o aquellas que, de forma fundamental, resultan básicas para el gobierno y funcionamiento del sistema internacional o en el ordenamiento jurídico internacional. Estas “prácticas culturales” permiten reconocer a las normas jurídicas internacionales que tienen carácter constitutivo por su importancia sistémica para el ordenamiento jurídico internacional. Este tipo de normas no se encuentra en un único instrumento atendiendo al carácter fragmentario y disperso que caracteriza el ordenamiento jurídico internacional, la Carta de las Naciones Unidas y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establecen los principios básicos de la estructura y funcionamiento normativo de la comunidad internacional, a los que debemos añadir por su contenido las normas de *ius cogens* por su importancia para el ordenamiento jurídico internacional⁸³⁷. Estas normas no sólo establecen límites a las acciones individuales o colectivas, sino que tienen por finalidad someter todo “poder” al Derecho y exigir responsabilidades conforme al Derecho. En ello se legitima la Autoridad para solicitar y exigir el cumplimiento de la norma, donde los tribunales internacionales como autoridades públicas legítimas constituyen órganos de la comunidad internacional basados en valores generales y principios institucionales que determinan su régimen jurídico⁸³⁸.

Atendiendo a lo expuesto, la existencia propia de un derecho fundamental en la comunidad internacional derivado de su capacidad autonormativa es la que justifica la existencia de un Derecho penal internacional y la creación de órganos judiciales específicamente encargados de la exigibilidad de responsabilidad individual a sus

⁸³⁷ Como señala el Profesor Rodrigo Hernández, citando al Profesor Tomuschat: “*Junto a la CNU y al derecho de las Naciones Unidas, tienen especial importancia los que Ch. Tomuschat denomina ‘tratados sobre el orden mundial’ (world order treaties), que serían tratados que tienen como objetivo «concretar y elaborar sobre principios que en parte son elementos constitutivos del orden jurídico internacional. No es entonces el tratado el que genera por sí mismo, con efecto constitutivo, nuevos derechos y obligaciones jurídicos; si no que el tratado da expresión a relaciones jurídicas que existían de alguna forma, sin estar claramente definidas, sin embargo».* Algunos ejemplos de tales tratados son los Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura, la Convención contra el Apartheid, los Convenios de Ginebra y los Protocolos I y II de Derecho internacional humanitario, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, etc.” (2018: 63).

⁸³⁸ “Los tribunales internacionales, en la actualidad, además de la función tradicional de resolver las controversias entre las partes (principalmente entre los Estados), desempeñan otras funciones: contribuyen a la estabilización de las expectativas normativas, ayudan a la interpretación y evolución del Derecho internacional y controlan y legitiman la autoridad pública” (RODRIGO HERNÁNDEZ, 2018: 58).

infractores, siendo ello consecuencia del ejercicio de potestades soberanas como poder público. Pero esta potestad viene también limitada en el plano internacional atendiendo a sus principios y valores inherentes conforme a sus normas constitutivas y aquellas prácticas que en su interacción social permiten su prevalencia sobre las potestades derivadas de la soberanía estatal. Ello constituye la base sobre la que puede ser desarrollada cualquier teoría normativa del Derecho penal internacional y la jurisdicción universal⁸³⁹.

6.2 La extensión de la jurisdicción de los Estados

El concepto de jurisdicción deja espacios de interpretación al carecer de una significación única en el Derecho internacional público y en los ordenamientos jurídicos estatales.

Siguiendo al *American Law Institute*, en su obra *Restatement of the Law (Third), the Foreign Relations Law of the United States*, el poder jurídico de los Estados se extiende a su libertad de creación normativa, la atribución a órganos judiciales el control de su cumplimiento y la ejecución de lo decretado por los mismos (1987: 230)⁸⁴⁰. En este sentido amplio, la expresión “jurisdicción del Estado” queda referido al ejercicio exclusivo del poder soberano estatal en su propio territorio, como se fundamentó en el caso *Cristina* de 1938⁸⁴¹. En este caso, el Profesor Simon llama la atención sobre la opinión reservada de Lord McMillan, cuando afirma que: “*es un atributo esencial de la soberanía de todos los Estados independientes y soberanos, el tener jurisdicción sobre todas las personas y cosas que se encuentren dentro de sus límites territoriales y sobre*

⁸³⁹ En este sentido, debemos recordar los trabajos y proyectos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el establecimiento de los delitos internacionales y de la jurisdicción aplicable. Así, véase Capítulo 1 de la presente Tesis.

⁸⁴⁰ Igualmente, BLAKESLEY, Ch. L. (1988) “Jurisdictional Issues and Conflict Jurisdictions”, en BASSIOUNI, Ch. (ed.), *Legal responses to International Terrorism U.S. Procedural Aspects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 131-180.

⁸⁴¹ Este caso fue resuelto por la Cámara de los Lores, en sus funciones que fueron ejercidas como Tribunal Supremo hasta la reforma constitucional del año 2005. El conflicto objeto de resolución era determinar si la jurisdicción española tenía competencia para requisar el navío español “Cristina”, que se encontraba en el puerto de Cardiff.

todos los casos, civiles y penales que surjan dentro de estos límites”⁸⁴² (citado y traducido por SIMON, 2002: 2).

Sin embargo, tomando como referencia nuestro Derecho interno, el término “jurisdicción” debe diferenciarse del término “competencia”. Atendiendo a su origen etimológico (*iuris dicere*), el término “jurisdicción” hace referencia a la potestad que ostentan de forma exclusiva los órganos judiciales de un Estado, mientras que el término “competencia” queda referido a la distribución que de esta potestad indivisible se atribuye a cada órgano judicial para el conocimiento de un asunto o caso concreto. La distinción conceptual viene determinada por la cultura jurídica de cada país, pudiendo ser apreciada de forma más nítida en aquellos ordenamientos jurídicos basados en la tradición jurídica continentales, mientras que en los ordenamientos fundados en el Derecho anglosajón tienden a utilizar indistintamente dichos conceptos de forma extensiva. En el ámbito del Derecho internacional público ambos términos suelen tratarse como sinónimos (KOLB, 2013: 211). En este mismo sentido, el Profesor Chehtman señala que, mientras conceptualmente nos referimos al ejercicio del Estado y sus tribunales a castigar como “jurisdicción y como competencia”, la doctrina angloamericana distingue dentro del concepto “jurisdicción” lo que podríamos denominar ámbito de la ley penal de la cuestión relativa a la “sede”, haciendo referencia el primero a la norma penal aplicable sobre conductas constitutivas de delito, mientras que la cuestión de la “sede” se vincula directamente a la competencia de un tribunal determinado (2013: 22-23). Conceptualmente, estimo de mayor corrección que la jurisdicción supone un derecho abstracto de ejercicio de toda acción penal, mientras que la competencia supone la concreción de dicho derecho en la atribución a un órgano judicial determinado de una concreta pretensión punitiva sobre los hechos ilícitos contemplados en la norma penal⁸⁴³.

Siguiendo a Frederick Mann, cuando se alega en el Derecho internacional la jurisdicción hace referencia a los derechos de los Estados sobre aquellas cuestiones no

⁸⁴² Traducción del Profesor Simon conforme al siguiente documento original: “*It is an essential attribute of the sovereignty of this realm, as of all sovereign independent States, that it should possess jurisdiction over all persons and things within its territorial limits and in all causes civil and criminal arising within these limits*” (HOUSE OF LORDS, 1938: 397).

⁸⁴³ Sobre la diferencia entre los términos jurisdicción y competencia, véase CHEHTMAN, A. (2013). *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*. Madrid, Editorial Marcial Pons, Colección Derecho Penal y Criminología.

exclusivas de su Derecho. En su libertad normativa, los Estados pueden extender su poder fuera de sus fronteras pudiendo afectar al poder y soberanía de otros Estados y entrar en conflicto con éstos. Por ello, más que basado en la idea de exclusividad, debe fundarse en el principio de concurrencia lo que determina su sujeción al Derecho internacional público pues consecuencia del principio de igualdad soberana no puede presumirse restricciones a la independencia de los Estados, como señaló la CPJI en los asuntos sobre los Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos de 1924 y Lotus de 1927 (SIMON, 2002: 3). En consecuencia, el concepto de jurisdicción del Estado queda referido a actos que no caen exclusivamente dentro de su poder, lo que supone un concepto normativo del Derecho internacional público basado en las ideas de universalidad y mutua reciprocidad, mientras que el concepto “competencia” queda delimitado a la potestad de los órganos judiciales internos legitimadas por el concepto de jurisdicción.

En esta relación, a medida que se extiende la actuación judicial de los Estados fuera de su territorio, aumenta potencialmente la existencia de conflictos y de inseguridad jurídica. Aunque el principio de “buena fe” suponga un límite a la discrecionalidad estatal, el mismo resulta insuficiente para resolver las controversias que puedan suscitarse. Como indicó el Profesor Mann, el problema de la competencia, propiamente definido, implica la búsqueda del Estado (o de los Estados) cuyo contacto con los hechos sea tal que la atribución de su conocimiento se entienda como justa y razonable (MANN, 1964: 9-11).

Siguiendo al Profesor Simon, *“la práctica demuestra que al extender el poder estatal fuera de sus límites territoriales, los Estados siempre se han esforzado en establecer alguna relación de este con su territorio[*, y estima que ello se ve reflejado] *en el voto de Sir Fitzmaurice en el caso "Barcelona Traction" de 1970 en el cual el Juez de la Corte Internacional de Justicia manifestó: "Es cierto que, bajo las condiciones actuales, el Derecho internacional [público] no impone reglas duras [...] a Estados que delimitan el espacio de [su competencia] [...] sino que deja a los Estados un margen ancho de discrecionalidad en la materia. No obstante, en aquellos casos que contienen un elemento extranjero, [esto] implica para los Estados una obligación de ejercer [su poder] con moderación y contención, proporcional a la extensión de la [competencia]*

*asumida por sus tribunales, [para] evitar una invasión indebida de la [competencia] más apropiada, o más ejecutable de un otro Estado*⁸⁴⁴” (2002: 9).

Igualmente, cita al Profesor Christian Tomuschat, cuando “*en el Curso general sobre Derecho internacional público de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, [al analizar] la Ley Helms-Burton, afirma que] Estados Unidos da una interpretación [extremadamente] extensiva a los factores mencionados en el "restatement"*⁸⁴⁵ *que restringe la competencia extraterritorial*⁸⁴⁶. Estos factores señalados por el Profesor son aquellos bajo los cuales Estados Unidos no podrá ejercer su poder sobre una persona o actividad que tenga conexiones con otro Estado cuando el ejercicio de tal competencia no es razonable. Para fundamentar su tesis de que estos factores son demasiado ambiguos para "domesticar" la expansiva práctica angloamericana, el Profesor cita dos factores. El primero, consiste en que "[...] la existencia de expectativas justificadas debe ser protegida o puede ser violada" y el segundo se refiere a "[...] la importancia [del ejercicio del poder soberano en un caso dado] para el sistema internacional político, el de Derecho o económico” (SIMON, 2002: 11-12).

Como criterio de ponderación para resolver los problemas de competencia concurrente entre los Estados, el Profesor Simon defiende esta construcción de “expectativas normativas”, basada en la idea de que el Derecho internacional público supone la “constitución” de la comunidad internacional y que la propia Carta de las Naciones Unidas viene a ser como un Derecho positivo en el que se recogen estos valores como sistema para la decisión en el Derecho moderno superando posturas

⁸⁴⁴ Traducción de Simon del siguiente documento original: “*It is true that, under present conditions, international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction in such matters (and there are of course others-for instance in the fields of shipping, "anti-trust" legislation, etc.), but leaves to States a wide discretion in the matter. It does however (a) postulate the existence of limits-though in any given case it may be for the tribunal to indicate what these are for the purposes of that case; and (b) involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint as to the extent of the jurisdiction assumed by its courts in cases having a foreign element, and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State*” (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 105).

⁸⁴⁵ Debemos entender por “*restatement*” en el Derecho como aquella compilación de tratados que informa a los juristas sobre los principios generales del *Common Law*.

⁸⁴⁶ Sobre la visión acerca de la citada norma, véase TOMUSCHAT, Ch. (1999). “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 281, pp. 9-438.

morales expresadas por la CIJ como “principios reconocidos por las naciones civilizadas” o “principios universales y elementales de la humanidad”, pues aunque sirvan para diferenciar entre lo bueno y lo malo, no suponen un fundamento jurídico para resolver los conflictos.

Por su carga de valores éticos se ha diseñado el estudio del Derecho internacional público, tanto universal como normativamente, desde una filosofía de “la justicia humana”, que es el que legitima las decisiones de autoridad como el control efectivo de éstas en el ámbito internacional. Establecidos como principios fundamentales del orden internacional la protección de los derechos humanos, puede ser apreciado en la jurisprudencia de la CIJ⁸⁴⁷ y de los tribunales regionales de los derechos humanos el recurso integrador a un *corpus iuris* internacional como eje central de la protección normativa. Aunque ello constituyera el núcleo de un interés jurídicamente relevante, el mismo debe ser complementado para superar ámbitos de “ambigüedad” desde una lógica constructivista operativa que sin estar basada en el campo de la Sociología del Derecho deben de tener como fundamento la realidad que como hecho constitutivo determina de forma integradora la interpretación normativa que legitima el proceso de que la decisión sea adecuada para la resolución de conflictos sobre la base de la mutualidad-reciprocidad. Solamente sobre el resultado de este proceso, se puede fundar expectativas relevantes sobre el concepto de jurisdicción que deja de estar basada en cualquier tipo de política unilateral de un Estado en un caso particular (SIMON, 2002: 15-16).

Ello resulta trascendente en el ejercicio de la jurisdicción estatal en materia penal, donde se puede apreciar con mayor claridad la existencia de controversia cuando entra en conflicto con otros Estados, derivado del núcleo esencial que los ordenamientos jurídicos internos otorgan al Derecho penal. Los Estados suelen atribuirse de forma fundamental el ejercicio de la jurisdicción penal basados en el principio de territorialidad, pero esta no es la única forma de atribución, pues a medida de que las potestades de los Estados se han visto reforzadas por un proceso de expansión, los

⁸⁴⁷ Así, en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares de 8 de julio de 1996, la Corte Internacional de Justicia recuerda a los Estados el deber de actuar, promover y garantizar el ejercicio de los derechos humanos y la buena fe en el cumplimiento de las normas convencionales y consuetudinarias, ello supone un principio del Derecho internacional derivado no sólo de los artículos 29 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino también en virtud de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas.

principios en el que se sustenta la atribución de su jurisdicción han ido evolucionando de forma que justifican su ejercicio extraterritorial, inicialmente basados en los principios de nacionalidad y de protección tanto personal como real.

Desde el punto de vista internacional, ya expusimos en el caso Lotus que “a pesar de que es cierto que en todos los sistemas jurídicos el principio de territorialidad del Derecho criminal es fundamental, es igualmente cierto que todos o casi todos estos sistemas jurídicos extienden su acción a delitos cometidos fuera del territorio del Estado que las adopta y lo hacen de modo que varían de un Estado a otro. La territorialidad del Derecho criminal, por lo tanto, no es un principio absoluto del Derecho internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”⁸⁴⁸.

No puede concluirse que en los actuales momentos exista un reconocimiento general del principio de personalidad en la persecución de crímenes ordinarios, sino sólo que su permisibilidad viene determinada por casos específicos. Como indica Simon, “*cabe señalar que se trata tanto de problemas generales del Derecho penal como de la materia especial del Derecho internacional público llamado "Derecho penal internacional" y del Derecho internacional público general, tales como son, entre otros, la coexistencia de normas convencionales y consuetudinarias sobre la materia y, así mismo, las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional público en los ordenamientos respectivos; y, en particular, problemas tales como los principios de legalidad penal y de irretroactividad, equivalencia y ne bis in ídem, inmunidad ratione materiae y personae, limitaciones ratione materiae y temporis a cierto tipo de actos, la vinculación de la competencia universal a la presencia del autor en el territorio del Estado, la definición material de los llamados crímenes de lesa humanidad, etc.*” (2002: 30-31). Aunque los tratados contra el genocidio, represión de tortura y crímenes de guerra sólo obliga a su persecución a los Estados en cuyo territorio se cometan, añade que “*esta obligación, sin embargo, no tiene nada que ver con el poder universal de cada Estado de perseguir este tipo de crímenes [...], que se*

⁸⁴⁸ Texto original: “*Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all or nearly all these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State. The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty*” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 20*). Citado previamente en la nota pie núm. 288 de la presente Tesis.

basan en el Derecho internacional consuetudinario” (SIMON, 2002: 33). Estas consideraciones se apoyan en el fundamento tradicional que justifica el ejercicio de la jurisdicción universal en un sentido amplio basada en la existencia de un único interés legal compartido por todos los Estados e incluso en un principio de solidaridad de los mismos con respecto a la comunidad internacional como fundamento filosófico que de ser aceptado de forma general y uniforme por la doctrina científica pueda constituir el origen de un proceso de cristalización de una futura norma consuetudinaria de Derecho internacional⁸⁴⁹.

En la situación actual, no existe tratado general que resuelva la concurrencia de las jurisdicciones nacionales aunque los Estados han procurado establecer instrumentos de colaboración entre los mismos. En el ejercicio extraterritorial de sus jurisdicciones generalmente los ordenamientos jurídicos internos establecen ciertos límites a la jurisdicción universal que vienen determinados por la naturaleza de los delitos internacionales, concretamente previstos en sus sistemas punitivos y la exigencia de un nexo que vinculen éstos con el propio Estado, normalmente basados en los principios de territorialidad o de nacionalidad.

Reflejo de ello puede ser observado en el debate establecido en la reunión 72ª de la AG sobre el ámbito de la aplicación del ejercicio de la jurisdicción universal, donde la mayoría de los Estados comparten el sentir mayoritario de la necesidad de este ejercicio extensivo y extraterritorial de las jurisdicciones nacionales en aras de garantizar la seguridad jurídica en la comunidad internacional, pero también muestran su preocupación de un uso abusivo de esta competencia con fines políticos debiendo establecerse mecanismos de control para los casos en que la jurisdicción universal sea ejercida unilateralmente por los Estados o tribunales requirentes⁸⁵⁰ con una finalidad contraria al principio de justicia universal. Por ello se estima la pertinencia de que la jurisdicción universal quede limitada atendiendo a la concurrencia de criterios como el

⁸⁴⁹ Por el contrario, autores como Chehtman (en su obra *Filosofía y Derecho penal internacional*) y Luban (en su obra *The enemy of all humanity*) cuestionan que dicho fundamento del “interés único compartido” derivado de la consideración del *hostis humani generis* resulta insuficiente para justificar desde la filosofía jurídica el ejercicio de la jurisdicción universal.

⁸⁵⁰ Sobre el significado de la actuación unilateral de la jurisdicción universal, véase STEWARDT, D. (2008). “Some perspectives on universal jurisdiction”, *American Society of International Law*, Vol. 102, April 9-12, pp. 404-406.

de territorialidad y el de nacionalidad activa o pasiva, que también sería compatible con las normas y principios del Derecho internacional.

Estas consideraciones se centran en la división existente entre el carácter absoluto o limitado de la jurisdicción universal. Aunque los Estados puedan atribuirse el ejercicio de la jurisdicción universal de forma absoluta siempre resultaría necesario determinar legalmente los presupuestos que garanticen su ejercicio. Por ello, con relación a las posturas mantenidas por los representantes de los Estados miembros de Naciones Unidas, la mayoría de ellos estimaron necesario abordar las reformas legislativas internas para garantizar el ejercicio de su jurisdicción universal pues sólo así puede darse eficacia a la persecución de los crímenes internacionales⁸⁵¹.

Durante la 72ª sesión de la AG, hubo Estados que mantuvieron como más adecuado, para el cumplimiento de sus obligaciones con la comunidad internacional, unas reformas legislativas que posibilitaran el ejercicio de una jurisdicción universal absoluta, sin necesidad de nexo o conexión alguna basado en criterios de territorialidad o de nacionalidad porque ello favorece el acceso de las víctimas de estos delitos a la justicia y permiten a los tribunales de los Estados requirentes poder perseguir a los responsables, cualquiera que hubiere sido el lugar de comisión del delito y con independencia del lugar donde puedan encontrarse los mismos.

Sin embargo, la mayoría de los Estados defendieron⁸⁵² la necesidad de una mayor precisión y concreción no sólo de los delitos internacionales objeto de la competencia universal sino además la necesidad de conexión con criterios de territorialidad y de nacionalidad de los autores o de las víctimas para garantizar el ejercicio de la misma⁸⁵³. Con ello se aseguraría el respeto del ejercicio soberano de los

⁸⁵¹ Sobre este aspecto, véase ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017a). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”, 72ª Sesión, núm. de referencia A/72/112, de 22 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/72/121>. Consultado el día 7 de marzo de 2019.

⁸⁵² Algunos de los Estados que estuvieron a favor de esta postura, fueron China, Trinidad y Tobago, Burkina Faso, Singapur, Indonesia, India, Ruanda, la República Islámica de Irán, Argelia, Senegal, Nigeria, Bangladesh, Lesoto, Argentina, y Cuba entre otros Estados que comparten esta visión. Incluyendo en aquellos supuestos en los que se reflejaba el abuso de este ejercicio extraterritorial por razones ideológicas o políticas.

⁸⁵³ Así, el Sr. Yelda Umasankar, primer secretario y asesor jurídico que actuó en representación de la India, consideró la necesidad de los criterios de territorialidad y de la nacionalidad a fin de evitar el ejercicio unilateral y abusivo de la jurisdicción universal. Dicha afirmación se fundamentó conforme a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, concretamente el caso Habré del 20 de julio del 2012.

demás Estados, como declaró el delegado de la Misión Permanente del Pueblo Chino Shi Xiaobin⁸⁵⁴. El Sr. Xiaobin afirmó que, a pesar de que reconozca la necesidad de eliminar la impunidad en la persecución de delitos internacionales, “la comunidad internacional está lejos de alcanzar un consenso sobre la existencia de una jurisdicción general del Derecho internacional, así como su definición, ámbito, presupuestos, e instrumentos procesales de aplicación. Al juzgar la información facilitada sobre las legislaciones nacionales y la práctica judicial sobre la llamada “jurisdicción universal”, los países tienen prácticas judiciales muy diferentes y varias perspectivas sobre su deber jurídico”⁸⁵⁵.

Sobre la presente declaración del Sr. Umasankar, véase ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017). “Statement by Yelda Umasanker. First Secretary/Legal adviser. Permanent Mission of India to the UNE. On the Agenda Item 85. The scope and application of the principle of universal jurisdiction at the 72nd session of the UN General Assembly”, of the 12th October 2017. Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/16153463/india.pdf>. Consultado el día 7 de marzo de 2019.

Del mismo modo, las declaraciones de los Estados de Cuba y Nigeria, al igual que la mayoría de los Estados que intervinieron en la Asamblea General de Naciones Unidas, comparten esta postura manifestando que el simple ejercicio unilateral de la jurisdicción universal conllevaría la violación de las normas y principios del Derecho Internacional, especialmente si dicha jurisdicción se realizara por circunstancias políticas, considerado como uno de los principales intereses propios de los Estados. Sobre las declaraciones de los Estados de Cuba y Nigeria, véase ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017). “Intervención de la Delegación de Cuba en el tema 85: Alcance y aplicación del principio de justicia universal”, Misión Permanente de Cuba ante las Naciones Unidas, de fecha 11 de octubre de 2017. Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/16153354/cuba-spanish-.pdf>; y ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017). “Statement by Ambassador Hussein Abdullahi, Former Under-Secretary, Regions and International Organizations (RIO), Ministry of Foreign Affairs, Abuja. On the scope and application of the principle of universal jurisdiction (Sixth Committee)”, Trusteeship Council Chamber, United Nations Headquarters, of the 10th October 2017. Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/16153368/nigeria.pdf>. Ambos documentos fueron consultados el día 8 de marzo de 2019.

⁸⁵⁴ Fragmento de la presente declaración: “*In any case, when a country establishes and exercises jurisdiction, it should strictly adhere to the purposes and principles of the UN Charter, uphold such basic principles of international law as sovereign equality and non-interference in internal affairs of other countries, avoid improper extraterritorial jurisdiction, and refrain from infringing upon the immunity *ratione personae* and *ratione materiae* enjoyed by foreign States, state officials and diplomatic and consular personnel*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2017b: 3).

⁸⁵⁵ Documento original: “*the international community is still far from reaching a consensus on the existence of general universal jurisdiction in international law, as well as its definition, scope, and conditions and procedures of application. Judging from the information provided concerning domestic legislations and judicial practices regarding the so-called universal jurisdiction, countries have very different practices and various views upon *opinio juris**” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2017b: 2).

Igualmente comparte visión el Sr. Abbas Bagherpour Ardekani, representante de la República Islámica de Irán, bajo la siguiente declaración: “*Due to the sensitivity and complexity of the issue. Member States do not have a common understanding on the legal and conceptual framework of universal jurisdiction and*

De igual modo, la delegación del Estado indonesio consideró que “la ausencia de claridad y consenso sobre el ámbito y aplicación de la competencia universal conllevaría la aplicación inapropiada y puede ser, incluso, abusiva sobre los nacionales extranjeros que podría vulnerar los principios fundamentales del Derecho internacional”⁸⁵⁶. Merece especial atención la declaración del representante del Gobierno de Singapur, la Sra. Seraphina Fong, quien afirmó que la jurisdicción universal es complementaria con los principios de territorialidad y de personalidad activa y pasiva, fundamentándose en la responsabilidad del ejercicio soberano de los Estados dentro de su territorio. En su afirmación concluye que la jurisdicción universal no debe ser considerada como la principal base del ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los Estados⁸⁵⁷.

Para los Estados que mantienen este criterio, el ejercicio unilateral de la jurisdicción de los Estados basada en la competencia universal supondría la violación de normas consuetudinarias y convencionales del Derecho internacional, como se ve en las afirmaciones de las Sras. Seraphina Fong y Penelope Beckles, representantes de Singapur y de la Comunidad de los Estados de América Latina y del Caribe (incluyendo Trinidad y Tobago)⁸⁵⁸, pues sería considerada como una intromisión en la soberanía del

its scope of application. Even crimes for which universal jurisdiction is incorporated in national legislations are varied and as such should any interpretation thereof remain subject to the discretion of national judiciaries. Therefore, the limits and conditions of implementation of universal jurisdiction will be even more fragmented and further diversified” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2017c: 1).

⁸⁵⁶ Texto original: “*The absence of clarity and consensus as to the scope and application will lead to inappropriate, perhaps even abusive application of domestic law toward foreign nationals that would undermine fundamental principles of international law*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2017d: 1).

⁸⁵⁷ El presente pasaje determina que: “*the principle of universal jurisdiction is not and should not be the primary jurisdictional basis for the exercise of criminal jurisdiction by states. Universal jurisdiction is complementary to the other bases of jurisdiction recognized under international law, including the territoriality principle and nationality principle. The main responsibility for the exercise of criminal jurisdiction lies with the state in whose territory the crime has occurred, or the state of nationality of the alleged perpetrator. In this regard, universal jurisdiction should only be asserted in cases where no state is willing or able to exercise jurisdiction under the primary grounds of jurisdiction established under international law*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2017e: 2).

⁸⁵⁸ Así, la Sra. Fong declaró lo siguiente: “*universal jurisdiction should not be exercised in isolation from other applicable principles of international law. These principles include the principle of immunity of state officials from foreign criminal jurisdiction and the principles of state sovereignty and territorial integrity. Universal jurisdiction must also be applied in a manner consistent with the principles of due process, transparency, rules of procedure and evidence, and international comity, amongst others*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2017e: 3).

Estado afectado por su ejercicio (Estado requerido) y ello no puede ser aceptado por generar situaciones de desigualdad o arbitrariedad incompatibles con los propios principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.

La CDI, en su 70ª sesión celebrada durante el año 2018, incluyó el anexo presentado por Charles Chernor Jalloh sobre la jurisdicción penal universal estableciendo una serie de criterios con la finalidad de contribuir y potenciar su ejercicio dotándolo de una mayor seguridad jurídica, así señaló que estos criterios se formulan “para colmar las lagunas en materia de impunidad existentes en lo que se refiere a los esfuerzos de la comunidad internacional para combatir los crímenes graves según el Derecho internacional, al tiempo que aportaría una seguridad jurídica muy necesaria para los Estados y las autoridades nacionales, incluidas las cortes y tribunales”⁸⁵⁹. Dichos criterios establecen que: “1. El tema ha de reflejar las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del Derecho internacional; 2. El tema debe encontrarse en una etapa suficientemente en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; 3. El tema debe ser concreto y viable; y 4. La Comisión no debe limitarse a los temas tradicionales, sino que debe considerar también temas que reflejen una evolución del Derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en su conjunto”⁸⁶⁰.

El marco jurídico establecido por la CDI se fundamenta en la práctica de los Estados⁸⁶¹ y profundiza su estudio en aspectos relacionados con el ejercicio de la

Igualmente, la Sra. Beckles declaró lo siguiente: “*the extraterritorial application of domestic law by a State is contrary to the principle of universal jurisdiction unless permitted under international law, such as in cases where the State has the jurisdiction to do so over one of its own nationals. It is therefore important to ensure that the exercise of universal jurisdiction does not generate abuse of or conflict with international law*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2017f: 3).

⁸⁵⁹ “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º. período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2018, n° de referencia A/73/10, p. 344.

⁸⁶⁰ “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º. período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2018, n° de referencia A/73/10, p. 344.

⁸⁶¹ “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º. período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2018, n° de referencia A/73/10, p. 345.

jurisdicción universal como la inmunidad, la obligación *aut dedere aut iudicare* o las normas imperativas de Derecho internacional, que pueden dar respuestas a cuestiones debatidas en el ejercicio de toda competencia universal pretendiendo dotar de una mayor seguridad las relaciones jurídicas entre los Estados y las instituciones internacionales en la lucha contra la impunidad de aquellos responsables por la comisión de graves delitos internacionales⁸⁶².

Esta visión también se refleja en la 73ª sesión de la AG de fecha 3 de julio de 2018, donde el Estado suizo recordó a la comunidad internacional la falta de consenso para definir y concretar el alcance de la jurisdicción universal (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2018: 9), incluso señaló que, conforme a su Derecho interno, *“la jurisdicción universal tenía carácter subsidiario y solo se ejercía cuando ningún otro tribunal con mayores puntos de conexión jurisdiccionales (como la territorialidad o la nacionalidad) pudiera juzgar a un presunto delincuente⁸⁶³”* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2018: 4). El Estado australiano ofreció una visión amplia de jurisdicción universal, así: *“Australia reconoció que la jurisdicción universal era un principio bien establecido del Derecho internacional, si bien afirmó que, como norma general, la jurisdicción y responsabilidad respecto de los autores correspondía primordialmente al Estado en que se había cometido el delito (Estado del territorio) y al Estado de la nacionalidad del autor (Estado de la nacionalidad). No obstante, Australia señaló que cada Estado debía prohibir los delitos graves en su Derecho interno y ejercer de manera efectiva su jurisdicción sobre esos delitos cuando fueran cometidos en su territorio o por sus nacionales”* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2018: 8).

Igualmente, en el Informe del Secretario General sobre el alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal presentado ante la AG en su 74ª sesión de fecha 11 de julio de 2019, recopiló las declaraciones de Alemania, Bahrein, Bielorrusia,

⁸⁶² “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º. período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2018, nº de referencia A/73/10, p. 348.

⁸⁶³ Así: *“su ordenamiento jurídico seguía reflejando un concepto “condicional” o “limitado” del principio de la jurisdicción universal, ya que el ejercicio de esa jurisdicción estaba sujeto a dos condiciones, a saber, que el presunto delincuente: a) se encontrara en territorio suizo; y b) no hubiera sido extraditado a otra jurisdicción competente”* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2018: 7).

Bulgaria, Chipre, El Salvador, Finlandia, Irak, Malí, Qatar, Moldavia, Sierra Leona, Turquía y Ucrania sobre las normas internas penales y su aplicación conforme a los tratados suscritos por estos Estados, así como la jurisprudencia en los que se refleja la interpretación y aplicación de dichas normas.

En el citado Informe, estos Estados declararon que habían introducido la regulación de la jurisdicción universal en su Derecho penal interno conforme a su Derecho constitucional y a sus normas legales en cumplimiento de los tratados suscritos y las obligaciones asumidas para la persecución de crímenes internacionales como la tortura o los delitos contra la seguridad del Estado (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 16-22). En la pretensión de establecer un marco general ofrecen una definición básica de la jurisdicción universal centrada en la finalidad de la aplicación del ejercicio de la misma. Los Estados de Qatar⁸⁶⁴, El Salvador⁸⁶⁵, Malí⁸⁶⁶,

⁸⁶⁴ En este sentido: *“Qatar señaló que el principio de la jurisdicción universal es un mecanismo del Estado de Derecho para asegurar una justicia equitativa y luchar contra la impunidad por la comisión de delitos y violaciones graves del Derecho internacional humanitario y los Derechos Humanos. Declaró que la jurisdicción universal ayuda a defender el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar que la jurisdicción se ejerza de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional aplicable”* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 14).

Igualmente, el representante de la Misión Permanente de la República de Malí Issa Konfourou, afirmó que: *“le principe de compétence universelle doit tout simplement respecter les principes d’égalité souveraine des Etats, la non-ingérence dans les affaires intérieures, mais aussi, les immunités de juridiction dont bénéficient les représentants des Etats, notamment les Chefs d’Etat et de Gouvernement. A cet égard, il est impératif de définir tous les contours de la compétence universelle et de donner des précisions sur sa portée et son application”* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019b: 2).

⁸⁶⁵ *“El Salvador reiteró el rol significativo que desempeña la jurisdicción universal como herramienta para luchar contra la impunidad por la comisión de los delitos más graves que afectan a los intereses de la comunidad internacional, incluidos la tortura, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Reiteró que la jurisdicción universal también desempeña un papel en la garantía de la justicia, la verdad y la reparación integral para las víctimas”* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 14).

⁸⁶⁶ Así: *“Malí declaró que la jurisdicción universal debía ejercerse de buena fe, de manera no selectiva y no abusiva y de conformidad con los principios del Derecho internacional, incluidas la no violación de la soberanía del Estado, la no injerencia en los asuntos internos de los Estados y la igualdad soberana de los Estados. En su opinión, debe darse prioridad a los tribunales nacionales del Estado que tiene la responsabilidad principal de llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción. Malí señaló además que la jurisdicción universal solo puede aplicarse de manera eficaz si se complementa con mecanismos de cooperación judicial y asistencia judicial recíproca en materia penal que, en gran medida, siguen rigiéndose por acuerdos bilaterales entre Estados”* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 14).

Bulgaria⁸⁶⁷, Sierra Leona⁸⁶⁸ y Turquía⁸⁶⁹ se inclinan por una definición más completa que potencie su ejercicio aunque reconocen que toda regulación debe mantener un equilibrio que evite tanto la impunidad como su uso abusivo, visión que ya se puso de manifiesto en la 72ª sesión de la AG en el año 2017 (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 13-16)⁸⁷⁰. Ello fue respaldado por el delegado de la Misión Permanente del Pueblo Chino Li Kai, quien resaltó, en la 74ª sesión de la AG de 2019, la importancia de la práctica de los Estados en el ejercicio de la jurisdicción

⁸⁶⁷ “Bulgaria señaló que el principio de la jurisdicción universal es un principio rector que aborda la cuestión de la aplicabilidad de la legislación penal de un determinado Estado a la luz del lugar donde se cometió el acto. Según Bulgaria, el principio exige que los Estados juzguen y castiguen determinados actos delictivos independientemente del lugar donde se cometiese el delito, los intereses afectados o la nacionalidad del autor. Bulgaria señaló además que, de acuerdo con algunos conceptos del Derecho internacional, el principio *aut dedere aut iudicare* implica la existencia de jurisdicción universal” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 13-14).

⁸⁶⁸ En este sentido, además de señalar la importancia de la labor realizada por los tribunales internacionales, del Tribunal Especial de Sierra Leona y de las instituciones internacionales, afirmó que “los avances realizados en este tema desde que la Sexta Comisión de la Asamblea General se empezó a ocupar de él, en 2009, puesto que los Estados Miembros han forjado una interpretación común del principio de la universalidad, lo han distinguido de conceptos conexos como la jurisdicción de los tribunales penales internacionales y la aplicación extraterritorial de la legislación nacional, y han intentado aclarar el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal. Dicho ámbito de aplicación incluye la definición de los “delitos básicos” a los que se aplicaría la jurisdicción universal, las condiciones o criterios para la aplicación del principio y las limitaciones procesales y de otra índole que deben regir su ejercicio con arreglo al Derecho internacional” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 15). Incluso advirtió de los retos que debe afrontar la jurisdicción universal, especialmente cuando se modifican las normas internas de los Estados con fines políticos, determinando con ello la posible existencia del uso abusivo de los instrumentos jurídicos.

⁸⁶⁹ “Turquía reconoció la necesidad de evitar la impunidad por la comisión de delitos internacionales. Por otro lado, teniendo en cuenta que es probable que la obligación de investigar y juzgar recaiga en el Estado donde se cometió el delito o en el Estado de nacionalidad del delincuente, de conformidad con las normas relativas a la jurisdicción, Turquía destacó la importancia de atender las solicitudes de extradición y asistencia judicial presentadas por los órganos judiciales de dichos Estados. Además, (...) recordó las preocupaciones manifestadas por los Estados Miembros y las opiniones expresadas por algunos académicos en relación con el posible uso indebido o abuso de la jurisdicción universal. En este sentido, reiteró que debía examinarse la evolución en el ámbito de la jurisdicción universal, que debían protegerse los principios de legalidad y no retroactividad, y que las controversias de derecho privado deben dejarse al margen del alcance de la jurisdicción universal. Turquía consideraba esencial observar con la debida atención el delicado equilibrio entre garantizar la legitimidad y la fiabilidad de la jurisdicción universal, por un lado, y evitar la impunidad por la comisión de delitos internacionales, por otro lado, y examinar cuidadosamente el alcance y los límites de la jurisdicción universal” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 15-16).

⁸⁷⁰ En este sentido, la delegación de la Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela afirmó que: “El límite a la aplicación de este principio está en el respeto absoluto de la soberanía y la jurisdicción nacional de los Estados, manteniendo su carácter supletorio en relación con la acción y jurisdicción nacional de cada Estado, en consecuencia, únicamente podría aplicarse la jurisdicción universal para evitar la impunidad en los casos en que los tribunales nacionales no pudieran o no quisieran ejercer su jurisdicción” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019c: 2).

universal y la posible vulneración de los principios del Derecho internacional si se llegara a abusar del ejercicio de dicha jurisdicción⁸⁷¹.

De acuerdo con la jurisprudencia interna de los Estados, debemos resaltar que el ejercicio de la jurisdicción universal de los tribunales nacionales se realiza dentro de las garantías de las normas constitucionales, conforme a los principios y derechos fundamentales reconocidos y a los tratados internacionales suscritos. Progresivamente se ha ido incorporando en la legislación interna la irrelevancia de las inmunidades personales, la ineficacia de las leyes o instrumentos de impunidad (amnistías e indultos) o la imprescriptibilidad de los delitos internacionales que han determinado precedentes judiciales de relevancia en el ejercicio de la jurisdicción (como por ejemplo puede verse en el asunto del Estado salvadoreño sobre la aplicación de las leyes de amnistías en sus Sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema 44-2013/145-2013, de 13 de julio de 2016)⁸⁷². Ello también es perceptible en las relaciones de los Estados con los tribunales penales internacionales asumiendo de forma normativa la cooperación con

⁸⁷¹ Así: *“Member states have major differences on the practice and opinio juris of universal jurisdiction. Relevant rules of international law on the subject are far from being established. Member states have huge divergences on the application of universal jurisdiction and on the conditions for such application in the offences other than piracy. So far, international treaties and state practice invoked as the basis for “universal jurisdiction” have mostly been based on the obligation of aut dedere aut judicare in treaties or on the practice of extraterritorial jurisdiction of relevant states. States asserting jurisdiction already have, to varying degrees, connections with the subjects or their offences. In other cases, such jurisdiction is, in fact, the jurisdiction of international judiciary bodies. None of them are genuine “universal jurisdiction” and should not be considered evidence in support of universal jurisdiction. It is especially important to note that, some countries, in the name of “universal jurisdiction”, exercise extraterritorial jurisdiction which are incompatible with existing international law and are not widely accepted. There have even been cases of vexatious litigation for political purposes and violations of immunity of foreign state officials. They are clear abuses of universal jurisdiction and are not in conformity with international law, not conducive to safeguarding the stability of international relations”* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019d: 2).

⁸⁷² *“El Salvador reiteró (...) la Sentencia núm. 44-2013/145-2013, de 13 de julio de 2016, en la que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador había declarado la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, aplicable en el país a los delitos cometidos durante el conflicto armado salvadoreño de 1980 a 1992. También reiteró sus observaciones relativas a la Sentencia núm. 24-S-2016, de 24 de agosto de 2016, en la que la Corte Suprema se refirió a los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal de 2001, y la Sentencia núm. 558-2010, de 11 de noviembre de 2016, en la que la Sala de lo Constitucional reconoció la importancia de no conceder la amnistía por delitos que constituyen violaciones graves del Derecho internacional humanitario. El Salvador subrayó que estos precedentes representaban avances significativos en el aseguramiento de la justicia, la verdad y la reparación integral de las víctimas”* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 8).

éstos (ejemplo de ello es el caso del Estado malí con la CPI⁸⁷³ o del Estado sierraleonés, mediante acuerdo con el CSNU para la creación del TESL⁸⁷⁴) (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 8-9).

En el ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones estatales basadas en el principio de la justicia universal puede observarse que la mayoría de los procesamientos y enjuiciamientos llevados a cabo por sus tribunales lo han sido por la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra, pudiendo destacar como excepcional el caso de Finlandia en el ejercicio de su jurisdicción para la persecución de delitos de terrorismo y trata de personas (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 4-6).

En la práctica, una jurisdicción con competencia para el enjuiciamiento de los delitos internacionales cometidos por extranjeros en el extranjero sin nexo alguno de conexión con el Estado que ejerce su jurisdicción, en un gran número de ocasiones ha determinado que los órganos judiciales estatales hayan terminado por sobreseer los procedimientos al estimar su falta de jurisdicción o por considerar que el Estado con competencia territorial o de la nacionalidad había procedido a su persecución iniciando el correspondiente procedimiento, incluso en aquellos supuestos en los que se haya podido dictar sentencias condenatorias, éstas no han podido ser ejecutadas por la preferencia de otras jurisdicciones en el procedimiento de ejecución (como expuso Alemania)⁸⁷⁵. Aunque una jurisdicción universal absoluta resulte tan legítima como una

⁸⁷³ “Malí informó de que, como parte en el Estatuto de Roma, reconocía la competencia de la Corte Penal Internacional para examinar causas relacionadas con crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio cometidos en el territorio de Malí o por sus ciudadanos. En julio de 2012, Malí remitió a la Corte Penal Internacional causas relacionadas con crímenes cometidos en su territorio en enero de 2012” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2019a: 9).

⁸⁷⁴ Sobre la constitución, estatuto y funcionamiento de este tribunal especial, véase el apartado C.1) del epígrafe 3.3 del Capítulo 3 de la Tesis.

⁸⁷⁵ Sobre este aspecto, véase el asunto Ignace, Suliman AL y Abdelkarim El B. entre otros en ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2019a). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 74ª Sesión, nº de referencia A/74/144, de 11 de julio, concretamente la p. 8. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/74/144>. Consultado el día 23 de abril de 2020.

Igualmente, y sobre la jurisprudencia nacional de los demás Estados, véase ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017a). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 72ª Sesión, nº de referencia A/72/112, de 22 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/72/121>. Consultado el día 24 de abril de 2020.; y ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2018). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 73ª Sesión, nº de referencia A/73/123, de 3 de julio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/73/123>. Consultado el día 23 de abril de 2020.

jurisdicción universal limitada, desde el punto de vista de la seguridad jurídica ésta resulta más adecuada para garantizar la eficacia del enjuiciamiento, la condena y ejecución de la pena impuesta a los condenados de cometer crímenes internacionales.

Debe recordarse que los Estados no pueden actuar de forma libre sino sujetos al Derecho, pero cuando así actúan en ejercicio de una competencia universal se establece una presunción de legalidad a favor de los mismos en el Derecho internacional. Ello se aprecia en la Orden de 17 de junio de 2003 de la CIJ, por la que resolvió la adopción de medidas provisionales conforme al artículo 41 de su Estatuto en relación con la suspensión de las actuaciones procesales iniciadas por los tribunales franceses y que tenía por objeto la persecución y enjuiciamiento de Altos dirigentes del Estado congolés por crímenes internacionales⁸⁷⁶.

Los límites del ejercicio por parte de los Estados de la competencia universal derivan de los propios presupuestos que la legitiman, al ser permisible sólo para la persecución de determinados delitos que, por su gravedad, afectan a la comunidad internacional. Todo delito debe perseguirse con respeto a los principios y garantías establecidos en el Derecho penal, no sólo los de carácter propiamente internacional, como el respeto a la inmunidad de dirigentes y Altos cargos de los Estados (al ser un principio de Derecho internacional basado en norma consuetudinaria, pues lo contrario supondría una intromisión ilegítima en un poder soberano), sino también los derivados de los principios reconocidos en los Derechos internos, como principio de legalidad (*nullum crimen sine previa lege*), la prohibición a sufrir un doble enjuiciamiento o condena (*non bis in ídem*), la irretroactividad de las normas punitivas perjudiciales (*in mala partem*) y las garantías propias de todo enjuiciamiento (derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser oído, derecho de defensa, derecho a usar las pruebas en su descargo, juicio imparcial, etc., en suma, los exigidos para que el enjuiciamiento cumplan los requisitos del “juicio justo o debido”).

Ahora bien, como hemos indicado, se estima que el ejercicio de la jurisdicción en el ámbito internacional se realiza respetando los principios en los que se fundamentan su legitimidad. Por ello, la jurisprudencia constante de la CIJ exige a los Estados que se opongan al ejercicio de la jurisdicción universal la obligación de probar que con dicho ejercicio se ha causado una vulneración o violación de normas del

⁸⁷⁶ Sobre este caso, véase el apartado A.2) del epígrafe 3.2 del Capítulo 3.

Derecho internacional. Por esta vía procesal se introduce una presunción de legalidad ante el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros Estados para perseguir crímenes internacionales debiendo acreditar los Estados afectados o requeridos que han iniciado ante sus propios tribunales la persecución criminal de los responsables en ejercicio de su jurisdicción territorial y en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Derecho internacional.

6.3 Los tribunales penales internacionales y su jurisdicción

Como señala Antônio Augusto Cançado Trindade, un signo de nuestro tiempo es la actual coexistencia de tribunales internacionales y nacionales, que conlleva una expansión de la jurisdicción internacional y que garantiza que cada uno de estos tribunales contribuya a la evolución del Derecho internacional en aplicación de la justicia internacional (2018: 41). La creación de nuevos tribunales internacionales no es algo contrario al Derecho internacional, pues ni la Carta de las Naciones Unidas ni el propio Estatuto de la CIJ atribuyen una exclusividad al mismo como instrumento para resolver los conflictos⁸⁷⁷.

En el ámbito de la persecución a los responsables por la comisión de graves crímenes internacionales, y al margen de los precedentes de los TMI y TPMILO, es en la década de los años 90 del pasado siglo cuando, con los conflictos de la guerra en Yugoslavia y Ruanda, se toma conciencia de la necesidad de preservar la confianza en el sistema jurídico internacional, en los que los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario no pueden resultar impunes de las vulneraciones de las que son responsables (CANÇADO TRINDADE, 2017: 45).

Como expusimos en los Capítulos 3 y 4, en esa década se dio un avance decisivo al Estatuto de Roma que creó la CPI como tribunal penal permanente de naturaleza internacional, cuya finalidad es el enjuiciamiento de los responsables por la comisión de crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión; articulando su jurisdicción sobre el principio de complementariedad, si bien dando primacía a la

⁸⁷⁷ Así, el artículo 95 de la Carta de las Naciones Unidas dispone lo siguiente: “*Ninguna de las disposiciones de esta Carta impedirá a los Miembros de las Naciones Unidas encomendar la solución de sus diferencias a otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro*”.

aplicación del Derecho internacional, como se deriva del propio artículo 21 del Estatuto de Roma. Los TPIR y TPIY creados por el CSNU, de naturaleza internacional, pero temporal, y con el fin específico de perseguir a los responsables de graves violaciones contra la humanidad, contra los derechos humanos fundamentales y el Derecho humanitario acontecido durante los conflictos armados (de los que en la actualidad sólo permanece vigente el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales⁸⁷⁸), se articuló sobre la primacía de sus jurisdicciones frente a cualquier competencia que sobre ellos pudieran tener los tribunales nacionales.

Pero además, junto a estos tribunales internacionales, bien permanentes o *ad hoc*, han sido creados una serie de tribunales “internacionalizados”, híbridos o mixtos como expusimos en el Capítulo 3 (PETO, KSC, TESL, ECCC, TEL, BWCC), que se caracterizan por su reconocimiento y apoyo otorgado por el CSNU, que suponen una nueva experiencia en el campo de la justicia penal internacional. Aunque sobre la aplicación del propio Derecho interno y la jurisdicción de los Estados constata una expansión no sólo de la capacidad jurídica internacional, sino también de la competencia universal para exigir responsabilidad individual por órganos judiciales internacionales, como instrumento de lucha contra la impunidad sobre la justificación de la conciencia colectiva de perseguir a los responsables de los crímenes contra la paz y por las violaciones graves y masivas contra los derechos humanos fundamentales.

Es en el Derecho convencional donde se establecen las bases de los criterios para la superación de los conflictos de concurrencia de las jurisdicciones en ejercicio de la competencia universal primando la creación de los tribunales y de sus propias normas constitutivas y de enjuiciamiento con límites precisos de su ejercicio jurisdiccional, que se fundamentan en los principios de exclusividad y primacía, a la vez que se fortalece el Estado de Derecho⁸⁷⁹, lo que ciertamente supone un avance decisivo en el cumplimiento

⁸⁷⁸ Sobre la creación, Estatuto y funcionamiento de este Tribunal, véase CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. (2010). “Resolución 1966 (2010)”, n° de referencia S/RES/1966 (2010), de 22 de diciembre. Disponible en: [https://undocs.org/sp/S/RES/1966%20\(2010\)](https://undocs.org/sp/S/RES/1966%20(2010)). Consultado el día 23 de abril de 2020.

⁸⁷⁹ Así, y en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de septiembre de 2012, con referencia A/RES/67/1, determina en su apartado 22° que: “*Nos comprometemos a asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del Derecho internacional humanitario y las violaciones graves de las normas de derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquier delito, mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales, de conformidad con el Derecho*

de los principios internacionales, pues no existe norma de Derecho consuetudinario que determine la obligación de los Estados a someterse a los tribunales internacionales (GALLANT, 2009: 394).

En suma, como señala Cançado Trindade: “Los tribunales internacionales penales, que responden a una necesidad real de la comunidad internacional (para garantizar la protección de quienes lo necesitan, de los más vulnerables), han favorecido el reconfortante proceso histórico al que asistimos y presenciamos. A lo largo de los años, he señalado la humanización del Derecho internacional contemporáneo”⁸⁸⁰.

Esta expansión del poder judicial ha traído consecuencias positivas para el Estado de Derecho. De la experiencia, sobre todo de la jurisprudencia del TPIY, así como el de Ruanda, se ha interpretado de forma uniforme los delitos internacionales objeto de persecución, iniciándose con ello un proceso de homogeneización con los Derechos internos además de haber posibilitado el acceso de las víctimas al procedimiento como sujetos del mismo. La redefinición de los derechos, de los principios y de las garantías del enjuiciamiento, han sido compartidas conforme al “diálogo judicial” y apoyada por los fundamentos ya establecidos por la jurisprudencia de los tribunales regionales de Derechos Humanos, en especial del TEDH y de la Corte IDH que, a pesar de su autonomía jurisdiccional, han compartido de forma uniforme la misma visión conceptual, lo que supone un evidente avance hacia la certeza del Derecho aplicable y de la seguridad jurídica, mostrando el camino hacia la positivización normativa del Derecho internacional⁸⁸¹.

internacional, y, con ese fin, alentamos a los Estados a que fortalezcan los sistemas e instituciones judiciales nacionales”.

⁸⁸⁰ Documento original: “*Les tribunaux internationaux contemporains, en répondant à un besoin réel de la communauté internationale (d'assurer la protection de ceux qui en ont besoin, des personnes les plus vulnérables), ont favorisé le processus historique reconfortant auquel nous assistons et contribuons, que j'ai nommé, au cours des années, comme l'humanisation du droit international contemporain*” (CANÇADO TRINDADE, 2017: 51).

⁸⁸¹ Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos han elaborado de forma conjunta un “anuario” en el que se recoge la doctrina jurisprudencial más relevante en aplicación de sus respectivos Convenios. Esta colaboración pone de manifiesto el proceso de homogeneización en la interpretación y aplicación de los derechos humanos fundamentales y resulta de interés para la armonización interpretativa por parte de los tribunales internacionales.

Sobre el mismo, véase TRIBUNAL AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS; y LA CORTE INTERAMERICANA DE

A pesar de que no existe una obligación de seguir los precedentes dictados por los tribunales internacionales, lo cierto es que son tenidos en consideración al constatar y aplicar los principios del Derecho internacional, de ahí su valor y el peso que la jurisprudencia internacional tiene en la actualidad basada no sólo en el prestigio y la autoridad de quien la dicta, sino también al ser un medio de interpretación que concreta su alcance y su eficacia obligatoria entre las partes. En la actualidad, se ha convertido en un medio auxiliar de extraordinario valor para el ejercicio de la actividad judicial y así la Sala de Apelaciones del TPIY, en su Sentencia de 24 de marzo de 2000, en el asunto de Zlatko Aleksovski, afirmó que “a pesar del incumplimiento del principio de *stare decisis* en relación con la Corte Internacional de Justicia, sus decisiones anteriores tienen un peso considerable. Esto puede deberse a su condición como expresión de autoridad del Derecho. Como dijo el juez Zoričić en su voto particular en el caso de los Tratados de Paz, "aunque es cierto que no existe ningún tribunal internacional que se encuentra obligado por los precedentes (...), hay algo que este Tribunal debe tener en cuenta, a saber, los principios del Derecho internacional". Si un precedente se basa firmemente en uno u otro principio, la Corte no puede decidir un caso análogo en sentido contrario, siempre que el principio conserve su valor”⁸⁸².

En suma, lo más trascendente con relación al ejercicio de su competencia penal es que “los tribunales internacionales han contribuido a un ordenamiento jurídico internacional más estable, confiriendo mayor precisión en relación con el Derecho internacional consuetudinario”⁸⁸³, lo que resulta imprescindible para evitar la

DERECHOS HUMANOS. (2019). “Joint Law Report 2019. African Court on Human and Peoples’ Rights, European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights”. San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Joint_Report_2019_AfCHPR_ECHR_IACHR_ENG.pdf. Consultado el día 19 de diciembre de 2020.

⁸⁸² Documento original: “*Despite the non-operation of the principle of stare decisis in relation to the International Court of Justice, its previous decisions are accorded considerable weight. This may be due to their perceived status as authoritative expressions of the law. As Judge Zoričić stated in his Dissenting Opinion in the Peace Treaties case, while “it is quite true that no international court is bound by precedents ... there is something which this Court is bound to take into account, namely the principles of international law. If a precedent is firmly based on such a principle, the Court cannot decide an analogous case in a contrary sense, so long as the principle retains its value”* (“The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski”, Judgement, 22 March 2000, case number IT-95-14/1-A, p. 43).

⁸⁸³ Fragmento original: “*Les tribunaux internationaux ont contribué à un ordre juridique international plus stable, conférant davantage de précision en relation avec le droit international coutumier*” (CANÇADO TRINDADE, 2017: 92).

desnaturalización del principio de legalidad que resulta central en toda aplicación del Derecho punitivo. Como observó el magistrado Marchena Gómez, en su voto particular del caso Scilingo⁸⁸⁴, la legalidad implica previsibilidad, pero en la aplicación de la ley penal, no basta constatar su concurrencia para que sea aceptada una condena por un delito no vigente en el momento de su comisión, tiene una finalidad de impedir que el *ius puniendi* sea ejercido indiscriminadamente sin otro soporte que el que proporciona el voluntarismo judicial, la exigencia de *lex certa* no sólo adquiere significado en el proceso de elaboración de la ley penal, sino también en el de su interpretación y su aplicación (STS 798/2007, Voto Particular del Magistrado Manuel Marchena Gómez)⁸⁸⁵, sin que en este sentido pueda admitirse que el principio de legalidad sea algo ajeno al Derecho internacional, pues la relativización y degradación de este principio básico de todo ordenamiento punitivo (*nullum crime sine lege*), supone infringir el núcleo esencial de la “justicia” como valor jurídico universal.

Esta expansión jurisdiccional por tribunales internacionales, sin embargo, no está exenta de riesgos. Se ha criticado en la evaluación del funcionamiento incipiente de la CPI que, como institución universal, se encuentra limitada y expuesta a contradicciones sobre su propia naturaleza como se deriva no sólo de la calidad jurídica de sus relaciones o sobre su funcionamiento, sino también de su propia utilidad para la paz y reconciliación, pues no puede demostrarse su impacto en la pacificación de conflictos en las sociedades en conflicto. Además, sigue sin resolverse la cuestión fundamental de la coexistencia de la soberanía nacional y su articulación con la justicia penal internacional.

Centrándonos exclusivamente en su funcionamiento, llama la atención la falta de criterios jurídicos precisos que resultan aplicables en el control judicial en los procedimientos de investigación, al estimarse que su referencia al “interés de la justicia” resulta jurídicamente indeterminado otorgando un amplio margen de discrecionalidad interpretativa a la Corte. Además, con relación a la actuación de la Fiscalía internacional, dicho margen discrecional es un riesgo para su debida neutralidad que puede afectar a la confianza depositada en el sistema penal establecido en el Estatuto de Roma.

⁸⁸⁴ Sobre el caso Scilingo, véase el apartado B.1.3) del epígrafe 5.2 del Capítulo 5 de la presente Tesis.

⁸⁸⁵ Dicha afirmación ya fue expuesta en el citado apartado B.1.3) del Capítulo 5 de la Tesis.

Podemos citar el primer procedimiento seguido ante la Corte contra Thomas Lubanga Dyilo, donde debemos recordar que la propia Sala de Primera Instancia de la CPI dictaminó el sobreseimiento del caso y la puesta en libertad del acusado en julio de 2008, al considerar que no se estaban dando las garantías de un debido proceso por la negativa del Fiscal de entregar a la defensa más de cien pruebas documentales en los que basaba su acusación, aunque es cierto que la Sala de Apelaciones dejó sin efecto esta Resolución ello fue debido a que dichas pruebas fueron “desclasificadas” en octubre de 2008, tras negociar con Naciones Unidas, lo que también supuso una incorrección jurídica (*reformatio in peius*) al permitir una modificación sobre lo pedido con posterioridad a la Resolución que fue objeto de impugnación (LÓPEZ MARTÍN, 2013: 211). Sólo posteriormente corregida su inicial actuación pudo la Corte enjuiciar y condenar al mismo en la Sentencia de la Sala de Apelaciones de 10 de julio de 2012.

Otro ejemplo de distorsión jurídica en el funcionamiento de la CPI puede verse en el caso de Ahmad Al Faqi Al Mahdi⁸⁸⁶. En el mismo, la CPI condena, con base al delito de agresión, el hecho de la destrucción de patrimonio cultural. Aunque pudiera ser comprensible, pues el patrimonio cultural es objeto de protección internacional, en este caso debió seguirse la causa por los asesinatos, torturas y persecuciones realizadas, pero no como delito contra bienes y establecimientos civiles atacados durante el conflicto armado, cuya protección viene determinada por el Derecho humanitario al ser ello un atentado contra la población, sin que el criterio de oportunidad en el que se basó la acusación del Fiscal resultara amparado por el Estatuto, sobre todo cuando ya se contaba con una interpretación contraria a ello por parte de precedentes establecidos por el TPIY⁸⁸⁷ (DE HOON, 2017: 607-608).

Igualmente, puede ser citada la Resolución de la Sala de Apelaciones de la CPI en el asunto Omar Al-Bashir de fecha 6 de mayo de 2019, que confirmando la Sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares II, atribuye la competencia de enjuiciamiento a la CPI, con fundamento en las obligaciones asumidas por un Estado no Parte del Estatuto

⁸⁸⁶ Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi, también conocido como Abu Tourab, fue miembro del grupo militante islámico Ansar ed-Dine (AAD), condenado por la Corte Penal Internacional por haber cometido crímenes contra el patrimonio cultural, la mayoría de los mismos son patrimonios declarados por la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad; concretamente edificios históricos y religiosos en la ciudad de Timbuktu (Malí).

⁸⁸⁷ “The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi”, Judgment, Trial Chamber VIII, 27th of September 2016, No. ICC-01/12-01/15.

de Roma, basado ello en las obligaciones derivadas del art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas, al haber hecho uso el CSNU por Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo, de la facultad establecida en el art. 13 b) del citado Estatuto. Dicha Decisión supone una exorbitante equiparación entre el deber de cooperar y colaborar con la CPI, en cumplimiento de las obligaciones emanadas por decisión del CSNU adoptada conforme al Capítulo VII de la Carta, con la propia atribución de su jurisdicción internacional que es ejercida por la CPI aplicando todo un sistema normativo a un Estado cuando el mismo, al no ser parte del Tratado de Roma, debe expresar su consentimiento, al menos implícito, para que le afecten sus disposiciones⁸⁸⁸.

También en el funcionamiento de los tribunales híbridos, pueden verse ejemplos de un uso extensivo de la jurisdicción como en los casos de la cadena de televisión Al Jadeed [CO] S.A.L./N.E.W. S.A.L. (N.T.V.) y de la prensa Akhbar Beirut S.A.L., seguidos ante el TEL⁸⁸⁹, que fueron condenadas por delito de obstrucción a la justicia, cuando ciertamente dichos delitos, aun estando contemplados en su norma constitutiva, carecen de una justificación autónoma como crimen internacional para que se atribuya el tribunal internacionalizado su competencia de enjuiciamiento, manteniendo su jurisdicción frente a la propia del Estado a pesar de estar contemplado como delito en su ordenamiento jurídico interno. Ello supone un recurso penal de autoprotección jurisdiccional que entraña el ejercicio exorbitante de su competencia difícilmente basado en la protección del deber de colaboración con el Tribunal Internacionalizado, que normalmente es fruto del acuerdo entre el Estado y la organización internacional.

En sentido contrario, y por defecto de ejercicio de la jurisdicción internacional, puede citarse el caso de Gojko Janković, condenado por el BWCC, que tras poner a disposición del TPIY al mismo por su participación en crímenes de lesa humanidad, dicho tribunal estimó que el enjuiciamiento no era de su competencia pues su persecución debía limitarse a los crímenes “más graves”, atribuyendo a la jurisdicción nacional, en todo caso, su enjuiciamiento, confundiendo el grado de participación con el propio hecho delictivo objeto de persecución⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ Sobre el presente caso, véase el apartado B) del epígrafe 1.6 del Capítulo 1 de la Tesis.

⁸⁸⁹ Sobre estos casos, véase el apartado C.2) del Capítulo 3 de la presente Tesis.

⁸⁹⁰ “Prosecutor v. Gojko Janković”, Judgment, of 16th February 2007, reference number X-KR-05/161.

Sobre la necesidad y justificación internacional en la creación de los tribunales híbridos, se ha estimado que las ECCC tienen, por el tiempo transcurrido desde los hechos objeto de investigación, una finalidad distinta a procurar la paz o la restitución de los derechos de las víctimas, y de forma especial, el reciente KSC no puede tener una verdadera justificación en su creación⁸⁹¹, cuando se hubiera preservado de forma adecuada la imparcialidad de los enjuiciamientos ampliando el espacio temporal para la persecución de los crímenes cometidos y su inclusión en la competencia asumida por el TPIY.

6.4 La jurisdicción universal: entre su “posibilismo” internacional y su realidad estatal

Hemos expuesto que en el ejercicio de toda jurisdicción en materia penal, el Profesor Chehtman, basándose en el análisis de la teoría de los derechos de Hohfeld⁸⁹², mantiene que, en todo sistema normativo, la diferenciación entre el poder y la libertad de los Estados para ejercer el “castigo” supone la justificación de la Autoridad para llevarlo a cabo y, al mismo tiempo, el establecimiento de principios correctores para su “distribución”. El hecho de que las libertades y los poderes sean distintos significa que todo Estado tiene poder para ejercer su derecho a castigar pero no la libertad para hacerlo (2013: 88-89).

Desde la perspectiva del Derecho internacional público, Simon señala que se ha dejado un amplio margen discrecional a los Estados que sólo se estima limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas. Consecuente con ello, el término “jurisdicción del Estado” opera como un instrumento jurídico legitimador del ejercicio del poder de un

⁸⁹¹ En cuanto a la actuación del Tribunal Especial de Kosovo, podemos destacar su reciente intervención en cuanto al proceso de investigación en el que ha sido llamado a declarar Ramush Haradinaj, lo que ha motivado su dimisión como Primer Ministro. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ya juzgó a Ramush Haradinaj en el año 2005, tras una repetición parcial del proceso seguido contra el mismo por su participación en el plan para la desaparición de personas serbias, siendo absuelto por falta de acreditación por dicho Tribunal (FERRER, 2019: 4). La nueva sujeción a enjuiciamiento por estos hechos supone una vulneración del Derecho a no ser juzgado dos veces (*non bis in ídem*), lo que cuestiona la actuación jurídica de dicho Tribunal, además de las críticas sobre su composición y funcionamiento expuestas en el Capítulo 3 de la Tesis.

⁸⁹² Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918), jurista estadounidense conocido por su obra *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, así como por la creación de un sistema metodológico que permite identificar los conceptos legales fundamentales y sus vinculaciones con el marco jurídico, demostrando cuáles son los problemas que deben afrontar a la hora de adoptar una decisión a través de dichas interrelaciones jurídicas.

Estado frente a los demás en el marco del Derecho internacional público. Ello supone un concepto normativo que regula el derecho de un Estado para llevar a cabo ciertos actos que pueden interferir en la soberanía de otros (2002: 4). De forma clásica, la jurisdicción de los Estados ha pasado de una dimensión infraestatal a otra interestatal, como fenómeno que constata su propia expansión, pero en su evolución en el ámbito del Derecho penal se ha venido desarrollando un conjunto de normas jurisdiccionales relativamente estables sobre la competencia de los Estados en su ejercicio, admitiendo de forma general su ejercicio extraterritorial basados en nexos de conexión no universales sustentados en criterios de atribución como el de nacionalidad, protección o personalidad pasiva e incluso fundadas en un principio propio de universalidad, que de forma tradicional ha sido justificado en la existencia de un interés idéntico compartido entre los Estados (origen del principio *hostis humani generis*) para, tras intensificarse con mecanismos jurídicos de mutua colaboración, tener como fundamento la existencia de un único interés o de un interés colectivo entre los Estados. En los actuales momentos de desarrollo del Derecho internacional público, la existencia de normas imperativas (*ius cogens*) determinan que este fundamento sea complementado al basarse en la naturaleza de la obligación que vinculan a los Estados (*erga omnes*) (SIMON, 2002: 20-36).

Para Bassiouni, el término jurisdicción incluye las facultades de prescribir, sentenciar y hacer cumplir. También incluye los medios por los cuales el ejercicio de la jurisdicción es obtenido sobre una persona. En el sistema post-westfaliano del Derecho internacional centrado en los Estados y fundado en la soberanía estas facultades han sido reservadas a los Estados. Por su implicación estas facultades son otorgadas a una entidad que ejercita algunos de los atributos de la soberanía. Un Estado soberano o un ente jurídico que posee algunos atributos soberanos puede hacer cumplir la prescripción de otro Estado o del Derecho internacional, aun cuando el Estado que la hace cumplir pueda no haber prescrito aquello que él hace cumplir. La soberanía y la jurisdicción “prescriptiva” se encuentran vinculadas de forma inseparable, pero la jurisdicción para sentenciar y hacer cumplir no se encuentra necesariamente ligada a la soberanía y afirma que “la soberanía no limita el ejercicio de la jurisdicción penal a un solo Estado;

por el contrario, ésta puede ser extendida a una acción estatal colectiva”⁸⁹³ (BASSIOUNI, 2001: 90-91).

Basándose en ello, observa Bassiouni que un Estado puede extender su jurisdicción de forma universal con respecto a las teorías jurisdiccionales que justifican su ejercicio extraterritorial, pero en todas ellas existe una conexión o nexo jurídico entre la soberanía y la territorialidad del Estado, la nacionalidad del perpetrador o la víctima, o el impacto territorial de la conducta prescrita extraterritorialmente. Pero la jurisdicción extraterritorial no equivale a la “jurisdicción universal”, pues ante el hecho de conductas que son condenadas universalmente, ello implica que la “jurisdicción universal” resulte aplicable para perseguir a los responsables por la comisión de dichas conductas ilícitas, pues los crímenes contemplados en forma exclusiva bajo la legislación nacional no pueden dar origen a la jurisdicción universal.

Esta diferenciación, que distingue entre los que suele denominarse jurisdicción universal propia o absoluta de la caracterizada como impropia o limitada, carece de fundamentos teóricos sólidos. La dificultad de la categorización de estas diferentes formas de jurisdicción penal extraterritorial puede tal vez ser explicada por el hecho que la aplicación de la jurisdicción universal sobre ciertos crímenes internacionales no necesariamente significa que tal jurisdicción puede carecer de toda conexión con el Estado que la aplica, o que ella se encuentre basada en los fundamentos teóricos de las jurisdicciones estatales⁸⁹⁴. “La jurisdicción universal para ciertos crímenes internacionales constituye una teoría de jurisdicción que se funda en la política de fortalecer la responsabilidad penal internacional, por medio de la cual el Estado que la

⁸⁹³ Documento original: “*Sovereignty does not limit the exercise of criminal jurisdiction to single states; rather, it can be extended to collective state action*” (BASSIOUNI, 2001: 91).

⁸⁹⁴ Sobre la teoría de la representación o de protección de intereses, hay Estados que se han reservado un considerable grado de jurisdicción universal con respecto a delitos que no se encuentran cubiertos por ningún instrumento internacional. Ellos asumen que cualquier conflicto de competencia con otros Estados que pueda resultar de la extensión de su jurisdicción, puede ser evitado en la práctica por una aplicación amplia del principio de la jurisdicción discrecional o mediante la imposición de condiciones para el procesamiento, tales como que se cuente con la autorización de un órgano central o que el imputado se encuentre presente. Este último requisito es, de hecho, impuesto por la totalidad de los Estados para el ejercicio de jurisdicción basada en este principio, al menos en la práctica (BASSIOUNI, 2001: 96-101).

aplica actúa en representación de la comunidad internacional en el cumplimiento de sus obligaciones”⁸⁹⁵ (BASSIOUNI, 2001: 103-104).

La cuestión teórica sobre su fundamento en “representación de la comunidad internacional” en la que los Estados que ejercita la jurisdicción universal lleva a cabo un *actio popularis* contra personas que son *hostis humani generis*, no configura la justificación normativa de una teoría sólida sobre la jurisdicción universal, como una categoría independiente de la jurisdicción ejercida por parte de los Estados y como hemos expuesto en este Capítulo.

Las teorías de jurisdicción evidenciadas en los tratados y en la práctica consuetudinaria de los Estados son esencialmente territoriales y están fundadas en la nacionalidad, ya sea del perpetrador o de la víctima. Desde una perspectiva histórica, como hemos expuesto, la extensión de las jurisdicciones estatales en materia penal fue reconocida de forma amplia por el asunto Lotus en la Sentencia de la CPJI el 7 de septiembre de 1927, que lo fundamentaba en el principio de la libertad e igualdad soberana de los Estados. Ciertamente, el asunto se refería al ejercicio de la jurisdicción universal, que denominamos actualmente impropia, basando su permisibilidad internacional sobre criterio de territorialidad y nacionalidad. Conforme a la expansión normativa de los Estados, suele admitirse sin grandes problemas la competencia universal basada en el criterio de personalidad pasiva y, en menor grado, sobre criterios de personalidad activa. En el ejercicio de la competencia universal de los Estados, basado en el criterio de protección, tanto personal como real, la colaboración entre los mismos ha desarrollado criterios de competencia sobre la base convencional al determinar una mayor seguridad jurídica entre ellos, como se observa en “la represión de actos ilícitos contra la aviación civil, la represión del terrorismo internacional y la del tráfico ilícito de estupefacientes”⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ Documento original: “(...) *universal jurisdiction for certain international crimes is a theory of jurisdiction that is predicated on the policy of enhancing international criminal accountability, whereby the enforcing state acts on behalf of the international community in fulfillment of its international obligations, and also in pursuit of its own national interest*” (BASSIOUNI, 2001: 104).

⁸⁹⁶ Fragmento del documento original: “(...) *la répression des actes illicites contre l'aviation civile, la répression du terrorisme international et celle du trafic illicite de stupéfiants*” (BENNOUNA, 2017: 174).

Pero como señala Bassiouni, cuando se utiliza de forma propia el concepto de jurisdicción universal, éste debe ser referido a aquella competencia que puede ser ejercida por un Estado sin ninguna conexión o vínculo jurisdiccional entre el lugar de la comisión, la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima y el Estado que la ejercita. En consecuencia, la base es exclusivamente la naturaleza del crimen y el propósito es exclusivamente la de reforzar el orden global, garantizando que se responda por la perpetración de ciertos crímenes. Por ello, cuando un Estado ejerce su jurisdicción lo hace en representación de la comunidad internacional y actúa exclusivamente en defensa de los intereses generales de la misma, que se imponen sobre los propios intereses del Estado⁸⁹⁷ (2001: 82-89).

Bassiouni fundamenta su teoría de la representación jurisdiccional en el reconocimiento idealista de ciertos valores centrales y la existencia de intereses internacionales dominantes que son comúnmente compartidos y aceptados por la comunidad internacional y que, por lo tanto, trascienden la singularidad de los intereses nacionales (*de ahí el concepto de "justicia universal"*) y en la naturaleza pragmática orientada hacia políticas que reconozcan que, en ocasiones, ciertos intereses comúnmente compartidos de la comunidad internacional requieren un mecanismo de coacción que trascienda los intereses de la soberanía singular (*hostis humani generis*)⁸⁹⁸.

Ciertamente resulta una realidad incontrovertida la existencia de un Derecho penal sustantivo de carácter internacional. Ello es debido a la potestad normativa del Derecho internacional, siendo sus fuentes primarias las convenciones y la práctica consuetudinaria que recurren a los principios generales del Derecho, así como esencialmente los escritos de los juristas como un medio de interpretar las convenciones

⁸⁹⁷ El Estado que ejerce jurisdicción actúa en representación de la comunidad internacional porque tiene un interés en la preservación del orden global como un miembro de dicha comunidad. Ese Estado también puede tener su propio interés en el ejercicio de la jurisdicción universal. Pero si esos intereses fueran fundados jurisdiccionalmente, ese Estado estaría ejerciendo su propia jurisdicción penal sobre la base de una teoría de jurisdicción diferente a la universalidad, esto es, la territorialidad extendida, la personalidad activa, la personalidad pasiva o el interés económico protegido (BASSIOUNI, 2001: 82-89).

⁸⁹⁸ Estas posiciones denominadas universalistas comparten elementos comunes, a saber: (a) la existencia de valores y/o intereses comúnmente compartidos por la comunidad internacional; (b) la necesidad de expandir los mecanismos de coacción para contrarrestar las transgresiones más graves de esos valores/intereses; y (c) la presunción de que un sistema de coacción jurisdiccional extendido producirá disuasión, prevención y retribución, y en definitiva promocionará resultados de orden universal, justicia y paz (BASSIOUNI, 2001: 97).

y las costumbres, al que debemos añadir los precedentes judiciales en la interpretación de sus normas. En virtud de este poder normativo, el ordenamiento jurídico internacional ha establecido normas estructurales y centrales en el funcionamiento de sus instituciones y normas sistémicas obligatorias para los Estados y para las personas individualmente consideradas. Como hemos expuesto, dichas normas cuando su mandato son referidos a las personas físicas en su consideración de miembros de una “comunidad política universal”, éstas actúan sobre un sustrato común y su aplicación se fundamenta en la coacción derivada de su Autoridad legítima, que podemos caracterizar como “potestad soberana”. Ahora bien, dicha capacidad normativa viene determinada conforme a principios fundamentales constitutivos que impone límites inherentes a la misma. En el ámbito punitivo, esta facultad de autodeterminación normativa tiene su reflejo en el hecho de la complejidad de los instrumentos jurídicos formales como se aprecia con relación a ciertos crímenes internacionales donde se sobreponen normas penales convencionales y consuetudinarias. Pero aunque se establezcan con carácter *ius cogens* las conductas ilícitas, de ello no se deriva que la comunidad internacional ostente facultades normativas para establecer un mandato que obligue a los Estados a ejercer su jurisdicción basada en una competencia universal. De hecho, aunque resulte permisible en el Derecho internacional, ninguno de los Estados ha ejercido la jurisdicción universal sin habilitación normativa establecida en su Derecho interno (BASSIOUNI, 2001: 103-104). Así, la CIJ en varios de sus pronunciamientos ha señalado que aunque la obligación de los Estados en la prevención y, en su caso, persecución de los delitos graves internacionales estén basados en normas de *ius cogens*, la jurisdicción jamás tiene tal carácter, pues emana de los propios Estados y sólo se atribuye a un tribunal internacional por consentimiento del mismo, al ser ello un imperativo derivado del principio de seguridad jurídica⁸⁹⁹.

Conforme expusimos anteriormente, para Chehtman los crímenes internacionales que justifican reconocer a los Estados el derecho a castigar, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del responsable perpetrado o de la víctima, no deja de ser una de las actuales proposiciones fundadas en el

⁸⁹⁹ En este sentido, véase *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*”. *Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*; *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995* y *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*.

reconocimiento de la extraterritorialidad de la jurisdicciones de los Estados y en su teoría normativa del reconocimiento de un interés colectivo relevante y en la existencia de una Autoridad centralizada. Basándonos en ello, creemos que debemos añadir desde nuestra visión que el interés relevante puede constituir expectativas jurídicas que permiten su categorización de “derecho abstracto”. Ahora bien, la jurisdicción como “derecho abstracto” precisa de una determinada configuración normativa para su ejercicio y de una Autoridad legítima con poder coactivo para la aplicación del Derecho.

Siguiendo con este razonamiento, tanto el Derecho penal internacional como el Derecho penal nacional comparten un mismo sustrato social de aplicación, los individuos independientemente considerados de su pertenencia nacional. Ello sitúa la legitimidad de la Autoridad en términos de ejercicio de potestades soberanas, debiendo tenerse en cuenta que en la concurrencia de éstas, el criterio de *prevalencia* como cualidad del poder soberano⁹⁰⁰ viene determinado por la limitación de la facultad normativa de la competencia atendiendo a sus fuentes formales y materiales de creación de su Derecho, donde los Estados siguen manteniendo una posición dominante, a la vez que éstos se encuentran sometidos a dicha legitimidad normativa supraestatal a través de un proceso de autolimitación soberana basadas en transferencias de potestades que, por su carácter incondicional, al menos vienen sustentadas en un “consentimiento implícito”.

Atendiendo a lo expuesto, la jurisdicción de los Estados no emana del Derecho internacional sino que es una potestad originaria de éstos fundada en sus principios constitutivos y Autoridad legítima. Ello justifica que en el Derecho internacional no exista norma general que obligue a los Estados a ejercer su jurisdicción, sólo se les facultan a ello como extensión de su competencia jurisdiccional originaria, si bien este ejercicio extraterritorial basado en el principio de universalidad viene caracterizado por la exigencia de cumplimiento de obligaciones impuestas por el propio Derecho internacional que les facultan a su ejercicio.

Planteada la jurisdicción universal en estos términos teóricos y a pesar de los escasos supuestos en que ha sido ejercida por los Estados, resulta evidente que puede

⁹⁰⁰ Como hemos defendido en la presente exposición atendiendo al ensayo sobre la Soberanía del Profesor Ramiro Rico, previsto en el Capítulo 1 de la presente Tesis.

ser una fuente de conflictos entre entidades soberanas, no sólo entre órganos judiciales estatales sino también entre las relaciones diplomáticas en un orden global, sobre todo cuando la misma se utiliza como un instrumento de imposición y contrarias al principio de “buena fe”. El propio Bassiouni vino a señalar que “la jurisdicción universal sin limitaciones puede causar perturbaciones en el orden global y la privación de los derechos humanos individuales cuando es usada con fines políticos vejatorios. Incluso con la mejor de las intenciones, la jurisdicción universal puede ser utilizada de forma imprudente creando fricciones innecesarias entre Estados, posibles abusos de los procesos legales y acoso indebido a los individuos procesados o perseguidos por enjuiciamiento en conformidad con esta teoría”⁹⁰¹.

En este sentido, el magistrado de la CIJ Mohamed Bennouna considera que en la actualidad resulta difícilmente aplicable la Resolución dada en el asunto Lotus, sobre todo tras el caso Habré, y señala que “la afirmación de una competencia universal penal de un Estado sólo puede estar limitada teniendo en cuenta las competencias de otros Estados. De no ser así, ello supondría que la competencia universal, en su forma <<pura>> y sin limitaciones, sólo sería disponible para los Estados más poderosos que puedan llevar a cabo dicho ejercicio extraterritorial”⁹⁰².

En este sentido, en la AG, en su 72ª sesión, la visión mayoritaria de los Estados estimó que una jurisdicción universal limitada tiene mayores garantías para los mismos que una competencia universal propia. La vinculación de los Estados a los criterios de territorialidad y nacionalidad son decisivos para el ejercicio extensivo de sus jurisdicciones en el ámbito penal, a los que hay que añadir la deseable concreción de los

⁹⁰¹ Fragmento del siguiente documento original: “*Unbridled universal jurisdiction can cause disruptions in world order and deprivation of individual human rights when used in a politically motivated manner or for vexatious purposes. Even with the best of intentions, universal jurisdiction can be used imprudently, creating unnecessary frictions between states, potential abuses of legal processes, and undue harassment of individuals prosecuted or pursued for prosecution under this theory*” (BASSIOUNI, 2001: 82).

⁹⁰² Documento original: “*L’une des ces règles fondamentales demeure l’égalité souveraine des Etats, l’affirmation de la compétence pénale universelle d’un Etat ne peut être que conditionnelle afin de prendre en compte le trite des compétences des autres Etats. Si tel n’était pas le cas, cela reviendrait à ce que ladite compétence universelle, à <<l’état pur>> et sans contraintes, ne serait à la disposition que des Etats les plus puissants qui ont les moyens de l’imposer*” (BENNOUNA, 2017: 178).

delitos internacionales objeto de persecución y ello en sí mismo supone un límite ante cualquier ejercicio unilateral o abusivo por parte de los Estados⁹⁰³.

Esto no quiere decir que en los momentos actuales de evolución jurídica del Derecho penal internacional debamos rechazar, por sus riesgos ante un uso abusivo, el ejercicio de la competencia universal por parte de los Estados, pues en la actualidad supone un mecanismo necesario para la comunidad internacional contra la impunidad de los responsables de la comisión de los graves delitos internacionales, sobre todo en la realidad mundial caracterizada por la proliferación de conflictos devastadores para los seres humanos. Así, como hemos expuesto anteriormente, la CIJ, en su Orden de fecha 17 de junio de 2003 (República del Congo contra Francia), reconoce la legitimidad conforme al Derecho internacional del ejercicio unilateral de la jurisdicción universal realizada por las autoridades judiciales francesas para la persecución de los graves delitos internacionales de los que eran responsables dirigentes y Altos cargos del Estado congolés.

El presupuesto para exigir responsabilidad penal personal no es otro que la presunta comisión de crímenes internacionales, entendido conforme define Ollé Sesé como aquel “*que genera la responsabilidad internacional del individuo por conductas que, en alguna medida, afectan a la comunidad internacional*” (2008: 185), y dentro del mismo, siguiendo a dicho autor, resulta necesario diferenciar entre los crímenes internacionales, que pretenden satisfacer los intereses comunes y generales de los Estados, descritos en el Estatuto de Roma como los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión; de aquellos otros que protegen intereses colectivos esenciales de personas o grupos sociales, como piratería, trata de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes, torturas y desapariciones forzosas de personas, cuya obligatoriedad vienen establecidas en normas calificadas internacionales con base convencional y, por ello, de superior jerarquía normativa a las normas del ordenamiento jurídico interno configurando, conforme a éstas, el ejercicio de la jurisdicción de los Estados.

⁹⁰³ Estas opiniones coinciden con los argumentos jurídicos expuestos por los magistrados en la STC 140/2018, que consideraron que una jurisdicción universal limitada era conforme al Derecho interno del Estado español, así como a lo previsto en las normas consuetudinarias y convencionales de Derecho internacional.

En este sentido, el problema se traslada propiamente no a la permisibilidad del ejercicio de la jurisdicción universal de los Estados, sino a solventar los problemas suscitados por la primacía o subsidiariedad ante el ejercicio de la jurisdicción territorial o extraterritorial de la jurisdicción cuando esta se sustente en el principio de universalidad. La vinculación obligatoria por parte de los Estados para perseguir hechos graves constitutivos de delitos internacionales conforme al principio de territorialidad no impide que pueda ejercer otro Estado su jurisdicción para perseguir su comisión, aunque ésta se encuentre desconectada de todo criterio de territorialidad o de nacionalidad, como expresión de un cierto principio de solidaridad global.

Los instrumentos judiciales creados para la persecución de los graves delitos contra el Derecho internacional, de ninguna manera pueden estimarse que tenga una naturaleza excluyente, lo que determina que puedan concurrir diversos ejercicios jurisdiccionales con la misma finalidad de evitar espacios de impunidad. La preferencia de una jurisdicción frente a otras, al ser la jurisdicción penal de los Estados excluyente e indivisible como manifestación de su poder soberano, supone la necesaria ordenación de las mismas, debiendo establecerse los mecanismos jurídicos necesarios para determinar, entre ellas, una relación de primacía o subsidiariedad por afectar a los propios principios y garantías básicas de cualquier enjuiciamiento.

Algunos autores como Jacobo Ríos Rodríguez afirman que *“el principio de subsidiariedad se contrapone al de justicia universal [absoluta o propia] y se funda sobre la preferencia de unos tribunales frente a otros, afirmando una mayor solidez de la competencia de estos. Está regulado por la nueva versión de la ley y se inspira en el principio de complementariedad ante la Corte Penal Internacional, que permite esta tener una cierta tutela con respecto a los tribunales nacionales y decidir en qué casos le corresponde actuar de manera subsidiaria en sustitución de estos últimos. Tal función es igualmente asumida por el [TS de España] con respecto a la administración de justicia en otros países, lo que le obliga a una cierta «prudencia», que cita explícitamente”* (2016: 132-133).

El Profesor Simon niega el principio de subsidiariedad, basándose para ello en el ejercicio alternativo o facultativo de la jurisdicción, sobre la base de la propia coexistencia de la competencia universal para la persecución de determinados delitos y, en particular, en el delito de genocidio, que impone una persecución general que

incumben a todos los Estados. Así, señala que: *“De ningún modo se puede hablar de un principio general (de Derecho internacional público) de subsidiariedad. Ello se debe a que el interés en la persecución general del crimen de genocidio como corolario del interés único de los Estados en la prohibición del genocidio constituye per se un nexo con tales actos suficientemente relevantes en términos legales para ejercer el poder estatal de dictar sentencia. Queda abierto el problema de si para alcanzar este interés se debe priorizar la competencia del Estado territorial en un caso determinado. Sin poder avanzar más en este terreno inseguro en el cual hasta ahora nadie ha entrado más profundamente, merece la pena recordar que bajo la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional la carga de la prueba de la supuesta violación de la soberanía de un Estado para dictar sentencia en actos de genocidio pesa sobre aquél que alega la violación, es decir, ¡el Estado que alega la violación de su soberanía tiene que probar que está persiguiendo estos actos!”* (SIMON, 2002: 36).

Desde mi punto de vista, la subsidiariedad constituye un criterio necesario de atribución de la jurisdicción que se deriva de la construcción teórica de la misma como potestad soberana, implicando conforme a sus principios su configuración normativa y su naturaleza exclusiva e indivisible. La subsidiariedad no impide el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados, pues el mismo no sólo cumple los parámetros actualmente exigidos por el Derecho internacional, sino que además resulta más eficaz al objeto de conseguir los fines que la legitima, evitando los riesgos de abusos que pueden derivarse de su ejercicio unilateral, sobre todo cuando se pretende la búsqueda de “fueros de conveniencia” para su ejercicio o el mismo se realiza de forma contraria al principio de “buena fe”. Debe ser tenido en cuenta que, al ejercer la jurisdicción un tercer Estado, éste impone su sistema de justicia penal. Así ha sido puesto de manifiesto por Mohamed Bennouna, quien considera que en el ejercicio de la jurisdicción universal existe el riesgo de “imposición” a los Estados requeridos del sistema normativo propio de los Estados que extienden su jurisdicción, además de verla con recelo y de difícil encaje para la soberanía de los Estados requeridos como expresaron los Profesores Cherif Bassiouni y Rahim Hesenov, o el ex-Secretario Henry Kissinger⁹⁰⁴, pues lo que se pone de manifiesto con ello es la quiebra de la cooperación y colaboración entre los Estados sobre la que se sustenta el orden internacional.

⁹⁰⁴ Sobre el ejercicio de la jurisdicción universal desde esta perspectiva, véase el epígrafe 2.1 del Capítulo 2 de la presente Tesis.

6.5 El sistema punitivo en el Derecho internacional

Siguiendo a Antônio Augusto Cançado Trindade, que en su pensamiento jurídico incorpora una concepción ética del Derecho internacional, considera que los avances del ideal de justicia deben construirse sobre tres pilares fundamentales: 1) la importancia de los principios generales del Derecho, 2) la homogeneización de los ordenamientos jurídicos internacionales e internos hacia una unidad del Derecho, y 3) el reforzamiento del propio Estado de Derecho (2018: 59-71).

La expansión de la jurisdicción internacional ha supuesto un indudable avance en la protección de los derechos de las personas. De forma especial los tribunales regionales, a través de la exigibilidad de responsabilidad a los Estados, han sido un instrumento decisivo para la integración jurídica de los derechos humanos. Ello ha determinado su contribución a un orden jurídico internacional más estable, determinando un mayor grado de compromiso con relación a las normas del Derecho internacional consuetudinario (CANÇADO TRINDADE, 2017: 92). La exigencia de responsabilidad individual, hoy reconocida para los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fundamentales y al Derecho internacional humanitario, con independencia de su nacionalidad o de la función pública que pudieran ejercer, ha sido uno de los mecanismos más importantes de lucha contra la impunidad y ha servido como principio de convergencia tanto a nivel normativo como interpretativo.

Pero igualmente, a pesar del avance que ha supuesto para la comunidad internacional la configuración de un Derecho penal punitivo y el ejercicio de una jurisdicción penal propia, ello no impide su coexistencia con el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial ejercida por los Estados basada en el principio de justicia universal. Pudiera pensarse que los tribunales penales internacionales son creados ante la necesidad de una intervención supraestatal que asegure la paz y seguridad de la comunidad internacional, lo que determinaría la renuncia progresiva de los Estados a ejercer su jurisdicción universal que viene siendo vista con desconfianza, pues existe un riesgo subyacente de generar conflictos no sólo entre los Estados, sino también entre los órganos judiciales y las autoridades gubernamentales, lo que trasciende al ámbito de las relaciones diplomáticas internacionales.

Hemos expuesto los posibles abusos derivados del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados, sobre todo cuando se apartan del principio de “buena fe” y pretenden su imposición con ausencia de mecanismos de cooperación y colaboración con los Estados afectados. Pero también hemos resaltado “disfunciones” en la actuación por los tribunales internacionales cuando se apartan de su verdadera finalidad y de la lógica de sus sistemas normativos que los legitiman. Todo ello son riesgos que atentan contra el “prestigio” de las instituciones judiciales, que resulta esencial para la aceptación de su funcionamiento y el acatamiento de sus resoluciones, facilitando la debida cooperación entre los Estados y de éstos con los tribunales internacionales.

Con referencia a nuestro Derecho interno, la jurisdicción universal se justifica normativamente por la necesidad de persecución de crímenes que posee un carácter especialmente lesivo para los intereses de la comunidad internacional. La finalidad de todo ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales estatales no es otra que la retribución punitiva⁹⁰⁵ y resarcimiento de las víctimas por la comisión de crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito, sin tomar en consideración ni el lugar donde fuere cometido, ni la nacionalidad de las víctimas o de su autor. Dicha consideración es consecuente con la visión internacional del principio de justicia universal que, conforme a los postulados de Princeton, considera que “la jurisdicción universal es una jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del crimen, sin ninguna consideración hacia el lugar de la comisión del delito, la nacionalidad del presunto o convicto autor, la nacionalidad de la víctima, o cualquier otra conexión al ejercicio del Estado de tal jurisdicción”⁹⁰⁶.

Como observa Pueyo Losa, *“el principio de jurisdicción universal, aun encontrando un firme asentamiento en importantes normas consuetudinarias y convencionales del Derecho internacional, ha resultado en la práctica muy poco*

⁹⁰⁵ Por la naturaleza de los crímenes objeto de persecución, en estos delitos otros fines de legitimación de la pena, como las de prevención general o especial, o incluso los fines de rehabilitación y reinserción, no son tenidos en cuenta como fundamento del *ius puniendi*, pues la norma penal aplicable hace especial énfasis en su finalidad retributiva, dejando de forma residual la consideración de otras finalidades de la pena tal y como se reconocen en los ordenamientos jurídicos internos para los delitos comunes.

⁹⁰⁶ Documento original: “(...) *universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction*” (BASS et al., 2001: 28). Citado igualmente en el Capítulo 1 de la Tesis.

operativo, dada no sólo la escasa, y aun a veces incorrecta, traducción que del mismo se ha realizado en las legislaciones internas de los Estados —expresión de una inequívoca falta de voluntad política en orden a procurar su ejercicio—, sino también como consecuencia de la escueta experiencia judicial existente al respecto” (2006: 191).

La constatación de esta realidad pudiera pensarse que es la que ha motivado la articulación de mecanismos más operativos y de carácter alternativo al ejercicio de las jurisdicciones nacionales, creando una jurisdicción penal internacional propia configurada institucionalmente. Conforme a lo expuesto por Gallant, no existe en el Derecho internacional norma alguna consuetudinaria que obligue a los Estados a la creación de tribunales internacionales, como tampoco norma que prohíba su constitución (2009: 394). Pero incluso en este escenario, debe ser recordado que los Estados no obtienen su jurisdicción por la aplicación del Derecho internacional consuetudinario o convencional, sino que el mismo se fundamenta en el propio sistema jurídico de los Estados conforme a sus normas fundamentales y legislativas como manifestación de su “poder soberano”, pero ello no quiere decir que no queden vinculados al cumplimiento de la normatividad internacional, que como hemos defendido en la teoría expuesta sobre la “potestad soberana”, su legitimidad emana de la transferencia incondicional de competencias creadoras de Derecho a favor de entes supraestatales con igual naturaleza de “poder público”, al que se le reconoce las facultades de “prescribir, sentenciar y hacer cumplir”⁹⁰⁷ sus disposiciones, con la cualidad de ser prevalente sobre personas e instituciones, lo que no deja de ser una manifestación de una potestad propiamente considerada como “soberana”.

Ahora bien, conforme a los principios fundamentales del Derecho internacional, dichas potestades están sujetas a principios inherentes derivados de la especial creación normativa donde los Estados siguen manteniendo una relevancia central que no ha sido desplazada por el ejercicio jurisdiccional de los tribunales internacionales, sobre todo en el ámbito del derecho punitivo. Así la Profesora Monique, al analizar la jurisdicción de la CPI, señala que la misma “opera bajo el supuesto de que los Estados Partes delegan de manera válida la jurisdicción de acuerdo con el Estatuto de Roma. Asumir lo

⁹⁰⁷ Concepto amplio utilizado por el Profesor Bassiouni del término “jurisdicción” en su artículo *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Cotemporary Practice*.

contrario crearía una responsabilidad insostenible en la Corte de revisar los acuerdos internacionales de un Estado Parte para asegurarse de que no haya restricciones a su jurisdicción delegable. Más importante aún, perjudicaría significativamente la aplicación uniforme de las disposiciones sobre jurisdicción de la CPI a los Estados Partes. En virtud del Estatuto de Roma, la CPI puede ejercer su jurisdicción sobre los nacionales de Estados que no son Partes por crímenes cometidos en el territorio de los Estados Partes. En el Estatuto no se permiten variaciones de éste por medio de inmunidades u otras limitaciones jurisdiccionales. Al ratificar el Estatuto de Roma, un Estado delega su jurisdicción a la CPI en el entendimiento de que la Corte actuará de conformidad con las condiciones previas y las disposiciones jurisdiccionales contenidas en el Estatuto. Sería en cierto modo antitético si la existencia de un tratado que limite el ejercicio de la jurisdicción judicial nacional sobre determinadas personas pudiera también limitar aún más la jurisdicción de la CPI. La CPI no es un agente de ningún Estado Parte individual y, por lo tanto, sería incongruente que la decisión de un Estado de celebrar acuerdos internacionales obstaculice la jurisdicción de la CPI”⁹⁰⁸.

La Profesora Monique parte de la primacía de la soberanía de los Estados y justifica sobre la teoría del consentimiento el régimen jurídico y la potestad jurisdiccional asumida por la CPI conforme a sus normas estatutarias, y en este sentido señala que “la primacía de la soberanía y el consentimiento de los Estados debe reconciliarse con los objetivos y valores de la justicia penal internacional y el régimen de la jurisdicción del Estatuto de Roma debe ser un ejemplo de cómo garantizar dicho equilibrio entre ambos aspectos. Por necesidad, esto significa que el Estatuto y el ejercicio de las funciones de la Corte pueden afectar a la soberanía de los Estados no Partes. El derecho de la Corte de ejercer su jurisdicción conforme al Estatuto refleja en

⁹⁰⁸ Documento original: “*The ICC operates on the assumption that States Parties are validly delegating jurisdiction in accordance with the Rome Statute. To assume otherwise would create an untenable onus on the Court to review a State Party’s international agreements to ensure there are no restrictions on its delegable jurisdiction. More importantly it would significantly impair the uniform application of the ICC’s jurisdiction provisions to States Parties.*”

“*Under the Rome Statute, the ICC may exercise its jurisdiction over nationals of non-States Parties for crimes committed on the territory of States Parties. There are no allowances in the Statute for variations to this by way of immunities or other jurisdictional limitations. In ratifying the Rome Statute, a State is delegating jurisdiction to the ICC on the understanding that the Court will act in accordance with the preconditions and jurisdictional provisions contained in the Statute. It would be somewhat antithetical if the existence of a treaty limiting the exercise of domestic judicial jurisdiction over particular persons could then also further limit the jurisdiction of the ICC. The ICC is not an agent of any individual State Party, and it therefore would be incongruous for a State’s decision to enter into international agreements to impede the ICC’s jurisdiction*” (MONIQUE, 2020: 112).

última instancia el derecho de los propios Estados a llevar a cabo su ejercicio jurisdiccional en el ámbito penal conforme a los principios jurídicos internacionales de territorialidad y de nacionalidad”⁹⁰⁹.

La teoría desarrollada supone un argumento principal para articular las bases legales del ejercicio de la jurisdicción de la CPI con relación a los Estados no Partes del Tratado de Roma, desde una perspectiva de la soberanía de los Estados en sentido westfaliano donde el consentimiento de éstos sigue siendo un aspecto fundamental dentro del Derecho internacional (MONIQUE, 2020: 196). Sin embargo, la delegación de la jurisdicción no proporciona una explicación a los fundamentos del ejercicio de la jurisdicción penal internacional cuando ésta es ejercida bajo el principio de universalidad contenido en el art. 13 b) del Estatuto de Roma, que contempla el mecanismo atribuido al CSNU que permite que pueda ser perseguido crímenes internacionales en cualquier Estado Parte como puede verse en el asunto Al-Bashir⁹¹⁰.

La Profesora Monique señala como fundamentos de la competencia penal internacional dos teorías: La primera considera que los Estados, al delegar el ejercicio de la jurisdicción a la CPI junto con los criterios de territorialidad y nacionalidad, ésta tiene jurisdicción basada en la combinación de la territorialidad, nacionalidad y universalidad, permaneciendo los Estados “anclados” ante el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. La segunda señala que la jurisdicción universal es inherente a la comunidad internacional y que puede ser ejercida por la CPI como un agente más de dicha comunidad (2020: 161). Aunque dicha autora señala que ninguna de estas teorías resultan suficientes para determinar las bases legales características de la jurisdicción de la CPI con relación a los Estados no Partes del Estatuto de Roma, ello no impide considerar que en este caso tanto la Corte como los tribunales penales internacionalizados le vienen atribuida una jurisdicción propia, si bien la misma resulta

⁹⁰⁹ Documento original: *“The primacy of the sovereignty and State consent must be reconciled with the aims and values of international criminal justice, and the Rome Statute’s jurisdiction regime represents an example of how the two can be balanced. By necessity, this means that the Statute and activities of the ICC can and do affect the sovereignty of non-States Parties.*

“The ICC’s right to exercise its powers under the Statute ultimately reflects the right the rights of the States themselves to exercise their powers of criminal justice in accordance with recognised international legal principles of territoriality and nationality” (MONIQUE, 2020: 197).

⁹¹⁰ Sobre el citado asunto, véase Capítulo 1 de la Tesis.

con limitaciones inherentes derivadas de la propia transferencia normativa que determinan su régimen jurídico de ejercicio.

En suma, las restricciones de la jurisdicción penal internacional no depende tanto de una delegación expresamente establecida por los Estados como de una “transferencia” de potestades soberanas consentidas, al menos, implícitamente que constituyen las fuentes materiales y específicas en la creación del Derecho internacional, donde los propios Estados se reservan facultades normativas, y ello determina que la jurisdicción penal internacional se encuentra sometidas a principios sistémicos que configuran el propio orden internacional como “comunidad política”.

Sólo en este sentido y centrándonos en la creación de la CPI puede explicarse el principio programático establecido en el 6º párrafo del Preámbulo del Estatuto de Roma, en virtud del cual expone “*que es una obligación de todos los Estados ejercitar su jurisdicción penal sobre crímenes internacionales*”, que al fundamentar su jurisdicción conforme al principio de complementariedad (art. 17 del Estatuto de la Corte), que permitiría la coexistencia en la persecución de crímenes internacionales de las jurisdicciones penales de los Estados junto con el ejercicio de la jurisdicción penal internacional, si bien ésta supone igualmente un límite a la extraterritorialidad de la jurisdicción nacional conforme a la teoría del consentimiento implícito que configura la facultad normativa sobre la jurisdicción como potestad soberana transferida que he defendido.

La coexistencia de las jurisdicciones estatales con la que pueda ser ejercida por los tribunales penales internacionales no atenta contra el principio de exclusividad jurisdiccional. Pudiera pensarse que conforme al Estatuto de Roma y a través del principio de complementariedad, la CPI ejerce control efectivo sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales nacionales, pues en todo caso asume la investigación y enjuiciamiento por falta de voluntad o capacidad de la maquinaria judicial estatal. Pero en sentido inverso, también debe ser puesto de manifiesto que los Estados a través del ejercicio de su jurisdicción universal ejerce una potestad de supervisión sobre la inacción de la jurisdicción de los tribunales penales internacionales. Un ejemplo de ello es en nuestro Derecho la actuación de la jurisdicción penal universal en el denominado caso de “terrorismo y desapariciones forzadas en Siria”⁹¹¹, que fundamenta su legítima

⁹¹¹ Sobre este caso, véase Capítulo 5 de la Tesis.

actuación ante la inacción de los tribunales penales internacionales derivados del veto que los Estados de China y Rusia ejercieron en el seno del CSNU, bloqueando cualquier iniciativa de investigación y de persecución ante la comisión evidente de graves crímenes internacionales, lo que determinó la necesidad de aplicar vías alternativas para obtener “justicia” (es lo que podemos denominar “jurisdicción universal inversa”).

Conforme al marco teórico propuesto, establecida la necesidad actual de la competencia penal universal por las jurisdicciones nacionales y su coexistencia con la ejercida por los tribunales penales internacionales conforme a sus facultades normativas, la configuración sobre la jurisdicción universal y la jurisdicción internacional debe tener en cuenta los principios inherentes que justifica su legitimidad, lo que traslada el debate sobre su ejercicio a los siguientes aspectos relevantes: 1) la conciliación de la jurisdicción universal y el Derecho penal internacional, 2) al ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* y el enjuiciamiento del “ausente”, 3) el mecanismo para solventar los conflictos de concurrencia de jurisdicciones, y 4) la articulación de medidas que respeten las garantías esenciales del enjuiciamiento y derechos de los agresores y víctimas.

A) Jurisdicción universal y su coexistencia con la jurisdicción penal internacional

El principio de justicia universal sigue siendo uno de los pilares esenciales del Derecho internacional y, en su proceso de positivización, deberá respetar los principios de proporcionalidad atendiendo al justo equilibrio entre los derechos de los responsables y las víctimas, garantizando la equidad de las actuaciones y la independencia e imparcialidad de la administración de justicia, pues estos derechos integran garantías de todo Estado de Derecho y, como principios, son contemplados en el Derecho internacional.

En la actualidad, a pesar de ser reconocido el importante papel de la justicia universal en la lucha contra la impunidad, la creación por vía convencional de tribunales internacionales y de tribunales híbridos o internacionalizados, parece haber disminuido la relevancia del ejercicio de las jurisdicciones universales de los Estados en la persecución penal por la comisión de crímenes internacionales. En este sentido: “*La relación entre justicia transicional y universal no está definitivamente resuelta pero su evolución pone de manifiesto una orientación clara, diferente de la que subyace en su*

configuración original, basada en dos parámetros fundamentales. Por un lado, la existencia misma de la justicia universal ha impulsado cambios en la organización y el funcionamiento de los modelos de justicia transicional imponiendo la búsqueda de condiciones de legitimidad y contribuyendo a una minoración de sus efectos perversos en la lucha contra la impunidad en la medida en que, al final, si ha de ser, la acción de un juez propio es preferida a la acción de un extranjero. Por otro lado, en la interacción entre ambas modalidades de justicia, las preferencias originarias hacia la transicional están cediendo el protagonismo a la universal. La justicia universal se empieza a convertir en un límite a la justicia transicional, y no al revés, y en un doble sentido porque permite juzgar ad externum en otro Estado aquello que se había querido inmunizar con la justicia transicional y porque permite convencer ad internum en el propio Estado de la necesidad y la conveniencia de juzgar ellos mismos lo que pretendieron inmunizar” (ROBLES CARRILLO, 2014: 94).

Igualmente, sobre todo para los Estados Partes del Estatuto de Roma, podría pensarse que la justicia universal ha perdido vigencia tras la creación de la CPI, pues con independencia de los límites inherentes al ejercicio de una jurisdicción propia por parte de la misma, la facultad reservada para resolver sobre su propia jurisdicción supone un límite para el ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones de los Estados basadas en la competencia universal. No puede mantenerse que el Estatuto de Roma se haya cristalizado en norma general consuetudinaria de Derecho internacional que obligue, en todo caso, a los Estados a ejercer su jurisdicción ante la comisión de delitos internacionales contemplados en el mismo y, sobre todo, que ello determine una obligación vinculante a los numerosos Estados que no son Partes de la CPI⁹¹². Mantener

⁹¹² No importa si es jurisdicción universal inherente o delegada, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sufre dos aspectos que la Profesora Monique resalta:

La primera está relacionada en determinar cuáles son los delitos objeto de persecución bajo el Derecho consuetudinario. A pesar de que resulte admisible para algunos delitos como el de lesa humanidad o crímenes de guerra, todavía queda por determinar si algunos delitos son, de hecho, justiciables universalmente. Además, señala que el crimen de agresión incluido tras la Conferencia de Kampala de 2010 no es perseguible todavía como un delito consuetudinario objeto de jurisdicción universal.

El segundo aspecto corresponde con considerar la teoría de la jurisdicción universal sólo como un principio de la jurisdicción prescriptiva. Incluso al conceder la posibilidad de que la jurisdicción universal sea ejercida por un tribunal internacional (algo que debe distinguirse de la jurisdicción de los Estados), ésta no debe superar el hecho de que sea una jurisdicción exclusivamente territorial. Sin la cooperación de los Estados en la investigación (señala la autora como ejemplo de esta cooperación la recopilación de pruebas, arresto y encarcelamiento de los presuntos acusados), los tribunales internacionales podrían

una postura contraria a la indicada, basada en el carácter consensual que motivó su formación como tratado, supone una visión optimista que no puede ser respaldada en los actuales momentos por el Derecho internacional vigente donde toda normatividad sobre la jurisdicción emana, al menos, del consentimiento implícito de los Estados como hemos expuesto.

En este sentido, el Profesor Wouters en su artículo *The Obligation to Prosecute International Law Crimes*, recoge esta postura señalando que “autores como Christian Tomuschat no observan la existencia de una obligación implícita de enjuiciar según lo previsto en el 6º párrafo del Preámbulo del Estatuto de Roma, razonando que no se puede imponer ningún deber a los Estados, a menos que este deber haya sido establecido explícitamente y acordado por ellos. Una mera referencia en el Preámbulo no bastaría para derivar ningún derecho legalmente vinculante. Para corroborar su punto de vista, cita los fundamentos de la jurisdicción otorgados a la Corte, que de hecho se limita al reconocimiento de su jurisdicción territorial y de una jurisdicción basada en el criterio de personalidad activa, excluyendo así cualquier reconocimiento de una jurisdicción universal. Por lo tanto, concluye que no se puede deducir una obligación general de enjuiciar los delitos de Derecho internacional del Estatuto de Roma, ya que los Estados no han estado dispuestos a aceptar la idea de una jurisdicción universal para la CPI”⁹¹³.

Otros autores como Antonio Cassese consideran, conforme al Estatuto de Roma, que del mismo se deriva una obligación para todos los Estados de ejercer su jurisdicción universal en el enjuiciamiento de crímenes internacionales cometidos en su territorio o en los supuestos en que los presuntos responsables se encuentren en el mismo. Pero fuera de estos casos sólo existe un llamamiento exhortando a los Estados a que ejerzan su jurisdicción extraterritorial basándose en otros criterios de atribución y, en especial,

limitar significativamente los objetivos y finalidades en las que fueron creados (MONIQUE, 2020: 193-194).

⁹¹³ Documento original: “On the other hand, distinguished authors such as Christian Tomuschat do not read an implicit obligation to prosecute in the Preamble’s recital, reasoning that one cannot impose any duty upon states, unless this duty has been explicitly laid down and agreed upon by them. A mere reference in the Preamble would not suffice to derive any legally binding duty. To corroborate their point of view, these authors cite the grounds of jurisdiction granted to the ICC, which is indeed limited to the recognition of territorial jurisdiction and jurisdiction of an active personality nature, thus excluding any recognition of universal jurisdiction. Thus, they conclude, one cannot deduce an overall obligation to prosecute international law crimes from the Rome Statute, as states have been unwilling to accept the idea of universal jurisdiction for the ICC” (WOUTERS 2005: 22).

en el principio de justicia universal. Wouters señala que los Estados son conscientes de las dificultades prácticas de su ejercicio y ello debe ser contemplado en la persecución de otros crímenes no tipificados en el Estatuto de Roma (2005: 22). Dicho autor, basándose en el carácter consensual del Estatuto de Roma como tratado multilateral, a diferencia de la creación de otros tribunales internacionales por resolución o acuerdo del CSNU, señala que aunque ello no haya favorecido la cristalización de una norma consuetudinaria consistente en la obligación y no en la potestad de todo Estado de luchar contra la impunidad, ni haya actualizado y precisado las obligaciones establecidas en norma consuetudinaria preexistente, no significa que los Estados tengan libertad para ejercer su *ius puniendi* frente a los crímenes internacionales, concluyendo que el criterio de atribución viene determinado fundamentalmente por “la naturaleza del delito y no por el contexto en el que éste se haya producido, llegando a ser definido como criterio que cualifica las obligaciones de los Estados en su persecución como delito internacional”⁹¹⁴.

Determinada la naturaleza internacional del delito y su previsión típica contemplada en el Estatuto de Roma, en estos casos es donde la CPI puede serle atribuida la competencia de forma subsidiaria a la de los Estados y con fundamento al principio de complementariedad, o bien de forma preferente en los casos contemplados conforme al art. 17 de su Estatuto, que supone la primacía de su ejercicio frente a los Estados. En cualquier caso, como principio inherente de su jurisdicción, supone un criterio autolimitativo de su ejercicio.

Con relación a los criterios de superación de los conflictos relativos a la jurisdicción, debemos distinguir aquellas que pueden darse en relación horizontal entre tribunales internacionales y los que pueden ser suscitados entre los Estados. En lo que respecta a los tribunales internacionales, la base consensuada del mismo determina que será el principio de especialidad conforme a sus acuerdos constitutivos, sus propios estatutos y sistemas normativos, los que determinen la atribución última y exclusiva de la competencia penal en cada caso concreto. En los supuestos de concurrencia de jurisdicciones nacionales, aunque puede estimarse la preferencia de atribución con fundamento al principio de territorialidad; sin embargo, en los casos del ejercicio

⁹¹⁴ Documento original: “*In other words, the nature of the crime, rather than the context in which it is being perpetrated, becomes the defining criterion qualifying the states' obligations*” (WOUTERS, 2005: 25).

extraterritorial de la jurisdicción por los Estados, se requiere la necesidad de establecer un especial criterio de justificación, pues no debe olvidarse que toda jurisdicción conforme a su naturaleza es “indivisible” y ello determina que sólo puede ser atribuida de forma “exclusiva”.

El Profesor Chehtman, desde el punto de vista de su fundamento filosófico, señala que el propio ejercicio extraterritorial de la jurisdicción por parte de los Estados ha sido considerado de forma inconsistente al basarse en el propio concepto de soberanía estatal. Dicho Profesor observa que la realidad de un mundo dividido en entidades políticas con un derecho exclusivo para regular las conductas ilícitas de los individuos dentro de sus límites territoriales determina una dificultad normativa cuando se pretende imponer ello en el territorio de otro Estado soberano, si bien entiende la soberanía en el sentido de exclusividad o independencia⁹¹⁵ y no caracterizada por la cualidad prevalente sobre un sustrato común, como hemos propuesto siguiendo al Profesor Nicolás Ramiro Rico. Citando al Profesor Ian Brownlie, señala “*que la competencia esté suficientemente justificada es una cuestión normalmente considerada en relación con los derechos de otros Estados y no [sólo] como una cuestión de competencia básica*” (BROWNLIE, 2008: 299; citado y traducido por CHEHTMAN, 2013: 46).

El Derecho internacional permite el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal en determinadas circunstancias, haya o no una autorización expresa, lo cual no quiere decir que la soberanía haya dejado de tener relevancia normativa, pues en la actualidad necesariamente son los Estados los directamente obligados a la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Esta justificación, que tiene un indudable “valor moral”, motiva que para enjuiciar penalmente a un individuo deba hacerse en primer lugar ante los Estados en el que el delito fue cometido. Ahora bien, esa “inmunidad que los Estados poseen ante la imposición de normas jurídicas de otros Estados” puede ceder cuando una Autoridad extraterritorial justifique un interés suficientemente importante para desplazarla (CHEHTMAN, 2013: 57).

⁹¹⁵ En el sentido expuesto por el Profesor Chehtman, una Autoridad política soberana es aquella que no reconoce a otra de carácter superior, tiene libertad legislativa y ejecutiva suprema sobre un determinado territorio y como ente político y jurídico son independientes, esta explicación tradicional reconocida en el asunto Lotus es un elemento definitorio de la doctrina constitucional del Derecho interno de los Estados que impediría por completo el poder de castigar extraterritorialmente salvo autorización del Estado en el que el delito fue cometido.

Los problemas de la justificación normativa del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados se centran en el propio reconocimiento de la competencia extraterritorial de los mismos, basado fundamentalmente en la defensa de un interés colectivo que debe estar recogido como principio jurídico dentro de sus sistemas normativos, lo que resulta especialmente relevante en materia penal por su vinculación con la potestad soberana.

Ello determina desde la legitimidad normativa del Derecho internacional examinar la asunción por parte de los Estados de la obligación para la persecución de delitos internacionales cometidos, sin conexión a los criterios de territorialidad o personalidad activa, e incluso personalidad pasiva, que justifique la extraterritorialidad del ejercicio de su jurisdicción en cumplimiento de una “obligación internacional y no en una potestad estatal”. Para ello, debemos distinguir cada uno de los crímenes internacionales conforme a su naturaleza normativa. Así, siguiendo a Jan Wouters, con relación a los delitos y crímenes cometidos en tiempos de guerra, con fundamento en los artículos 49, 50, 129 y 146 de las Convenciones de Ginebra de 1949, los Estados suscritos a dichas Convenciones tienen la obligación de perseguir a los presuntos responsables por la comisión de crímenes contra el Derecho internacional humanitario y conducir a los posibles responsables ante sus tribunales para su enjuiciamiento (WOUTERS, 2005: 23) y ello supone una obligación absoluta por parte de los Estados de perseguir a los responsables, que justifica y legitima el ejercicio de su jurisdicción universal, que en este supuesto encuentra su apoyo en el cumplimiento de una obligación *erga omnes* establecida, en todo caso, por norma consuetudinaria de Derecho internacional⁹¹⁶.

En los delitos de genocidio, el artículo 1 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 determina que su mera comisión constituye un delito de Derecho internacional, con independencia de que éste hubiese sido cometido en tiempos de paz o de guerra. Si bien la Convención señala que el lugar de la comisión de dicho delito determinará la competencia de los Estados para su persecución y

⁹¹⁶ En este sentido, Pueyo Losa afirma que “*lo que encuentra su firme reconocimiento en el Derecho internacional consuetudinario, y aun en todos aquellos instrumentos convencionales en los que se tipifican distintas conductas delictivas, cuando al formular los distintos criterios o vínculos conforme a los cuales los Estados podrán fundamentar su jurisdicción, se afirma —desde una perspectiva amplia y permisiva— que no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales*” (2006: 187).

enjuiciamiento, lo que obliga a éstos a ejercer su jurisdicción conforme al principio de territorialidad o a permitir que el enjuiciamiento pueda ser asumido por un tribunal internacional. Aunque ello no impide el ejercicio extraterritorial de los Estados con competencia basada en el principio de justicia universal, ésta tiene carácter sustitutivo, pues aunque esté justificada en obligaciones asumidas conforme a norma consuetudinaria de Derecho internacional, el criterio de territorialidad conforme al artículo 6 del citado Convenio excluye el ejercicio de la jurisdicción universal en estos delitos si el Estado del territorio cumple con su obligación internacional de perseguir y enjuiciar a los responsables (WOUTERS, 2005: 26).

Con relación a los crímenes de lesa humanidad, únicamente existe su definición en los Estatutos del TMI y de la CPI que se limitan a concretar la descripción normativa del delito acogiendo conceptos ya establecidos en Convenios internacionales existentes (como la Convención contra la discriminación racial de 1965, contra el crimen de apartheid de 1973, sobre la Eliminación de toda Forma Discriminación contra la Mujer de 1979, o sobre la Protección de Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006), lo que determina la falta de consenso unánime sobre su alcance con perfiles claros y precisos en su “tipificación” como delito internacional (WOUTERS, 2005: 27-28). Ahora bien, ello no impide que los Estados puedan perseguir estos crímenes cometidos, incluso en territorio extranjero mediante el ejercicio de su jurisdicción universal, al haber implementado en su Derecho interno dicha obligación asumida como Estado Parte de dichos Convenios internacionales.

En estos delitos de lesa humanidad, atendiendo a los deberes asumidos a través de las convenciones conforme a su naturaleza del interés colectivo reconocido por la comunidad internacional, los Estados asumen su persecución atendiendo al carácter *erga omnes partes* de sus obligaciones internacionales, lo que permite en cumplimiento de éstas el ejercicio extraterritorial de sus jurisdicciones. Pero en todo caso, con independencia de la naturaleza de la norma internacional y su vinculación obligatoria, el ejercicio por los Estados de su jurisdicción universal no viene determinado por el cumplimiento de obligación alguna establecida en norma consuetudinaria de Derecho internacional, sino que son los propios Estados a través de la implementación realizada en su Derecho interno los que legitiman su ejercicio en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas convencionalmente.

Cuestión distinta y debatida supone la definición del denominado crimen de agresión, que viene siendo considerado como los ataques que, por su gravedad, constituyan una violación a la Carta de las Naciones Unidas. En su descripción normativa prevista en la revisión del Estatuto de Roma, viene a tipificarse ciertas conductas que vulneran la soberanía y libertad de los Estados. Puede observarse que la mayoría de los conflictos bélicos en la actualidad no constituyen conflictos internacionales y en situaciones del uso de la fuerza ilegítimo por parte de los Estados, el delito de agresión se concreta en la comisión de otros delitos internacionales como los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Por ello, la falta de un consenso sobre el mismo determina que carezca de una obligación extensible a los Estados no Partes. Fuera de los casos de la competencia estatal para la represión de las conductas (contempladas en los Derechos internos como delitos de traición) y su atribución a la competencia de la CPI (a través del CSNU), no se estima que pueda existir una obligatoriedad de su persecución basada en norma de Derecho consuetudinario distinta a las que pueden ser aplicables dentro del Derecho humanitario o de los crímenes internacionales en tiempos de guerra pues, fuera de estos supuestos, es difícil estimar una justificación del ejercicio universal de las jurisdicciones nacionales.

La anterior concreción sobre el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados con relación a la naturaleza del crimen internacional objeto de persecución, determina que, en todo caso, el ejercicio de la jurisdicción por el Estado distinto al del territorio tiene un carácter supletorio, ciertamente de utilidad en cuanto a su finalidad de lucha contra la impunidad, pero dicha utilidad no determina en sí mismo un automatismo preferente de aplicación, lo que supone un límite inherente al ejercicio de la jurisdicción universal por los Estados.

Los Estados son los que en sus sistemas normativos establecen los presupuestos y condiciones de ejercicio de su jurisdicción, aunque ésta haya sido implementada en cumplimiento de obligaciones internacionales. En este sentido, aunque el Principio 3 de Princeton establece que “los órganos judiciales nacionales podrán invocar la jurisdicción universal, incluso cuando su legislación interna no lo disponga específicamente”⁹¹⁷, en la persecución de los delitos internacionales de piratería,

⁹¹⁷ Documento original: “(...) national judicial organs may rely on universal jurisdiction even if their national legislation does not specifically provide for it” (BASS et al., 2001: 30).

esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, crímenes de lesa humanidad, genocidio y torturas, ello precisa de una debida configuración de la jurisdicción interna de los Estados que lo permitan. Igualmente, existe una tendencia doctrinal expansiva de los delitos internacionales como se observa en los Principios Madrid-Buenos Aires, adoptado durante los años 2014 y 2015, en el que se incluye la persecución de delitos internacionales contra el medio ambiente⁹¹⁸, y en los Principios El Cairo-Arusha, adoptado durante los años 2001 y 2002, en los que, además, se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como de los delitos cometidos contra los intereses económicos y culturales gravemente perjudiciales para la comunidad internacional⁹¹⁹.

A pesar de ello, con la finalidad de alcanzar a través de estos principios un consenso generalizado que, como *opinio iuris*, terminen por cristalizar en norma consuetudinaria de Derecho internacional, el texto establecido en los mismos están guiados por una visión utópica de los instrumentos jurídicos internacionales, pues olvidan que su normatividad emana, fundamentalmente, de los propios Estados, y las

⁹¹⁸ Así: “Principio 1 – Concepto

La Jurisdicción Universal determina la facultad o la obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar por los tribunales internos los crímenes que se identifican en los principios 2, 3 y 4, con independencia del lugar donde se hayan cometido, de la nacionalidad del posible responsable, de las víctimas o de la existencia de cualquier otro vínculo de conexión con el Estado que ejerza jurisdicción, mediante la aplicación del Derecho penal interno y/o internacional.

Principio 2 – Crímenes de persecución universal

La Jurisdicción Universal será aplicable a los crímenes de Derecho Internacional, tales como: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, piratería, esclavitud, desaparición forzada, tortura, tráfico de seres humanos, ejecuciones extrajudiciales y crimen de agresión. Estos crímenes pueden ser cometidos de múltiples formas, incluyendo las actividades económicas y que puedan afectar al medio ambiente.

Principio 3 – Crímenes económicos y medioambientales de persecución universal

La Jurisdicción Universal también será aplicable a los crímenes económicos y contra el medio ambiente que por su extensión y escala afectan gravemente los derechos humanos de grupos o colectividades o supongan la destrucción irreversible de ecosistemas”.

⁹¹⁹ Así, los siguientes Principios determinan que:

- “1. *Universal jurisdiction applies to gross human rights offences committed even in peacetime.*
2. *The principle of universal jurisdiction should apply not only to natural persons, but also to other legal entities.*
3. *States shall adopt measures, including legislative and administrative, that will ensure that their national courts can exercise universal jurisdiction over gross human rights offences, including, but not limited to, those contained in the Rome Statute of the International Criminal Court.*
4. *In addition to the crimes that are currently recognised under international law as being subject to universal jurisdiction, certain other crimes that have major adverse economic, social or cultural consequences -- such as acts of plunder and gross misappropriation of public resources, trafficking in human beings and serious environmental crimes -- should also be granted this status”.*

conclusiones extensivas alcanzadas sobre todo en los Principios de El Cairo-Arusha y Madrid-Buenos Aires, encuentran el inconveniente de establecer nuevos crímenes internacionales y extensiones de la responsabilidad individual que no alcanza un consenso generalizado fundado en un interés común compartido y uniformemente aceptado por los Estados. Incluso los Principios de Princeton tampoco han generado la unanimidad deseada como se pone de manifiesto en los trabajos de la 72ª sesión de la AG.

Se presenta como deseable, desde un punto de vista internacional, que los Estados regulen su jurisdicción universal de forma absoluta o propia, sobre la base de que ello supone un avance en la lucha contra la impunidad ante la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, conforme a las normas convencionales internacionales, existen tratados que limitan el ejercicio de los Estados para perseguir y enjuiciar los crímenes internacionales o lo somete a criterios de preferencia cuando se fundamenta en el ejercicio de la jurisdicción universal. Ejemplo de ello puede ser citada la regulación establecida en el Convenio contra la Tortura de 1984, cuyo artículo 5 obliga a los Estados signatarios a implementar en sus sistemas normativos la persecución de dicho delito, atribuyendo a su jurisdicción nacional no sólo los criterios de territorialidad y personalidad activa, sino también pasiva, e igualmente estableciendo como obligación que, para el caso de no proceder de forma efectiva a su enjuiciamiento, su deber de favorecimiento de su persecución a través de la obligación de entrega al Estado que lo reclame, pues dicha Convención no excluye el ejercicio de otra jurisdicción nacional que pueda ser ejercida conforme a su Derecho interno.

En este caso, el ejercicio de la jurisdicción del Estado viene prioritariamente justificado en los criterios de territorialidad, personalidad activa y, con menos amplitud, pasiva, por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal en estos casos viene limitado a su conexión y vinculación con los criterios de atribución competencial señalados. Este es uno de los supuestos contemplados por los tribunales regionales de protección de los derechos humanos como de jurisdicción universal no obligatoria, que a pesar del carácter facultativo en su previsión normativa, permite declarar la responsabilidad de los Estados cuando la denegación del ejercicio de su jurisdicción resulte incompatible con el derecho fundamental de las víctimas al acceso de la justicia.

El Profesor Wouters señala que existen normas de Derecho internacional convencional que no especifican o aclaran la obligación de los Estados de perseguir a los presuntos autores de otras violaciones a las obligaciones internacionales de trascendencia colectiva, emanadas de la DUDH, que podrían motivar exigibilidad de responsabilidad individual a sus autores y partícipes, ello se refleja en las convenciones relativas a la protección de los derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud de 1956 o la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; interpretándose dicho silencio de acuerdo con el artículo 2.1 de la citada Convención de 1966, por el que obliga a los Estados a garantizar los derechos de todas las personas especialmente protegidas en dichos textos internacionales, pero no determina si ese deber de garantizar el cumplimiento determine en todo caso la obligatoriedad de llevar a cabo la represión de las conductas ilícitas contra el mismo a través del ejercicio de la jurisdicción de los Estados, quedando además sin resolver el estatus jurídico de los Estados no Partes (WOUTERS, 2005: 28).

Aunque resulte admisible desde el punto de vista internacional un principio de justicia universal absoluta o propia, sin límites operativos, la realidad es la ausencia de norma consuetudinaria o convencional que establezca la obligación de los Estados a regular el ejercicio de la jurisdicción internacional de este modo, como tampoco existe principio o norma internacional que impida, de forma general, una regulación por parte de los Estados de una jurisdicción universal absoluta o propia. No se establece normativamente una única fórmula legítima de persecución de los delitos internacionales a través de la jurisdicción universal de carácter absoluta, que no debe ser confundida con la obligación de los Estados de proceder a la extradición o entrega de los presuntos responsables, pero ello no impide, de forma alguna, que una jurisdicción universal limitada o conexa⁹²⁰ cumpla sobradamente con todas las expectativas de cumplimiento, sobre todo tras la existencia de una jurisdicción penal internacional propia basada en sus facultades de autodeterminación normativa, aunque

⁹²⁰ Siguiendo a la Profesora Carmen Vallejo Peña, en su obra *El Estado de la jurisdicción universal en el Derecho internacional y en el Derecho interno español*, se entiende por jurisdicción universal conexa aquella que exige una serie de criterios de vinculación como presupuesto para su legítimo ejercicio. Esta acepción jurídica también es conocida con el nombre de jurisdicción universal limitada, término que utilizamos en el presente estudio.

inherentemente deba estar configurada atendiendo, al menos, al consentimiento implícito de los Estados conforme a las fuentes creadoras del Derecho internacional.

De los criterios expuestos se deduce que la jurisdicción universal de los Estados en el ámbito penal está sujeta, con mayor o menor amplitud, al principio de subsidiariedad, frente al ejercicio de la jurisdicción penal basada en el principio de territorialidad. La Profesora Vallejo Peña afirma que *“si se atiende al modelo puro de jurisdicción universal, cualquier Estado, y la totalidad de los Estados a la vez, ostentaría un título de jurisdicción válido para perseguir y reprimir los crímenes internacionales, lo que situaría a los hechos a enjuiciar ante la posibilidad de múltiples jurisdicciones concurrentes ¿Existe entonces una posición de prioridad de algunas de ellas, fundamentalmente, la jurisdicción del Estado territorial; la del Estado de nacionalidad del autor del crimen internacional; o la del Estado de nacionalidad de las víctimas? A este respecto, el Derecho internacional aboca a un sistema de jurisdicciones concurrentes. De hecho, no existe ninguna norma internacional, ni convencional, ni consuetudinaria, que prohíba a los Estados determinar su jurisdicción penal nacional extraterritorial basándose en principios como los de personalidad activa o pasiva, o de universalidad. Conforme a ello, un Estado que reconozca y aplique la jurisdicción universal no queda bajo la obligación legal de dar prioridad, ni siquiera al Estado donde los delitos fueron cometidos, porque no estaría violando el Derecho internacional”* (2016: Edición Digital [Libro Electrónico]). Aunque estos criterios, subsidiarios de la territorialidad de la jurisdicción de los Estados, pueden ser regulados con mayor o menor amplitud, encuentran en su sistema normativo la seguridad jurídica de su ejercicio y cumple con la finalidad otorgada por el Derecho internacional, así como con las exigencias del Derecho penal, además de ofrecer un mayor control sobre su uso abusivo o arbitrario.

Como añade dicha autora, *“en el plano teórico puede ser rechazable un planteamiento subsidiario de la jurisdicción universal. Aun así, en la práctica, ante la presencia de un conflicto positivo de jurisdicción entre Estados, se ha de reconocer cierta subsidiariedad cuando el conflicto se produce entre el Estado que pretende la jurisdicción y el Estado del locus delicti commissi. En este caso, la jurisdicción universal, teóricamente ostentada por ambos en igual rango, es «relativamente concurrente», en el sentido de que la concurrencia persistirá siempre que no exista verdadera cosa juzgada y mientras exista inactividad en la investigación y posterior enjuiciamiento por*

parte del Estado territorial, bien por falta de voluntad, bien por falta de capacidad” (VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

Contrariamente a lo expuesto en el Principio 3 de Princeton, el ejercicio de toda jurisdicción universal debe sustentarse en el principio de legalidad, debe ser contemplado por las normas jurídicas internas. Su ejercicio pretendidamente fundado sólo en el Derecho internacional consuetudinario no satisface los principios y las garantías normativas del Estado y por ello de dudosa permisibilidad en el propio Derecho internacional. No se trata de la descripción normativa de delitos convencionales o consuetudinarios sino del propio sistema jurídico-penal aplicable. Por ello, la presunción del ejercicio legítimo de la competencia universal por los Estados, en los términos contemplados en el proyecto de Princeton con la finalidad de alcanzar un consenso de la comunidad internacional como proceso de formación de una norma consuetudinaria, precisa su regulación en el Derecho interno de los Estados, pues aunque llegara a ser obligatoria con tal carácter de norma consuetudinaria, no sería aplicable a la jurisdicción de los Estados ni a la organización de sus órganos judiciales.

Es cierto que las obligaciones jurídicas emanadas de norma general de Derecho internacional, a las que hay que incluir prioritariamente las normas consuetudinarias, vinculan a los Estados que incluso le otorgan una jerarquía normativa superior a la ley⁹²¹, pero esa jerarquía siempre debe ser conforme a los textos constitucionales o fundamentales al ser éstos expresión del principio en el que se sustenta los valores fundamentales de la convivencia, estructura y funcionamiento como organización política. Todas las constituciones o normas fundamentales regulan la organización de su poder judicial y el ejercicio originario de su jurisdicción de forma exclusiva. Por ello una jurisdicción universal limitada, en cuanto a su ejercicio basado en las normas jurídicas internas de los Estados, resulta más compatible con la exigencia de legitimidad internacional que otras que puedan ser ejercidas de forma absoluta, pero también de forma contraria al “principio de buena fe” al no estar basada en norma legal interna que lo permita y ser contraria su finalidad conforme a los principios internacionales.

Ahora bien, la necesaria implementación en las normas internas de las obligaciones internacionales determina que toda regulación de la jurisdicción

⁹²¹ Así sucede en nuestro Derecho conforme al artículo 96 de la Constitución española.

extraterritorial de los Estados, aunque se encuentre fundada en el principio de subsidiariedad, debe satisfacer la efectividad del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados. No debe tratarse de una mera competencia residual o estar regulada de tal forma que se obstaculice toda posibilidad de intervención judicial. Las limitaciones del ejercicio deben estar sujetas a la preferencia en la intervención de la jurisdicción de los Estados donde se hubieren cometido los hechos o, al menos, donde estuvieren residenciados las personas responsables. Los criterios de ponderación deben permitir el ejercicio de la jurisdicción universal siempre que el Estado, con jurisdicción preferente, no esté dispuesto a llevar a cabo el proceso de investigación o enjuiciamiento. En nuestro Derecho, como se estableció en el ATS de 20 de abril de 2015, en el caso de Ellacuría, debe ser tenida en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías, reconocidas por el Derecho internacional, para conocer si un Estado, con jurisdicción preferente, tiene o no disposición de actuar en contra de los responsables por estos graves crímenes internacionales⁹²² pues, en cierta forma, los órganos judiciales internos de los Estados actúan como verdaderos tribunales internacionales.

En la práctica de los Estados, puede observarse la tendencia de que los mismos establezcan un régimen de prioridades en la búsqueda de la competencia mejor situada en el supuesto de conflictos de jurisdicción, pero ello no se aplica en el supuesto de conflictos negativos, pues este régimen no puede operar como impedimento originario y absoluto que determine la ausencia de toda actuación judicial, y Carmen Vallejo señala que *“la preferencia otorgada al Estado territorial o al de la nacionalidad del imputado, no será tenida en cuenta, según la norma, cuando dichos Estados no estén dispuestos o no puedan realmente ejercer la jurisdicción”*⁹²³. (...) *La determinación de la ausencia de*

⁹²² En este sentido, el fundamento jurídico segundo del Auto del Tribunal Supremo, de fecha 20 de abril de 2015, en el caso Ellacuría, interpreta que un Estado no ha iniciado o no tiene disposición de iniciar un proceso de investigación, o de actuar en contra de los responsables cuando haya iniciado un procedimiento con la sola intención de evitar la imposición de responsabilidad penal, así como se demora injustificadamente el enjuiciamiento con la intención de que no comparezca el mismo el inculpado, o se haya sustanciado un procedimiento de forma parcial y no independiente, porque todo ello son contrarios a las garantías reconocidas por el Derecho internacional.

⁹²³ *“En este aspecto, como relevante novedad, la valoración y determinación de las circunstancias que conducirán a entender si se está o no ante una investigación y enjuiciamiento eficaz, son atribuidas por la ley, previa exposición razonada del Juez instructor, a la Sala 2ª del Tribunal Supremo, lo que supone una suerte de cuestión prejudicial devolutiva, para cuya resolución, la propia ley dicta al Tribunal Supremo los criterios de valoración”* (VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

*voluntad o disposición de enjuiciamiento, los conocidos como instrucciones «en falso», «fraudulentas» o meramente «aparentes», se realizará sobre la base de tres criterios dispuestos por la norma: si se advierte que el proceso haya estado o esté en marcha con el preciso propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal; la existencia de una demora injustificada en el mismo, incompatible con una verdadera intención de hacer comparecer al responsable ante la justicia; o la ausencia de un proceso sustanciado de forma imparcial e independiente que, igualmente, resulte incompatible con la intención de hacer comparecer al responsable ante la justicia”*⁹²⁴ (2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

B) La jurisdicción universal in absentia y el enjuiciamiento del “ausente”

Uno de los principios de los sistemas de justicia penal es la necesidad de que el inculcado se encuentre a disposición de los tribunales con competencia en el procedimiento y enjuiciamiento. Este principio alcanza su máxima expresión en el momento del juicio oral cuando se practican las pruebas que pueden servir, en su caso, para desvirtuar la presunción de inocencia. Se trata de una garantía fundamental básica que debe ser respetada en los ordenamientos jurídicos, comprendido dentro de los postulados del “juicio justo o debido”, que impone la obligación de los poderes públicos de otorgar al inculcado el conocimiento de la imputación de los delitos objeto de acusación, de los derechos que le asisten, de la fecha y las consecuencias de la incomparecencia al juicio, el derecho a presenciar las pruebas que lo incriminan y ser oído ante el tribunal del enjuiciamiento. No obstante, los ordenamientos jurídicos nacionales, y ante la necesidad de potenciar la efectividad de los enjuiciamientos, han establecido excepciones a esta norma general, sobre todo en el ejercicio de su jurisdicción territorial. El difícil equilibrio entre las necesidades del enjuiciamiento y el sistema de garantías han determinado que en los casos de ausencia, *in contumacia* o en rebeldía, la obligación de los órganos judiciales de informar al inculcado de los hechos objeto de imputación y constitutivos de infracción criminal, de los deberes que en su condición de investigado o encausado asume con respecto al tribunal y de las

⁹²⁴ “Por su parte, la determinación de la incapacidad, implicará un examen de si el Estado de jurisdicción sufre un colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o carece de ella, debido a cual no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas necesarias o no está, por cualquier otra razón, en condiciones de proceder al enjuiciamiento” (VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

consecuencias legales que pueden ser aplicadas con motivo de su incomparecencia, así como la posibilidad de que sea efectivamente representado y defendido por letrado en caso de no asistir al juicio. Además, para el caso de pronunciamientos de condena, debe serle reconocida la posibilidad de revisión judicial como requisito para su efectividad⁹²⁵. (DEMETRIO CRESPO y SANZ HERMIDA, 2020: 821-822).

Con relación a la comisión de delitos transnacionales, la diversidad cultural y de tradiciones jurídicas, han determinado una profunda singularidad en los sistemas penales y de enjuiciamiento. La falta de armonización supone un inconveniente cuando se pretende ejercer el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción, que afecta claramente a los mecanismos de colaboración y cooperación interestatales y en el ejercicio de la jurisdicción universal determina la existencia de una discusión en “*profundidad sobre los principios penales básicos y, en particular, sobre las implicaciones dogmáticas del principio de culpabilidad, arraigado como ningún otro en la idea de la dignidad humana*” (DEMETRIO CRESPO y SANZ HERMIDA, 2020: 842).

La Profesora Del Carpio, partiendo del concepto de una jurisdicción universal propia o absoluta, considerada como aquella que faculta a los tribunales para conocer hechos cometidos en el extranjero sin vínculo con el Estado que pretende aplicar este principio, acepta la legalidad de la jurisdicción universal en rebeldía (2009: 10-12).

Siguiendo con su exposición, llega a plantearse si la jurisdicción universal *in absentia* supone una jurisdicción distinta o una forma de ejercer la jurisdicción universal. En este sentido señala que “*no existe una subclase o subcategoría del principio de jurisdicción universal. Existe el principio como tal que faculta a los tribunales a enjuiciar los hechos cometidos en el extranjero sin tener ningún nexo de conexión con él, que suponen la violación de bienes jurídicos internacionales*” (DEL CARPIO, 2009: 11). Desde el punto de vista internacional, basándose en lo afirmado en el art. 3 b) de la Resolución del IDI en la Conferencia de Cracovia de fecha 26 de agosto de 2005⁹²⁶ y en la opinión conjunta separada de la magistrada Higgins y de los

⁹²⁵ En este sentido, véase TEDH *Colozza / Italia*, Sentencia (dec.) de 12 de febrero de 1985, no. 9024/80, ECLI:CE:ECHR:1985:0212JUD000902480; y TEDH *Rubinat / Italia*, Sentencia (dec.) de 12 de febrero de 1985, no. 9317/81, ECLI:CE:ECHR:1985:0212JUD000931781.

⁹²⁶ Así, señala que: “*Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting*

magistrados Kooijmans y Buergenthal en la Sentencia de la CIJ de fecha 14 de febrero de 2002 en el conocido como caso Yerodia⁹²⁷, estima que puedan ser realizados, de forma válida, actos de investigación de hechos criminales en ausencia del sospechoso y ello no deja de ser un ejercicio de la potestad judicial, distinguiendo la jurisdicción *in absentia* del enjuiciamiento en rebeldía, sobre todo en aquellos Derechos internos donde no se prevé el juicio penal en ausencia del responsable, al menos de forma general (como por ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico procesal), “*pero ello tiene poco que ver con las bases de la jurisdicción reconocida en el Derecho internacional*” (DEL CARPIO, 2009: 11).

Por ello, aun reconociendo la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*, siempre que ello resulte permisible conforme a los ordenamientos jurídicos internos y atendiendo a los presupuestos o medidas de salvaguarda establecidos, debemos profundizar en su concepto, pues la cuestión de clarificación terminológica resulta trascendente para precisar su naturaleza y su configuración normativa atendiendo al sistema jurídico procesal de enjuiciamiento.

Siguiendo lo expuesto en las conclusiones del Informe de la Mesa de Expertos de la *International Bar Association* sobre la Jurisdicción Universal *in absentia* celebrado en La Haya el 8 de junio de 2016, en el ámbito internacional de la jurisdicción penal significa “tener a alguien dentro del poder de los tribunales y está relacionada con la capacidad del Estado para ejercer su poder, así como para hacer cumplir el castigo”. La jurisdicción en ausencia sería la ejercida por el Estado cuando el sujeto, al que se pretende la imposición de una sanción o pena, se sustrae a la sujeción del tribunal. Por lo tanto, el concepto de jurisdicción coincide con el utilizado en el *Common Law* y se encuentra estrictamente vinculado al poder del Estado para aprehender efectivamente a un acusado. En estos términos, dicha competencia no existe como tal reconocida en las jurisdicciones que se fundamentan en el sistema de enjuiciamiento donde resulta vigente los principios establecidos en el *Common Law* porque se asume que el ejercicio de la jurisdicción requiere tener a la persona bajo la custodia del tribunal (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2016: 2-3).

State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender”.

⁹²⁷ Sobre este aspecto, véase Capítulo 3 de la Tesis.

Desde la perspectiva del modelo continental de enjuiciamiento o *Civil Law*, la jurisdicción se entiende como la facultad del tribunal para dictar la ley, lo que determina que la presencia del imputado no resulta imprescindible para su enjuiciamiento, derivado de la naturaleza atribuida a la jurisdicción como “derecho abstracto que fundamenta la aplicación de la norma objetiva”. Por ello, en el procedimiento para la construcción de un proceso penal en el sistema *Civil Law*, lo que resulta trascendente es la competencia del juez de instrucción para reunir las pruebas para preparar el juicio y de la “oficialidad” del expediente que acredite los indicios de la comisión delictiva que justifican la procedencia de la “extradición”. Por último, en el modelo inquisitorial de enjuiciamiento, si una persona no se presenta ante el tribunal se considera que está negando el sistema de justicia (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2016: 3).

Pero aunque consideremos a la jurisdicción como derecho abstracto de naturaleza subjetiva, que tiene por objeto la realización del derecho objetivo y que en el ámbito penal dicha concreción del derecho objetivo viene determinado por el ejercicio de una pretensión punitiva, como observa Gascón Inchausti, “*es evidente que la división entre Civil Law y Common Law aún conserva buena parte de su virtualidad en diversos planos generales, como el terreno de las fuentes de producción normativa o el del valor de la jurisprudencia. Pero, en lo relativo al proceso penal y, más en concreto, a su fase preliminar, se trata de un criterio que resulta cada vez menos útil, si se tiene en cuenta la evolución en la regulación de los procesos penales que se ha experimentado en los ordenamientos occidentales, a medida que los fenómenos de armonización y de hibridación se han ido agudizando y se ha difuminado la línea divisoria entre lo inquisitivo y lo acusatorio*” (2011: 6).

Dicho autor añade que en la actualidad resulta cada vez más difícil identificar verdaderos sistemas o modelos del proceso penal y de investigación penal, pues aunque coexistían en el ámbito jurídico occidental tres modelos procesales penales diversos: el adversarial de los países de la familia de *Common Law*; el mixto de los países de tradición jurídica continental; y el modelo de proceso penal, fuertemente inquisitivo, que se implantó en los países pertenecientes al llamado “bloque comunista”, “*los mismos han ido evolucionando (...) desarrollando una clara tendencia hacia el garantismo y hacia la toma en consideración del acusado como titular de derechos procesales, que ha conducido a un mayor grado de «humanización» del proceso penal.*

Junto a ella, la tendencia a potenciar la adversarialidad del proceso penal, es decir, su carácter contradictorio. Con posterioridad, sin embargo, se ha ido abriendo paso la tendencia a potenciar la función del proceso penal como herramienta al servicio de la seguridad individual y/o colectiva” (GASCÓN INCHAUSTI, 2011: 7-9).

En la evolución hacia la concepción de un proceso penal garantista, ha determinado “*la progresiva asunción por los legisladores europeos y americanos de algo que podría llamarse la «metodología adversarial» y que, en el fondo, se traduce en la voluntad de atribuir un carácter mucho más contradictorio o acusatorio al proceso penal y de ir reduciendo sus rasgos inquisitivos*”. En definitiva, se trata de convertir el proceso penal en un proceso con mayor protagonismo de las partes, en el que quede más limitada la influencia del juez o del tribunal: el proceso penal se tiene que estructurar como una contienda entre partes formalmente iguales que defienden pretensiones opuestas. “*Que el proceso penal sea cada vez más un proceso «de partes» conduce inevitablemente a realzar la figura del acusado y fuerza la necesidad de reconocerle frente al acusador público una posición de igualdad*” (GASCÓN INCHAUSTI, 2011: 9-10).

En la actualidad, países con modelos iniciales basados en el *Common Law* admiten el ejercicio de la jurisdicción *in absentia* al establecer un control judicial en el enjuiciamiento propio de los sistemas o modelos “mixtos” de enjuiciamiento, a la vez que los modelos continentales o de *Civil Law* han evolucionado a un sistema *adversarial* y contradictorio durante la investigación judicial penal, introduciendo medidas que garantizan los derechos de los sujetos pasivos del procedimiento, tendiendo a un sistema restrictivo sobre el enjuiciamiento en ausencia, resultando ello relevante en el Derecho internacional que configura la jurisdicción penal conforme a los principios establecidos en los modelos procesales de los países occidentales.

Atendiendo al sistema o modelo de enjuiciamiento penal generalmente observado por los Estados, se establece una diferenciación entre la investigación y el enjuiciamiento, que aunque pudiera estar basado en el sistema “*adversarial*”, el mismo comparte características del sistema de *Civil Law*, donde aspectos trascendentes de la investigación quedan sometidos a la intervención judicial. Esta naturaleza mixta se pone de manifiesto en la atribución a los órganos judiciales competencias de control sobre la suficiencia de los indicios de criminalidad y supervisión de la “relación jurídico-

procesal” (entendida como aquélla que vincula a los partícipes responsables de los hechos considerados como ilícitos con la calificación jurídico-penal de la conducta y su previsión punitiva), y de forma exclusiva, sobre cualquier cuestión que afecten a los derechos o sistema de garantías procesales, así como sobre cualquier medida cautelar o de aseguramiento del enjuiciamiento.

Por ello, a pesar que suele considerarse que la expresión en lengua inglesa *trial in absentia* (juicios en ausencia), queda referida tanto a la jurisdicción como al enjuiciamiento del ausente, una mayor precisión terminológica nos permite diferenciar entre la jurisdicción *in absentia* y el enjuiciamiento en rebeldía o del incompareciente. Mientras que en la primera se hace alusión a la potestad de los órganos judiciales para imponer un castigo legítimo como consecuencia de la comisión de una conducta constitutiva de delito, el enjuiciamiento del incompareciente debe ser referido al incumplimiento del inculpado de su deber de sujeción a los órganos judiciales, que cuando de forma voluntaria se sustrae a su obligación de comparecer y estar a disposición del tribunal incurre en una situación que conforme al concepto normativo generalmente admitido se denomina “rebeldía”. Ahora bien, debe tenerse presente que esta situación de “rebeldía” requiere ser declarada judicialmente, tras acreditar el órgano judicial que el mismo tenía conocimiento de la imputación realizada y haber sido advertido de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones asumidas con respecto al tribunal.

Basándonos en esta precisión terminológica, cuando hablamos de *jurisdicción universal in absentia* lo hacemos en términos de legitimidad sobre su ejercicio por parte de los Estados, mientras que cuando nos referimos al enjuiciamiento del ausente, incompareciente o rebelde (*in contumacia*), debemos referirnos a los ámbitos de los principios del enjuiciamiento y al sistema de garantías procesales. Esta precisión terminológica nos permite apreciar las diversas consecuencias jurídicas establecidas entre la jurisdicción *in absentia* y el enjuiciamiento del ausente, mientras la primera una causa de excepción de jurisdicción que al estar regulada como requisito de admisibilidad despliega sus efectos en los iniciales momentos de todo procedimiento penal, la segunda supondría una causa de nulidad del enjuiciamiento por vulneración de los derechos del enjuiciado.

Desde la doctrina jurídica internacional, ha sido mantenida la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción universal propia o absoluta *in absentia*, siempre que fuera permisible por parte de los Estados conforme a su legalidad interna⁹²⁸. Esta doctrina viene siendo apoyada en la interpretación realizada en los Principios de Princeton, en los fundamentos jurídicos de la Sentencia del asunto Lotus de la CPJI, de fecha 7 de septiembre de 1927, y en las opiniones separadas del caso Yerodia de la CIJ, de fecha 14 de febrero de 2002, donde a pesar de no haber sido planteado por las partes de forma expresa, sus presupuestos fueron tenidos en cuenta por la propia Corte, a los que suele añadirse algunos precedentes del Derecho interno como en la admisión a trámite por parte del Tribunal de Apelaciones del Tribunal de Bélgica de fecha 26 de junio de 2002, en el asunto del Primer Ministro de Israel Ariel Sharon por la comisión de delito de genocidio, así como el caso de la Sentencia de la Corte de Apelación de París de fecha 17 de diciembre de 2010, que condena a catorce miembros de la Junta Militar Chilena por la comisión de delitos de desapariciones forzadas de persona y torturas, en el procedimiento especial de “incumplimiento penal”⁹²⁹.

Los principios de Princeton suponen “*el resultado de un examen de la legislación internacional sobre jurisdicción universal realizado por diversos académicos y expertos*” y que tienen por finalidad “[aclarar] *el concepto de jurisdicción universal y la manera en que su ejercicio razonable y atinado en los tribunales nacionales puede propiciar una mayor justicia para las víctimas de delitos graves de Derecho internacional*” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 2001: 1 y 4). En los debates se valoró la introducción de una disposición sobre los juicios *in absentia*, que a pesar de no estar claramente reconocidos en los países de tradición de *Common Law*, supone en los países que lo permiten una aportación importante sobre todo en la preservación de pruebas. Al no alcanzarse un acuerdo sobre su permisibilidad generalmente aceptada en los Derechos internos, se optó por no incluirlos en el proyecto

⁹²⁸ La Profesora Del Carpio, reconoce que “*es cierto que el número de las legislaciones nacionales y de las decisiones judiciales que han aplicado la jurisdicción en rebeldía es una minoría, insuficiente como para afirmar que se trata de una nueva forma de jurisdicción universal*” (2009: 10).

⁹²⁹ Sobre el citado caso, véase “*Arrêt Criminel*”, Cour d’Assises de Paris, 3ème section statuant dans le cadre de la procédure du défaut criminel, N° 07/0027, 17 Décembre 2010. Disponible en: https://fidh.org/IMG/pdf/Arret_de_condamnation_17dec2010.pdf. Consultado el día 28 de septiembre de 2020.

final⁹³⁰. Ello debe ser interpretado que en la situación actual no puede estimarse la existencia de una *opinio iuris* consensuada sobre el reconocimiento internacional que vincule a los Estados a establecer los instrumentos jurídicos necesarios para el ejercicio de su jurisdicción universal *in absentia*.

En la Sentencia de la CPJI de fecha 7 de septiembre de 1927 (caso Lotus), sobre el fundamento presuntivo de que “los Estados son libres de actuar cómo consideren oportuno, salvo norma o principio de Derecho internacional que lo prohíba”, se establece la permisibilidad de todo ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por parte de los mismos, incluso aquella que pueda ser ejercida en ausencia”. Basándose en éste precedente, una jurisdicción universal *in absentia* goza de reconocimiento en el Derecho internacional, y como se fundamenta en la Sentencia del caso Lotus “las normas jurídicas vinculantes a los Estados emanan de su propia voluntad manifestada en los convenios o por el uso aceptados de forma general como expresiones de los principios del derecho y establecidas para regular las relaciones de coexistencia entre estas comunidades independientes o con una visión de logro de fines comunes”.

Siguiendo con la exposición de los precedentes judiciales en los que puede interpretarse el reconocimiento expreso en el Derecho internacional del ejercicio de una jurisdicción *in absentia*, es decir, sin tener en su territorio al responsable y sin haber sido entregado al mismo para su enjuiciamiento, se ha argumentado los fundamentos expuestos por los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en su opinión conjunta separada a la Sentencia de la CIJ recaída en el conocido como caso Yerodia.

La CIJ en su Sentencia de fecha 14 de febrero de 2002, sobre la “Orden de Arresto de 11 de abril de 2000”, evitó pronunciarse de forma expresa sobre el tema de la jurisdicción, al considerar que la Corte no debía resolver sobre asuntos no alegados por las propias partes en aplicación de la regla *non ultra petita*, además de estimar que resultaba innecesario para la resolución de la cuestión planteada el tema jurisdiccional, pues la misma debía ser centrada sobre la inmunidad del Sr. Yerodia, concluyendo que, en aplicación del Derecho internacional consuetudinario, “los Ministros de Relaciones

⁹³⁰ “There was also some discussion about whether to include a provision on trials *in absentia* in the Principles. Although generally considered anathema in common law countries, such trials are traditional in certain civil law nations, such as France, and serve a valuable function with respect to the preservation of evidence. In the end it was decided not to refer to such trials in the Principles” (BASS et al., 2001: 54).

Exteriores gozan de inmunidad absoluta de enjuiciamiento en los tribunales municipales extranjeros mientras ocupan el cargo, y que no existía ninguna excepción a esta premisa para crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad”⁹³¹. Ahora bien, como expusieron “los jueces Van den Wyngaert, Higgins, Kooijmans, Buergenthal y Guillaume disintieron del sentir mayoritario en relación con la aplicación del principio de prohibición *ultra petita*, al estimar que resultaba relevante para el *thema decidendi*, valorar el ejercicio de la competencia judicial instada por el Estado belga y afirmaron que el tema de la jurisdicción debería haberse abordado, ya que no era posible concebir una inmunidad absoluta a la jurisdicción de los *tribunales municipales*”, sin determinar si dicha jurisdicción existía en primer lugar”⁹³².

Siguiendo en su exposición al Profesor Rabinovitch al comentar dicha sentencia señala que: “El juez Van den Wyngaert afirmó que la jurisdicción universal *in absentia* estaba permitida en el Derecho internacional bajo la Decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional (...) en el caso del S.S. "Lotus". Los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal estuvieron de acuerdo con el juez Van den Wyngaert, siempre que: (1) se respeten todas las inmunidades aplicables; (2) el Estado nacional de la persona acusada tiene primero la oportunidad de actuar sobre los cargos alegados; (3) los cargos son presentados por un fiscal o juez de instrucción que actúa con total independencia, sin vínculos ni control por parte de los Altos dirigentes del Estado; y (4) está reservado solo para los crímenes internacionales más graves (...).

Por el contrario, los jueces Guillaume, Ranjeva, Rezek y Bula-Bula (...), mantuvieron la postura como una cuestión de Derecho internacional consuetudinario, que el ejercicio de la jurisdicción universal requiere la presencia del acusado”⁹³³.

⁹³¹ Documento original: “(...) *Ministers of Foreign Affairs enjoy absolute immunity from prosecution in foreign municipal courts while they hold office, and that no exception to this premise existed for war crimes or crimes against humanity*” (RABINOVITCH, 2004: 503).

⁹³² Documento original: “*Judges Van den Wyngaert, Higgins, Kooijmans, Buergenthal, and Guillaume disagreed with the majority on the application of the non ultra petita rule, holding that the issue of jurisdiction should have been addressed, since it was not possible to conceive of absolute "immunity from the jurisdiction of municipal courts," without determining whether such jurisdiction existed in the first place*” (RABINOVITCH, 2004: 503).

⁹³³ Documento original: “*Judge Van den Wyngaert argued that universal jurisdiction in absentia was permissible in international law under the decision of the Permanent Court of International Justice ("PCIJ") in the Case of the S.S. "Lotus". Judges Higgins, Kooijmans, and Buergenthal agreed with Judge Van den Wyngaert, provided that: (1) all applicable immunities are respected; (2) the national State of the accused person is first given the opportunity to act upon the charges alleged; (3) the charges are laid*

Particularmente, “el juez Guillaume, en su opinión individual en la orden de detención, describe una segunda justificación histórica para una versión más restrictiva de la jurisdicción universal *in absentia*, pues estima que la presencia del sospechoso en el Estado del “foro” supone una cuestión de orden público. Así, afirma que:

Sin embargo, la pregunta siempre ha quedado abierta si los Estados que no sean el Estado territorial tienen jurisdicción concurrente para procesar a los delincuentes. Un amplio debate sobre el tema comenzó ya en la fundación en Europa de los principales Estados modernos. Algunos autores, como Covarruvias y Grocio, señalaron que la presencia en el territorio de un Estado de un criminal extranjero que disfruta pacíficamente de los frutos de sus crímenes era intolerable. Por lo tanto, sostuvieron que debería ser posible enjuiciar a los autores de ciertos delitos particularmente graves no solo en el Estado en cuyo territorio se cometió el delito sino también en el país donde buscaron refugio. Por lo tanto, la base para afirmar la jurisdicción universal radica en el impacto de la presencia del acusado en el Estado del “foro”, entendido por tal el Estado con jurisdicción y competencia en la investigación y enjuiciamiento. Permitir que los perpetradores de crímenes atroces permanezcan en su Estado y sean recompensados por los Estados a los que huyen, podrían causar indignación pública. Alternativamente, esto podría ser percibido como una aprobación de la conducta de tales individuos y tener un efecto perjudicial en la moral pública”⁹³⁴.

by a prosecutor or juge d'instruction who acts in full independence, without links to or control by the government of the State; and (4) it is reserved for only the most heinous international crimes. (...) Judges Guillaume, Ranjeva, Rezek, and Bula-Bula, on the other hand, stated that as a matter of customary international law, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the accused” (RABINOVITCH, 2004: 504).

⁹³⁴ Documento original: “Judge Guillaume, in his individual opinion in Arrest Warrant, outlines a second historical justification for a more restrictive version of universal jurisdiction. He writes: The question has, however, always remained open whether States other than the territorial State have concurrent jurisdiction to prosecute offenders. A wide debate on the subject began as early as the foundation in Europe of the major modern States. Some writers, like Covarruvias and Grotius, pointed out that the presence on the territory of a State of a foreign criminal peacefully enjoying the fruits of his crimes was intolerable. They therefore maintained that it should be possible to prosecute perpetrators of certain particularly serious crimes not only in the State on whose territory the crime was committed but also in the country where they sought refuge. Thus, the basis for asserting universal jurisdiction lay in the impact of the accused's presence in the prosecuting State. Permitting the perpetrators of heinous crimes to remain in their State and be rewarded for fleeing States that could otherwise exercise jurisdiction, could cause public outrage. Alternatively, this might be perceived as an endorsement of such individuals' conduct and have a harmful effect on public morals” (RABINOVITCH, 2004: 517-518).

Atendiendo a los argumentos doctrinales que señalan que el ejercicio de una jurisdicción universal *in absentia* se encuentra firmemente establecida en la mayoría de los Derechos internos de los Estados, suele citarse como hemos mencionado el precedente establecido por el Tribunal de Apelaciones de Bélgica de fecha 26 de junio de 2002, en el asunto Ariel Sharon. Ahora bien, con relación a la decisión de admisión a trámite para el enjuiciamiento e investigación contra el Primer Ministro Ariel Sharon por el genocidio contra los refugiados palestinos en los campos libaneses de Chatila y Sabra, la Corte de Casación belga, en su Sentencia de fecha 12 de febrero de 2003, anuló la Resolución del Tribunal de Apelación estableciendo que la jurisdicción conferida a los tribunales belgas se refieren sólo a los delitos previstos en cualquier tratado ratificado por Bélgica y que contenga una norma obligatoria de extensión de jurisdicción que exima de la territorialidad del Derecho penal, pero que pueda ser objeto de persecución y en este supuesto, al ostentar los acusados durante los hechos y la reclamación judicial la categoría de Altos dirigentes de Estado extranjero, la costumbre internacional impide que los Jefes de Estado y de gobierno en ejercicio puedan ser objeto de procedimientos ante los tribunales penales de un Estado extranjero, salvo disposiciones internacionales contrarias y obligatorias para los mismos. Por lo tanto, la jurisdicción belga carece de competencia para el ejercicio de su jurisdicción en un caso como este y esta disposición no infringe ningún principio del Derecho penal internacional consuetudinario relativo a la inmunidad de jurisdicción cuando la persona protegida es procesada, como en este asunto, ante los tribunales nacionales de un Estado que tiene jurisdicción universal por defecto⁹³⁵.

En el precedente señalado y referido a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de fecha 17 de diciembre de 2010, que condena a catorce miembros de la Junta Militar Chilena por la comisión de delitos de desapariciones forzadas de persona y torturas, debemos hacer una observación previa, sobre este procedimiento especial de revisión denominado de “incumplimiento penal”. En el Derecho procesal penal francés, basado en el sistema continental conforme a su tradición jurídica derivada del derecho napoleónico, se admitía con carácter general el ejercicio extraterritorial de su

⁹³⁵ Sobre este asunto, véase “Ârret Ariel Sharon, Amos Yaron et autres”. Ârret, Chambre des mises en accusation, 26 Juin 2002; y “Affaire Procureur c. Ariel Sharon, Amos Yaron et autres”, Ârret, Deuxième Chambre, 12 Février 2003. Ambos documentos están disponibles en: <https://www.legal-tools.org/>. Consultados el día 8 de marzo de 2020.

jurisdicción en ausencia del acusado. El TEDH en su Sentencia de 13 de febrero de 2001, en asunto *Krombach c. Francia*, declaró que su sistema judicial no era conforme a lo establecido en el art. 6 del CEDH, al no permitir que el Sr. Krombach, de nacionalidad alemana, fuera defendido por abogado a pesar de conocer la celebración del juicio, pues ello resulta incompatible con los principios de “un juicio justo”. Ello conllevó la reforma del Derecho procesal penal francés para adecuar su normativa interna a la jurisprudencia dictada por el TEDH, llevando a efecto la reforma procesal realizada por Ley de 9 de marzo de 2004⁹³⁶. Una vez reformado en profundidad el sistema francés de enjuiciamiento procesal penal, fue seguido procedimiento instado por familiares de desaparecidos durante la dictadura militar chilena y de nacionalidad franco-chilena contra catorce miembros integrantes de la Junta Militar, comunicando por vía diplomática la imputación de cargos y la fecha de enjuiciamiento, asignándole abogados defensores, procediendo el Tribunal a su condena por delitos a graves penas, a pesar de no haber comparecido ante el mismo. Ahora bien, en el presente caso nos encontramos ante el ejercicio extraterritorial de jurisdicción francesa basado en el principio de personalidad pasiva y no propiamente en el ejercicio de una jurisdicción universal propia o absoluta, además de poder observar otras implicaciones trascendentes al enjuiciamiento, pues a pesar de dar satisfacción moral a las víctimas, la ejecución de la condena resulta de difícil efectividad, lo que determina que el proceso tenga carácter simbólico y no con una auténtica finalidad punitiva.

El Profesor Rabinovitch observa que hasta la fecha no existe ningún tratado que reconozca el derecho de los Estados a ejercer la jurisdicción universal en ausencia. La mayoría de los tratados que actualmente prevén la jurisdicción universal determinan expresamente que el acusado debe ser encontrado en el territorio del Estado del foro, ejemplo de ello es la Convención sobre droga y narcotráfico de 1961. Quizás, haya podido verse en los Convenios de Ginebra de 1949 que no se requiere explícitamente que el acusado esté presente en el Estado del foro, aunque implícitamente puede

⁹³⁶ Así, “*même si le législateur doit pouvoir décourager les abstentions injustifiées, il ne peut les sanctionner en dérogeant au droit à l’assistance d’un défenseur*” (TEDH *Krombach / Francia*, Sentencia (dec.) de 13 de febrero de 2001, no. 29731/96, apdo. 89).

Sobre la Ley francesa de 9 marzo de 2004, véase JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. (2004). “Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité”, Année 136, N° 59, de 10 de marzo, pp. 4567-4637; y JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. (2004). “Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004”, Année 136, N° 59, de 10 de marzo, pp. 4637-4681.

derivarse dicho presupuesto de la propia obligación asumida por las partes en dicha Convención de enjuiciar a los responsables “encontrados” como resultado de las investigaciones en su territorio (2004: 506-507).

Por otro lado, señala que la permisibilidad de una jurisdicción universal *in absentia* tampoco ha sido resuelta por el Derecho internacional consuetudinario. “La escasez y la falta de consistencia de la práctica de los Estados en esta cuestión impiden llegar a conclusiones definitivas en este momento. La mayoría de los Estados que han implementado las diversas convenciones por las que establecen la jurisdicción universal en su legislación nacional requieren expresamente la presencia del delincuente en su territorio antes de ejercer su jurisdicción”⁹³⁷. Igualmente, señala que la norma general de la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados exige como norma general que el acusado se encuentre dentro de su territorio y a su disposición para que pueda ser enjuiciado⁹³⁸. En este sentido afirma que “aunque podamos concluir, conforme a lo expuesto, que no ha surgido ninguna norma consuetudinaria que permita el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*, tampoco se cuenta como evidencia que exista costumbre que prohíba dicho ejercicio, pues de la práctica de los Estados no puede concluirse la cristalización de norma consuetudinaria de Derecho internacional, pues éstos rara vez han ejercido dicha jurisdicción, y es la práctica uno de los dos elementos que, junto con la *opinio iuris*, deben concurrir para la formación normativa” (RABINOVITCH, 2004: 510).

Dicho autor señala como causas de la falta de ejercicio de una jurisdicción universal *in absentia* no tanto en la consideración de la falta de una norma internacional que prevea de forma expresa su ejercicio como a otras razones de naturaleza política y judicial, que determinan que los Estados en su regulación se auto limiten dicho ejercicio

⁹³⁷ Documento original: “The dearth and inconsistency of State practice on the issue prevent any definitive conclusions from being reached at this time. A majority of the States that have implemented the various conventions establishing universal jurisdiction in their national legislation expressly require the presence of the offender on their territory before asserting jurisdiction” (RABINOVITCH, 2004: 507).

⁹³⁸ Así: “There is also domestic case law declaring that an accused must be within a forum State before it may exercise universal jurisdiction. In Germany, for example, courts have held that in order for the federation to exercise universal normative jurisdiction there must be some “link” between the accused and the State, such as the presence of the accused in the country. In *Public Prosecutor v. Jorgic*, a German Court convicted a Bosnian Serb living in Germany of war crimes, holding that Germany could exercise universal jurisdiction, as the accused had been voluntary residing in Germany at the time of his arrest” (RABINOVITCH, 2004: 508-509).

jurisdiccional. Así señala que “el hecho de que los Estados no ejerzan la jurisdicción universal en ausencia posiblemente se deba a consideraciones como la conveniencia política, la opinión pública, el deseo de evitar sobrecargar sus sistemas judiciales y los desafíos prácticos asociados con la recopilación de pruebas y testigos en Estados distantes”⁹³⁹.

Desde una visión política más crítica, con cita a Verhoeven, afirma que “la competencia universal. . . es solo la expresión de un poder, no justicia, si algunos solo están haciendo valer sus derechos, la necesidad de una "demanda" es claramente comprensible para las víctimas de crímenes particularmente atroces. Más allá de servir a los intereses de la justicia o de la comunidad internacional, la competencia universal solo podría ser útil para los Estados occidentales, recientemente llamados neocolonialistas, y no para los países en los que impusieron su idea de democracia. Esto parece sin duda no muy democrático”⁹⁴⁰, idea recogida por el juez Bula-Bula en su opinión individual en el caso Yerodia, que constata el hecho que “se han presentado quejas ante los tribunales belgas sobre la base del ejercicio de su jurisdicción contra Laurent Gbagbo de Costa de Marfil, Saddam Hussein de Irak, Denis Sassou Nguesso del Congo, Ariel Sharon de Israel y Paul Biya de Camerún”⁹⁴¹.

El Profesor Rabinovitch, desde el punto de vista jurídico, señala que la ambigüedad jurídica sobre el enjuiciamiento *in absentia* y su permisibilidad internacional pueden deberse a la falta de claridad de los escasos precedentes judiciales sobre su ejercicio, destacando tres aspectos no resueltos, y que los formula de la

⁹³⁹ Documento original: “*The failure of States to exercise universal jurisdiction in absentia is quite possibly attributable to considerations such as political convenience, public opinion, desire to avoid overburdening their judicial systems, and the practical challenges associated with gathering evidence and witnesses in distant States*” (RABINOVITCH, 2004: 510-511).

⁹⁴⁰ Documento original: “*La compétence universelle ... n'est que l'expression d'un pouvoir, et non de la justice, si certains seulement en revendiquent l'exercice, tout compréhensible que soit le besoin d'un "procès" qu'éprouvent les victimes d'infractions particulièrement odieuses. Plutôt que les intérêts de la justice et d'une communauté internationale digne de ce nom, elle pourrait bien ne servir que ceux d'États occidentaux enclins à maintenir dans une dépendance, néo-colonialiste aurait-on dit il y a plusieurs années, des sociétés auxquelles ils imposent leur conception de la démocratie. Ce qui n'est sans doute pas très démocratique*” (RABINOVITCH, 2004: 523).

⁹⁴¹ Documento original: “*(...) complaints have been instituted before Belgian courts on the basis of universal jurisdiction against Laurent Gbagbo of the Ivory Coast, Saddam Hussein of Iraq, Denis Sassou Nguesso of the Congo, Ariel Sharon of Israel, and Paul Biya of Cameroon*” (RABINOVITCH, 2004: 523).

siguiente forma: “(1) si los principios establecidos en el caso Lotus continúan o no (vigente); (2) si lo hacen, se haya cristalizado o no un Derecho consuetudinario o esté en proceso de cristalización, ello impediría el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*, y de no ser así; (3) si el Derecho consuetudinario que haya surgido o está en proceso de surgir, lo permitiría explícitamente”⁹⁴².

El juez *ad hoc* Van den Wyngaert estima que debe ser aceptada con carácter general el ejercicio de una jurisdicción universal en ausencia y para ello basa su razonamiento en la famosa Decisión del caso “Lotus” de la que se deduce que, a menos que exista una prohibición en virtud del Derecho internacional de promulgar una legislación que permita la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad, un Estado tiene derecho a proporcionar jurisdicción extraterritorial y universal sobre estos crímenes. Dado que el Derecho internacional convencional *de facto et de iure* no ha prohibido la jurisdicción universal en rebeldía para perseguir los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y como el Derecho internacional consuetudinario tampoco lo hace, no puede concluirse con autoridad que el ejercicio de la jurisdicción universal en rebeldía sea ilegal en virtud del Derecho internacional.

Ahora bien, remitiéndome al análisis realizado en el asunto Lotus en el Capítulo 2, debemos precisar que dicho principio vino orientado para superar la prohibición del *non liquet*, otorgando como fundamento general la permisibilidad para los Estados de todo aquello que no estuviere prohibido por principio o norma de Derecho internacional. Sin embargo, progresivamente, tras los precedentes establecidos en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares de 8 de julio de 1996 y, sobre todo, tras el caso Habré, ha de estimarse una nueva reformulación del principio Lotus, pues tras la Carta de las Naciones Unidas y la centralidad en el Derecho internacional vigente de la DUDH, dicho principio no es el único posible para dar cumplimiento a la obligación de la Corte de resolver conforme a Derecho. Considero que ante la ausencia de norma convencional o consuetudinaria que resulte de aplicación, ello no impide que se tenga en consideración nuevas visiones

⁹⁴² Documento original: “(1) whether or not the principles set out in the Lotus case continue to apply; (2) if they do, whether or not a customary law has crystallized, or is in the process of crystallizing, that would bar the exercise of *in absentia* universal jurisdiction, and if not; (3) whether or not customary law has emerged, or is in the process of emerging, that would explicitly permit it” (RABINOVITCH, 2004: 516).

jurídicas que determine límites fundados a la permisibilidad por el Derecho internacional de la actuación de los Estados, al ser reconocido como principio del mismo los valores de la humanidad establecidos en la progresiva construcción de un sistema normativo internacional basada en los derechos humanos. Quizás una mayor clarificación terminológica que permita diferenciar entre jurisdicción *in absentia* y enjuiciamiento en ausencia, como hemos propuesto anteriormente, permita abordar el marco jurídico aplicable en el Derecho internacional de la potestad del ejercicio de la jurisdicción y sus límites inherentes conforme a su naturaleza, de forma diferenciada a la legitimidad del juicio de incompareciente, conforme a sus garantías y derechos que fundamentan toda imposición punitiva.

El Profesor Alexander Poels, señala que “teniendo en cuenta los recientes acontecimientos del Derecho penal internacional y específicamente en el ámbito de la jurisdicción universal, la inquietante aparición continua de los crímenes internacionales más abominables en conflictos políticos o étnicos, militares y civiles durante la última década, como los de la Ex-Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Afganistán, Timor Oriental, Eritrea o Chechenia, en este contexto y la situación se crean serias consideraciones e intercambios de ideas relativas al concepto de jurisdicción universal *in absentia* como instrumento viable en la lucha contra la impunidad criminal universal y salvo la inmunidad personal, para finalmente reconocer los beneficios de su aceptación”⁹⁴³. Los argumentos favorables vienen determinados casi por una imperiosa necesidad de la comunidad internacional donde el ejercicio de una jurisdicción universal *in absentia*, bien establecida en el Derecho internacional, resultaría un instrumento eficaz contra la lucha contra la impunidad, además de resultar de un potente instrumento jurídico para la satisfacción de las víctimas.

Por ello considera que, “una base jurídica para el ejercicio de la competencia universal en rebeldía no sólo existe ya en varios sistemas jurídicos nacionales, sino también en el *corpus* de Derecho internacional. La no prohibición de la competencia

⁹⁴³ Documento original: “*Taking into account the recent developments in the international criminal law, and specifically in the field of universal jurisdiction, and the disturbing continuing occurrence of the most abhorrent international crimes in military and civilian political or ethnic conflicts during the last decade such as inter alia those in the former Yugoslavia, Rwanda, Sierra Leone, Afghanistan, East Timor, Eritrea or Chechnya, the context and setting is created for serious considerations and exchanges of ideas relative to the concept of universal jurisdiction in absentia as a viable instrument in the fight against universal criminal impunity and immunity, and to finally acknowledge the benefits of its acceptance*” (POELS, 2005: 78).

universal en rebeldía implica *en se y per se* su posible admisibilidad y autorización. No sólo las disposiciones convencionales antes mencionadas no prohíben el ejercicio de la jurisdicción universal en rebeldía, sino que además instarían el deber general de todos los Estados partes de enjuiciar a los autores de crímenes internacionales. Además, un desarrollo hacia la aceptación de este concepto jurídico en cuestión es claramente notable en el Derecho internacional consuetudinario, que podría determinar, con la ayuda de algunas empresas teóricas doctrinales y jurídicas, el reconocimiento inminente de la jurisdicción universal en ausencia en el Derecho internacional convencional, en particular en lo que respecta a los crímenes de genocidio, torturas y crímenes de lesa humanidad⁹⁴⁴, y concluye que “la adopción del concepto de jurisdicción universal ha demostrado mejorar el enjuiciamiento de criminales internacionales de combatientes y varios funcionarios gubernamentales secundarios que cometieron actos genocidas, pero a la luz del enjuiciamiento de los instigadores políticos de tales crímenes horrendos, la jurisdicción universal no ha llegado a alcanzar sus límites prácticos. Además, el reciente Estatuto de la Corte Penal Internacional no subsana estas limitaciones. Por otra parte, la jurisdicción universal en rebeldía haría posible y real el enjuiciamiento y castigo de diversos *hostis humani generis*, sobre todo porque ya existe una base jurídica clara para su ejercicio en el Derecho estatutario internacional y nacional convencional: no se requieren nuevos convenios. Aunque todavía persisten varias cuestiones y deben ser resueltas por especialistas jurídicos en los ámbitos del Derecho penal y procesal internacional, el ejercicio de la jurisdicción universal en rebeldía no representaría sin duda riesgos de violaciones de los derechos humanos o de los derechos procesales fundamentales⁹⁴⁵.”

⁹⁴⁴ Documento original: “*a legal basis for the exercise of universal jurisdiction in absentia not only exists already in several national law systems, but also in the international law corpus. The non-prohibition of universal jurisdiction in absentia implies in se and per se its potential admissibility and authorisation. Not only do the aforementioned conventional provisions not prohibit the exercise of universal jurisdiction in absentia, but furthermore do they instate the general duty on all party-States to prosecute perpetrators of international crimes. In addition, a development towards the acceptance of this legal concept in questio is clearly notable in customary international law, which might, with the help of some endeavours doctrinal and legal theoretical enterprises, ensue in the imminent recognition of universal jurisdiction in absentia in conventional international law, in particular as far as the crimes of genocide, torture and crimes against humanity go*” (POELS, 2005: 81).

⁹⁴⁵ Documento original: “*The adoption of the concept of universal jurisdiction has proven to enhance the prosecution of international war criminals and several secondary government officials who committed genocidal acts, but in the light of the prosecution of the political instigators of such horrendous crimes, universal jurisdiction in se has reached its practical limits. Furthermore, the recent Statute of the*

Al hilo de este razonamiento, con relación a las teorías que sostienen que el enjuiciamiento *in absentia* viene justificado en el Derecho internacional basado en los derechos humanos, atendiendo esencialmente a la trascendencia de los bienes jurídicos tutelados y su centralidad para la comunidad internacional, como fundamento y finalidad de un Derecho internacional penal, el Profesor Rabinovitch, en este mismo sentido, señala que “aun suponiendo la legalidad de los enjuiciamientos en ausencia en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos, existen buenas razones para tratar de evitar tales procedimientos. Primero, la ausencia del acusado en estos procedimientos puede llevar a los jurados y funcionarios a sacar la inferencia inapropiada de que debido a que el acusado al estar ausente es un fugitivo y, por lo tanto, probablemente culpable, incluso si no hay pruebas suficientes para respaldar esta conclusión. Además, se ha sugerido que es un aspecto esencial del sistema de confrontación que el acusado esté presente para supervisar el trabajo del abogado defensor, buscando conductas impropias del juez o el jurado o señalando errores de hecho alegados por el enjuiciamiento. También se ha argumentado que la presencia del acusado durante el juicio es una parte esencial del castigo que el culpable debe sufrir. Finalmente, la legitimidad de los procedimientos contra los delincuentes internacionales se verá socavada por los juicios en ausencia, ya que la ausencia del acusado transmitiría un mensaje que desacreditaría al sistema judicial del Estado del foro, es decir, que el Estado que ejerce jurisdicción el sistema judicial no puede llevar a los delincuentes ante sus tribunales, o que el acusado no cree que obtendrá un juicio justo en el Estado que afirma la jurisdicción universal”⁹⁴⁶, concluyendo conforme al mismo que “por el

International Criminal Court does not remedy these limitations. Universal jurisdiction in absentia would on the other hand make the prosecution and punishment of diverse hostis humani generis possible and certain, especially since a clear legal basis for its exercise already exists in conventional international and national statutory law: no new conventions are required. Although several questions still persist and have to be resolved by legal specialists in the fields of international criminal and procedural law, the exercise of universal jurisdiction in absentia would most certainly present no risks of breaches of human rights or fundamental procedural rights” (POELS, 2005: 84).

⁹⁴⁶ Documento original: “Even assuming the legality of prosecutions in absentia under international human rights law, however, there are good reasons for seeking to avoid such proceedings. First, the absence of the accused in such proceedings may lead juries and officials to draw the inappropriate inference that because the accused may be absent he or she is a fugitive and therefore probably guilty, even if there is not sufficient evidence to support this conclusion. In addition, it has been suggested that it is an essential aspect of the adversarial system that the accused be present to oversee the work of defense counsel, seeking out improper conduct by the judge or the jury, or pointing out errors of fact alleged by the prosecution. It has also been argued that the presence of the accused during trial is an essential part of the punishment that the guilty ought to suffer. Finally, the legitimacy of proceedings against international criminals will be undermined by trials in absentia, as the absence of the accused would

momento, es suficiente señalar que el ejercicio de la jurisdicción universal en ausencia es inconsistente como muchas de las justificaciones históricas para el ejercicio de la jurisdicción universal. Además, el ejercicio de la jurisdicción universal en ausencia probablemente plantee problemas importantes desde el punto de vista de la política. (...) Además, si bien la existencia de jurisdicción universal *in absentia* conllevaría una menor demora en llevar a los acusados ante la justicia, los funcionarios tendrían que tomar decisiones sobre la existencia de pocas evidencias que pudieran tener una autenticidad cuestionable. Finalmente, la jurisdicción universal en ausencia permitiría a los países enjuiciar a presuntos responsables de delitos internacionales sin conexión con su Estado. Esto pondría en tela de juicio la equidad y, por extensión, la legitimidad de tales procedimientos y desacreditaría los sistemas judiciales que ejercen la jurisdicción universal”⁹⁴⁷.

El Profesor Colageno centra el debate en el ejercicio de la jurisdicción como potestad soberana y en este sentido señala que la “objeción más obvia a la jurisdicción universal *in absentia* es que su uso es hostil a los principios básicos de soberanía estatal. El argumento de la soberanía sostiene que tal jurisdicción socava la soberanía estatal tanto de manera abstracta como concreta. En abstracto, el reclamo de la jurisdicción universal *in absentia* elimina la noción clásica de jurisdicción como arraigada en la soberanía estatal; es decir, la práctica tiende a diluir o negar la prerrogativa jurisdiccional otorgada al Estado soberano por el Derecho internacional”⁹⁴⁸.

convey a message that would bring the judicial system of the forum State into disrepute, i.e., that the State exercising jurisdiction and its judicial system are powerless to bring criminals before their tribunals, or that the defendant does not believe that he will obtain a fair trial in the State asserting universal jurisdiction” (RABINOVITCH, 2004: 528-529).

⁹⁴⁷ Documento original: “*For the time being, it is sufficient to point out that the exercise of universal jurisdiction in absentia is inconsistent with many of the historical justifications for the exercise of universal jurisdiction. In addition, the exercise of universal jurisdiction in absentia is likely to pose important problems from a policy point of view. (...) In addition, while the existence of universal jurisdiction in absentia would result in fewer delays in bringing defendants to justice, officials would be required to make decisions on the basis of little evidence which might be of questionable authenticity. Finally, universal jurisdiction in absentia would make it possible for countries to try international criminals with no connection to their State. This would call into question the fairness, and by extension, the legitimacy of such proceedings, and bring into disrepute the judicial systems that exercise universal jurisdiction”* (RABINOVITCH, 2004: 529).

⁹⁴⁸ Documento original: “*The most obvious objection to universal jurisdiction in absentia is that its use is hostile to basic principles of state sovereignty. The sovereignty argument holds that such jurisdiction undermines state sovereignty in both an abstract and a concrete manner. In the abstract, the universal jurisdiction in absentia claim disposes of the classical notion of jurisdiction as being rooted in state*

Ciertamente pueden darse actuaciones desviadas de la jurisdicción universal *in absentia*, con riesgo de aplicar de forma aleatoria e incluso arbitraria de los principios de Derecho internacional, pero la práctica ha demostrado que los Estados han ejercido su jurisdicción de forma equilibrada y aunque “la creciente costumbre de las afirmaciones jurisdiccionales universales en general puede no haber establecido una regla clara que promueva el uso de la jurisdicción universal *in absentia*, ha sugerido un procedimiento consuetudinario entre los Estados que desean hacer valer la jurisdicción sobre crímenes universales”⁹⁴⁹ y concluye que este “procedimiento protege la soberanía estatal individual, fomenta la coordinación entre los Estados para llevar a los criminales internacionales ante la justicia y presenta la afirmación *in absentia* solo como una opción de último recurso”⁹⁵⁰.

En todo caso, la norma general en el ejercicio de las jurisdicciones de los Estados requiere la presencia del investigado o encausado, ello no quiere decir que sea admisible conforme a la configuración normativa interna la posibilidad de su ejercicio *in absentia*, que tiene un carácter excepcional y sometido a ciertas garantías esenciales conforme a los principios establecidos en el derecho internacional. En este sentido, la Mesa de Expertos de la *International Bar Association* de 2016 sobre la Jurisdicción Universal *In Absentia* ha concluido que “especialmente en el contexto de la justicia penal internacional, los juicios *in absentia* deben verse como parte de un proceso y no como un fin en sí mismo. En particular, esto significa que los esfuerzos para poner a un acusado bajo la custodia del tribunal deben continuar”⁹⁵¹, además “un juicio “verdadero” *in absentia* requiere las salvaguardias establecidas en el Derecho penal

sovereignty; that is, the practice tends to dilute or negate the jurisdictional prerogative granted to the sovereign state by international law” (COLAGENO, 2005: 549).

⁹⁴⁹ Documento original: “*the burgeoning custom of universal jurisdictional assertions in general may not have established a clear rule promoting the use of universal jurisdiction in absentia, it has suggested a customary procedure among states wishing to assert jurisdiction over universal crimes*” (COLAGENO, 2005: 550).

⁹⁵⁰ Documento original: “*The procedure protects individual state sovereignty, encourages coordination among states in bringing international criminals to justice, and presents the in absentia assertion only as a last resort option*” (COLAGENO, 2005: 550).

⁹⁵¹ Documento original: “*Especially in the context of international criminal justice, trials in absentia should be seen as part of a process, and not as an end in and of itself. This notably means that efforts to bring an accused into the custody of the court should be ongoing*” (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2016: 12).

internacional y en los Derechos Humanos, para ello se requiere un especial deber de prudencia en su ejercicio por parte de los tribunales (2016: 13).

En el ámbito de la jurisdicción de los tribunales penales internacionales, siguiendo los principios de ejercicio de la jurisdicción de los tribunales internos, vienen estableciendo en general el reconocimiento de los procedimientos seguidos ante los mismos *in absentia*, si bien con las cautelas y salvaguardas establecidas en sus propias normas estatutarias y de procedimiento.

Debemos recordar que la jurisdicción penal ejercida por los tribunales internacionales constituye una jurisdicción que podemos calificar *sui generis*, de carácter autónomo y configurada como sistema normativo propio. Como antecedente histórico se suele citar que el propio Estatuto del TMI en su art. 12⁹⁵², no sólo preveía el ejercicio de su jurisdicción *in absentia*, sino que la llevó efectivamente a efecto cuando se juzgó y condenó a pena de muerte a Martín Bormann, jefe del Partido NAZI y secretario privado de Adolf Hitler⁹⁵³, al no encontrarlo el Tribunal y desconocer su paradero, aunque el mismo había fallecido dos años antes del inicio del juicio⁹⁵⁴.

Los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, fueron más cautelosos con respecto a los juicios en ausencia. Así, aunque estos Tribunales prevén que ciertos procedimientos se lleven a cabo en ausencia del acusado, en el TPIY, viene establecido en la Regla 61 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, al regular la continuación del procedimiento ante el fracaso de una orden de detención y entrega, estableciendo como garantía que en caso de ignorado paradero la Fiscalía debe adoptar todas las medidas razonables para asegurar su búsqueda y la comunicación de los cargos, pudiendo en caso de no ser hallado presentar su enjuiciamiento a la Sala de Primera

⁹⁵² El citado precepto señala que: “*The Tribunal shall have the right to take proceedings against a person charged with crimes set out in Article 6 of this Charter in his absence, if he has not been found or if the Tribunal, for any reason, finds it necessary, in the interests of justice, to conduct the hearing in his absence*”.

⁹⁵³ El Tribunal consideró a Bormann como el segundo responsable dentro de la organización del Partido NAZI, y con independencia de que su condena fue objeto de críticas por la escasez de pruebas contra el mismo por los delitos de conspiración para el crimen de agresión, por crímenes de guerra y de lesa humanidad, y ante lo incierto de su paradero determinó que los cargos le fueran comunicados mediante anuncios públicos.

⁹⁵⁴ Sobre el enjuiciamiento del Sr. Bormann, véase U.S. GOVERNMENT. (1947). *Nazi conspiracy and aggression*. Vol. II, Washington, Office of United States, Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality. United States Government Printing Office.

Instancia, estableciéndose las garantías del juicio. La permisibilidad de la continuación del procedimiento *in absentia* o en rebeldía, ha sido matizada por el propio Tribunal, al considerar que atendiendo a su regulación, sistemáticamente prevista en su Estatuto en una fase previa al enjuiciamiento, su finalidad no es declarar la culpabilidad ni imponer pena alguna y en esta fase judicial no se priva al acusado de derecho alguno de contradecir personalmente los cargos presentados contra él, como se señaló en los casos de Nikolić de 20 de octubre de 1995, Karadžić y Mladić de 11 julio de 1996⁹⁵⁵. En el TPIR, de forma similar a lo establecido en el Reglamento de Procedimiento y Prueba del TPIY, en la Regla 61, se prevé la continuación del proceso contra el acusado en caso de fracaso de la orden de arresto, regulando en la Regla 82 bis, la celebración del juicio en ausencia del acusado estableciendo como garantías: 1) Que haya comparecido de forma inicial en el procedimiento conforme a la Regla 62, 2) Que el Secretario haya notificado debidamente al acusado que debe estar presente para el juicio; y 3) Que el mismo se encuentre representado por un abogado.

Ahora bien, dichos Tribunales *ad hoc* no celebraron ningún juicio en ausencia, al estimarlos contrarios conforme a su finalidad, entendiendo que la obligación de colaboración de los Estados implicaba incluso su deber de entregar al Tribunal internacional a los propios nacionales para su enjuiciamiento. En el caso Tihomir Blaškić⁹⁵⁶ la Sala de Apelaciones del TPIY, en su Sentencia de fecha 29 de octubre de 1997, tuvo que resolver sobre la Decisión de la Sala de Primera Instancia II que desestimó la petición del Estado de Croacia sobre revisión de la orden de citación cursada para comparecer ante el Tribunal de 18 de julio del mismo año, cuestionando la potestad del Tribunal Internacional de dictar orden obligatoria a los Estados y a Altos oficiales del Gobierno. Aunque este caso venía delimitado en el *thema decidencia* sobre el alcance y aplicación del art. 29 del Estatuto del TPIY, fue planteada incidentalmente la posibilidad de la celebración del juicio *in absentia*. En este sentido, aunque los

⁹⁵⁵ Sobre los citados casos, véase “The Prosecutor v. Dragan Nikolić aka “Jenki”. Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence”, Order, 20 October 1995, case number IT-94-2; y “The Prosecutor v. Radovan Karadžić and Ratok Mladić. Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence”, Order, 11 July 1996, case number IT -95-5-R61 and IT-95-18-R61.

⁹⁵⁶ Tihomir Blaškić (1960), General bosniocroata que formaba parte del Consejo de Defensa Nacional y condenado por crímenes de guerra por el Tribunal Penal Internacional de la Antigua Yugoslavia, concretamente por la masacre de Ahmići.

representantes del Estado de Croacia mantuvieron que los procedimientos en rebeldía serían admisibles, siempre que cumplieran “el requisito del debido proceso” y equivaliera a lo que en los tribunales de los Estados Unidos se denomina “desacato civil”, que no supondría imponer sanciones penales pero podría obligar a alguien incluso con la cárcel hasta que decidiera cumplir con la orden del Tribunal, la Fiscalía sostuvo que sería “hipotético y especulativo en extremo contemplar un juicio *in absentia* incluso por un cargo de desacato”⁹⁵⁷. La Sala de Apelaciones confirma la Resolución adoptada por la Sala II de Primera Instancia y establece como principio que “en términos generales, no sería apropiado entablar procedimientos en rebeldía contra personas que se encuentran bajo la *jurisdicción primaria* del Tribunal Internacional (es decir, personas acusadas de los delitos previstos en los artículos 2 a 5 del Estatuto). De hecho, incluso cuando el acusado haya renunciado claramente a su derecho a ser juzgado en su presencia (artículo 21, párrafo 4 d) del Estatuto), resultaría extremadamente difícil o incluso imposible para un tribunal penal internacional determinar la culpabilidad o no del acusado. Por el contrario, los procedimientos *in absentia* pueden estar excepcionalmente justificados en casos de desacato al Tribunal Internacional, en los que la persona acusada no comparece ante el mismo, lo que obstaculiza la administración de justicia”, pero añade que: “Estos casos caen dentro de la jurisdicción auxiliar o incidental del Tribunal Internacional”. “Si se iniciara un procedimiento *in absentia* de este tipo, deberían salvaguardarse todos los derechos fundamentales relacionados con un juicio justo. Entre otras cosas, aunque la ausencia del individuo debería considerarse, en determinadas condiciones, como una renuncia a su derecho a ser juzgado en su presencia, se le debería ofrecer la posibilidad de elegir un abogado. La Sala de Apelaciones opina que, además, deben respetarse otras garantías previstas en el contexto de la Convención Europea de Derechos Humanos”⁹⁵⁸. No

⁹⁵⁷ “The Prosecutor v. Tihomir Blaškić. Judgement on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997”, 29 October 1997, case number IT-95-14-AR108bis, apdo. 59.

⁹⁵⁸ Documento original: “The Appeals Chamber finds that, generally speaking, it would not be appropriate to hold *in absentia* proceedings against persons falling under the primary jurisdiction of the International Tribunal (i.e., persons accused of crimes provided for in Articles 2-5 of the Statute). Indeed, even when the accused has clearly waived his right to be tried in his presence (Article 21, paragraph 4 (d), of the Statute), it would prove extremely difficult or even impossible for an international criminal court to determine the innocence or guilt of that accused. By contrast, *in absentia* proceedings may be exceptionally warranted in cases involving contempt of the International Tribunal, where the person charged fails to appear in court, thus obstructing the administration of justice. These cases fall within the ancillary or incidental jurisdiction of the International Tribunal.

obstante, el enjuiciamiento fue celebrado con la presencia del acusado que se presentó de forma voluntaria ante el Tribunal, por lo que éste no tuvo que pronunciarse sobre la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia⁹⁵⁹.

De forma similar el TPIR, en la redacción originaria de sus Estatutos no contemplaba ninguna forma de realización del enjuiciamiento en ausencia del acusado. Sólo tras la decimotercera sesión plenaria del Tribunal, celebrada los días 26 y 27 de mayo de 2003, se introdujo dicha posibilidad agregando la Regla 82 bis al Reglamento de Procedimiento y Prueba (como expusimos anteriormente)⁹⁶⁰, pero sólo aplicable a los casos de renuncia voluntaria del propio acusado a su derecho de estar presente en el juicio, exigiéndose en todo caso la comparecencia personal inicial del mismo ante el Tribunal y su acusación formal conforme a la Regla 62 B) del mismo Reglamento⁹⁶¹.

If such in absentia proceedings were to be instituted, all the fundamental rights pertaining to a fair trial would need to be safeguarded. Among other things, although the individual's absence would have to be regarded, under certain conditions, as a waiver of his "right to be tried in his presence", he should be offered the choice of counsel. The Appeals Chamber holds the view that, in addition, other guarantees provided for in the context of the European Convention on Human Rights should also be respected" ("The Prosecutor v. Tihomir Blaškić. Judgement on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997", 29 October 1997, case number IT-95-14-AR108bis, apdo. 59).

⁹⁵⁹ Siendo inicialmente condenado por crímenes de guerra a la pena de 45 años de prisión por su responsabilidad como comandante en jefe en la masacre de Ahmići mediante Sentencia de 3 marzo de 2000, condena reducida a nueve años de prisión al admitir la Sala de Apelaciones la existencia de una "doble cadena de mando" ("The Prosecutor v. Tihomir Blaškić. Judgement on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997", 29 October 1997, case number IT-95-14-AR108bis, apdo. 65; y "The Prosecutor v. Tihomir Blaškić. Judgement", 3 March 2000, case number IT-95-14-T). Igualmente, y sobre la "doble cadena de mando", véase U.S. GOVERNMENT. (1947). *Nazi conspiracy and aggression*. Washington, Office of United States, Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality. United States Government Printing Office; y U.S. GOVERNMENT. (1950). *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*. Vol. XI. Washington, Office of United States, Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality. United States Government Printing Office.

⁹⁶⁰ Sobre dicha Sesión Plenaria del Tribunal, véase INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. "Amendments adopted at the Thirteenth Plenary (26-27 May 2003)". Disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/030526-rpe-amendments-en-fr.pdf>. Consultado el día 10 de octubre de 2020.

⁹⁶¹ Regla 62 del citado Reglamento: "*Initial Appearance of Accused and Plea* (A) Upon his transfer to the Tribunal, the accused shall be brought before a Trial Chamber or a Judge thereof without delay, and shall be formally charged. The Trial Chamber or the Judge shall: (i) Satisfy itself or himself that the right of the accused to counsel is respected; (ii) Read or have the indictment read to the accused in a language he understands, and satisfy itself or himself that the accused understands the indictment; (iii) Call upon the accused to enter a plea of guilty or not guilty on each count; should the accused fail to do so, enter a plea of not guilty on his behalf; (iv) In case of a plea of not guilty, instruct the Registrar to set a date for trial; (v) In case of a plea of guilty: (a) if before a Judge,

La Sala de Apelaciones en su Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007 al resolver los recursos de los Sres. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, tuvo que resolver la petición de nulidad del Juicio por haberse celebrado en su ausencia, por no haber tenido una defensa efectiva y haber sido privado de contradecir todo testimonio de cargo. En este caso, el Tribunal señala que los precedentes establecidos en el TIPY no se refieren a la situación del apelante, pues aquellos se refieren al denominado “juicio por defecto”, en virtud del cual el investigado aún no ha sido aprehendido, y no como sucede en el caso del Sr. Barayagwiza, quien ha comparecido voluntariamente ante el Tribunal y no puede comparecer en el juicio. Si bien, existe una percepción generalizada de que los juicios en ausencia no deberían estar previsto en el Estatuto, ya que esto no sería compatible con el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que garantiza que los acusados tendrán derecho a ser juzgados en su presencia, no existe este convencimiento cuando un imputado ha sido aprehendido e informado de los cargos contra el mismo y que se niega a estar presente en el juicio, pues en este caso su derecho decae en cuanto se ha personado y ha sido asistido por defensa de su elección en la apelación de la Sentencia⁹⁶².

En la CPI el ejercicio de su jurisdicción *in absentia* viene establecido en el art. 61.2 del Estatuto de Roma, que permite a la Sala de Cuestiones Preliminares celebrar audiencia en ausencia del acusado para confirmar los cargos cuando el imputado haya renunciado a su derecho a estar presente, haya huido o no sea posible encontrarlo tras haber adoptado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de la celebración de la audiencia. Se establece en este caso, como medida de salvaguarda, que le será designado un defensor cuando ello redunde en “interés de la justicia”. Sin embargo, ni su Estatuto ni el Reglamento de Procedimiento y Prueba de la Corte permiten el enjuiciamiento en ausencia, pues dicha

refer the plea to the Trial Chamber so that it may act in accordance with Rule 62 (B); or (b) if before a Trial Chamber, act in accordance with Rule 62 (B).

(B) If an accused pleads guilty in accordance with Rule 62 (A)(v), or requests to change his plea to guilty, the Trial Chamber shall satisfy itself that the guilty plea:

(i) is made freely and voluntarily; (ii) is an informed plea; (iii) is unequivocal; and (iv) is based on sufficient facts for the crime and accused's participation in it, either on the basis of objective indicia or of lack of any material disagreement between the parties about the facts of the case.

Thereafter the Trial Chamber may enter a finding of guilt and instruct the Registrar to set a date for the sentencing hearing”.

⁹⁶² En este sentido, véase “Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze v. The Prosecutor. Judgement”, of the 28th of November 2007, case n°. ICTR-99-52-A.

norma establecida en la fase de preparación del juicio tiene por finalidad garantizar la efectividad de la orden de arresto al investigado prófugo, pero no resulta aplicable a la fase de enjuiciamiento. El artículo 63.1 del Estatuto de Roma establece de forma taxativa que “el acusado estará presente durante el juicio”.

La Sala de Apelaciones de la CPI tuvo ocasión de pronunciarse sobre la legalidad de ausentarse de forma voluntaria del enjuiciamiento, en su Sentencia de 25 de octubre de 2013 sobre la solicitud del Sr. Ruto de excusa de presencia continua en el juicio de fecha 18 de junio del mismo año, al resolver el recurso interpuesto por la Fiscalía sobre la Resolución del Tribunal de Instancia V que autorizó la misma.

En la Decisión impugnada, la Sala de Primera Instancia V resolvió que el artículo 63.1 del Estatuto impone al acusado el deber de estar presente durante el juicio, pero ello no equivale a una obligación absoluta que impida a la Sala de Primera Instancia la discreción de excusar a un acusado “de manera razonable de su deber de estar presente durante el juicio”. La Sala de Primera Instancia consideró que una interpretación que impone dicha obligación en todos los casos “no sólo fomenta la ineficiencia judicial al obligar a la Sala a detener el juicio en todas las ocasiones en que el acusado no puede, con buenas razones, estar presente durante el juicio aunque consienta que el juicio puede continuar en su ausencia, pues ello conllevaría mantener a la Corte como rehén de una situación de impunidad negando el poder de la Sala para proceder con el juicio de un acusado que “deliberadamente se fugó de su propio juicio precisamente para frustrar el juicio y el curso de la justicia”⁹⁶³. La Sala de Apelaciones fundamenta en su Sentencia que: “la facultad discrecional de que goza la Sala de Primera Instancia con arreglo al párrafo 1 del artículo 63 del Estatuto es limitada y debe ejercerse con precaución. Para ello establece las siguientes limitaciones: (i) la ausencia del acusado solo puede tener lugar en circunstancias excepcionales y no debe convertirse en la regla; (ii) la posibilidad de medidas alternativas debe haber sido consideradas, incluidas entre otras, cambios en el programa de prueba o un breve aplazamiento del juicio; (iii) cualquier ausencia debe limitarse a la estrictamente necesaria; (iv) el acusado debe haber renunciado explícitamente a su derecho a estar

⁹⁶³ “Situation in The Republic of Kenya. In the case of the Prosecutor v. William Samoei Ruto And Joshua Arap Sang. Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial", Judgment, Appeals Chamber, 25th of October 2013, No. ICC-01/09-01/11 OA 5, pp. 4-5.

presente en el juicio; (v) los derechos del imputado deben estar debidamente garantizados en su ausencia, en particular a través de la representación de un abogado; y (vi) la decisión sobre si el acusado puede ser eximido de asistir a algunas de las sesiones de su juicio, caso por caso, teniendo debidamente en cuenta el tema de las audiencias específicas que el imputado no asistirá durante el período para el cual se solicitó la excusa”⁹⁶⁴.

Para empezar, la Sala de Apelaciones observa que “el artículo 63.1 del Estatuto establece que el imputado estará presente durante el juicio, reflejando el papel central del acusado en el proceso y el significado más amplio de la presencia del acusado por la administración de justicia”. El acusado no es meramente un pasivo observador del juicio sino activo participante en el mismo. Es importante que la persona acusada tenga la oportunidad de seguir el testimonio de los testigos que declaran en su contra para que esté en una posición para reaccionar ante cualquier contradicción entre su visión y el relato de los testigos. También a través del proceso se le permite a confrontar las evidencias en su contra. Además, la continua ausencia de un acusado de su propio juicio tendría un impacto perjudicial en la moral y participación de víctimas y testigos. En general, la presencia del acusado durante el juicio juega un papel importante en la promoción de la confianza pública en la administración de justicia”⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ Documento original: “*The discretion that the Trial Chamber enjoys under article 63 (1) of the Statute is limited and must be exercised with caution. The following limitations exist: (i) the absence of the accused can only take place in exceptional circumstances and must not become the rule; (ii) the possibility of alternative measures must have been considered, including, but not limited to, changes to the trial schedule or a short adjournment of the trial; (iii) any absence must be limited to that which is strictly necessary; (iv) the accused must have explicitly waived his or her right to be present at trial; (v) the rights of the accused must be fully ensured in his or her absence, in particular through representation by counsel; and (vi) the decision as to whether the accused may be excused from attending part of his or her trial must be taken on a case-by-case basis, with due regard to the subject matter of the specific hearings that the accused would not attend during the period for which excusal has been requested*” (“Situation in The Republic of Kenya. In the case of the Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang. Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled “Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial””, Judgment, Appeals Chamber, 25th of October 2013, No. ICC-01/09-01/11 OA 5, pp. 3-4).

⁹⁶⁵ Documento original: “*(...) article 63 (1) of the Statute establishes that the accused shall be present during the trial, reflecting the central role of the accused person in proceedings and the wider significance of the presence of the accused for the administration of justice. The accused person is not merely a passive observer of the trial, but the subject of the criminal proceedings and, as such, an active participant therein. It is important for the accused person to have the opportunity to follow the testimony of witnesses testifying against him or her so that he or she is in a position to react to any contradictions between his or her recollection of events and the account of the witness. It is also through the process of confronting the accused with the evidence against him or her that the fullest and most comprehensive*

La Sala observa que, basándose como medio secundario de interpretación en los *travaux préparatoires* del Estatuto, aunque una serie de excepciones al requisito de la presencia del acusado en un juicio, distinta a las causas establecidas en el artículo 63.2 sobre la perturbación del orden de la Vista Oral, fueron discutidas y finalmente consideradas innecesarias, por ello no fue abordada de forma explícita la situación de un acusado que se encontraba, en principio, presente en el juicio, pero había renunciado al derecho de estar presente. Al formular el artículo 63 del Estatuto, los redactores se propusieron inicialmente establecer la presencia del acusado durante el juicio como norma general. A medida que se desarrolló los debates, estos se centraron más en la cuestión de si incluir o excluir explícitamente la posibilidad de celebrar juicios *in absentia*, en las preocupaciones de salvaguarda de los derechos del acusado, las consecuencias prácticas y la utilidad de los juicios en rebeldía y su potencialidad para desacreditar la confianza en la Corte. De estos debates se alcanzó el consenso de incorporar el citado artículo 63.1 del Estatuto para excluir esta posibilidad de celebrar juicios *in absentia*⁹⁶⁶.

La Sala de Apelaciones, analizando los motivos particulares expuestos en su excusa y el amplio margen de autorización a ausentarse del juicio dado por la Sala de Instancia V, concluyó que ésta no ejerció debidamente su discreción cuando decidió excusar al Sr. Ruto de ausentarse sustancialmente durante todo su juicio, que afectó materialmente a la Decisión impugnada y conforme a las circunstancias expuestas consideró apropiado revertir la Decisión recurrida.

De forma más acorde a la interpretación del Estatuto y de acuerdo con los argumentos expuesto por la Fiscalía, el magistrado Erkki Kourula y la magistrada Anita Ušacka formularon opinión conjunta separada, que si bien compartieron el fallo de la

record of the relevant events may be formed. Furthermore, the continuous absence of an accused from his or her own trial would have a detrimental impact on the morale and participation of victims and witnesses. More broadly, the presence of the accused during the trial plays an important role in promoting public confidence in the administration of justice” (“Situation in The Republic of Kenya. In the case of the Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang. Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial"”, Judgment, Appeals Chamber, 25th of October 2013, No. ICC-01/09-01/11 OA 5, pp. 18-19).

⁹⁶⁶ “Situation in The Republic of Kenya. In the case of the Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang. Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial"”, Judgment, Appeals Chamber, 25th of October 2013, No. ICC-01/09-01/11 OA 5, pp. 19-22.

Resolución, estimaban que la Sala de Primera Instancia V incurrió no sólo en error de discreción de su juicio, sino también en error de derecho por cuanto su Sentencia resulta ser contraria a lo establecido en el art. 63.1 del Estatuto de la Corte.

En dicha opinión conjunta separada, argumentan que el sentido corriente del artículo 63.1 del Estatuto es claro e inequívoco: “el acusado deberá estar presente durante el juicio”. El uso de la palabra “deberá” establece claramente que la presencia del imputado es un requisito del juicio, que debe ser observado por la propia Sala de Primera Instancia V. La interpretación de las disposiciones del Estatuto se rige por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 31 establece que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. La historia de la redacción del Estatuto confirma la interpretación expuesta del artículo 63 del Estatuto de Roma, pues “si la intención de los redactores hubiera sido permitir la posibilidad de celebrar un juicio en rebeldía, habría sido posible enmarcar una disposición en esos términos basada en la discreción de la Corte para excusar a una persona acusada en determinadas circunstancias de su presencia en juicio. Por el contrario, los redactores acordaron la inserción de una disposición explícita que exige que el acusado esté presente durante el juicio, al que sólo se articuló una excepción, y para el caso de “perturbaciones del orden en el juicio”. En este caso, son los términos del artículo 63 del Estatuto, como finalmente fue acordado, el que proporciona el punto de referencia más claro y obvio en cuanto a la intención de los redactores. En dicha opinión, la introducción a través de creatividades interpretativas de otras excepciones no escritas al requisito de que el acusado se encuentre presente, sujeto a una serie de condiciones mal definidas, va en contra de la voluntad expresa de los redactores y las disposiciones explícitas del Estatuto”⁹⁶⁷.

⁹⁶⁷ Documento original: “*It may be observed that, had the intention of the drafters been to preclude the possibility of holding a trial in absentia, it would have been possible to frame a provision in those terms, leaving discretion to the Court to excuse an accused person in other circumstances. On the contrary, the drafters agreed on the insertion of an explicit provision requiring the accused to be present during the trial, to which only one exception was articulated. In this case, it is the terms of article 63 of the Statute as ultimately agreed upon that provide the clearest and most obvious point of reference as to the intention of the drafters. In our view, the introduction through creative interpretation of further unwritten exceptions to the requirement that the accused be present, subject to a number of ill-defined conditions, goes against the express will of the drafters and the explicit provisions of the Statute*” (“Situation in The Republic of Kenya. In the case of the Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang. Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013

Tras el precedente del caso del Sr. Ruto, y a pesar de la modificación del Reglamento de Procedimiento y Prueba realizada por la Asamblea de los Estados Partes aprobada por consenso en la duodécima sesión plenaria con fecha 27 de noviembre de 2013, donde se introdujo los arts. 134 bis, 134 ter y 134 quáter, regulando, respectivamente, la presencia del acusado a través de medios videotecnológicos, la dispensa de la presencia en el juicio del acusado en situaciones excepcionales o la dispensa de la presencia en el juicio del acusado debida a funciones públicas extraordinarias⁹⁶⁸, en una reciente Decisión de la Fiscalía de fecha 11 de mayo de 2020, ha desestimado la petición de la víctimas de proseguir el enjuiciamiento de Abdallah Banda Abakaer Nourain (conocido como caso Banda), estimando que, conforme al Estatuto de la Corte y el Reglamento de Procedimiento y Prueba, la Fiscalía no puede continuar *in absentia* el juicio contra el Sr. Banda, mientras éste permanezca prófugo⁹⁶⁹.

Señala la Decisión del Fiscal que la cuestión debe determinar que el Sr. Banda tiene que estar presente en la celebración del juicio y ello afecta directamente a la posibilidad de un juicio efectivo y, por tanto, ciertamente afecta a los intereses personales de las víctimas, especialmente el derecho a la verdad y la justicia. Pero la cuestión de la celebración o no de un juicio *in absentia* es una faceta de las actividades previas al juicio, de ahí que deba resolverse sobre la solicitud planteada.

Los juicios en rebeldía no están permitidos por el Estatuto de Roma. El artículo 63.1 establece claramente que “el acusado estará presente durante el juicio”. La Fiscalía estima que este artículo excluye la posibilidad de un juicio *in absentia* en la CPI y la Sala de Apelaciones lo ha confirmado. El significado claro e inequívoco del párrafo 1 del artículo 63 se ve confirmado por una lectura contextual del Estatuto y por la historia en la redacción de ese artículo. Además, el objeto y fin del Estatuto requiere la

entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial", Judgment, Appeals Chamber, 25th of October 2013, No. ICC-01/09-01/11-1066-Anx, pp. 7-8).

⁹⁶⁸ Sobre dicha Resolución, véase ASAMBLEA DE LOS ESTADOS PARTES. (2013). “Resolución sobre las enmiendas de las Reglas de Procedimiento y Prueba”, 12ª Sesión Plenaria, nº de referencia ICC-ASP/12/Res.7. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP12/ICC-ASP-12-Res7-SPA.pdf. Consultado el día 13 de octubre de 2020.

⁹⁶⁹ “Situation in Darfur, The Sudan. In the case of the Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain. Public redacted version of “Prosecution’s submissions on trials in absentia in light of the specific circumstances of the Banda case”, 13 December 2019, ICC-02/05-03/09-673-Conf-Exp”, Decision, Trial Chamber IV, 11th of May 2020, No. ICC-02/05-03/09.

presencia del acusado en el juicio. En circunstancias excepcionales, y bajo condiciones específicas, el artículo 63.2 del Estatuto y las Reglas 134 bis, 134 ter y 134 quáter del Reglamento de Procedimiento y Prueba establecen que los juicios ante la CPI pueden continuar en ausencia temporal de un acusado, pero estas circunstancias excepcionales no son de aplicación al Sr. Banda, pues estas sólo son aplicables cuando un acusado se encuentra “bajo citación”⁹⁷⁰.

Recuerda la Fiscalía en su Decisión que el Sr. Banda, que se encuentra bajo órdenes de arresto, no debe beneficiarse de exención alguna que evite su presencia en el juicio. La orden de arresto asegura la presencia del sospechoso o acusado ante la Corte y como ha sostenido la Sala de Apelaciones, las órdenes de arresto cumplen “una función fundamental en la Corte” y no pueden ser declaradas “nula por el mero hecho de negarse a ejecutarlas”. Permitir un juicio en rebeldía para el Sr. Banda, en las circunstancias de este caso, viciaría el propósito fundamental de reemplazar la citación por una orden de arresto en su contra. La ausencia de un acusado de su juicio tendría un impacto perjudicial en “la moral y participación de víctimas y testigos” y la confianza pública en la Corte. Aunque sea significativo que la mayoría de los órganos regionales de derechos humanos hayan encontrado en general que los juicios *in absentia* no son incompatibles con los requisitos de un juicio justo protegido conforme los tratados de derechos humanos reconocidos internacionalmente, ello sólo es admisible bajo condiciones muy estrictas. Uno de esos requisitos es el derecho a un nuevo juicio para las personas condenadas en rebeldía que posteriormente comparezcan ante el tribunal que las juzgaron. El Estatuto de la CPI y el Reglamento de Procedimiento y Prueba no abordan tales escenarios ni brindan tales garantías, estimando que ello es intencional y refleja la voluntad de los redactores de rechazar *in absentia* los procedimientos judiciales y, en cambio, exigir la presencia de un acusado en el juicio. Por otra parte, un juicio *ex novo* cuando se presente el acusado ante el Tribunal y ejerza su derecho a un nuevo enjuiciamiento puede agravar más que aliviar la angustia de los testigos y de las víctimas. Además, en el caso de que un juicio *in absentia* resulte posible sin el

⁹⁷⁰ “Situation in Darfur, The Sudan. In the case of the Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain. Public redacted version of “Prosecution’s submissions on trials in absentia in light of the specific circumstances of the Banda case”, 13 December 2019, ICC-02/05-03/09-673-Conf-Exp”, Decision, Trial Chamber IV, 11th of May 2020, No. ICC-02/05-03/09, pp. 10-12.

cumplimiento de la condición de su entrega, éste podría tener el efecto no intencionado de incentivar que los sospechosos que se encuentren “prófugos” decidan no entregarse ni aceptar su sujeción a la Corte, lo que podría disuadir la obligación de cumplimiento de las órdenes de arresto y de cooperación con la Corte y ello viciaría el propósito fundamental de emitir una orden de arresto para asegurar la comparecencia en el juicio⁹⁷¹.

En suma, la Fiscalía viene a considerar que por la naturaleza de los delitos sometidos a la jurisdicción de la CPI, un enjuiciamiento *in absentia* sería contrario a su finalidad.

Con relación a los tribunales penales internacionalizados o híbridos, su diversa naturaleza conforme a los acuerdos o decisiones adoptadas para su creación y las respectivas normas establecidas en sus estatutos determinan que no pueda establecerse un criterio general sobre la posibilidad del ejercicio de sus jurisdicciones *in absentia*. Ciertamente, estos tribunales transicionales suelen cumplir funciones de apoyo a los tribunales nacionales por su especial naturaleza, integrándose incluso dentro de sus propias estructuras de organización judicial, como sucede en los tribunales internacionalizados de las ECCC, CAE y BWCC. Por su parte, la determinación especial de su competencia se sustenta en criterios de especialidad atendiendo a la naturaleza de los crímenes objeto de persecución y en cuanto a su competencia suele estar basada en los criterios de territorialidad y temporalidad, pero su naturaleza internacional no impide que el Derecho penal, procesal y normas organizativas aplicables se encuentren basado en el Derecho interno estatal, como sucede en los tribunales híbridos de TEL, TESL, KSC entre otros.

Dejando al margen al Tribunal Internacional de Bangladesh, que de forma general ha permitido enjuiciamientos *in absentia*, fuertemente criticado no sólo por no garantizar los principios de un juicio justo y aplicar la pena de muerte sino además por ser controvertida su propia naturaleza internacional al estar constituido sólo por jueces nacionales, y que los defensores de los acusados deben tener que intervenir a través de

⁹⁷¹ “Situation in Darfur, The Sudan. In the case of the Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain. Public redacted version of “Prosecution’s submissions on trials in absentia in light of the specific circumstances of the Banda case”, 13 December 2019, ICC-02/05-03/09-673-Conf-Exp”, Decision, Trial Chamber IV, 11th of May 2020, No. ICC-02/05-03/09, pp. 14-18.

abogados de dicho país, incumpliendo lo dispuesto en sus propias reglas de procedimiento,⁹⁷² sólo se conocen que se hayan celebrado juicios sin la presencia del acusado en las ECCC⁹⁷³ y en el TESL⁹⁷⁴, pero en estos casos cuando un acusado hizo una comparecencia inicial y posteriormente no asistió a la celebración del juicio.

Puede señalarse que sólo el TEL prevé en sus normas la posibilidad de ejercer enjuiciamientos *in absentia*. Así, el art. 22 de su Estatuto determina que: “1. El Tribunal Especial llevará a cabo el juicio en ausencia del acusado, si éste: a) Ha renunciado expresa y por escrito a su derecho a estar presente; b) No ha sido entregado al Tribunal por las autoridades estatales interesadas; c) Se ha fugado o no se le puede encontrar y se han tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante el Tribunal y para informarle de los cargos confirmados por el Juez de Cuestiones Preliminares.

2. Cuando las audiencias se celebren en ausencia del acusado, el Tribunal se asegurará que: a) Se ha notificado al acusado o se le ha entregado la acusación, o se le ha notificado de otro modo la acusación mediante publicación en los medios de comunicación o comunicación al Estado de residencia o nacionalidad; b) El acusado haya designado un abogado defensor de su elección, que será remunerado por el acusado o, si se demuestra que el acusado es indigente, por el Tribunal; c) Siempre que

⁹⁷² Debe ser tenido en cuenta que el Tribunal se creó con motivo del incumplimiento del Estado de Pakistán tras la firma del Acuerdo de Delhi de 1974, que ponía fin a la guerra de liberación. Bangladesh pidió a Pakistán que procesara a 195 oficiales militares por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio en virtud de las disposiciones pertinentes del Derecho internacional, lo que no llevó a cabo en su propio territorio. Por dicha razón, el ejercicio de la jurisdicción por parte del Tribunal Penal Internacional de Bangladesh se sustentaba no sólo en el criterio de territorialidad sino en el de personalidad pasiva, permitiendo con ello de forma general los enjuiciamientos *in absentia* sin ofrecer garantía alguna para los acusados. Hasta el año 2015, diez casos habían sido juzgados en rebeldía, ocho de los cuales habían dado lugar a la condena a muerte de los acusados en su ausencia. Así, véase ROBERTSON Q.C., G. (2015). *Report on The International Crimes Tribunal of Bangladesh*. Sarajevo, International Forum for Democracy and Human Rights.

⁹⁷³ Véase “Decision on Ieng Sary’s appeal against the Closing Order”, Decision, Pre-Trial Chamber, of 11th April 2011, Document n° D427/1I30, Case file n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75); y para saber más sobre los antecedentes de hechos que expone la Sala de Cuestiones Preliminares sobre esta Decisión, véase también DE NIKE, H. J.; QUIGLEY, J.; and ROBINSON, K. J. (eds.). (2000). *Genocide in Cambodia: documents from the trial of Pol Pot and Ieng Sary*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania Studies in Human Rights.

⁹⁷⁴ Véase “The Prosecutor against Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao. Ruling on the issue of the refusal of the accused Sesay and Kallon to Appear for their trial”. Order, of 19th January 2005, reference number SCSL-04-15-T; y “The Prosecutor against Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao. Sentencing Judgement”. Judgment, of 8th April 2009, reference number SCSL-04-15-T.

el acusado se niegue o no designe a un abogado defensor, la Oficina de Defensa del Tribunal le asignará dicho abogado con miras a asegurar la plena representación de los intereses y derechos del acusado.

3. En caso de condena en rebeldía, el acusado, si no hubiera designado a un abogado defensor de su elección, tendrá derecho a ser juzgado nuevamente en su presencia ante el Tribunal Especial, a menos que acepte el juicio”⁹⁷⁵.

La regulación establecida resulta acorde con la interpretación de los derechos de todo acusado conforme establece los precedentes aplicables en los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, como expuso la jueza Ivana Hrdličková, Presidenta del TEL, en la Mesa de Expertos sobre la jurisdicción universal *in absentia* celebrada en la Haya el 8 junio de 2016 por la *International Bar Association*, “la salvaguarda de la comunicación personal, la representación efectiva y el derecho a un nuevo juicio, se han convertido en precedentes bien establecidos en el Derecho penal internacional y los Derechos Humanos, la implementación de cualquiera de estas salvaguardas implica consideraciones prácticas que deben tenerse en cuenta en el diseño de cualquier proceso o tribunal que puedan estar llevando a cabo juicios en rebeldía”⁹⁷⁶.

Debe recordarse que, aunque la especial naturaleza del TEL era enjuiciar las responsabilidades penales de los acusados conforme a su Derecho interno y que incluía en su ámbito jurisdiccional la persecución no sólo los crímenes internacionales sino

⁹⁷⁵ Artículo original: “1. *The Special Tribunal shall conduct trial proceedings in the absence of the accused, if he or she: (a) Has expressly and in writing waived his or her right to be present; (b) Has not been handed over to the Tribunal by the State authorities concerned; (c) Has absconded or otherwise cannot be found and all reasonable steps have been taken to secure his or her appearance before the Tribunal and to inform him or her of the charges confirmed by the Pre-Trial Judge.*

2. *When hearings are conducted in the absence of the accused, the Special Tribunal shall ensure that: (a) The accused has been notified, or served with the indictment, or notice has otherwise been given of the indictment through publication in the media or communication to the State of residence or nationality; (b) The accused has designated a defence counsel of his or her own choosing, to be remunerated either by the accused or, if the accused is proved to be indigent, by the Tribunal; (c) Whenever the accused refuses or fails to appoint a defence counsel, such counsel has been assigned by the Defence Office of the Tribunal with a view to ensuring full representation of the interests and rights of the accused.*

3. *In case of conviction in absentia, the accused, if he or she had not designated a defence counsel of his or her choosing, shall have the right to be retried in his or her presence before the Special Tribunal, unless he or she accepts the judgement”.*

⁹⁷⁶ Documento original: “*While the safeguards of notice, effective representation and the right to re-trial have become well established precedents in international criminal and human rights law, implementing any of these safeguards entails practical considerations that should be taken into account in the design of any process or institution that may be undertaking trials in absentia*” (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2016: 13).

también el delito de terrorismo, lo que pudo determinar que en sus normas estatutarias se estableciera esta específica regulación para posibilitar el juicio *in absentia*, establecido para casos excepcionales en evitación de situaciones de la impunidad de miembros de organizaciones criminales o terroristas que fueren autores mediatos de atentados devastadores para la población civil. De hecho, en la Sentencia dictada por dicho Tribunal en el caso *Ayyash et. al.* es muestra de ello, pero esto no significa que se haya alterado el carácter extraordinario de los juicios *in absentia*, pues el Tribunal viene obligado a realizar los esfuerzos necesarios para poner a los acusados bajo su custodia para enjuiciarlos. Para un tribunal internacional o internacionalizado, la cooperación y la planificación a largo plazo con los Estados involucrados serán de suma importancia para el eventual arresto de los responsables por la comisión de graves delitos internacionales, así como para la implementación de los instrumentos procesales que permitan la celebración de un juicio con todas las garantías y justo, en los que también deben ser incluidos los mecanismos jurídicos para la protección de testigos y la reparación de las víctimas⁹⁷⁷.

Podemos concluir que la tendencia hacia la permisibilidad general de la celebración del enjuiciamiento *in absentia* en el ejercicio de la jurisdicción penal por los tribunales internacionales no se encuentra en la actualidad resuelta en el sistema penal y procesal basado en el Derecho internacional. La propia CPI ha declarado que un enjuiciamiento de este tipo sería contrario a la propia finalidad de la Corte, además de ser controvertidas las consideraciones sobre la teoría y la lógica de los juicios *in absentia* tanto desde una perspectiva judicial como desde de las normas de los derechos humanos y la relativización de los principios filosóficos-jurídicos que fundamentan el ejercicio de todo poder punitivo, sobre todo cuando el objeto de persecución viene sustentado en el juicio de reprochabilidad colectiva por la comisión de graves delitos contra la humanidad.

C) La atribución jurisdiccional en caso de concurrencia

Hemos señalado en nuestra teoría jurisdiccional que la configuración normativa viene vinculada a la manifestación del poder soberano, articulándose además como un derecho de naturaleza abstracta que permite la facultad de su exigibilidad para su

⁹⁷⁷ Sobre el citado asunto, véase el apartado C.2) del epígrafe 3.3 del Capítulo 3 de la Tesis.

efectivo ejercicio. Basándonos en su fundamento del interés colectivo relevante y de la Autoridad centralizada que reclama para sí el derecho a que se le sea respetada dicha potestad, permite el establecimiento de expectativas jurídicas aplicables conforme a los principios establecidos en todo orden normativo.

Desde esta visión hemos sostenido la capacidad normativa de la comunidad internacional para el establecimiento de un sistema jurídico-punitivo que se legitima conforme a su “autodeterminación normativa”, que sólo viene limitada conforme a sus principios sistémicos y a sus fuentes creadoras de Derecho. Ahora bien, cuando nos referimos a la jurisdicción penal en el ámbito internacional, la misma no se encuentra claramente configurada al mantener los Estados su originaria capacidad soberana, sin transferir de forma genérica dicha potestad, manteniendo que el uso coactivo en el cumplimiento normativo y el ejercicio de la jurisdicción continúa siendo una manifestación esencial de la misma.

Conforme a ello, resulta como un hecho no controvertido que los Estados como Autoridad legítima han “monopolizado” el ejercicio de la jurisdicción, sobre todo en la aplicación del Derecho penal. Los Estados ostentan *in genere* la potestad jurisdiccional por su conexión y vinculación al propio poder soberano. Es una cualidad del poder que se impone de forma prevalente sobre su sustrato social y que legitima su Autoridad, a la vez que ofrece un marco de seguridad jurídica en el cumplimiento normativo. Los tribunales internacionales carecen originariamente de jurisdicción propia, la misma les viene otorgada conforme a la configuración normativa atendiendo a su sistema de fuentes en los que los Estados mantienen de forma material su poder normativo, de ahí que la doctrina haya fundado la jurisdicción internacional en la cesión o delegación realizada por los Estados. En el ámbito penal los tribunales internacionales, así como los híbridos o internacionalizados, carecen de competencia universal, sus facultades jurisdiccionales les son atribuidas como manifestación de la voluntad de los Estados, cuya renuncia a su ejercicio resulta incondicional, por lo que desde mi punto de vista prefiero caracterizar que dicha transferencia se fundamente en el “consentimiento implícito” que justifica que dicha jurisdicción internacional resulte atribuida atendiendo a límites inherentes establecidos en sus principios y configuración normativa en el Derecho internacional.

Por ello, desde el punto de vista teórico, aunque este “consentimiento implícito” determine la transferencia de facultades jurisdiccionales de los Estados basados en un interés colectivo compartido y tenga por fundamento la lucha contra la impunidad en el concreto ejercicio de la jurisdicción punitiva ante delitos que, por su naturaleza y gravedad, les afectan como “parte de un interés superior”. La Autoridad que asume la competencia para ejercer “el castigo” lo hace, prioritariamente, en nombre de la comunidad internacional atendiendo a su propio sistema normativo, pero éste necesariamente debe ser respetuoso con los principios jurídicos transferidos por los sistemas normativos internos de los Estados.

La indivisibilidad es presupuesto esencial de toda jurisdicción y derivado de ello la exclusividad es principio consecuente de su ejercicio, lo que traslada el problema de los criterios para caso de su concurrencia al ámbito de su legitimidad cuando su ejercicio extraterritorial se fundamenta, partiendo de su legalidad en el Derecho interno, en norma internacional convencional o consuetudinaria.

Expusimos que debe diferenciarse entre el poder y la libertad de los Estados para ejercer el castigo, lo que determina que los Estados pueden ostentar la competencia de ejercicio de una jurisdicción punitiva, pero que ello no determina necesariamente que puedan tener la libertad de hacerlo. Por ello, pueden darse conflictos sobre la preferencia o primacía del ejercicio de la jurisdicción por una Autoridad cuando concurren con la que puede ser ejercida por otra en cumplimiento de sus normas. Siguiendo la doctrina generalmente aceptada, la concurrencia de competencias puede ser absoluta o relativa. Podemos considerar como competencia absoluta *“aquella que determina la clase y, eventualmente, la jerarquía del tribunal llamado por ley a conocer de un asunto determinado; y la competencia relativa es aquella que determina qué tribunal, dentro de una clase o jerarquía es el que debe conocer del asunto concreto que se desea plantear y someter a su resolución”* (SÁEZ MARTÍN, 2015: 562).

En el XVII Congreso Internacional de septiembre de 2004, celebrado por la Asociación Internacional de Derecho Penal en Beijing, al tratar de la concurrencia de jurisdicciones penales, señalaron que *“crea un riesgo de persecuciones múltiples por los mismos hechos,*

- *puede ser perjudicial para los Derechos Humanos de los afectados,*

- puede producir como resultado la no identificación en su integridad de crímenes internacionales,

- puede tener un impacto negativo sobre la soberanía e intereses legítimos de los Estados implicados” y concluye que resulta “necesario desarrollar mecanismos preventivos para evitar los problemas derivados de la concurrencia de jurisdicciones nacionales. En la medida en que esto no sea posible los problemas derivados del conflicto de competencias deberían resolverse mediante la aplicación y desarrollo de las disposiciones jurídicas internacionales en materia de cooperación penal con el objetivo final de aprobación de un instrumento internacional sobre la concurrencia de jurisdicciones” (2004: 825).

En la Resolución de dicho Congreso, “se dejó claramente expuesto el triple escenario de la concurrencia de competencias nacionales e internacionales:

a) *Concurrencia vertical-supranacional, entre tribunales nacionales e inter(supra)nacionales, que para resolverse necesita de una regulación específica;*

b) *Concurrencia horizontal inter(supra)nacional, entre tribunales penales internacionales del mismo ámbito, o de ámbitos contrapuestos, para cuya solución deberían establecerse procedimientos para garantizar la persecución por parte de aquella jurisdicción que mejor asegure una adecuada administración de justicia plasmada en procedimientos justos y eficientes;*

c) *Concurrencia horizontal transnacional, entre jurisdicciones nacionales, la cual crea un riesgo de persecuciones múltiples por los mismos hechos, puede ser perjudicial para los Derechos Humanos de los afectados, puede producir como resultado la no identificación en su integridad de crímenes internacionales, y puede tener un impacto negativo para la soberanía e intereses legítimos para los Estados implicados. Siendo así, se hace necesario desarrollar mecanismos preventivos para evitar los problemas derivados de la concurrencia de jurisdicciones nacionales y de la práctica del forum shopping por parte de las autoridades de la acusación o por la defensa, tratándose de beneficiar con ello de las asimetrías de los sistemas jurídico-penales y de los diferentes niveles de coordinación, colaboración y cooperación de las autoridades policiales, fiscales y judiciales nacionales” (RODRÍGUEZ GARCÍA, 2012: 161-162).*

La ordenación del ejercicio de las jurisdicciones, en el supuesto de concurrencia vertical entre tribunales nacionales y supranacionales, no ofrece excesivos problemas al

estar solucionada conforme a los propios Estatutos y normas convencionales de creación de éstos que determinan su propia jurisdicción. La tendencia hacia un Derecho internacional convencional concreta el ejercicio de la competencia penal por parte de estos tribunales, que al obligar a los Estados Partes o adheridos al tratado determinan su vinculación jurídica formando parte del mismo y de su propio sistema normativo. Por ello, los criterios de atribución y ejercicio de la jurisdicción quedan establecidos normalmente conforme a los principios de primacía o subsidiariedad de la jurisdicción aplicable atendiendo a las normas estatutarias y su desarrollo normativo.

Un ejemplo de ello lo tenemos en el Estatuto de Roma, donde los Estados adheridos al mismo asumen la complementariedad de la jurisdicción, reforzada por lo establecido en el artículo 21 en cuanto a su carácter obligatorio. En otras ocasiones, esa base convencional viene establecida por los propios tratados suscritos como la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; el Tratado contra la Tortura de 1984, o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, que son ejemplos donde a través de la obligación asumida por los Estados de perseguir las violaciones cometidas en su territorio, establece una primacía de las jurisdicciones nacionales. En otros casos, derivado de la propia integración institucional, en la creación de los tribunales internacionales y conforme a su Estatuto constitutivo puede establecerse una primacía de los mismos frente a las jurisdicciones nacionales, como sucedió en los TPIY y TPIR, creado por decisiones del CSNU, así como en la creación de tribunales penales internacionalizados, donde también se establecen normas expresas de atribución competencial como sucede, por ejemplo, el TESL, PETO, ECCC o BWCC.

Pero a pesar de estos ejemplos, la norma general es la primacía de la jurisdicción territorial que puede ser limitada atendiendo a los compromisos internacionales absolutos. Como señaló Carmen Vallejo, citando al Profesor Remiro Brotóns, *“dentro de esa concurrencia, la posición del juez universal debe entenderse como complementaria, subsidiaria o coadyuvante, no sólo porque lo exige la ley estatal en ocasiones, sino porque lo impone el sentido común y el de la oportunidad en todas ellas, defendiendo la preferencia de jurisdicción, particularmente del juez territorial, como juez natural, más aún cuando además existen otros vínculos como la nacionalidad o residencia habitual del autor del crimen”* (REMIRO BROTONS et al.,

2007: 491-516; citado por VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

En suma, el ejercicio territorial de la jurisdicción por los Estados no plantea dificultad justificativa, salvo las correspondientes a su fundamento filosófico y las derivadas de la correcta aplicación de sus principios y normas jurídicas. Por el contrario, el ejercicio de la jurisdicción por un órgano o autoridad extraterritorial sí exige una especial motivación que justifique su legitimidad. El principio de complementariedad opera de forma similar al suponer una quiebra del ejercicio de la jurisdicción territorial de los Estados, así puede ser apreciado en la regulación establecida en el art. 17 del Estatuto de Roma que, al regular las causas de admisibilidad, determina los presupuestos que justifican el ejercicio de su jurisdicción.

Siguiendo con la exposición establecida en el Estatuto de Roma, aunque la resolución de conflictos entre los Estados Partes y no Partes del mismo Estatuto debieran ser resueltos a favor de la primacía de la aplicación de las jurisdicciones de los Estados, ello debe ser objeto de matización en cuanto que conforme a los artículos 1, 12-13, 17, 19 y 21 la propia CPI se atribuye la competencia para resolver sobre el ejercicio de su propia jurisdicción. Como hemos expuesto⁹⁷⁸, se aprecia por parte de la CPI en la interpretación de sus normas estatutarias y reglamentarias una extensión de su ejercicio jurisdiccional. Así, la Resolución de fecha 14 de noviembre de 2019 de la Sala de Cuestiones Preliminares III interpreta el principio de complementariedad en un sentido amplio abarcando no sólo la jurisdicción territorial sino también toda jurisdicción que pudiera corresponder al Estado Parte que transfiere en la Corte su ejercicio, sobre la base de reconocer a su favor “una especie de subrogación” de la jurisdicción extraterritorial que pudiera ostentar los Estados Partes con fundamento en el principio de justicia universal.

El Estatuto de Roma no contempla, con relación a los Estados no Partes, que éstos queden vinculados a la jurisdicción y al sistema normativo de la Corte basado en la existencia de una norma general consuetudinaria de Derecho internacional que obligue a todos los Estados a ejercer su jurisdicción ante la comisión de los delitos internacionales competencia de la misma. Incluso resulta dudoso que, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas, se

⁹⁷⁸ Véase Capítulo 4 de la Tesis.

pueda atribuir de forma específica a la CPI jurisdicción universal propia para el enjuiciamiento de responsables de la comisión de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma, perteneciente a un Estado no Parte del mismo, pues la obligación de cooperación y colaboración con dicho Tribunal Penal Internacional no supone que éste tenga competencia para aplicar todo un sistema normativo de enjuiciamiento a un Estado no Parte, que no ha consentido en cesión alguna de su jurisdicción⁹⁷⁹. Igualmente, puede ser citada la reciente Sentencia de la Sala de Apelaciones de 5 de marzo de 2020, en el asunto sobre la situación en Afganistán, que al revocar la Resolución de la Sala de Cuestiones de Preliminares de 12 de abril de 2019, que denegó la autorización solicitada por el Fiscal para la investigación de los responsables por la presunta comisión de delitos internacionales acaecidos durante la guerra de Afganistán, evita pronunciarse sobre el término “interés de justicia” como criterio inherente al ejercicio jurisdiccional de la Corte, limitando con la interpretación dada al art. 15 del Estatuto de Roma el control de la Sala de Instrucción a la potestad discrecional del Fiscal para iniciar un proceso de investigación, lo que resulta dudoso a tenor de los actos preparatorios del Estatuto de Roma, que si bien no contemplaron de forma específica esta situación, tampoco establecieron un principio legitimador del ejercicio extensivo de la jurisdicción penal atribuida a la CPI⁹⁸⁰.

Para resolver los conflictos de concurrencia de jurisdicciones supranacionales, debe aplicarse las normas constitutivas de los tribunales internacionales pero conforme al principio de legalidad y a los principios inherentes a la jurisdicción como parámetros de legitimidad en su ejercicio. Es más, incluso en la concurrencia de jurisdicciones para la persecución de graves crímenes internacionales, amparadas por norma de Derecho internacional consuetudinario, se carecen de criterios propios para resolver los conflictos que puedan suscitarse entre ellas. Desde este punto de vista, aunque se estime que por la jurisprudencia internacional se ha matizado el concepto de exclusividad jurisdiccional, admitiendo supuestos de concurrencia basados en criterios de personalidad y universalidad, ello no ha resuelto el problema derivado de su integridad, que es una consecuencia del principio de unidad jurisdiccional, pues no existe norma

⁹⁷⁹ Véase asunto Al-Bashir en el Capítulo 1 de la Tesis.

⁹⁸⁰ Sobre el citado caso, véase el apartado C) del epígrafe 4.2 del Capítulo 4 de la Tesis.

alguna de Derecho internacional que autorice a los tribunales ceder su derecho a la jurisdicción a otros Estados⁹⁸¹.

Como señala Vallejo Peña, “dejando a un lado la llamada concurrencia vertical supranacional entre tribunales nacionales y supranacionales, es decir, la relaciones de complementariedad y/o subsidiariedad de las jurisdicciones estatales con los tribunales penales internacionales, bajo el principio de primacía que los estatutos de éstos determinen de su jurisdicción, hay que examinar la relación de igualdad o de preferencia entre las jurisdicciones estatales que pudieran afrontar una misma instrucción y posterior enjuiciamiento de una causa sobre la base de la jurisdicción universal. Se trata de la concurrencia horizontal o concurrencia transnacional entre jurisdicciones nacionales y de si, dada esa concurrencia, debe establecerse la prioridad de alguna de ellas sobre las demás” (2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

En este sentido, se reafirma la preferencia en el ejercicio de la jurisdicción territorial, incluso en un sentido amplio, pero en cuanto a la extraterritorialidad de las jurisdicciones nacionales, la ausencia de homogeneización en su regulación podría ser fuente de conflicto con el legítimo ejercicio de otras jurisdicciones, que también vendrían amparadas en el principio internacional de la libertad normativa de los Estados⁹⁸².

Así, dicha autora expone que “la ausencia de una norma internacional que determine un orden de prioridades, viene siendo preferido el ejercicio de la jurisdicción del lugar de comisión del delito. La práctica de los Estados, acompañada de lo que parece ser un sentido emergente de la opinio iuris, muestra esta preferencia a favor del Estado del locus delicti frente la posibilidad de persecución y enjuiciamiento por parte

⁹⁸¹ En la Introducción del Proyecto de los Principios de Princeton constata la consecuencia de ello, cuando afirma que “la jurisdicción universal plasma la promesa de una mayor justicia, pero la jurisprudencia de la jurisdicción universal es dispar, inconexa, y malentendida. Mientras esto sea así, este instrumento contra la impunidad está acosada de forma potencial por la incoherencia, la confusión y, en ocasiones, la justicia desigual” (BASS et al., 2001: 24).

⁹⁸² Así, y como ya expusimos en el Capítulo 2 sobre el asunto Lotus, la Corte Permanente de Justicia Internacional afirma que “el Derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. Por tanto, las normas jurídicas vinculantes a los Estados emanan de su propia voluntad manifestada en los convenios o por los usos aceptados de forma general como expresiones de los principios del derecho y establecidas para regular las relaciones de coexistencia entre estas comunidades independientes o con una visión de logro de fines comunes” (*The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. CPJI, No. 10, Series A, p. 18*).

de otros Estados, en virtud de la jurisdicción universal” (VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

En consecuencia, el principio de territorialidad viene siendo generalmente admitido como preferente al constituir no sólo una mayor eficacia en el ejercicio de la jurisdicción, sino también un medio de evitación de conflictos de orden político con otros Estados, pero es en el ámbito de la eficacia donde puede ser apreciada su auténtica dimensión no sólo en cuanto a los aspectos relativos a la acreditación y prueba de la comisión delictiva, sino también al suponer una mayor garantía de los posibles responsables, cuyo derecho de defensa viene potenciado por el conocimiento del derecho aplicable y también, de forma más relevante, por el acceso de las víctimas a la justicia, pues como hemos considerado la jurisdicción supone también un derecho de naturaleza abstracta aunque el mismo se fundamente en una expectativa emanada del “poder público”.

“En atención a que el bien jurídico protegido [en los delitos internacionales es el] patrimonio de la comunidad internacional en su conjunto, [Ollé Sesé] explica que «universalidad y subsidiariedad son conceptos antagónicos», no existe exclusividad ni subsidiariedad, sino concurrencia y universalidad, puesto que «el establecimiento de criterios de prioridad para unos tribunales nacionales respecto de otros, también nacionales, en la atribución de jurisdicción, respecto de la protección de bienes jurídicos de los que ninguno de ellos es titular, contravendría el principio mismo de universalidad». Por ello sitúa a los Estados en posición de igualdad ante la represión de los atentados contra estos bienes jurídicos superiores. No obstante, el motivo de su defendida concurrencia con la jurisdicción territorial reside en el temor de que el reconocimiento de una jurisdicción preferente, que sitúe al resto en situación subsidiaria, de lugar a investigaciones fraudulentas, con el exclusivo objetivo de mantener la impunidad de los responsables criminales, o a enjuiciamientos no imparciales que persigan la consecución del instituto de la cosa juzgada” (VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]; y OLLÉ SESÉ, 2008a: 377-416).

Como observa De la Cuesta, aunque la territorialidad sigue siendo la base principal de la aplicación en el Derecho penal, la extensión de la jurisdicción nacional a casos extraterritoriales es cada vez más frecuente de acuerdo con los ordenamientos jurídicos internos, así afirma que *“las posibilidades de concurrencia horizontal*

(trans)nacional se incrementan a medida que se abren nuevas oportunidades de aplicación del Derecho penal nacional a las infracciones cometidas en el extranjero, una tendencia percibida por algunos informes nacionales (...) que reconocen el amplio campo de aplicación extraterritorial de su Derecho penal interno” (2003: 745). Así, dicho Profesor señala que “los Estados siguen diferentes vías para extender su competencia jurisdiccional penal. La extensión tradicional a través del principio de territorialidad (...) conoce en la actualidad nuevas posibilidades mediante la admisión de nuevos criterios sobre el lugar de comisión delictiva, siguiendo una tendencia [progresiva] extendida a todas las infracciones incluso en aquellos países que inicialmente la abrieron sólo para [determinados delitos tipificados en] la legislación penal especial (... para delitos económicos o relativos a las drogas) las infracciones penales son consideradas cometidas en todos los lugares donde se haya realizado cualquiera de sus “elementos constitutivos” (...), no sólo en todos los sitios donde se cometió (total o parcialmente)(...) la acción u omisión, sino -conforme al principio de ubicuidad- también allí donde se produjeron [sus efectos y resultados] (...).

La mayor parte de los sistemas han extendido también su competencia penal, de modo tradicional, a aquellas infracciones cometidas en el extranjero por sus propios ciudadanos, siguiendo el llamado principio de personalidad activa. (...) También se consigue una extensión de la competencia jurisdiccional mediante la admisión del principio de protección, que permite la persecución de una lista de infracciones cometidas en el extranjero (por cualquiera, nacional o extranjero) que afectan a los más altos intereses del Estado, [incluso en los supuestos no reconocidos] del principio de personalidad pasiva, [su ampliación viene siendo determinado al considerarlo como] -no siempre reconocido (...)- es a veces tratado como una modalidad [incluida] del principio de protección” (2003: 746).

Para el caso de concurrencia de jurisdicciones nacionales en el ejercicio de la acción fundada en el principio de justicia universal, el Principio 8 de Princeton establece como criterios: “a) Las obligaciones provenientes de tratados multilaterales o bilaterales; b) El lugar de comisión del delito; c) El nexo de la nacionalidad del presunto responsable; d) El nexo de la nacionalidad de la víctima; e) Cualquier otra vinculación existente entre el Estado y el presunto responsable, el delito o la víctima; f) La probabilidad, buena fe y eficacia del enjuiciamiento en el Estado; g) La equidad e

imparcialidad de las actuaciones en el Estado; h) La conveniencia de las partes y de los testigos, así como disponibilidad de pruebas; e i) Los intereses de la justicia”⁹⁸³.

Los anteriores criterios carecen de carácter vinculante, teniendo una finalidad orientadora dirigida a superar las ambigüedades en el que las legislaciones internas suelen regular el ejercicio de su jurisdicción. Igualmente, carecen de una jerarquía o prelación entre ellos señalando que los mismos serán aplicados de forma equitativa y con la finalidad de solventar los conflictos que puedan surgir entre Estados ante la solicitud de entrega de los presuntos responsables por la comisión de delitos internacionales cuando ésta le es solicitada por parte del Estado en el ejercicio de su competencia.

Por ello, el ejercicio de toda jurisdicción universal requiere previamente de una norma interna de naturaleza estatal que lo regule y permita su ejercicio. No existe norma internacional convencional o consuetudinaria que establezca una determinada forma de regulación a los Estados que actúan siempre conforme al principio de su libertad soberana, por ello el principio de justicia universal puede aparecer en los Derechos internos de forma muy distinta, al no existir en los actuales momentos criterios que determinen una tendencia a la armonización de su regulación. Pero este motivo no nos permite concluir que la falta de una regulación homogénea en el ámbito internacional atente contra los principios de seguridad jurídica, pues el ejercicio de toda jurisdicción originariamente viene configurado por los Estados conforme a su sistema normativo y no emana del Derecho internacional, son sus normas de aplicación los que deben de determinar la forma de superar los conflictos de su ejercicio cuando lo ejercen de forma extraterritorial.

Por este mismo principio, difícilmente puede ser admisible en el ejercicio de la jurisdicción universal el denominado “fuero de conveniencia” o de “elección de foro”,

⁹⁸³ El citado Principio dispone lo siguiente: “*Where more than one state has or may assert jurisdiction over a person and where the state that has custody of the person has no basis for jurisdiction other than the principle of universality, that state or its judicial organs shall, in deciding whether to prosecute or extradite, base their decision on an aggregate balance of the following criteria: (a) multilateral or bilateral treaty obligations; (b) the place of commission of the crime; (c) the nationality connection of the alleged perpetrator to the requesting state; (d) the nationality connection of the victim to the requesting state; (e) any other connection between the requesting state and the alleged perpetrator, the crime, or the victim; (f) the likelihood, good faith, and effectiveness of the prosecution in the requesting state; (g) the fairness and impartiality of the proceedings in the requesting state; (h) convenience to the parties and witnesses, as well as the availability of evidence in the requesting state; and (i) the interests of justice*” (BASS et al., 2001: 32).

en su denominación anglosajona *forum shopping* que, desde mi punto de vista y de forma amplia, puede ser conceptualizado como “aquel que es elegido por las partes entre una diversidad de jurisdicciones concurrentes con la finalidad de alcanzar el favorecimiento de sus respectivas pretensiones”.

Este fuero ha sido utilizado, sobre todo, en el ámbito del Derecho internacional privado, en cuanto favorece la resolución de conflictos y es una práctica comúnmente utilizada. Ello es consecuencia de la propia naturaleza del ordenamiento jurídico privado, pues “*el Derecho internacional privado sólo puede ser entendido en función de la realidad sobre la que opera, el tráfico jurídico externo, y en este orden de cosas podría decirse que nuestra disciplina se configura como búsqueda de la reglamentación jurídica de aquéllas relaciones y situaciones humanas cuyos elementos no se realizan en un único ordenamiento jurídico, en una sola esfera jurídica, sino por el contrario están conectados a dos o más ordenamientos*” (CARRILLO SALCEDO, 1983: 37-38).

Para De Vareilles-Sommières: “De hecho, el orden internacional contemporáneo presenta dos factores favorables para el desarrollo de la elección del foro: por un lado, deja de hecho, la posibilidad al litigante de elegirlo y, por otro lado, le proporciona razones para aprovechar esta elección.

Sobre esta cuestión, independientemente de las muchas opciones jurisdiccionales cuyas reglas de solución de conflictos se dejan con frecuencia en manos de los litigantes, el unilateralismo prevalece en el Derecho de jurisdicción internacional que favorece en gran medida esta posibilidad de elección, ya que incluso permite que una jurisdicción atribuida de forma exclusiva compita sin embargo con otra que niega la exclusividad de aquélla, salvo en los casos en que la jurisdicción venga claramente establecida por norma internacional convencional.

En cuanto a las razones para aprovecharse de esta facultad de elección, éstas mismas son variables, pueden deberse a la naturaleza del procedimiento que deba ser utilizado que deba ser utilizado para resolver la pretensión, también a los intereses de las partes y, con mayor frecuencia, a motivos que favorezcan la aplicación de las normas jurídicas sustantivas: *qui eligit judicem, eligit jus*.

En los litigios internacionales, se refleja una realidad indiscutible, no solo por el particularismo, que todavía prevalece hoy en los conflictos normativos, sino también porque, incluso en el caso de la estandarización de las reglas internacionales, la ley extranjera conserva un estatus inferior a la ley del foro ante un tribunal determinado;

(...) Las reglas de procedimiento en sí mismas permiten ejercer una influencia decisiva sobre el contenido de la sentencia, cuya ilustración ciertamente nos es proporcionada por estos procedimientos estadounidenses ante un jurado popular que, en asuntos de agravio, con frecuencia conduce a una sobrevaloración significativa de las indemnizaciones otorgadas a las víctimas ..., y en resumen, la elección de un juez a menudo resultará decisiva para el resultado del juicio; por lo que podemos entender que los litigantes no abandonen esta práctica”⁹⁸⁴.

El abuso de la utilización del *forum shopping* ha sido considerado como una práctica fraudulenta debido a la manipulación que las partes hacen de las normas de la jurisdicción aplicable para su propio beneficio. Ahora bien, dicha afirmación debe ser matizada conforme señala Alexis Aguilar Domínguez, que afirma que el término “*“manipular” significa hacer cambios o alteraciones en una cosa a propósito para conseguir un fin determinado; en el forum shopping jamás existe la búsqueda a voluntad de modificar la competencia judicial, toda vez que ya existen las jurisdicciones concurrentes, y éstas jamás son manipuladas en el sentido de que se modifique algún punto de conexión para acceder a ellas; lo único que hay es una elección entre varias posibilidades ya determinadas de inicio, por lo que el uso de la*

⁹⁸⁴ Documento original: “*L'ordre international contemporain présente en effet les deux facteurs propices au développement du forum shopping: d'une part, il laisse, en fait, la possibilité au plaideur d'un choix de for et, d'autre part, il lui fournit les motifs d'exploiter cette faculté de choix.*

Sur le premier point, nul n'ignore qu'indépendamment même des nombreuses options de compétence que les règles de conflit de juridictions laissent fréquemment aux plaideurs, l'unilatéralisme qui règne (hors droit conventionnel) en droit de la compétence internationale favorise largement cette possibilité de choix, puisqu'il permet même qu'une compétence qu'un ordre juridictionnel s'attribuerait pourtant comme exclusive, soit néanmoins concurrencée par la compétence d'un autre ordre, niant l'exclusivisme du premier.

Quant aux motifs d'exploiter cette faculté de choix, ils sont eux-mêmes variables. Même s'il peut tenir à la simple extranéité du procès intenté qui, à elle seule, bien employée, peut servir d'épouvantail, l'intérêt de l'auteur du forum shopping tiendra, le plus souvent, à des considérations substantielles: Qui eligit judicem, eligit jus. En contentieux international plus qu'ailleurs, la maxime traduit une incontestable réalité, non seulement en raison du particularisme, qui prévaut encore de nos jours en droit des conflits de lois, mais aussi parce que, même en cas d'uniformisation internationale des règles de conflit de lois, la loi étrangère conserve un statut inférieur au droit du for devant un tribunal donné; et pour cause, on mentionnera pêle-mêle les règles relatives au statut procédural de la règle de conflit, celles relatives à la preuve ou à l'interprétation du droit étranger, ou encore le régime de l'exception de l'ordre public, qui sont autant d'occasions, pour le juge saisi, d'appliquer la loi du for, même si la règle de conflit désigne une loi étrangère. Les règles de procédure elles-mêmes permettent d'exercer une influence déterminante sur le contenu du jugement, l'illustration nous en étant certainement fournie par ces procédures américaines devant jury populaire qui, en matière de responsabilité délictuelle, conduisent fréquemment à un gonflement sensible des dommages-intérêts accordés à la victime... Bref, le choix d'un juge parmi plusieurs s'avérera bien souvent déterminant pour l'issue du procès; on conçoit alors que les plaideurs n'abandonnent pas ce terrain si facilement” (DE VAREILLES-SOMMIÈRES, 2001: 50-51).

palabra “manipular” puede otorgar la apariencia de que ocurre lo mismo que en el fraude a la ley” (2018: 80). A pesar de ello, la utilización de un foro de conveniencia puede suponer que se obstaculice a las partes el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, puede igualmente vulnerar el principio de igualdad de partes y determinar, en todo caso, una “denegación de la justicia”.

En el ámbito del Derecho internacional público y, de forma muy especial, en la justicia penal, no resulta permisible la utilización de un foro electivo a favor de cualquiera de las partes, pues las normas que regulan la jurisdicción tienen carácter de “orden público”. La jurisdicción es indisponible para las partes conforme a la naturaleza pública del *ius puniendi*, pues el interés colectivo prima sobre las pretensiones individuales, además de que las mismas suponen un estatus de garantía e imparcialidad que, como principios generales del enjuiciamiento, deben ser preservados como principios generales del Derecho internacional.

Cuestión distinta al foro de conveniencia es la existencia, ante la concurrencia de jurisdicciones sin prelación entre ellas, del ejercicio de una jurisdicción que suponga una extensión desproporcionada de su competencia extraterritorial. Es lo que podemos denominar como “fueros exorbitantes”, entendido como “*aquel tribunal que se atribuye competencia fuera o más allá de lo razonablemente permisible*” (AGUILAR DOMÍNGUEZ, 2018: 81). En este sentido, “*los foros exorbitantes otorgan competencia judicial internacional a los tribunales de algún Estado en particular, pero lo hacen de manera excesiva o poco razonable, atribuyendo competencia sin tomar en cuenta criterios de proximidad. Cuando hablamos de que son poco razonables y que carecen de criterios de proximidad, hacemos alusión cuando se otorga competencia a los tribunales por medio de puntos de conexión o vinculación débiles con la relación jurídica. El objetivo de atribuir la competencia de la manera anterior es beneficiar a los nacionales de dicho Estado y/o la posición del mismo Estado*” (AGUILAR DOMÍNGUEZ, 2018: 80-81).

En conclusión, podemos determinar la primacía de la jurisdicción de los Estados en cuyo territorio se haya cometido el delito (*forum delicti commissi*), siempre que se realice un auténtico ejercicio de su jurisdicción conforme a los principios de buena fe y efectiva actividad judicial para exigir responsabilidad y dar satisfacción a las

víctimas⁹⁸⁵. En su defecto, se debe establecer la preferencia de atribuir el conocimiento del caso a la jurisdicción en cuyo territorio se encuentre el presunto responsable, pues al ser generalmente exigible como presupuesto su presencia ante la jurisdicción del tribunal encargado de su enjuiciamiento, este criterio supone un principio de “razonabilidad” y de eficacia. De este principio se desprende un criterio limitativo motivado no sólo por razones prácticas y de la previsible efectividad del ejercicio jurisdiccional sino también un postulado derivado de las exigencias de un “juicio justo”, sobre todo ante la ausencia de mecanismos jurídicos que regulen de forma obligatoria la entrega para su enjuiciamiento de los presuntos responsables en los casos en los que se carecen de instrumentos de colaboración y mutua reciprocidad.

En los supuestos en los que no sea ejercida la jurisdicción conforme a la prelación de los dos criterios expuestos, la concurrencia del ejercicio extraterritorial de los Estados, basado en su jurisdicción universal, el criterio preferente para atribuir el ejercicio de la jurisdicción en caso de concurrencia deberá estar determinado por el mayor grado de conexión o vinculación que, basados en la nacionalidad y protección de las víctimas, la nacionalidad de los presuntos responsables o el favorecimiento en la obtención de pruebas sobre los hechos, constituyen criterios valorativos que determinarán la preferencia de una jurisdicción frente a otras. Debe tenerse en cuenta que la jurisdicción se asume de forma plena e indivisible y cuando su ejercicio viene fundado en el principio de justicia universal. *“Se trata de reconocer la existencia de una prioridad de jurisdicciones desde los vínculos de conexión, que sirven entonces, no como límites al establecimiento de la jurisdicción universal, sino como instrumento válido a la hora de establecer la prioridad del Estado que en mejores condiciones se encuentra de llevar a cabo el enjuiciamiento”* (OLLÉ SESÉ, 2008a: 377-416; y VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

Estos criterios, que determinan un sistema normativo para resolver la atribución del órgano jurisdiccional preferente, sólo tienen utilidad para resolver los conflictos

⁹⁸⁵ *“Conforme a ello, la posición de preferencia que la jurisdicción territorial goza en Derecho Internacional no supone, en todo caso, una absoluta e ilimitada subsidiariedad de la jurisdicción universal, es más, se trata de una forma de subsidiariedad condicionada, cuya naturaleza y contenido aún no han sido determinadas de modo concluyente, pero que implica, ante la falta de «buena fe» del Estado territorial en la investigación y persecución de estos crímenes, el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros Estados en aras de evitar y poner fin a la impunidad”* (VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

positivos de jurisdicción, pues como afirma la Profesora Vallejo Peña, “*lo contrario supondría dar a los vínculos de conexión el carácter de límites previos a la jurisdicción universal, adicionando la concurrencia de éstos a la posibilidad de afirmar la misma. Esto desvirtúa la propia naturaleza del principio de jurisdicción universal y coloca a los crímenes internacionales en una virtual situación de litispendencia internacional, ante una especie de inhibición jurisdiccional temporal, pero indefinida, que puede convertirse en permanente, contribuyendo a una proliferación de más casos de conflictos negativos de jurisdicción, en aumento de los niveles de impunidad*” (2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

Sin embargo, los Estados en sus legislaciones internas suelen regular su jurisdicción exigiendo la concurrencia de presupuestos que legitiman su ejercicio, precisamente en evitación de generar conflictos con otras jurisdicciones. Cuando un Estado regula normativamente el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción, los requisitos de conexidad exigidos por la norma legal son límites que suponen una restricción jurisdiccional, pero éstos también amparan y garantizan su ejercicio. Ahora bien, esa libertad normativa de los Estados está sujeta no sólo a las obligaciones asumidas por el Derecho internacional, sino también conforme a los principios reconocidos en sus normas fundamentales y constitucionales, por lo que tanto en su regulación como en su ejercicio por parte de los tribunales el acceso a la jurisdicción como instrumento para la tutela efectiva de sus derechos debe ser interpretada de forma que garantice su efectividad y como principio fundamental previsto tanto en el *corpus iuris* internacional como en las normas fundamentales de los Estados determinan su carácter de derecho abstracto de naturaleza pública.

D) El sistema de garantías jurisdiccionales como principio del Derecho internacional

La construcción de un derecho punitivo en el ámbito internacional no se reduce a la mera caracterización de conductas que por constituir una lesión relevante a los valores de la comunidad internacional determinan su consideración como crímenes internacionales, sino que construye todo un sistema jurídico-penal aplicable conforme a sus fuentes de creación normativa donde los principios generales del Derecho cumplen una especial función sustantiva. Como señala Bassiouni con relación a la jurisdicción penal universal, pero que de forma general entendemos aplicable a todo el sistema

jurídico penal internacional: “La investigación sobre la jurisdicción penal universal y su aplicación debe hacerse por referencia a: (1) la legislación nacional para determinar si existe en la mayoría de los sistemas legales nacionales que representan a las familias de los principales sistemas de justicia penal del mundo; y (2) al Derecho penal internacional convencional para determinar la existencia de normas jurídicas internacionales que prevean la aplicación de la jurisdicción universal por los sistemas de justicia penal nacionales y por los órganos de decisión establecidos internacionalmente”⁹⁸⁶. Siguiendo a Ambos, estos principios generales del Derecho no sólo vienen desarrollados a partir del Derecho nacional basados en una visión exclusivamente comparada, sino que los mismos se pueden fundamentar en una valoración en su conjunto⁹⁸⁷ que podría conducir a una asimilación al Derecho consuetudinario internacional en el sentido trascendente de constituir reglas aplicables que superarían el carácter subsidiario de los principios generales del Derecho como fuente normativa autónoma (AMBOS, 2005: 37-38).

Un Derecho penal internacional, exclusivamente basado en la lucha contra la impunidad, regido por criterios de funcionalidad, aunque fuere para preservar la estructura política y jurídica de la sociedad en su sentido global, corre el riesgo de convertirse dogmáticamente en lo que Günther Jakobs denominó “Derecho penal del enemigo”. Siguiendo al Profesor Muñoz Conde en su obra *¿Es el Derecho penal internacional un <<Derecho penal del enemigo>>?*, caracteriza este Derecho penal, conforme a la descripción dada por el propio Jakobs, en la evolución del sistema punitivo hacia un aumento de la gravedad de las penas, la reducción de las garantías procesales de los imputados y la criminalización de conductas y formas de participación

⁹⁸⁶ Documento original: “*The inquiry into universal criminal jurisdiction and its application must be made by reference to: (1) national legislation to determine whether it exists in most national legal systems representing the families of the world's major criminal justice systems; and (2) conventional international criminal law to determine the existence of international legal norms that provide for the application of universal jurisdiction by national criminal justice systems and by internationally established adjudicating bodies*” (BASSIOUNI, 2001: 105).

⁹⁸⁷ “*Lo decisivo es, por tanto, el nivel de los principios, no el de la regulación. En nuestro contexto, la importancia de esto no se debe subestimar, pues en la elaboración por medio del derecho comparado de principios generales del Derecho penal o de una parte general —en el sentido continental europeo— existen, en el nivel de los principios, más similitudes entre el “Civil Law” y el “Common Law” de lo que por lo común se acepta. Esto será puesto de manifiesto especialmente en la parte tercera de esta investigación. En este punto es suficiente con afirmar que se trata de una comparación jurídica valorativa orientada a principios, que sirve al desarrollo de principios generales de Derecho penal sobre la base del ECPI [(Estatuto de Roma)]*” (AMBOS, 2005: 42).

desproporcionada. En su exposición, señala que para la mentalidad de Jakobs “lo importante es <<salvar la seguridad cognitiva>> del sistema social en su conjunto (...) no juzga el sistema, simplemente lo describe, y nos dice cómo funciona con un Derecho penal para el normal ciudadano y con otro diferente para el enemigo”. Pero como observa el propio Muñoz Conde: “esta concepción del Derecho penal del enemigo, precisamente por su aparente neutralidad científica, no deja de ser ambigua y está sujeta a muchas objeciones” (2008: 95-98).

Así, señala que un Derecho penal así considerado supondría un instrumento de exclusión social y jurídica, aunque considera que no toda concepción funcionalista del derecho punitivo debe tender necesariamente a admitir un Derecho penal de esta naturaleza, debe evitarse que dicha construcción cognitiva incurra en excesos y arbitrariedades y para ello su marco normativo debe asumir principios que limite el ejercicio del poder punitivo. Muñoz Conde termina señalando que “la respuesta a esta cuestión tiene que ser por supuesto contextualizada en un determinado marco, nacional e internacional, que en la presente situación viene configurado por los parámetros, en el ámbito nacional, del Estado social y democrático de Derecho; y, en el ámbito internacional, por las Declaraciones Universales de Derechos Fundamentales de la ONU, la Convención Europea de Derechos Humanos, y, para caso de guerra, por las Convenciones de La Haya y de Ginebra, todos ellos vinculantes para los Estados y la instituciones, nacionales e internacionales” (2008: 99).

Un sistema penal internacional, basado dogmáticamente en el “radicalismo funcional”, puede constituir un riesgo de deshumanización que incorpora a los sistemas jurídicos una imagen del hombre que impide compatibilizar el Derecho penal internacional con los Derechos Humanos. Ello sucede cuando en el sistema penal no se tiene en consideración “el concepto de dignidad humana, ni tampoco se reconoce al hombre en su individualidad, como persona independiente del grupo y (también) del sistema [jurídico]. (...) Por tanto, el hombre no es protegido en razón de un propio derecho por su condición humana, sino sólo, y a lo más, como miembro útil del grupo o de la sociedad, resultando, en definitiva, instrumentalizado y desindividualizado: “así el individuo es degradado a la condición de mero engranaje dentro de un contexto de función mayor, limitado a reconocer o bien a asumir como propio un ordenamiento que le ha sido dado, sin atención a la calidad concreta de las normas garantizadas y sin consideración alguna de su propio punto de vista”. El funcionalismo extremo va

demasiado lejos, porque los criterios de legitimidad material no desempeñan ningún papel en la fundamentación de la legalidad” (AMBOS, 2005: 55-56).

Siguiendo con su exposición, *“la impunidad a nivel mundial de violaciones de los derechos humanos constituye el nexo entre los Derechos Humanos y el Derecho penal internacional”*, y afirma que *“la combinación de justicia penal internacional y nacional promete un efecto disuasorio más importante y con ello –en el más largo plazo– una disminución de las violaciones a los derechos humanos” (AMBOS, 2004: 100-101).*

En consecuencia, son los valores los que legitiman el sistema jurídico-penal internacional, siendo éstos los que constituyen el pilar de su legalidad y eficacia dotándolo del valor de certeza y credibilidad. Como expuso Cançado Trindade, la CIJ ha recurrido a los principios generales del Derecho de forma constante, tanto los emanados del Derecho interno como del propio Derecho internacional. Por su parte, los tribunales internacionales de Derechos Humanos siempre se han basado en el principio de la dignidad humana, así como en el principio de la persona, y las Organizaciones Internacionales no han perdido nunca de vista el principio de humanidad, como el propio principio de la jurisdicción universal (2018: 61). *“La expansión de la jurisdicción internacional ha contado con la participación de las jurisdicciones nacionales. Después de todo, el Derecho internacional atribuye funciones internacionales a todos los tribunales nacionales y éstos últimos tienen un papel que desempeñar en la búsqueda de la primacía del Estado de Derecho internacional”⁹⁸⁸*. Por ello, el ejercicio de toda competencia universal es conforme a los principios y normas del Estado de Derecho o no será “justicia”, pues atendiendo a la centralidad de los Derechos Humanos, que inspira en la actualidad todo el “Derecho de Gentes”, las situaciones de injusticias son insostenibles (CANÇADO TRINDADE, 2017: 60).

La vinculación entre el Derecho internacional punitivo y los Derechos Humanos ha determinado que progresivamente se introduzca el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el sistema de justicia internacional.

⁹⁸⁸ Documento original: *“l’expansion de la juridiction internationale (...) a compté sur la co-participation des juridictions nationales. Apres tout, le droit international attribue des fonctions internationales aussi aux tribunaux nationaux. Ces derniers ont également un rôle ajouer dans la recherche de la primauté de l’etat de droit international” (CANÇADO TRINDADE, 2017: 64).*

En la actualidad, en la mayoría de los sistemas punitivos internos tienen en consideración a las víctimas de los delitos, a las que se les reconocen derechos subjetivos como sujetos pasivos de la relación jurídico-procesal por haber sufrido de forma individual o por su pertenencia a un grupo u colectivo las consecuencias de la “conducta antijurídica” y resultar directamente afectadas por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en su protección. El trato equitativo a las víctimas dentro del enjuiciamiento es uno de los principios establecidos en el Derecho, reconociéndole en los ordenamientos jurídicos un derecho subjetivo de acceso a la justicia así como de obtener la debida reparación y restitución de sus derechos.

En el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos puede observarse una consolidación institucional del derecho de las víctimas basadas fundamentalmente en distintos tratados internacionales no sólo en el ámbito universal sino también, con mayores mecanismos de protección, en el ámbito regional. El Profesor Carlos Fernández de Casadevante Romaní propone una definición, si quiera en el plano formal, del “concepto de víctima” al señalar que *“la víctima es una persona física y, como tal, titular de los derechos que los tratados internacionales de Derechos Humanos proclaman respecto de “toda persona”; derechos que los Estados tienen la obligación de garantizar y de hacer que sean efectivos”* (2009: 14). Conforme a ello, el derecho de las víctimas emana de los propios Derechos Humanos, que vinculan a los Estados, independientemente de que estén protegidos tanto en normas de Derecho interno, normalmente con el carácter de derecho fundamental, como en normas internacionales⁹⁸⁹.

⁹⁸⁹ *El corpus iuris* internacional de protección de los derechos humanos ha tenido en cuenta a las personas físicas en cuanto a su consideración de víctimas, así a título ilustrativo puede citarse: la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984; el Convenio Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 30 de noviembre de 1973, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994, la Convención internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 20 de diciembre de 2006, la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la Esclavitud de 25 de septiembre de 1926 y Acuerdo suplementario sobre la abolición de la esclavitud, la Convención sobre el Comercio de Esclavos e Instituciones y Prácticas similares a la Esclavitud de 7 de septiembre de 1956, el Convenio para la Represión del Tráfico de Seres Humanos y otras Formas de Prostitución de 2 de diciembre de 1946, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 25 de julio de 1951, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 26 de abril de 1954, la Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de

Ahora bien, en el Derecho internacional no existe un concepto único de “víctima”, por cuanto su definición viene siendo considerada en función a su inclusión en alguna de las diversas categorías conforme son contempladas en las normas internacionales⁹⁹⁰, así puede diferenciarse: las víctimas de delitos, aquellas que han sufrido “abuso de poder”, las víctimas de graves violaciones del Derecho internacional humanitario, aquellas que son objeto de desapariciones forzadas, víctimas del terrorismo y las víctimas de violaciones del Derecho penal internacional. Aunque no existe en el Derecho internacional un estatuto único sobre los derechos de las víctimas, suelen reconocerle de forma general tres derechos básicos: el derecho de acceso a la justicia, el derecho de reparación adecuada y efectiva y el derecho a la información sobre las violaciones y los mecanismos de reparación⁹⁹¹, como se indica en los Informes de Theo

Mercenarios de 4 de diciembre de 1989; el Convenio sobre Armas Químicas de 13 de enero de 1993, y el Convenio para la Represión de la Trata de Personas de 2 de diciembre de 1949; entre otros textos convencionales. Paralelamente a este “proceso de positivización” de la norma internacional, la doctrina jurisprudencial emanada de la Corte Internacional de Justicia ha ido progresivamente reconociendo el derecho de las víctimas, que ha ido vinculando a la propia protección internacional de los derechos humanos.

Igualmente, véase el apartado B) del epígrafe 3.2 del Capítulo 3 de la Presente Tesis.

⁹⁹⁰ A nivel regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia *Las Madres Sticking de Srebrenica c. Países Bajos* de 11 de junio de 2013, tiene declarado que: “*En cuanto a si todos las demandantes pueden ser consideradas como “víctimas” en el sentido del artículo 34 del Convenio, el Tribunal ha señalado que este concepto debe interpretarse de manera autónoma e independiente de los conceptos nacionales, tales como los relativos al interés sobre la participación en los procedimientos judiciales o su capacidad para hacerlo. En opinión del Tribunal, para que un demandante sea capaz de afirmar que él o ella es víctima de una violación de uno o más de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio y sus Protocolos, debe existir un vínculo suficientemente directo entre el demandante y el daño que él o ella afirma haber sufrido como consecuencia de la supuesta violación*”, y conforme a precedentes consolidados recuerda que “*El Tribunal ha negado efectivamente presentarse como demandantes a las organizaciones no gubernamentales establecidas sin otro objetivo que el de reivindicar los derechos de las presuntas víctimas (...), e incluso a las organizaciones no gubernamentales cuyo objetivo era defender los derechos humanos (...)*” (TEDH, *Las Madres Sticking de Srebrenica / Países Bajos*, Sentencia (dec.) de 11 de junio de 2013, no. 65542/12, apdos. 114-115).

⁹⁹¹ Con independencia del Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI, en su trabajo del año 2001 sobre el derecho de las víctimas, en el ámbito general o universal de las Naciones Unidas, encontramos tres normas institucionales relativas a cinco categorías de víctimas; de un lado, la Resolución 40/34 de la Asamblea General, adoptada el 29 de noviembre de 1985, que contiene la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; de otro, respecto de las víctimas de desapariciones forzadas, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992 que sería seguida por la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006; y por último, con un carácter más general, la Resolución 2005/35 de 19 de abril de 2005, por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que contiene los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas

van Boven y Mahmoud Cherif Bassiouni, basadas en las obligaciones jurídicas en el Derecho penal internacional y en el Derecho internacional humanitario, que fueron contempladas en la Resolución 2005/35, de 19 de abril, sobre “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, *“toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del Derecho internacional humanitario”*⁹⁹².

En el sistema penal internacional, la víctima ha sido considerada fundamentalmente en su calidad de testigo y sus derechos se derivan de la protección otorgada en cuanto a su participación en el procedimiento. Como señala la Profesora Del Carpio: *“Las víctimas de los crímenes competencia de los Tribunales ad hoc no tienen ninguna posibilidad, sea individual o colectivamente, para impulsar el inicio de una investigación o forzar una acusación. Las víctimas sólo pueden conocer el inicio de la investigación o la apertura del procedimiento contra sus victimarios en el momento en el que se les comunica la obligación que tienen de prestar declaración en calidad de testigos, lo que supone que si no son llamadas como testigos puede que ni siquiera lleguen a conocer la existencia de tales acciones. Tampoco pueden obtener información sobre las pruebas presentadas por las partes, ni menos presentar recurso alguno para apelar una sentencia absolutoria”* (2013: 130).

De forma similar en los tribunales internacionalizados o híbridos, la víctima tiene derecho a su protección en cuanto a su cualidad de testigo, a los que se añade ciertos derechos a ser informado y a declarar en los procesos de investigación y enjuiciamiento. Sólo en determinados estatutos se les reconocen un derecho de

internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

⁹⁹² Así, “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001, n.º de referencia A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2), pp. 26-153. Concretamente conforme a los Principios 6 a 10 de dicha Resolución.

compensación económica en calidad de parte perjudicada y en estos casos, normalmente, las competencias del tribunal internacional se limitan a la identificación de las mismas y el establecimiento de una cuantificación equitativa, pero deja su ejercicio a los tribunales civiles nacionales para su efectiva satisfacción (así, por ejemplo, se recoge en los artículos 50 de la Regulación 2000/15 de los PETO y 25 del Estatuto del TEL).

Por el contrario, el Estatuto de Roma consagra en gran medida lo establecido en la Resolución 40/34 de la AG, adoptada el 29 de noviembre de 1985, que contiene la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Conforme a la Sección Tercera del Reglamento de Procedimiento y Prueba, establece un estatuto de las víctimas en el proceso penal internacional, no sólo en calidad de testigo con las medidas de protección al mismo sino como verdaderos “actores” del juicio penal. Los derechos de las víctimas a ser compensadas por los daños y perjuicios ocasionados vienen establecidos en el art. 75 del Estatuto de Roma, que en su apartado segundo establece que *“la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario”*, que se llevará a efecto conforme a las Reglas 96-97 del Reglamento de Procedimiento y Prueba. Pero a pesar de ello, no se le otorga un auténtico estatuto de “parte procesal” porque requiere la autorización judicial para su participación en los debates como coadyuvantes (*amicus curie*), canalizando normalmente su posición procesal a través de la Fiscalía (así por ejemplo véase el caso Banda de 20 de abril de 2020).

Con relación al ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones nacionales basado en el principio de justicia universal, la configuración legal de su estatus viene determinada por el Derecho interno, que como expusimos en el Capítulo 3, deberá de respetar el derecho de acceso a la justicia en los términos establecidos en los arts. 8 DUDH y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

A pesar del progresivo reconocimiento de la participación de la víctima en los procesos penales, debe ser tenido en cuenta que sus derechos deben ser contemplados de forma equitativa pues ningún sistema punitivo puede ser configurado teniendo exclusivamente en cuenta su satisfacción. El mismo fundamento de la dignidad humana

determina que el sistema punitivo internacional no puede estar basado en prácticas “inquisitoriales” y la lucha contra la impunidad no puede determinar la “deshumanización” del mismo. Un derecho punitivo basado de forma exclusiva en principios de retribución punitiva, sin garantías reconocidas a los justiciables y sin el reconocimiento de un sistema de valores basados en la misma DUDH, conllevaría el riesgo de convertir el Derecho penal internacional no sólo en un “Derecho penal del enemigo”, sino además de un “Derecho penal del enemigo vencido”.

Conforme hemos señalado, el magistrado de la CIJ Cançado Trindade ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia internacional ha supuesto un decidido avance en el fortalecimiento del Estado de Derecho⁹⁹³ y en la armonización de los sistemas jurídicos de los Estados. La justicia penal internacional sólo puede alcanzar la confianza necesaria para legitimar su Autoridad si garantiza junto a los derechos de las víctimas la de los infractores. *La justicia sin garantías no es justicia sino arbitrariedad.*

En este sentido, tanto los estatutos y normas de procedimientos de los tribunales internacionales e internacionalizados han reconocido los derechos y garantías de los acusados conforme a lo establecido en los artículos 10 y 11 DUDH y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966. Las garantías de imparcialidad e independencia de los tribunales del principio de legalidad penal e irretroactividad de las normas punitivas perjudiciales al infractor, el derecho a ser oído, a la prueba e igualdad entre las partes, a la asistencia letrada, a tener un derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y la proporcionalidad y humanización de las penas, integran el contenido del juicio justo o debido, que legitiman el ejercicio punitivo por parte de toda Autoridad habiendo sido interpretado los mismos de forma uniforme por parte de los tribunales regionales de los Derechos Humanos, que han determinado el establecimiento de principios de todo sistema penal que tenga como valor el de la dignidad humana.

Desde el punto de vista del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados y de los tribunales internacionales *ex post facto* debemos abordar de todas ellas las garantías principales que legitiman todo ejercicio jurisdiccional: el principio de legalidad penal e irretroactividad; *non bis in ídem* y la prohibición de toda persona a

⁹⁹³ Entendemos por Estado de Derecho de forma amplia en este contexto como sistema institucional que somete el ejercicio de todo poder a la ley.

someterse a una doble incriminación y a un doble enjuiciamiento; y por último reflexionaremos sobre la necesidad de criterios de proporcionalidad y ponderación punitiva como principio legitimador de la confianza y credibilidad del ejercicio de la jurisdicción penal.

Sin ánimo exhaustivo, debemos señalar que “el Derecho internacional convencional es la mejor fuente de Derecho penal internacional sustantivo en la medida en que es más apto para satisfacer el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Pero ello no excluye al Derecho internacional consuetudinario o a los principios generales del Derecho como fuentes del Derecho penal internacional sustantivo, siempre que cumplan con el estándar de especificidad equivalente al del Derecho internacional convencional”⁹⁹⁴. Bassiouni justifica en razones históricas la materialidad legitimadora de la norma consuetudinaria para la determinación de los delitos al señalar que en el proceso de codificación fueron claramente admitidos delitos tenidos en cuenta por su naturaleza universal y expresada no sólo por filósofos sino también por juristas.

Ahora bien, con relación al principio de legalidad penal no puede admitirse una relativización del mismo basado, fundamentalmente, en su carácter histórico, surgido ante la debilidad de la posición del individuo frente a los “Estados absolutistas”, pues su vigencia como principio es absolutamente actual ya que, por su posición, ningún individuo se encuentra en situación de igualdad con respecto a las organizaciones políticas de las que forman parte y ello es reconocido por los textos internacionales. Aunque el ejercicio de la jurisdicción universal se base en la conceptualización de crímenes internacionales conforme a norma consuetudinaria, desde esta perspectiva la aplicación del Derecho penal por los tribunales ha favorecido la cohesión de los ordenamientos jurídicos internos y ha dotado de certidumbre las normas de Derecho internacional consuetudinario, lo que ha determinado una nueva “reformulación” del principio de legalidad penal que permita evitar una generalizada situación de impunidad amparada en el mismo.

⁹⁹⁴ Documento original: “*Conventional international law is the better source of substantive international criminal law insofar as it is more apt to satisfy the principle of legality, nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege. But that does not exclude customary international law or general principles of law as sources of substantive international criminal law, provided they meet the standard of specificity equivalent to that of conventional international law*” (BASSIOUNI, 2001: 105).

Resulta interesante entre las teorías que han reinterpretado el principio de legalidad y su compatibilidad con la determinación consuetudinaria de los crímenes internacionales la exposición del Profesor Gallant, para el que: “Los tribunales deben cumplir de forma estricta tres presupuestos para evitar el gran potencial de abuso en la recaracterización retroactiva.

Primero, el acto debe ser un delito aplicable bajo el Derecho internacional al tiempo de ser enjuiciado en el tribunal. Los tribunales necesitan evitar “cortocircuitos” en la discusión de dicho problema. Deben examinar de cerca la práctica y la *opinio iuris* al decidir si la actuación es un delito bajo el Derecho internacional consuetudinario. Si no, los tribunales corren el riesgo de exceder su propia jurisdicción en la materia.

Segundo, los actos deben haber sido delito bajo alguna ley que vincule al (presunto) autor en el momento en que se cometiera dicho acto. Como se ha demostrado, esta ley puede ser del Derecho penal interno, norma internacional convencional (tratado) que se aplique al autor, o norma internacional consuetudinaria bajo otro nombre (como cuando antes se llamaba crímenes de guerra y ahora se denomina crímenes de lesa humanidad). De nuevo, los tribunales necesitan examinar con detenimiento la ley específica que supuestamente apoye la reclamación del acusado había advertido o tenido en cuenta que la actuación realizada fue penal, más que afirmar simplemente que lo fue. Los tribunales deben estar seguros de que la norma concreta fue aplicada al autor al momento en que ésta actuara. Aquí está más claro que un error determinaría que el tribunal excediera de su jurisdicción en cuestión y someta al acusado a una pena injusta.

Tercero, (...) los procedimientos para dictar sentencia son necesarios para garantizar que éstas no excedan de lo máximo que se podría haber dado por el delito del que se le ha informado al acusado (*nulla poena sine lege*). Cuando el delito está relacionado con miembros de las fuerzas armadas bajo el Derecho interno, no suele ser un problema pues los delitos cometidos por militares conllevan penas severas. De hecho, después de los juicios de la Segunda Guerra Mundial, uno podía concluir de forma razonable que los delitos internacionales llevaban como pena máxima la muerte. Pero cuando el acto fue simplemente un delito según la ley nacional cuando se cometió, existe el peligro de que se imponga una sentencia más severa en virtud del Derecho internacional.

Este proceso de recharacterización está estrictamente limitado a delitos presumiblemente nuevos bajo el Derecho internacional humanitario, pero que cubren actos que antes fueron delitos sólo bajo la norma interna que se aplicaban a las personas, o eran delitos con un nombre distinto en el Derecho internacional que se aplican a las personas. No puede utilizarse, por ejemplo, como una excusa para que la potencia ocupante (Estado vencedor “o requirente”) amplíe su jurisdicción penal general sobre las personas en el territorio ocupado”⁹⁹⁵.

Con relación a la irretroactividad de la norma penal perjudicial para los infractores, resulta trascendente significar la dificultad justificadora del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales que podemos denominar, como lo realiza el Profesor Ambos, *ex post facto*. En efecto, tanto los tribunales internacionales *ad hoc* como los tribunales internacionalizados establecen normas de enjuiciamiento para juzgar hechos anteriores a su creación, lo podemos denominar junto con Ambos “el mal endémico de la jurisdicción penal internacional”. En principio, “*la creación ex post facto de los tribunales (...) infringe ante todo el elemento temporal del principio nullum*

⁹⁹⁵ Documento original: “*Courts must strictly comply with three requirements to avoid the great potential for abuse in retroactive re-characterization.*

First, the act must be a crime under applicable international law at the time it is prosecuted in court. Courts need to avoid short-circuiting the discussion of this issue. They must examine practice and opinio juris closely in deciding whether any given acts are crimes under customary international law. Otherwise courts run the risk of exceeding their own subject-matter jurisdiction.

Second, the act must have been a crime under some law binding the actor at the time that the act was committed. As has been shown, this law may be national criminal law, international conventional (treaty) law applying criminal law to the actor, or international customary law under another name (as where what were formerly solely war crimes are also called crimes against humanity). Again, courts need to examine closely the specific law alleged to support the claim that the accused had notice that the act performed was criminal rather than simply claim that the act was so. Courts must be sure that the specific law was in fact applicable to the actor at the time he or she acted. Here it is even clearer that an error would cause the court to exceed its subject-matter jurisdiction and subject an accused to a wrongful conviction.

Third, (...) sentencing procedures are needed to ensure that sentences do not exceed the maximum that could have been given for the crime as to which the accused has notice (nulla poena sine lege). Where the crime is related to the military under national law, this frequently is not a problem, because military offenses often carry harsh penalties. Indeed, after the World War II trials, one could reasonably conclude that international crimes all carried the death penalty as their maximum punishment. But where the act was simply a crime under national law when committed, there is a danger of a harsher sentence being meted out under international law.

This re-characterization process is strictly limited to crimes that were arguably new under international humanitarian law but that cover acts that were previously crimes only under national law applying to the actor or were previously crimes under a different name in international law applying to the actor. It cannot be used, for example, as an excuse for an occupying power to broaden its general criminal law authority over persons in occupied territory” (GALLANT, 2009: 367-369).

crimen, es decir, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales” (AMBOS, 2010: 238). Aunque no se pretenda eliminar el recurso de estos tribunales a las fuentes no escritas de Derecho internacional y la existencia de actos que pueden ser reconocidos como crímenes internacionales en el Derecho internacional consuetudinario o que puedan considerarse delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional, sólo una comprensión estricta de la costumbre podría ser válida para compatibilizarla con la garantía *nullum crimen sine lege certa*, pues de lo contrario un alcance ilimitado constituiría una violación flagrante de la seguridad jurídica (AMBOS, 2010: 238). No debe ser confundido la responsabilidad objetiva del Estado con la responsabilidad individual, por ello basándose en la diferencia de los Derechos internos entre prohibiciones alternativas y los delitos considera que una mera prohibición sólo puede transformarse en delito y ser conciliada con la prohibición de retroactividad si constituye una regla de excepción fundada en la evidente ilegalidad que revestía la conducta al momento de su comisión y teniendo en cuenta consideraciones de justicia. En cualquier caso, el recurso al Derecho penal no escrito está plagado de incertidumbres y dificultades siendo indiscutible que la calificación de una conducta como crimen por medio de una codificación conduce a una mayor claridad y seguridad (AMBOS, 2010: 238-240).

En lo referente al principio *non bis in ídem*, tanto en su sentido material como procesal, ha sido reconocido desde siempre por la jurisdicción penal internacional (así de forma expresa consta en el art. 20 del Estatuto de la CPI⁹⁹⁶). Igualmente, en el ejercicio de la jurisdicción universal viene reconocido en los Principios de Princeton de 2001 y en los Principios Madrid-Buenos Aires, celebrado en el Congreso entre los años 2014 y 2015, siempre que se haya procedido a un verdadero proceso penal y éste no haya sido realizado con carácter fraudulento. Como derivación de dichos principios nos interesa destacar la prohibición de doble incriminación y doble enjuiciamiento, pues tenemos que señalar que los mismos operan principalmente como limitación en el ejercicio de la jurisdicción, como garantía de los presuntos responsables de un derecho

⁹⁹⁶ El citado precepto dispone lo siguiente: “La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.

subjetivo a oponerse al ejercicio de la jurisdicción extraterritorialmente ejercida, aunque la misma se encuentre fundada en el Derecho interno del Estado que pretende su ejercicio, por ser contraria a sus derechos fundamentales.

Estos dos derechos son conceptualmente y conforme a su naturaleza distintos. Comenzando por el derecho a la doble incriminación, regulado fundamentalmente al tratar de la extradición, el mismo viene considerado como *“un principio básico en materia de extradición, en virtud del cual es preciso que el hecho que motiva la extradición constituya delito en el Estado requirente y en el Estado requerido y, como herencia de esta materia, ha sido también considerado como criterio de ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, fundamentalmente cuando ésta se ejerce en base al vínculo de la personalidad activa. En este caso, el respeto de la doble incriminación haría necesario que el hecho a enjuiciar constituya delito no sólo en el Estado del foro, sino también en aquél en que se cometió”* (VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

Es cierto que la tipificación de los delitos internacionales viene fundada en norma de Derecho consuetudinario que los tribunales internos deben aplicar, pero los fundamentos del ejercicio de la jurisdicción, así como el Derecho penal sustantivo y procesal, deben ser aplicados conforme a sus ordenamientos jurídicos internos. Como señala Vallejo Peña, *“en suma, en el momento de la aplicación de la ley penal en el espacio, será la norma nacional, la que regule estos aspectos, y a ella tendrá que ajustarse el juez doméstico, lo que provocará, desde la fuente integrada de los ordenamientos jurídicos penales internos, una regulación no unitaria del Derecho penal internacional”* (2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

En cumplimiento de sus obligaciones internacionales, los Estados han integrado en sus ordenamientos jurídicos internos los crímenes internacionales y, en todo caso, las reformulaciones realizadas al principio de legalidad penal, como hemos expuesto, hacen factibles la previsión de conductas delictivas basadas en la norma internacional, aunque no se encuentren expresamente recogidas como tales en las normas internas. Así, la prohibición a la doble incriminación *“viene salvada desde la integración de la norma penal internacional, al encontrarse la conducta en cuestión, como crimen internacional, incriminada y prohibida por el Derecho penal internacional convencional y/o consuetudinario, aun cuando la prohibición no haya sido*

desarrollada por la norma internacional, y aun cuando la prohibición no esté prevista en el derecho interno de estos terceros Estados, quienes, sin embargo, tendrán tipificados, los delitos comunes de base al crimen internacional” (VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]).

Sin embargo, si eso es admisible jurídicamente en la tipificación delictiva, no existe tal previsión en cuanto a la respuesta punitiva, sobre todo cuando ésta es incompatible con los principios de humanización de las penas. Ello sucede, por ejemplo, cuando la entrega para el enjuiciamiento es solicitada por un Estado que prevé la pena de muerte, es en estos casos cuando conforme al Derecho interno de los Estados se establecen cautelas que impidan la entrega, por fundado que sea el ejercicio de la jurisdicción universal, todo ello como garantía del acusado y la plena vigencia de este principio.

Por su parte, la prohibición al doble enjuiciamiento viene establecido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁹⁹⁷ así como en los textos regionales de protección de los derechos fundamentales que le han otorgado una dimensión más amplia que el principio *non bis in ídem* y de cosa juzgada, ya que supone limitaciones al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de los Estados basada en la competencia universal. Ejemplo de ello podemos verlo en la Sentencia del TEDH de fecha 8 de julio de 2019, caso Mihalache c. Rumanía, en el que recordó su doctrina que la prohibición contra la “renovación” de los procesos penales es una de las garantías específicas derivadas del principio general de un juicio justo en materia penal, que consagra en el derecho fundamental que garantiza que nadie puede ser procesado o castigado penalmente por un delito por el cual ya ha sido absuelto o condenado por una sentencia definitiva o sometido a una repetición del juicio⁹⁹⁸. Dicha protección viene

⁹⁹⁷ El citado precepto dispone lo siguiente: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

⁹⁹⁸ Así: “The Court reiterates that the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 of the Convention in time of war or other public emergency. The protection against duplication of criminal proceedings is one of the specific safeguards associated with the general guarantee of a fair hearing in criminal proceedings. Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention enshrines a fundamental right guaranteeing that no one is to be tried or punished in criminal proceedings for an offence of which he or she has already been finally convicted or acquitted (see *Marguš v. Croatia* [GC], no. 4455/10, § 114, ECHR 2014 (extracts); *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, § 58, ECHR 2009; *Nikitin v. Russia*, no. 50178/99, § 35, ECHR 2004-VIII; and *Kadušić v.*

consagrada como parte central de los derechos fundamentales, no permitiendo su derogación en tiempos de guerra o por razones de orden público. Ello determina la prohibición de seguir cualquier proceso subsiguiente que versen sobre los mismos hechos, que tiene una dimensión más amplia que el principio *non bis in ídem*, que en su sentido material impide el enjuiciamiento de quien haya sido condenado o absuelto por sentencia firme, que en su dimensión procesal alcanza a la protección del individuo frente a las decisiones judiciales pasadas.

Este principio, reconocido en las legislaciones internas, basado en el deber jurídico de protección y promoción de los derechos humanos, también resulta reconocido plenamente en el ejercicio de la jurisdicción universal habiendo sido incorporado sin excepción a todo enjuiciamiento por parte de los tribunales penales internacionales desde su origen en el TMI y TPMILO, así como en los Tribunales Internacionales *ad hoc*.

A pesar de ello, se ha matizado el mismo a fin de restringir su aplicación en algunos procesos fraudulentos o simbólicos que atenten contra el principio de la buena fe, “*que afectaría a un proceso sostenido en la jurisdicción universal, [y en su ponderación,] influirán los criterios que el legislador nacional adopte para verificar la existencia de un enjuiciamiento auténtico producido en otro foro jurisdiccional, y de si este principio abarca no sólo el estricto de la cosa juzgada, sino también el de ne bis in ídem, en el caso de pendencia de otra investigación iniciada*” (VALLEJO PEÑA, 2016: Edición Digital [Libro Electrónico]). Así es recogido en el Principio 9 de Princeton, en virtud del cual determina que: “En el ejercicio de la jurisdicción universal, el Estado o sus órganos judiciales velarán que la persona que sea objeto de actuaciones penales no quede expuesta a enjuiciamientos o penas múltiples por el mismo acto delictivo cuando las actuaciones penales anteriores u otros procedimientos de imputación de responsabilidad se hayan incoado de buena fe y de acuerdo con las normas y criterios internacionales. No se considerará que entran dentro del ámbito del presente Principio

Switzerland, no. 43977/13, § 82, 9 January 2018). *The repetitive aspect of trial or punishment is central to the legal problem addressed by Article 4 of Protocol No. 7 (see Nikitin, cited above, § 35). The Court observes that the wording of the first paragraph of Article 4 of Protocol No. 7 sets out the three components of the ne bis in idem principle: the two sets of proceedings must be “criminal” in nature (1); they must concern the same facts (2); and there must be duplication of the proceedings (3). It will assess each of those components in turn*” (TEDH, *Mihalache / Rumanía*, Sentencia [GS] de 8 de julio de 2019, no. 4012/10, p. 17).

los enjuiciamientos ficticios o las penas irrisorias dimanadas de una condena u otras actuaciones que eviten la imputación de la responsabilidad”⁹⁹⁹.

Pero este planteamiento de “buena fe” también le es exigible a los tribunales penales internacionales. Los criterios de proporcionalidad y ponderación en el ejercicio de toda acción punitiva fundamentan la legitimidad en su ejercicio. Como señala Chehtman, la Autoridad de un tribunal se fundamenta en la credibilidad. La credibilidad no significa fiabilidad, sino que las razones objetivamente aplicables al enjuiciamiento son correctas. Ello supone un juicio en el que se encuentran implicados no sólo el tratamiento equitativo de los acusados y las víctimas, sino el resto de la ciudadanía en cuanto debe de satisfacer un grado suficiente de confianza pública para que sean legítimamente perseguidos. Las apariencias de parcialidad son incompatibles con ese sentimiento de confianza, debiendo entenderse que la Autoridad judicial no sólo debe ser imparcial a nivel individual, sino que todo el sistema judicial debe ser normativamente imparcial, sin interferencia alguna de actitudes políticas o de conveniencia. En igual sentido, la justicia internacional no debe ser meramente retributiva, sin evaluar principios que afectan a la culpabilidad y aplicar criterios de ponderación punitiva. Debe de rehuirse de meras puestas en escenas pues el sentimiento general es anticiparse a la consideración de culpabilidad de personas investigadas y ello daña la Autoridad de cualquier órgano judicial cuando permite el enjuiciamiento sobre pruebas no fiables (CHEHTMAN, 2013: 222-236).

También Chehtman rechaza en el ámbito del enjuiciamiento la generalización de los juicios *in absentia*, por cuanto conforme a su estructura no contribuyen a la sensación de que la norma jurídico-penal ha sido violada, por lo que no es preferible a la impunidad. *“Los juicios in absentia parecen debilitar la autoridad del Estado porque contaminan la credibilidad, aún más que la precisión fáctica, de la sentencia. (...) Esto es, ya sea porque el individuo sería mantenido al margen o porque la razón por la que se le castiga sería percibida como espuria, una decisión adoptada in absentia no*

⁹⁹⁹ Documento original: *“In the exercise of universal jurisdiction, a state or its judicial organs shall ensure that a person who is subject to criminal proceedings shall not be exposed to multiple prosecutions or punishment for the same criminal conduct where the prior criminal proceedings or other accountability proceedings have been conducted in good faith and in accordance with international norms and standards. Sham prosecutions or derisory punishment resulting from a conviction or other accountability proceedings shall not be recognized as falling within the scope of this Principle”* (BASS et al., 2001: 33).

contribuiría a nuestra sensación de que la norma jurídico-penal que ha sido violada está en vigor y de qué tenemos determinados derechos que las normas jurídicas apoyan y protegen” (2013: 234-235).

A ello debemos añadir decisiones que parecen debilitar el sistema judicial. Por ejemplo, la simplificación pretendida de los enjuiciamientos fragmentando la exigibilidad de responsabilidad criminal conforme al estatus o cargo personal de la víctima, cuando por la jurisdicción penal internacional se renuncia a enjuiciar a responsables que, junto al ataque a la misma, han producido otras víctimas que no estiman relevantes para ejercer su jurisdicción. Ello determina que los Estados, en evitación de situaciones de impunidad y de defensa de las víctimas de su nacionalidad, tengan que ejercer su propia jurisdicción, rompiendo con ello la “contingencia de la causa penal”. Una actuación por parte de los tribunales sin entrar en el fondo sobre todas las responsabilidades penales que pudieran haber sido resueltas en un único procedimiento objeto de su competencia contraviene los principios de buena fe, que también son exigibles a los tribunales penales internacionales. Este puede ser el caso del TPIR, en la causa seguida contra Bernard Ntuyahaga por su participación en el asesinato del Primer Ministro Agathe Uwilingiyimana, donde un grupo de soldados de nacionalidad belga resultaron también fallecidos por dicho atentado. En el procedimiento tramitado ante el TPIR se formuló acusación con fecha 26 de septiembre de 1998 siendo ésta retirada el 18 de marzo de 1999, siendo ello ratificado por Decisión de dicho Tribunal. Al dejar impunes la muerte de los soldados de escolta, el Estado belga ejerció su jurisdicción extraterritorial basándose en el principio de personalidad pasiva. Ello determinó que solicitara la entrega del Sr. Ntuyahaga al Estado de Tanzania, al tener conocimiento sus autoridades judiciales que el mismo permanecía bajo custodia por un delito de entrada ilegal en su territorio, tras haberse decretado su libertad por el Tribunal Penal Internacional. Fueron los tribunales de Bélgica los que enjuiciaron y condenaron al Sr. Ntuyahaga por su participación en la muerte de los soldados de su nacionalidad que realizaban labores de escolta al Primer Ministro Agathe Uwilingiyimana, Decisión que fue confirmada por la Corte de Assises¹⁰⁰⁰.

¹⁰⁰⁰ Sobre el caso Bernar Ntuyahaga, véase “The Prosecutor against Bernard Ntuyahaga”, Indictment, of 26th September 1998, Case n° ICTR-98-40-1; “The Prosecutor against Bernard Ntuyahaga. Decision on the prosecutor's motion to withdraw the indictment”, of 18th March 1999, Case n° ICTR-98-40-1; “Acte d'accusation contre Bernard Ntuyahaga”, Acte d'accusation, Procureur Fédéral de Belgique, Parquet Fédéral, 15 février 2007; y “Affaire Procureur c. Bernard Ntuyahaga”. Arrêt, 5 Juillet 2007.

Estas distorsiones del ejercicio de la jurisdicción aplicables no sólo a la jurisdicción extraterritorial de los Estados sino también a la jurisdicción penal internacional han sido puestas de manifiesto por el Profesor Chehtman cuando concluye que: *“Por último, (...) evalué varias críticas frecuentes a los enjuiciamientos extraterritoriales, como las objeciones de los juicios espectáculos, las <<manos limpias>>, la justicia del vencedor, los juicios in absentia y los juicios de individuos secuestrados o transferidos ilícitamente al extranjero. Sugerí que, desde esta perspectiva analítica, todos éstos son argumentos en contra de que algún órgano [judicial] tenga la autoridad para castigar a un acusado en particular, no en contra de que estén justificados para hacerlo; y que, en cualquier caso, que [se] tenga o no la autoridad para castigar a un individuo es totalmente independiente de la cuestión de la extraterritorialidad”* (2013: 236).

En conclusión, puedo señalar que tanto el ejercicio de la competencia penal por parte de los tribunales internacionales como el ejercicio por los Estados de su jurisdicción universal debe llevarse a cabo desde el reforzamiento de las garantías establecidas en el Estado de Derecho y es la búsqueda de “justicia” la que debe fundar la creación y ejercicio de una jurisdicción penal específicamente internacional. En la coyuntura actual de la justicia penal internacional, debemos hacer referencia a la búsqueda de un consenso internacional para la constitución de un tribunal internacional que juzgue a los crímenes internacionales cometidos por miembros del Estado Islámico, y durante la guerra mantenida con los países de Irán, Irak, y Siria, así como con los territorios ocupados por el pueblo kurdo, conflicto que se caracteriza por haberse adheridos como combatientes personas con nacionalidad de países occidentales. La norma general es que los terroristas deben ser enjuiciados de forma exclusiva por los Estados y conforme a las normas de Derecho interno. Ejemplo de ello lo tenemos en el enjuiciamiento del Sr. Ayyash por el TEL donde aplica la configuración jurídico-legal del terrorismo conforme a las normas internas siempre de que éstas sean conforme a su descripción como delito internacional¹⁰⁰¹. No obstante, la complejidad de la situación

¹⁰⁰¹ Véase en el apartado C.2) del epígrafe 3.3 del Capítulo 3 de la Tesis.

Igualmente, véase también “The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash et al. Decision on Badreddine defence interlocutory appeal of the “interim decision on the death of Mr Mustafa Amine Badreddine and possible termination of proceedings””. Appeal Decision, of 11th July 2016, case n° STL-11-01/T I AC/ AR126.11; y “The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash et al.”. Judgement, of 18th August 2020, case n° STL-11-01/T/TC.

extraterritorial planteada, la dificultad de aplicar criterios extraterritoriales para la persecución de los responsables de los crímenes internacionales cometidos han determinado que por iniciativa del representante de Asuntos Exteriores de Suecia se celebrara una reunión en el que han participado once miembros de la UE y Suiza, en el que se ha tratado las posibilidades de la atribución a un tribunal internacional para la persecución de los graves crímenes cometidos, así como la necesaria implementación de la ley nacional e internacional para su constitución (ANFNEWS, 2019). La necesidad de su creación no sólo debe encontrarse en la lucha contra la impunidad, sino también en la necesidad de aplicar el Derecho humanitario, así como las garantías y humanización de las penas conforme a los principios de Derecho internacional, pues no hay que olvidar que los tribunales islámicos, como el que rige actualmente en Irán, están enjuiciando a dichos combatientes conforme a sus normas internas, basadas en la *sasharía* o ley islámica que es ante todo un código moral de conducta, estando los procedimientos y las condenas desprovistos de todo principio de humanización, siendo la práctica habitual por el delito de traición las condenas a pena de muerte, lo que es incompatible con la obligación *erga omnes* de la prohibición de ser privado arbitrariamente de la vida.

Desde nuestra visión pretendiendo un acercamiento para la construcción teórica de la jurisdicción universal y de la jurisdicción penal internacional, conforme a sus “fuentes”, realidad social, aplicación de las normas e interpretación del Derecho, la centralidad de los Derechos Humanos constituye un principio sistémico de toda normatividad del Derecho internacional, cuya integración ha supuesto el fortalecimiento del mismo y como principio debe ser tenido en cuenta tanto por parte de los tribunales internacionales como por los tribunales nacionales, y de forma especial, en el ejercicio de sus jurisdicciones basado en el principio de justicia universal.

Aunque nos pueda sorprender, esta idea estuvo presente en el propio debate y resolución del asunto Lotus, que fue el origen del reconocimiento internacional de la justicia universal, pues de la mano del Derecho humanitario, debemos recordar la posición mantenida por Rafael Altamira, quien en su voto particular puso de manifiesto la centralidad del hombre como sujeto de Derecho, fundamentando su posición al considerar que la libertad de los Estados no es permisible cuando en su actuación vulnera no sólo las normas convencionales o consuetudinarias, sino también los principios de humanidad, que desde su perspectiva “*iusnaturalista*” estimaba compartidos por la comunidad internacional en su conjunto.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

Al tiempo de concluir el presente trabajo de investigación se ha tenido conocimiento de una trascendente Resolución, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I y de fecha 5 de febrero de 2021, que resuelve la Solicitud realizada por parte de la Fiscalía acerca de la jurisdicción territorial de la CPI para investigar la comisión de crímenes internacionales contemplados en el Estatuto de Roma en el contexto del conflicto palestino-israelí.

Como antecedente de la Solicitud de la Fiscalía debe significarse que las Autoridades de Palestina presentaron con fecha 1 de enero de 2015 una declaración aceptando la competencia de la CPI sobre presuntos crímenes cometidos en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental y desde el 13 de junio de 2014. Casi al mismo tiempo y con fecha 2 de enero de ese año, Palestina depositó su instrumento de adhesión al Estatuto de Roma ante el Secretario General de Naciones Unidas en virtud de lo dispuesto en el art. 125.2¹⁰⁰², entrando en vigor en Palestina con fecha 1 de abril de 2015.

Al serle comunicada la situación por declaración de las autoridades palestinas, la Fiscalía inició un examen preliminar con fecha 16 de enero de 2015 solicitando diversos informes para evaluar la situación. Con fecha 22 de mayo de 2018, el Gobierno de Palestina remitió a la Fiscalía un tercer informe sobre la situación existente y por el que estimaba la presunta comisión de crímenes competencia del Estatuto de conformidad con los arts. 13 y 14, considerando la Fiscal que existe una base razonable para iniciar una investigación habiendo identificado casos potencialmente relevantes que deberían ser objeto de persecución en interés de la justicia y de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.1 del Estatuto¹⁰⁰³. Asignada por la Presidencia de la Corte la situación a la Sala

¹⁰⁰² “Situation in Palestine. Decision on the Prosecutor’s Application for an extension of the page limit”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 21st of January 2020, No. ICC-01/18, pp. 3-4.

¹⁰⁰³ “Situation in Palestine. Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”, Request, Pre-Trial Chamber I, 22nd of January 2020, No. ICC-01/18, p. 4.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

de Cuestiones Preliminares I, dando comienzo al proceso de información y divulgación recabando los informes necesarios sobre la situación y actividades acontecidas en Palestina.

La Fiscalía, con fecha 20 de diciembre de 2019, remitió una Solicitud a la Sala para que le fuera autorizada una ampliación a la vez que decide archivar la referencia relativa a la jurisdicción territorial de la Corte en Palestina. A los meros efectos procedimentales, la Sala emitió con fecha 21 de enero de 2020 su *Decision on the Prosecutor's Application for an extension of the page limit* invitando a la Fiscal a presentar una nueva Solicitud, lo que fue realizada con fecha 22 de enero del mismo año. En esta nueva Solicitud la Fiscalía interesa, de conformidad con lo establecido en el art. 19.3 del Estatuto, que la Sala se pronuncie sobre la jurisdicción territorial de la Corte en Palestina¹⁰⁰⁴. Fijado el procedimiento y el calendario para la presentación de observaciones, la misma en fecha 20 de febrero de 2020 resolvió sobre la aceptación o rechazo de las observaciones presentadas de conformidad con la Regla 103 del Reglamento de Procedimiento y Prueba. Igualmente la Sala, tras autorizar la prórroga de plazos para presentar su respuesta a las observaciones por parte de la Fiscalía y solicitar con fecha 26 de mayo de 2020 información adicional tanto a Palestina como al Fiscal invitando al Estado de Israel a alegar sobre la información adicional que pudiera ser proporcionada, dictó su Resolución sobre la Solicitud del Fiscal con fecha 5 de febrero de 2021.

La Solicitud del Fiscal requiere de la Sala que confirme, conforme al art. 19.3 del Estatuto de Roma, que la Corte ostenta jurisdicción territorial para la represión de crímenes internacionales en el territorio palestino ocupado por Israel durante la Guerra de los Seis Días en junio de 1967 y en concreto sobre la Ribera Occidental incluida Jerusalén Oriental y la Franja de Gaza, estimando que a pesar de no haber sido resuelta la condición de “Estado” de Palestina según el Derecho internacional, al ser Palestina un Estado Parte del Estatuto de Roma y haber remitido el asunto conforme a los arts. 13 a) y 14 del mismo, determina que la Sala deba de resolver sobre la jurisdicción de la CPI, sin que exista ningún inconveniente para que esta Decisión deba ser adoptada en esta

¹⁰⁰⁴ “Situation in Palestine. Decision on the Prosecutor’s Application for an extension of the page limit”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 21th of January 2020, No. ICC-01/18, p. 7.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

etapa inicial de la investigación conforme al alcance del art. 19.3, que permite una resolución judicial con anterioridad incluso a la existencia de “un caso concreto”¹⁰⁰⁵.

Estima la Fiscal que, al tener Palestina la condición de Estado Parte en el Estatuto de Roma desde el depósito de su instrumento de adhesión el 2 de enero de 2015, no resulta necesario realizar una evaluación separada de su “estatus” pues de su adhesión se derivan dos consecuencias: la primera que se convierte en parte en el Estatuto conforme al art. 125.3 aceptando la competencia de la Corte atendiendo a lo dispuesto en el art. 12.1 y, la segunda, que la Corte pueda ejercer su competencia (jurisdicción) como consecuencia no sólo de que un Estado se convierta en parte del Estatuto, sino también cuando haya presentado una declaración en virtud del art. 12.3. Con carácter subsidiario, indica la Fiscal que la Corte también podría concluir que Palestina es un “Estado” únicamente a los fines estrictos del Estatuto, pues debe evaluarse la situación en el contexto del derecho del pueblo palestino a la autodeterminación, cuyo ejercicio estima ha sido gravemente afectado por imposición de medidas ilegales¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁵ A este respecto sobre el alcance de la jurisdicción territorial de la Corte, *“the Prosecutor indicates that she ‘has been guided by Palestine’s status as a State Party to the Rome Statute since 2 January 2015 following the deposit of its instruments of accession with the United Nations [...] Secretary General pursuant to article 125(3)’. The Prosecutor recalls that ‘in order to exercise its jurisdiction in the territory of Palestine under 12(2), the Court need not conduct a separate assessment of Palestine’s status (nor of its Statehood) from that which was conducted when Palestine joined the Court’. Consequently, the Prosecutor avers that Palestine’s accession to the Statute has the following two consequences. First, ‘under the ordinary operation of the Rome Statute, a State that becomes a Party to the Statute pursuant to article 125(3) “thereby accepts the jurisdiction of the Court” according to article 12(1)’. Second, [a]rticle 12(2) in turn specifies the bases on which the Court may exercise its jurisdiction as a consequence of a State becoming a Party to the Statute under article 12(1) or having lodged a declaration under article 12(3)’. Accordingly, ‘a state under article 12(1) and article 125(3) should also be considered a State under article 12(2)’. The Prosecutor contends that this logic should also apply to Palestine. In the alternative, the Prosecutor submits that the Chamber could likewise conclude—for the strict purposes of the Statute only—that Palestine is a State under relevant principles and rules of international law’. In this regard, the Prosecutor argues that Palestine’s restrictions in the practical exercise of its authority over the entirety of the Occupied Palestinian Territory have ‘to be assessed against the backdrop of the Palestinian people’s right to self-determination [...] the exercise of which has been severely impaired by, inter alia, the imposition of certain unlawful measures’” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, pp. 13-14).*

¹⁰⁰⁶ “Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, pp. 13-17.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

La Fiscalía no considera que la capacidad de Palestina para delegar su jurisdicción en la Corte se vea limitada por carecer de jurisdicción penal con respecto a los nacionales del Estado israelí o con respecto a crímenes cometidos en cierta parte del territorio, pues estas limitaciones establecidas por los Acuerdos de Oslo no han impedido la adhesión de Palestina a numerosos tratados multilaterales, habiendo sido expresamente reconocida dicha capacidad por la Resolución 67/19 de la AG. En su argumentación, los Acuerdos de Oslo tienen naturaleza especial dentro de los términos del IV Convenio de Ginebra de 1949, que impide la violación de derechos a las personas protegidas “bajo ocupación”.

La Fiscalía, en cumplimiento de la Decisión de 21 de enero de 2020, incorpora en sus memorandos la opinión de Israel que señala que: “la CPI carece de jurisdicción sobre la “situación en Palestina” ya que ‘la condición previa fundamental para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte (que un Estado que tenga jurisdicción penal sobre su territorio y sus nacionales hayan delegado dicha jurisdicción) claramente no se cumple’ (*nemo dat quod non habet*)”¹⁰⁰⁷, sin que el derecho de los palestinos a la libre determinación o el supuesto reconocimiento de Palestina por algunos Estados alteren esta realidad, pues aunque se permitiera que entidades no soberanas confieran jurisdicción a la Corte, ésta última estaría constitucionalmente limitada por los límites de la delegación y no podría ejercer jurisdicción donde la entidad delegante no tiene jurisdicción¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁷ Documento original: “*the ICC lacks jurisdiction over the “situation in Palestine” as ‘the fundamental precondition to the exercise of the Court’s jurisdiction – that a State having criminal jurisdiction over its territory and nationals had delegated such jurisdiction to the Court – is clearly not met’* (Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, p. 15).

¹⁰⁰⁸ Además, añade Israel que: “‘[t]he purported accession by “Palestine” cannot [...] itself provide a basis for the ICCs jurisdiction as it did not settle the question of whether a sovereign Palestinian State exists’. Israel avers that this conclusion is based on the following reasons: ‘(1) General Assembly Resolution 67/19 did not purport to make a legal determination as to whether “Palestine” qualifies as a State, and was explicitly limited in its effect to the UN; (2) the actions of the UN Secretary-General as depositary of multilateral treaties, as he himself has made clear, are not determinative of a “highly political and controversial” question such as that of Palestinian statehood; and (3) the Palestinian participation in the Court’s Assembly of States Parties cannot be taken to constitute or demonstrate such statehood either’.

Israel adds that ‘a sound substantive assessment of the legal and factual records would inevitably lead to the conclusion that no jurisdiction exists’. In this regard, Israel contends that ‘it is clear that the Palestinian entity does not now hold, nor has it ever held, sovereign title over the West Bank and the Gaza Strip, a territory that in fact has always been under the effective control of others’. Israel also takes

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

En nombre de Palestina, se presentaron sus observaciones considerando que resulta fundamental que la Corte haga valer su jurisdicción en este caso. Para ello sostiene que, como Estado Parte, ha cumplido todas las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto, habiendo cooperado de forma plena y eficaz con la Fiscalía y por esas razones espera que le sean reconocidos todos los derechos adquiridos como Estado Parte del Estatuto de Roma. Además, recuerda que la Corte carece de competencia para determinar cuestiones relativas a la condición de un “Estado” y su consideración como “Estado Parte”, sosteniendo que la ocupación no ha afectado a su integridad territorial. En todo caso opina que la incapacidad de un Estado para ejercer con plenitud su soberanía sobre la totalidad de su territorio no conlleva la pérdida de soberanía ni afecta a la jurisdicción de la CPI sobre el mismo, o que es una manifestación directa del principio de complementariedad¹⁰⁰⁹.

La Sala de Cuestiones Preliminares I, presidida por el magistrado Péter Kovács y compuesta por los magistrados Reine Adélaïde Sophie Alapini-Gansou y Marc Perrin de Brichambaut, acordaron por mayoría resolver la Solicitud del Fiscal en los términos siguientes:

1°.- que Palestina es Estado Parte del Estatuto de Roma;

2°.- que en su virtud debe estimarse que en su territorio ocurrieron los hechos presuntamente constitutivos de delitos internacionales previstos en el Estatuto, en los términos establecidos en el art. 12.2 a); y

the view that ‘[t]he Palestinian entity [...] has never possessed – and does not now possess, either in law or in fact – key elements of [...] effective territorial control’ (Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’), Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, pp. 15-16).

¹⁰⁰⁹ Y así añade que: *“In addition, Palestine avers that ‘[t]he Court’s assertion of jurisdiction in relation to the crimes committed under occupation and by the occupying Power is consistent with the recognized right to self-determination of the Palestinian people’. Palestine also submits that ‘[a] claim by a non-State Party over parts of a State Party’s territory cannot therefore deprive the Court of its competence over any part of a State Party’s territory’.*

Lastly, Palestine is of the view that ‘[i]t is beyond dispute that special agreements between an occupied State and an occupying Power cannot diminish or prejudice the rights of those under occupation’. In this regard, Palestine adds that ‘an agreement that would purportedly qualify or diminish the obligations under the Statute of a State Party to investigate and prosecute crimes within the jurisdiction of the Court would be null and void as the Statute reflects jus cogens prohibitions that would prevail over any competing legal obligations not of the same rank’” (Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’), Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, pp. 18-19).

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

3°.- que la jurisdicción territorial de la Corte se extiende a los territorios ocupados por Israel desde 1967¹⁰¹⁰.

Sin embargo, a pesar de la adopción por mayoría de la Decisión, debe destacarse la discrepancia de la fundamentación jurídica mantenida por los magistrados, habiendo formulado opinión separada el magistrado Marc Perrin de Brichambaut y voto parcialmente disidente formulado por parte del magistrado Péter Kovács, que presidía la Sala. Los magistrados eran claramente conscientes de las implicaciones políticas de la Decisión que podría afectar potencialmente a la legitimidad de la CPI, si bien realizan un esfuerzo por centrarse de forma objetiva en la cuestión jurídica planteada ante la situación compleja que en el proceso de formación de un nuevo “Estado” conforme al Derecho internacional supone la situación de Palestina. Como señala en su Decisión, “el poder judicial no puede retirarse cuando se enfrenta a hechos que podrían haber surgido de situaciones y/o disputas políticas, pero que también desencadenan cuestiones legales y jurídicas”¹⁰¹¹. La Solicitud del Fiscal planteó una cuestión jurídica sobre el “territorio en el que la Corte puede ejercer su jurisdicción de conformidad con el art. 12.2 a) y estima que su respuesta legal debe estar basada en las disposiciones del Estatuto, lo que no implica que deba tener en consideración cuestiones jurídicas emergentes debidamente enmarcadas para resolver sobre la norma jurídica aplicable”¹⁰¹².

En su fundamentación la Sala señala que los posibles resultados políticos por sí solos no deberían suponer ninguna restricción al ejercicio de la actividad jurisdiccional pues la CPI, a diferencia de la CIJ, no tiene jurisdicción sobre los Estados sino que la

¹⁰¹⁰ Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, p. 60.

¹⁰¹¹ Documento original: “*the judiciary cannot retreat when it is confronted with facts which might have arisen from political situations and/or disputes, but which also trigger legal and juridical issues*” (Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, p. 27).

¹⁰¹² “*This does not mean that the Chamber will address facts that are politically based or motivated, but merely that it will need to look at a range of facts, practices, and documents which, while sometimes based on political decisions, form part of the legal contours of the situation and whose legal consequences might need to be addressed for the purpose of the jurisdictional activity*” (Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, p. 27).

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

ejerce únicamente sobre las personas físicas, por lo que la Decisión se limita estrictamente a la cuestión de jurisdicción establecida en la Solicitud del Fiscal y no implica determinación sobre las controversias suscitadas sobre las fronteras entre Palestina e Israel. Consecuente con ello, el tema jurídico debe centrarse en la competencia de la Corte conforme a lo establecido en el art. 19.3 del Estatuto de Roma, debe ser tratado como una cuestión de territorialidad del Derecho penal que, al no suponer un principio absoluto del Derecho internacional, de ninguna manera coincide con el principio de soberanía territorial y el establecimiento de la jurisdicción penal con fines penales no guarda relación con la determinación del territorio de Palestina.

En su motivación jurídica, la Resolución de la Sala acude a los precedentes dictados sobre la situación de la Población de Rohingya y considera la existencia de bases razonables para iniciar la investigación sobre la situación en Palestina con lo dispuesto en el art. 53.1 del Estatuto, sobre todo cuando no sólo se encuentra en fase de examen preliminar sino que ya ha sido iniciada una investigación por la Fiscalía, por lo que la cuestión de jurisdicción planteada debe centrarse en la previsión normativa establecida en el art. 19.3 del Estatuto.

En su interpretación de dicho precepto, la Sala señala que el art. 19 establece tres mecanismos que regulan situaciones diferentes. Mientras el párrafo primero determina su competencia en cualquier caso que se le presente, el párrafo segundo prevé la impugnación de la competencia de la Corte por los acusados en los casos en que se haya dictado una orden de detención o citación para comparecer, o las impugnaciones realizadas por un Estado en los casos de ser requerida su conformidad o esté ejerciendo o haya ejercido su jurisdicción sobre los hechos regulados en los párrafos 4-11 que prevén situaciones específicas que afectan a la admisibilidad de la causa. Sin embargo, a diferencia de estas previsiones normativas, el párrafo tercero del art. 19 contempla una situación distinta al señalar que *“el Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar asimismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas”*, lo que determina que se reconozca que el Fiscal esté habilitado a solicitar una cuestión de competencia o admisibilidad en una etapa temprana del procedimiento ante la necesidad de resolver una cuestión sobre la iniciación de la investigación y del

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

enjuiciamiento, que tiene su reflejo en el art. 15 del Estatuto, según el cual debe garantizarse que una investigación se desarrolle sobre una base sólida, lo que encuentra apoyo en las investigaciones remitidas por un Estado Parte en virtud de los arts. 13 a) y 14 del Estatuto, todo ello debe entenderse sin perjuicio de que el acusado siempre tendrá derecho a presentar una impugnación sobre la cuestión de jurisdicción conforme a la previsión establecida en el art. 19.2¹⁰¹³.

Tras advertir la Sala el carácter provisional de su Decisión conforme a lo expuesto, realiza una interpretación extensiva de lo establecido en el art. 19.3 del Estatuto al considerar que, a diferencia de los demás casos contemplados en el precepto, el mismo queda referido a una situación que permite al Fiscal solicitar una Decisión sobre la cuestión de jurisdicción a los efectos de determinar el alcance de la investigación basándose para ello en que una interpretación distinta dejaría sin efectos prácticos la previsión establecida en dicha norma lo que sería contrario al principio de utilidad normativa sobre todo cuando, en su ampliación de la Solicitud, el Fiscal ha establecido la existencia de base razonable para creer que miembros de Fuerzas de Defensa de Israel, autoridades israelíes, Hamas y los grupos armados palestinos han cometido una serie de delitos que corresponden a la jurisdicción de la Corte y cuyo examen se mantendrá en curso que incide en la necesidad de situar el procedimiento sobre una base jurisdiccional sólida¹⁰¹⁴.

¹⁰¹³ “Under article 53(1) of the Statute, the Prosecutor must consider the same factors, including whether there is ‘a reasonable basis to believe that a crime within the jurisdiction of the Court has been or is being committed’, in deciding whether to initiate a proprio motu investigation or an investigation resulting from a referral by a State Party. In the event the Prosecutor initiates a proprio motu investigation, her jurisdictional assessment is reviewed by a Pre-Trial Chamber under article 15(4) of the Statute. If article 19(3) of the Statute is interpreted to extend beyond a case, the Prosecutor would be similarly enabled to request, if deemed necessary, judicial review of a question of jurisdiction in relation to an investigation resulting from a referral by a State Party. Conversely, a restrictive reading of article 19(3) of the Statute would create an untenable distinction. On the one hand, a proprio motu investigation would proceed on a sound jurisdictional basis from the outset. On the other hand, an investigation resulting from a referral by a State Party would have to be conducted on an uncertain basis if it gives rise to doubts regarding the Court’s jurisdiction. These questions would eventually have to be assessed by a Pre-Trial Chamber in relation to an application under article 58 of the Statute, which could lead to the dismissal of a case following a lengthy and costly investigation” (Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, pp. 35-36).

¹⁰¹⁴ Así: “The identification of potential cases by the Prosecutor and her evolving investigation, which is likely to be protracted and resource-intensive, entails that the question of jurisdiction under consideration has concrete ramifications for the further conduct of the proceedings. The initiation of an investigation by the Prosecutor also means that States Parties are under the obligation to cooperate with

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

Una vez determinado que el art. 19.3 es aplicable a la situación, de mayor interés resulta el examen de la Sala si Palestina puede ser considerada como el “Estado” en cuyo territorio ocurrió la conducta objeto de investigación y la delimitación de su competencia territorial en el presente caso.

La posición principal de la Solicitud del Fiscal se fundamenta en la condición de Estado Parte de Palestina y, por ello, la necesidad de evaluar si es en el territorio de Palestina donde se han producido los hechos en el sentido establecido en el art. 12.2 a) del Estatuto de Roma, pues dicho precepto debe ser interpretado de conformidad al principio de buena fe establecido en el art. 31.1 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, atendiendo a su contexto y a la finalidad y objeto establecidos en el Estatuto de Roma.

La Sala es consciente de que ni el Estatuto, ni el Reglamento de Procedimiento y Prueba, ni el Reglamento de la Corte establecen una definición de “Estado”. La referencia normativa del término “Estado Parte del Estatuto” no requiere una determinación sobre el cumplimiento de requisitos previos de la condición de Estado según el Derecho internacional general. Ultimado el proceso de adhesión de Palestina al Estatuto de Roma conforme a lo establecido en el artículo 125.3, la Sala no tiene competencia para revisar ese procedimiento y pronunciarse sobre la validez de la adhesión de un Estado Parte en particular. Como se especifica en el art. 1 del Estatuto de Roma, la CPI se estableció para “*ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional*”. Por tanto, la referencia al Estado en cuyo territorio se produjo la conducta objeto de evaluación no puede entenderse como un Estado que cumpla los criterios de dicha condición en la ley internacional, pues tal interpretación excedería de las funciones judiciales atribuidas a la Sala conforme al objeto y fin del Estatuto, que específicamente tiene que pronunciarse sólo sobre la responsabilidad individual de las personas responsables por la comisión de crímenes internacionales¹⁰¹⁵.

the Court pursuant to part 9 of the Statute. It is, therefore, all the more necessary to place the present proceedings on a sound jurisdictional footing as early as possible” (Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’’, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, p. 38).

¹⁰¹⁵ *“Indeed, given the complexity and political nature of statehood under general international law, the Rome Statute insulates the Court from making such a determination, relying instead on the accession*

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

En este aspecto, concluye la Sala que sobre la base del artículo 21.1 del Estatuto no resulta necesario recurrir ni a los tratados aplicables, ni a los principios y normas del Derecho internacional, ni a los principios generales del Derecho derivados del Derecho interno de los Estados para estimar que el art. 12.2 a) del Estatuto debe interpretarse con referencia a un Estado Parte del mismo, al ser ello exhaustivamente tratado por el propio Estatuto o el Reglamento de Procedimiento y Prueba, y derivado del procedimiento de adhesión proporciona las bases en la que se apoya el alcance de la jurisdicción territorial de la Corte¹⁰¹⁶.

En su Decisión la Sala concluye que la jurisdicción territorial de la Corte en la situación de Palestina se extiende a los territorios ocupados por Israel desde 1967, a saber, Gaza y la Rivera Occidental, incluida Jerusalén Oriental, recordando que la interpretación realizada resulta compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que sustentan al propio Estatuto y todos sus aspectos incluidos el ejercicio de la jurisdicción de la Corte.

procedure and the determination made by the United Nations General Assembly. The Court is not constitutionally competent to determine matters of statehood that would bind the international community. In addition, such a determination is not required for the specific purposes of the present proceedings or the general exercise of the Court's mandate. As discussed, article 12(2)(a) of the Statute requires a determination as to whether or not the relevant conduct occurred on the territory of a State Party, for the sole purpose of establishing individual criminal responsibility. Such an assessment enables the Prosecutor to discharge her obligation to initiate an investigation into the present Situation, which would eventually permit the Court to, in accordance with the Statute, exercise its jurisdiction over persons alleged to have committed crimes falling within its jurisdiction” (Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, pp. 48-49).

¹⁰¹⁶ *“First, the Chamber wishes to reiterate that disputed borders have never prevented a State from becoming a State Party to the Statute and, as such, cannot prevent the Court from exercising its jurisdiction.*

Second, with regard to the territory of Palestine for the sole purpose of defining the Court’s territorial jurisdiction, the Chamber notes that in according ‘non-member observer State status in the United Nations’ to Palestine in Resolution 67/19, the United Nations General Assembly ‘[reaffirmed] the right of the Palestinian people to self-determination and to independence in their State of Palestine on the Palestinian territory occupied since 1967’.

In the same Resolution, the United Nations General Assembly recalled other similarly-worded resolutions. On such occasions, it notably: (i) ‘[affirmed] the need to enable the Palestinian people to exercise their sovereignty over their territory occupied since 1967’; (ii) ‘[affirmed] that the status of the Palestinian territory occupied since 1967, including East Jerusalem, remains one of military occupation, and [...] that the Palestinian people have the right to self-determination and to sovereignty over their territory’; and (iii) ‘[stressed] the need for respect for and preservation of the territorial unity, contiguity and integrity of all of the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem’. The United Nations General Assembly also recalled relevant Security Council resolutions” (Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18, p. 51).

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

Ahora bien, subraya que la Decisión se limita a definir los parámetros territoriales de la investigación de la Fiscalía de acuerdo con el Estatuto y que su Decisión es realizada al margen de cualquier asunto de Derecho internacional que surja de los acontecimientos de la situación de Palestina, pues la Corte no está resolviendo disputas fronterizas bajo el Derecho internacional ni prejuzgando la cuestión de las fronteras futuras. Además advierte que su Decisión queda referida a la actual etapa del proceso que es el inicio de una investigación por parte del Fiscal de conformidad con los arts. 13 a), 14 y 53.1 del Estatuto de Roma, pudiendo ante la Solicitud de una orden de detención o de una citación para comparecer en virtud del art. 58 del mismo Estatuto, o ante la presentación de una impugnación por parte de un Estado o sospechoso conforme al art. 19.2, resolver sobre una cuestión de jurisdicción que pueda surgir en ese momento.

Como hemos señalado, en la Decisión adoptada cada uno de los magistrados mantiene una visión jurídica diferenciada con relación a los motivos que sustentan la misma, matizando los fundamentos jurídicos de aplicación sobre la jurisdicción de la Corte en los términos de la Solicitud de la Fiscalía.

Para el magistrado Perrin de Brichambaut, aunque comparte el sentir de la Sala sobre la aplicación del art. 19.3 del Estatuto de Roma a la situación de Palestina, como ya expuso en su opinión parcialmente disidente en la Resolución de fecha 6 de septiembre de 2018 al tratar la jurisdicción de la Corte en la deportación del pueblo de Rohingya desde la República de Myanmar a la República de Bangladesh¹⁰¹⁷, considera que la totalidad de los supuestos establecidos en el art. 19 del Estatuto de Roma debe ser aplicado sólo una vez que “un caso” ha sido definido por una orden de detención o una citación para comparecer de conformidad con el art. 58. Una interpretación contextual de dicho precepto sólo puede aplicarse cuando el proceso haya alcanzado la etapa de un caso identificado por el Fiscal. En una etapa previa al examen preliminar sin caso presente y sin indicación de que la Fiscalía tiene la intención de proceder con la investigación, impide recurrir al art. 19.3 del Estatuto para pronunciarse sobre

¹⁰¹⁷ Sobre la citada Resolución y voto, véase “Application under Regulation 46(3). Decision on the Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 6th of September 2018, No. ICC-RoC46(3)-01/18; y “Application under Regulation 46(3). Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 6th of September 2018, No. ICC-RoC46(3)-01/18-37-Anx.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

competencia, pues ello equivaldría a una “opinión consultiva” que carece de valor vinculante para las partes, especialmente para el Fiscal, por lo que el citado art. 19.3 del Estatuto sería inaplicable en ese caso.

Ahora bien, la cuestión de jurisdicción que se encuentra actualmente ante la Sala surge de una investigación que el Fiscal está dispuesto a abrir una vez que se confirme el ámbito de competencia de la Corte. La Fiscal ha identificado casos potenciales y afirma que existe una base razonable para considerar que miembros de la Fuerzas de Defensa de Israel, las autoridades israelíes, Hamas y los grupos armados palestinos han cometido una serie de delitos que son de la competencia de la CPI, por lo que debe estimarse la existencia de casos potenciales identificados por el Fiscal en su Solicitud actual que son suficientes para cumplir con el criterio requerido en el art. 19.3 del Estatuto de Roma en las presentes y actuales circunstancias. Por ello, habiendo cumplido la Fiscal con los requisitos establecidos en el art. 53.1 del Estatuto, determina que las circunstancias específicas del presente procedimiento se puede tomar una decisión sobre una cuestión de competencia de conformidad con el art. 19.3 del Estatuto de Roma¹⁰¹⁸.

Especial atención merece por su profundidad y extensión el voto parcialmente disidente formulado por el magistrado Péter Kovács que presidía la Sala, al estimar que no ha sido realizada una debida valoración jurídica sobre la complejidad de la situación palestino-israelí que tiene su reflejo en el valor jurídico de la Decisión adoptada, mostrando su desacuerdo con la conclusión, el razonamiento y análisis expresado para llegar a la misma¹⁰¹⁹.

En su voto disidente, el magistrado Kovács muestra su desacuerdo “con la conclusión a la que llegó la mayoría con respecto a 'si Palestina puede ser considerada

¹⁰¹⁸ “Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx2, pp. 1-7.

¹⁰¹⁹ “I share the Majority’s finding that Pre-Trial Chamber I (the ‘Chamber’) is competent to answer the question raised in the Prosecutor’s request1 (the ‘Request’). Together with Judge Alapini Gansou, I share the view that the Chamber’s competence is grounded in article 19(3) of the Statute, as the Prosecutor rightly submitted. As it is evident in his partly separate opinion, Judge Brichambaut does not entirely share this view even if he agrees on the applicability of article 19(3) of the Statute” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, p. 3).

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

“el Estado en cuyo territorio ocurrió la conducta en cuestión” en el sentido del artículo 12.2 a) del Estatuto'. Observo que la forma en que la Decisión de la mayoría enmarca la Primera cuestión es diferente a la forma en que se formuló originalmente en la Solicitud. En cualquier caso, no estoy de acuerdo ni con la conclusión ni con el razonamiento y análisis de la mayoría para llegar a tal conclusión. Con respecto a la Segunda Cuestión (el alcance geográfico de la jurisdicción de la Corte), nuevamente, no estoy de acuerdo ni con la conclusión de la mayoría ni con su razonamiento. Por tanto, adjunto una opinión disidente a la Decisión de la mayoría, en la que desarrollo mi posición sobre el fondo de las cuestiones planteadas y el análisis que en mi opinión debería haberse seguido”¹⁰²⁰.

Observa este magistrado que la metodología y razonamiento expuesto por la Sala no sólo carece de base jurídica en el Estatuto de Roma, sino además en el Derecho internacional público. La Decisión mayoritaria realiza una abstracción de las implicaciones políticas y de la complejidad de la situación palestino-israelí. La profunda implicación de Naciones Unidas en la búsqueda de una solución adecuada bajo la visión de dos Estados queda reflejada en una larga lista de resoluciones adoptadas por la AG, el CSNU, así como de otras Organizaciones Internacionales que junto con la Declaración de Principio de los Acuerdos de Oslo I y el Acuerdo Interino de Oslo II forman parte de una red de instrumentos de Derecho internacional que debe ser observado al igual que el instrumento de adhesión del “Estado” de Palestina al Estatuto de Roma y su interacción con la Resolución 67/19 de la AG de 29 de noviembre de 2012.

Debe de partirse del hecho que el cuadro jurídico presentado por la Fiscalía carece de fuerza vinculante y se apoya en presunción futura sobre su existencia, pero se

¹⁰²⁰ Documento original: “*Regarding the merits, I do not agree on the conclusion reached by the Majority regarding the First Issue (‘whether Palestine can be considered “[t]he State on the territory of which the conduct in question occurred” within the meaning of article 12(2)(a) of the Statute’). I note that the way the Majority Decision frames the First Issue is different from the way it was originally formulated in the Request. In any case, I agree neither with the conclusion, nor with the Majority’s reasoning and analysis in reaching such a conclusion. Regarding the Second Issue (the geographical scope of the Court’s jurisdiction), again, I agree neither with the Majority’s conclusion nor with its reasoning. Therefore, I hereby append a dissenting opinion to the Majority Decision, in which I develop my position on the merits of the questions at hand and the analysis which in my view should have been followed*” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine””, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, p. 3).

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

apartan del Derecho internacional positivo. Los jueces no pueden ignorar que las resoluciones referidas por la Fiscal son documentos de naturaleza no vinculante, así como las resoluciones citadas y adoptadas por el CSNU, ninguna de ellas fueron adoptadas actuando bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, sino como prevenciones para el arreglo pacífico de la controversia conforme al Capítulo VI de la citada Carta, e igualmente la Resolución de la AG 67/19 tiene esta naturaleza, pues las recomendaciones no dan lugar a una norma emergente para la formación de la costumbre internacional. Por ello, no puede entender cómo una Sala debe aceptar como cierta y obligatoria una declaración sobre la existencia del “territorio del Estado” cuando en la situación actual es, al menos, prematuro hablar de un “Estado” y determinar el territorio del mismo, aunque puede ser aceptable hablar en la actualidad de un estatus *nasciendi* sobre una serie de negociaciones que avanzan muy lentamente y que se suspenden con frecuencia, sin que la calificación de “Estado Parte” pueda cambiar este hecho.

Tras esta exposición, critica el magistrado Kovács que los jueces no pueden declinar su responsabilidad de examinar la confiabilidad y adecuación de sus construcciones legales y todo fallo debe estar basado en el Derecho positivo y no en presunciones más cerca de expectativas que de su carácter legal.

En el planteamiento de la Solicitud por parte del Fiscal la discusión no es la validez de la adhesión sino más bien el carácter legal del territorio que potencialmente se encuentra bajo la jurisdicción de la CPI, para ello presume la condición de “Estado” ya existente de Palestina y el alcance geográfico de la jurisdicción territorial de la Corte lo deriva de las opiniones de la comunidad internacional expresadas principalmente por la AG, cuando la Solicitud real planteada es preguntar si la Rivera Occidental, Jerusalén Oriental y Gaza son en la actualidad “territorios del Estado” según los presupuestos establecidos en el Derecho internacional público. Ello determina que la Corte deberá necesariamente examinar la cuestión de la estatalidad necesaria al menos para resolver de forma específica la jurisdicción requerida en el presente proceso al estar dotada de la facultad para determinar los límites de su propia jurisdicción¹⁰²¹ y ello necesariamente debe ser entendido conforme al Derecho internacional contemporáneo.

¹⁰²¹ “Such an assessment, which must be carried out within the strict limits of what is necessary to properly answer the question raised in the Request, may be substantiated by the principle of

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

En este sentido, advierte el magistrado Kovács que cuando el Estatuto de Roma se refiere a los “Estados” (una vez como “Estados Partes”, otras como “todos los Estados” o como “cualquier Estado”) debe entenderse que la palabra “Estado” se usa en su sentido tradicional o al menos en el sentido en el que es utilizado por la Carta de las Naciones Unidas y critica que la Decisión mayoritaria no contenga ningún argumento sobre esta cuestión. Igualmente no comparte la interpretación realizada sobre el principio de eficacia o efectividad pues estima que, con independencia de su utilidad, el enfoque realizado no resulta compatible con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o los propios precedentes de la Corte y la evaluación del criterio de la estatalidad no debe quedar fuera del ámbito de competencia de la Sala¹⁰²². Tras analizar la utilización de la fórmula de “Estado” o “territorio del Estado”, utilizado a través del todo el articulado del Estatuto de Roma, contradice la afirmación dada por la Decisión

Kompetenz/Kompetenz. Even the Prosecutor recognizes that in some respect, the Chamber definitely enjoys a certain margin of appreciation in its interpretation of what constitutes a ‘State’.

All this is consistent with the jurisprudence of other ICC chambers, which recognizes the relevance of the Kompetenz-Kompetenz principle in the framework established by the Rome Statute. As stated in the Majority Decision of the Chamber (with the same composition) in its ‘Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”’ (the ‘PTC I Rohingya Decision’): ‘[t]here is no question that this Court is equally endowed with the power to determine the limits of its own jurisdiction. Indeed, Chambers of this Court have consistently upheld the principle of la compétence de la compétence.’ Pre-Trial Chamber II held in the Situation in Uganda in 2006 that ‘[i]t is a well-known and fundamental principle that any judicial body, including any international tribunal, retains the power and the duty to determine the boundaries of its own jurisdiction and competence’. Pre-Trial Chamber II later stressed – on different occasions and in different compositions – in the same line as the ICTY, that this power existed ‘even in the absence of an explicit reference to that effect’ as an ‘essential element in the exercise by any judicial body of its functions’. The same approach was followed by Pre-Trial Chamber III’ (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”’, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, pp. 16-17).

¹⁰²² Así: “It is worth remembering that when referring to the ‘principle of effectiveness’, different chambers of the Court (Pre-Trial Chamber, Trial Chamber or Appeals Chamber) took special care to use standardized wording and specified that they were making a general statement applicable to similar cases in the future. This jurisprudence - grosso modo similar to the dicta of other international courts and tribunals - underlines the importance of the criterion of ‘meaningful content’, to ‘enable the treaty to have appropriate effects’, to avoid ‘rendering any other of its provisions void’ and ‘any solution that could result in the violation or nullity of any of its other provisions’. However, in paragraph 106 of the Majority Decision, after the sentence criticising the restrictive interpretation of article 12(2)(a) of the Statute and repeating that the assessment of the statehood criterion falls outside of the Chamber’s scope of competence, the following statement suddenly appears: ‘Moreover, this interpretation would also have the effect of rendering most of the provisions of the Statute, including article 12(1), inoperative for Palestine’” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”’, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, pp. 24-25).

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

mayoritaria de que dicha fórmula pueda ser equiparable al de “Estado Parte del Estatuto”.

Tampoco resulta aceptable la conclusión de la Sala sobre su jurisdicción territorial en “esta etapa del procedimiento”, pues parece sugerir que la propia Corte puede llegar a una conclusión diferente en una etapa posterior del mismo en el contexto de una Solicitud de orden de arresto, pues aunque pudiera pretenderse que el examen de la cuestión en profundidad se aplaza para el futuro, no existe una diferencia real entre la base razonable que se aplica en este momento de la investigación de la que pueda ser aplicada cuando exista motivos para una citación de comparecer o el dictado de una orden de arresto.

El principal punto de partida de la Fiscal es que, para la AG, Palestina posee de forma independiente y suficiente atributos de “Estado”, pero no se plantea la Sala la posibilidad de llegar a una conclusión diferente compatible con el Derecho internacional positivo y el Estatuto de Roma, debiendo partirse de la legitimidad y la importancia de basarse en el Derecho internacional a evaluar la situación objeto de decisión, de ahí que no comparte la afirmación del derecho aplicable conforme al art. 21.1 a) del Estatuto, que establece el sistema de jerarquía normativa, pues el mismo no es aplicable ante cuestiones complejas que tiene difícil solución con la sola aplicación de las normas del Estatuto, de su Reglamento o de su Regla de Procedimiento y Prueba. La CPI es libre de referirse a todos los tratados en su búsqueda de los principios y reglas del Derecho internacional, pero existe una gran diferencia en reclamar un derecho adicional, típicamente procesal, no reconocido por el Estatuto de Roma o el Reglamento de Procedimiento y Prueba (que coincide con los casos de laguna que puede ser integrada de forma directa aplicando alguna de las normas o reglas existentes), que referirse a disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y la práctica de la propia Naciones Unidas ya que en este caso la integración de la laguna existente necesariamente tiene que ser objeto de interpretación conforme a las normas de Derecho internacional público relevantes al caso. Por ello, el art. 21 del Estatuto de Roma no puede confundir entre primacía y prioridad, por cuanto que las restricciones relativas a las herramientas

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

de interpretación no han sido ni es conforme a la jurisprudencia establecida por la Corte¹⁰²³.

En su análisis, al estimar Kovács la necesaria evaluación sobre la estatalidad de Palestina, incluye un estudio de la Convención de Montevideo de 1933 sobre Derechos y Deberes de los Estados, adoptada en la 7ª Conferencia Internacional de los Estados Americanos, que basándose en lo expuesto por el jurista Georg Jellinek en su obra *Teoría General del Estado*, recoge en su artículo 1 que “*el Estado como persona de Derecho internacional debe reunir los siguientes requisitos: 1. Población permanente. 2. Territorio determinado. 3. Gobierno. 4. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados*”. Resulta evidente que las reglas contenidas en la Convención de Montevideo pueden considerarse como principios fundamentales, aunque en su conjunto no puede considerarse que la misma sea puramente codificadora siendo incluso dudoso el carácter consuetudinario, si quiera a nivel regional, de la propia caracterización de Estado que establece en su art. 1, pues ello no ha sido seguido por la práctica internacional o por los propios Estados en la elaboración de sus tratados. Tampoco puede ser ignorado que los cuatro criterios se fundamentan en consideraciones puramente políticas o geopolíticas condicionadas por la realidad existente en esa época en el continente americano, así la CIJ, en su Opinión Consultiva sobre el Sáhara Occidental de 16 de octubre de 1975, matiza estos criterios al menos en el contexto de

¹⁰²³ “*Refusing to work with rules and established notions of international law is unusual given that the ICC is itself an international tribunal and the issue sub judice raises multiple questions of international law. Moreover, even the Prosecutor emphasised that: Certainly, it is not the case that anything in the Request asks the Chamber to decline to apply international law. Such a position would indeed be inconsistent with article 21 of the Statute. Rather, the Request merely asks the Chamber to confirm which principles of international law apply, given the interlocking nature of the issues raised by this situation of treaty interpretation. Statehood, international humanitarian law, and international human rights law. On that basis, the Chamber will decide how the Court should proceed. She further added that ‘[t]he Prosecution did not disregard nor circumvent public international law—which is obviously not possible; instead it applied its principles and rules to this case, while also considering the context and purpose of the Statute.’*”

Consequently, I do not see clearly how ‘the unique and complex factual and legal circumstances in this situation’, with special regard to the ‘nature, novelty and complexity of the issue’, can be answered having recourse only to article 125(3), article 12(2)(a) and article 21(1)(a) of the Statute, especially if we take into account the Chamber’s previous statement on the complexity of the situation in its decision of 21 January 2020” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine””, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, pp. 41-42).

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

la soberanía sobre las poblaciones nómadas¹⁰²⁴. Igualmente, en su exposición destaca la matización de los presupuestos relativos al territorio y al derecho exclusivo de decisión conforme a la práctica de las instituciones interestatales como pone de relieve en la Decisión de la Comisión Arbitral Germano-Polaca de 1929, la Opinión Consultiva de CPJI sobre el Régimen Aduanero entre Alemania y Austria de 5 de septiembre de 1931 y la jurisprudencia de la CIJ, que a pesar de resolver controversias fronterizas entre los Estados nunca formularon una definición precisa de la condición de “Estado”, como se evidencia en la Opinión Consultiva sobre Kosovo de 22 de julio de 2010 donde evitaron pronunciarse sobre dicha cuestión. En conclusión, señala Kovács que, aunque todos los elementos de los criterios de la Convención de Montevideo son discutibles y pueden matizarse, los mismos no pueden ser considerados totalmente como erróneos ni tampoco pueden ser considerados como norma imperativa universal que no tolera excepción alguna y por ello no hay una razón convincente para suponer que si una entidad cumple con los criterios de la Convención de Montevideo deba ser reconocida y admitida como “Estado” y, por el contrario, la admisión de un nuevo miembro en una organización interestatal no garantiza necesariamente que se cumpla con los criterios establecidos en dicha Convención como tampoco asegura la definición precisa de su territorio¹⁰²⁵.

Continuando su análisis, de forma amplia realiza un estudio de la Resolución 67/19 de la AG y su debate legal en torno a la atribución de la condición de “Estado observador no miembro” a Palestina poniendo de manifiesto que dicha categorización no está prevista en la Carta de las Naciones Unidas sino que ha sido creada mediante la práctica. Aunque no existe precedente, nada impide considerar que una entidad pre-

¹⁰²⁴ Creo que es conveniente recordar que, en esta Opinión Consultiva, la Corte concluyó que: “*The materials and information presented to the Court show the existence, at the time of Spanish colonization, of legal ties of allegiance between the Sultan of Morocco and some of the tribes living in the territory of Western Sahara. They equally show the existence of rights, including some rights relating to the land, which constituted legal ties between the Mauritanian entity, as understood by the Court, and the territory of Western Sahara. On the other hand, the Court’s conclusion is that the materials and information presented to it do not establish any tie of territorial sovereignty between the territory of Western Sahara and the Kingdom of Morocco or the Mauritanian entity. Thus the Court has not found legal ties of such a nature as might affect the application of resolution 1514 (XV) in the decolonization of Western Sahara and, in particular, of the principle of self-determination through the free and genuine expression of the will of the peoples of the Territory*” (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 68).

¹⁰²⁵ “*Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’*”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, pp. 42-68.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

soberana pueda ser considerada como una organización interestatal y permitírsele su participación en una organización internacional, pero de ello no puede deducirse que pueda adquirir la condición de “Estado”. De la condición de “Estado miembro no observador de Naciones Unidas” no puede extraerse ninguna conclusión general en el sentido de considerar a su titular como un Estado soberano. Tras analizar el proceso y la adopción de la Resolución con los países que apoyaron su aprobación, los que se opusieron, los que se abstuvieron e incluso los que no participaron, sólo puede señalarse que la gran mayoría de los Estados representados de la AG pretendieron mejorar el estatus formal de Palestina en las Naciones Unidas, mostrar apoyo político a su esfuerzo por alcanzar su estatalidad a la espera del resultado del procedimiento iniciado para ser admitida como miembro de pleno derecho y ello es claramente perceptible en la redacción equilibrada sobre “territorios y fronteras”¹⁰²⁶. El contenido real de la Resolución 67/19, atendiendo a las resoluciones adoptadas posteriormente por el CSNU y la AG, no considera la condición de “Estado” de Palestina, sino que es un objetivo aún por alcanzar y hasta la fecha el Consejo de Seguridad ha interpretado que Palestina es una entidad especial que merece la condición de “Estado” pero que no la ha alcanzado en la actualidad¹⁰²⁷.

De mayor interés en su análisis, debe destacarse el estudio que realiza sobre la adhesión de Palestina al Estatuto de Roma desde el año 2015. Palestina ya participó en la Conferencia Diplomática de Roma, si bien lo realizó como único miembro del Grupo IV denominado “Otras Organizaciones”, haciéndolo oficialmente bajo el nombre de

¹⁰²⁶ Así: “A full reading of Resolution 67/19 reveals that the ‘pre-1967 borders’ type formulas are counterbalanced with a continuous warning referring to previous UN resolutions and peace initiatives emphasising the necessity of negotiations on core issues, including borders.

Resolution 67/19 cannot be referred to as proof as far as alleged perfect statehood, precise borders or territory are concerned. It is in fact just the contrary: the carefully chosen formulas counterbalancing each other and the statements made by States show that there was an understanding that these issues could be, should be and would be settled later” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine””, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, p. 81).

¹⁰²⁷ Así pone de manifiesto los términos en que el Presidente Volkan Bozkir de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la 75ª sesión de fecha 1 de diciembre de 2020, abordó la situación de Palestina.

En este sentido, véase ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2020). “Observance of the International Day of Solidarity with the Palestinian People. Statement by H.E. Volkan Bozkir, President of the 75th session of the United Nations General Assembly”, de 1 de diciembre. Disponible en: <https://www.un.org/pga/75/2020/12/01/observance-of-the-international-day-of-solidarity-with-the-palestinian-people/>. Consultado el día 27 de febrero de 2021.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

“Palestina”. Tras presentar su instrumento de adhesión, fueron muy escasos los Estados que cuestionaron la condición de “Estado de Palestina” y su capacidad para adherirse a la CPI. Desde dicha fecha ha cumplido con todas sus obligaciones establecidas en el Estatuto, incluso fue el 30º Estado Parte que ratificó la Enmienda de Kampala de 2010 sobre la definición del crimen de agresión, lo que originó la competencia de la Corte sobre este crimen. Por ello no existe ninguna razón o procedimiento legal en el Estatuto de Roma para anular *ex post facto* la adhesión de Palestina y su consideración como Estado Parte, pero que pueda ejercer derechos y obligaciones como un “Estado en formación” no significa que haya logrado su “condición de Estado”, y derivado de ello que pueda ser resuelta la cuestión de su territorio o que sus fronteras puedan considerarse como “fronteras estatales”. En la lógica de la Solicitud del Fiscal se encuentra el principio de que la soberanía sobre el territorio ocupado no recae en la Potencia ocupante sino en el soberano al que le es reversible dicho territorio. Ahora bien, ello presupone la preexistencia de un Estado soberano y que el territorio ocupado estaba bajo su soberanía, lo que no parece concurrir en el caso de Palestina, por ello encuentra insuficiente que se pueda definir la competencia de la Corte basada en el “*status quo*”, pues conforme a la redacción del art. 12.2 a) del Estatuto de Roma la referencia al territorio del Estado si es interpretado como “territorio vinculado a un Estado” contiene una base interpretativa incierta.

El magistrado Kovács destaca la importancia de los Acuerdos de Oslo para resolver la cuestión sometida sobre la Decisión de la Sala, pues la remisión que realiza del art. 21.1 b) del Estatuto a los “tratados aplicables y principios y normas del Derecho internacional” resulta trascendente para la evaluación de la situación, señalando que los Convenios de la Haya y Ginebra, la propia Carta de las Naciones Unidas, como fundamento de las resoluciones de la AG y del CSNU, resultan necesarios tenerlos en consideración como tratados internacionales a los efectos del Estatuto, en los que sin duda debe ser incluido los Acuerdos Oslo I y II y los posteriores derivados de éstos al tener un indudable carácter jurídico internacional¹⁰²⁸. El valor jurídico de los Acuerdos

¹⁰²⁸ “*The factors that must be taken into consideration are the following:*

- *The substance and language of Oslo I and Oslo II;*
- *Their characterization in UN practice and by important actors dealing with the issue (such as the Quartet);*
- *The jurisprudence of Israel and of the territories under the jurisdiction of the Palestinian Authority; and*

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

viene reforzado por la práctica judicial no sólo de las autoridades palestinas sino también, si bien de forma más matizada, por los órganos judiciales del Estado de Israel, por ello la determinación del alcance geográfico de la jurisdicción de la CPI basados en los Acuerdos de Oslo, en la aplicación normativa establecido en el art. 21.1 b) del Estatuto, proporcionan una base más sólida para la Decisión¹⁰²⁹.

En este sentido, critica la Decisión de la Sala que, al hilo de lo expuesto por la Fiscal en su Solicitud, señala que los Acuerdos de Oslo no impiden el ejercicio de la jurisdicción de la Corte pues de otro modo se violaría el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, que al suponer que ello esté basado en norma de *ius cogens* determinaría la invalidez de dichos Acuerdos. Ahora bien, debe observarse que las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas (*ius cogens*) aunque tengan similitudes, no son idénticas. Por ello, aunque pueda suponerse el carácter *erga omnes* del derecho de los pueblos a la libre determinación no puede olvidarse que la Convención de Viena reconoce la posibilidad muy limitada de invalidación parcial de los tratados en estos casos y sólo prevé su nulidad en los supuestos en que sean contrarios a una norma imperativa en el Derecho internacional. No puede deducirse que los Acuerdos de Oslo sean inválidos a los solos efectos del Estatuto de la Corte, pues el supuesto conflicto entre los Acuerdos de Oslo y la Regla de los Acuerdos Especiales de IV Convenio de Ginebra, aunque daría lugar a invalidar el instrumento normativo por su contenido, resulta inadmisibles que un instrumento jurídico destinado a establecer un autogobierno limitado con el fin de desarrollar y ampliar las competencias que afecta a casi la totalidad de la población que vive en un determinado territorio podría estimarse

- *Doctrinal analysis, if necessary*” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, p. 115).

¹⁰²⁹ “Given that Palestine’s borders are not yet settled under international law, and consequently one cannot say with certainty and authoritative value if a particular parcel of land belongs or not to Palestine, the situation and potential cases cannot be easily matched with the wording of article 12(2)(a) of the Statute, specifically ‘the State on the territory of which’.

Consequently, we find ourselves in an ambiguous and delicate situation where a State (Israel) and a nasciturus State (Palestine) – undisputedly recognized by a large number of States as a genuine, real State – exercise different legislative, administrative and judicial competences *ratione personae* and/or *ratione loci* over life in the given territory where – as the ICJ confirmed – the rules of the Geneva Convention IV and of the The Hague Convention IV are also to be applied. It is a truly extraordinary, unique and complex situation, as it was rightly qualified in the Request” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, p. 134).

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

como una derogación de los derechos conferidos en virtud de los Convenios de Ginebra. “Como declaró la CIJ en la Opinión Consultiva del Muro¹⁰³⁰, Israel tiene la obligación de aplicar el IV Convenio de Ginebra. El derecho de las víctimas a buscar justicia ante un tribunal nacional y la obligación del Estado en virtud de la Convención de sancionar a los infractores son obligaciones vinculantes para Israel. Sin embargo, la Convención de Ginebra no prescribe el derecho individual de las víctimas a buscar justicia ante los órganos judiciales internacionales”¹⁰³¹, pero de las denuncias de los palestinos sobre el resultado de los procedimientos militares, judiciales o disciplinarios, o de procedimientos penales ante los tribunales ordinarios o militares en Israel no deben utilizarse como fundamento para invalidar los Acuerdos de Oslo.

Tras todas estas consideraciones, el magistrado Kovács concluye que, en su opinión: “El ámbito geográfico de aplicación de la competencia del Fiscal para investigar abarca los territorios de la Ribera Occidental, Jerusalén Oriental y la Franja de Gaza, pero bajo las coordenadas jurídicas reales y con la excepción de la hipótesis del artículo 13 b) del Estatuto, sujeto a la debida consideración de los diferentes

¹⁰³⁰ Con referencia a la Opinión Consultiva sobre el Muro de Israel de fecha 9 de julio de 2004, donde se afirma que: “*The Court has reached the conclusion that the construction of the wall by Israel in the Occupied Palestinian Territory is contrary to international law and has stated the legal consequences that are to be drawn from that illegality. The Court considers itself bound to add that this construction must be placed in a more general context. Since 1947, the year when General Assembly resolution 181 (II) was adopted and the Mandate for Palestine was terminated, there has been a succession of armed conflicts, acts of indiscriminate violence and repressive measures on the former mandated territory. The Court would emphasize that both Israel and Palestine are under an obligation scrupulously to observe the rules of international humanitarian law, one of the paramount purposes of which is to protect civilian life. Illegal actions and unilateral decisions have been taken on all sides, whereas, in the Court's view, this tragic situation can be brought to an end only through implementation in good faith of all relevant Security Council resolutions, in particular Resolutions 242 (1967) and 338 (1973). The "Roadmap" approved by Security Council Resolution 1515 (2003) represents the most recent of efforts to initiate negotiations to this end. The Court considers that it has a duty to draw the attention of the General Assembly, to which the present Opinion is addressed, to the need for these efforts to be encouraged with a view to achieving as soon as possible, on the basis of international law, a negotiated solution to the outstanding problems and the establishment of a Palestinian State, existing side by side with Israel and its other neighbours, with peace and security for all in the region*” (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, pp. 200-201*).

¹⁰³¹ Fragmento del siguiente documento original: “*As the ICJ stated, Israel is under the obligation to implement the Geneva Convention IV. The victims' right to seek justice before a national tribunal and the State's obligation under the Convention to sanction the offenders are binding obligations on Israel. However, the Geneva Convention does not prescribe the victims' individual right to seek justice before international judiciary bodies*” (“*Situation in Palestine. Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*””, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, p. 142).

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

regímenes legales aplicados en las áreas A, B, C [en la que se divide Ribera Occidental, correspondiendo la zona A a las Autoridades Nacionales de Palestina, la zona B a las autoridades palestinas e israelíes y C a las autoridades del Estado de Israel] y Jerusalén Oriental según el Acuerdo Interino y acuerdos subsiguientes entre israelíes y palestinos adoptados sobre el mismo, que eventualmente podrían implicar el deber de seguir las reglas de artículo 12.3 del Estatuto de Roma y la utilidad de aprovechar la posibilidad prevista en el artículo 87.5 del citado Estatuto”¹⁰³².

Añade que, a los efectos prácticos y cuando no haya remisión del CSNU de una situación de conformidad con lo previsto en el art. 13 b) del Estatuto de Roma, la jurisdicción territorial de la CPI, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso de Palestina, resultaría ser el siguiente:

1º.- En las áreas A y B, conforme a las reglas establecidas en el Acuerdo Interino, la Fiscal tiene competencia para proceder a la investigación, sin perjuicio de concertar por adelantado un acuerdo con Israel en virtud del art. 87.5 a) del Estatuto de Roma, con la finalidad de garantizar las condiciones óptimas para las investigaciones. En los territorios que no están cubiertos por la transferencia de competencia entre Israel y Palestina en virtud de los Acuerdos de Oslo, la Fiscal no puede continuar las investigaciones hasta que se cumplan las condiciones establecidas en el art. 12.3 del Estatuto.

2º.- Para los supuestos que entren dentro del ámbito de aplicación de los apartados 1 c), 2, 4 y 7 del artículo I del Anexo IV del Acuerdo Interino¹⁰³³, si lo

¹⁰³² Documento original: “*The geographical scope of application of the Prosecutor’s competence to investigate covers the territories of the West-Bank, East-Jerusalem and the Gaza strip but – under the actual legal coordinates and with the exception of the hypothesis of article 13(b) of the Rome Statute – subject to due consideration of the different legal regimes applied in areas A, B, C and East Jerusalem according to the Interim agreement (and in particular according to its article XVII), Annex IV attached thereto (and in particular according to the dispositions under rules 1(a), 1(c), (2), (4) et (7) of Article I) and other subsequent Israeli-Palestinian agreements adopted on this basis, which could eventually imply the duty to follow the rules of article 12(3) of the Rome Statute and the utility of profiting from the possibility stipulated in article 87(5) of the Rome Statute*” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, pp. 151-152).

¹⁰³³ Los citados preceptos determinan que:

“*Article I
Criminal Jurisdiction*

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

acordado no proporciona una solución clara conforme al art. 87.5 del Estatuto de Roma, debe ser aplicada las condiciones establecidas en el artículo 12.3 del mismo Estatuto.

3º.- En lo que respecta a la zona C y Jerusalén Oriental, la Fiscal sólo podrá proceder a investigar si se cumplen las condiciones del art. 12.3 del Estatuto, salvo en las circunstancias descritas en apartado 1 b) del artículo I del Anexo IV del Acuerdo Interino¹⁰³⁴.

4º.- Por último, estima que ello debe ser entendido de conformidad con los posteriores acuerdos que puedan ser adoptados entre las partes.

Conforme a su exposición, concluye que tanto del principio general del Derecho “nadie puede transferir a otro potestades que no tiene” (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*) como también del principio jurídico “los tratados no deben perjudicar a terceros” (*pacta tertiis nec nocent, nec prosunt*), se establecen un fundamento

1. (...) c. *Notwithstanding the provisions of subparagraph a. above, the criminal jurisdiction of each side over offenses committed in Area B shall be in accordance with the provisions of paragraph 2.a of Article XIII of this Agreement.*

2. *Israel has sole criminal jurisdiction over the following offenses: a. offenses committed outside the Territory, except for the offenses detailed in subparagraph 1. b above; and b. offenses committed in the Territory by Israelis.*

(...)

4. *In addition, and without derogating from the territorial jurisdiction of the Council, Israel has the power to arrest and to keep in custody individuals suspected of having committed offenses which fall within Israeli criminal jurisdiction as noted in paragraphs 1.c, 2 and 7 of this Article, who are present in the areas under the security responsibility of the Council, where:*

a. The individual is an Israeli, in accordance with Article II of this Annex; or

b. (1) The individual is a non-Israeli suspected of having just committed an offense in a place where Israeli authorities exercise their security functions in accordance with Annex I, and is arrested in the vicinity in which the offense was committed. The arrest shall be with a view to transferring the suspect, together with all evidence, to the Palestinian Police at the earliest opportunity.

(2) In the event that such an individual is suspected of having committed an offense against Israel or Israelis, and there is a need for further legal proceedings with respect to that individual, Israel may retain him or her in custody, and the question of the appropriate forum for prosecuting such a suspect shall be dealt with by the Legal Committee on a case by case basis.

(...)

7. *a. Without prejudice to the criminal jurisdiction of the Council, and with due regard to the principle that no person can be tried twice for the same offense, Israel has, in addition to the above provisions of this Article, criminal jurisdiction in accordance with its domestic laws over offenses committed in the Territory against Israel or an Israeli.*

b. In exercising its criminal jurisdiction in accordance with subparagraph a. above, activities of the Israeli military forces related to subparagraph a. above shall be as set out in the Agreement and Annex I thereto.”

¹⁰³⁴ El artículo señala que: “*In addition, the Council has criminal jurisdiction over Palestinians and their visitors who have committed offenses against Palestinians or their visitors in the West Bank and the Gaza Strip in areas outside the Territory, provided that the offense is not related to Israel's security interests*”.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

complementario para la aplicación de las normas contenidas en el Estatuto de Roma conforme al art. 21.1 c). Por otra parte, debe ser tenido en cuenta el precedente que sobre la jurisdicción de la Corte estableció la Resolución de esta Sala de fecha 6 de septiembre de 2018 en el asunto del pueblo de Rohingya, que estableció la doctrina que “la personalidad jurídica objetiva de la Corte tampoco implica jurisdicción *erga omnes* automática o incondicional. Las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte se establecen, ante todo, en los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 del Estatuto”^{1035 y 1036}.

En mi opinión, esta Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I tiende a una interpretación extensiva de la jurisdicción de la CPI, claramente iniciada por los precedentes de la Decisión citada de 6 de septiembre de 2018, doctrina que fue seguida por la Sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares III de 14 de noviembre de 2019 dictada sobre la misma situación de la deportación del pueblo de Rohingya, a la que podemos añadir la Resolución de la Sala de Apelaciones de 5 de marzo de 2020¹⁰³⁷ sobre la situación en Afganistán. La presente Decisión, como las anteriormente señaladas, parten de un concepto funcional de la jurisdicción que tiene por objeto ampliar el ámbito de persecución de los crímenes internacionales, basándose para ello en la personalidad jurídica objetiva de la CPI y el ejercicio propio de su jurisdicción conforme a los fines establecidos en el Estatuto de Roma. Sin embargo, un entendimiento de la normativa jurídica basada de forma exclusiva en la primacía de sus decisiones sin tener en consideración los límites inherentes al ejercicio de su

¹⁰³⁵ Documento original: “*the objective legal personality of the Court does not imply either automatic or unconditional erga omnes jurisdiction. The conditions for the exercise of the Court’s jurisdiction are set out, first and foremost, in articles 11, 12, 13, 14 and 15 of the Statute*” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, p. 154).

¹⁰³⁶ Termina el magistrado que: “*I am convinced that without the cooperation of the directly interested States in the present and truly complicated, over-politicized situation, the Prosecutor will have no real chance of preparing a trial-ready case or cases. This should go hand in hand with national prosecutions when needed and according to the rule on complementarity.*

All this should be understood within the framework of the famous Lac Lanoux arbitration rule: ‘there is a general and well-established principle of law according to which bad faith is not presumed’ or ‘il est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas’” (“Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1, p. 154).

¹⁰³⁷ Véase páginas 388-393 y 393-399 respectivamente de la presente Tesis.

jurisdicción puede incurrir, en determinadas situaciones, en un “exceso de jurisdicción” que puede deslegitimar la actuación del propio Tribunal Penal Internacional.

Conforme a lo postulado en el presente trabajo de investigación, un entendimiento de la Decisión adoptada debe ser realizada desde la construcción de una teoría sobre la propia jurisdicción, las potestades soberanas transferidas y los principios reconocidos en el Derecho internacional, del que sin duda el sistema punitivo internacional forma parte. Hemos expuesto que los crímenes internacionales vienen asociados a un peculiar régimen jurisdiccional¹⁰³⁸ por lo que sólo puede conceptuarse desde una perspectiva normativa basada en la jurisdicción. Así mismo, aunque la jurisdicción no resulta equiparable a la soberanía territorial, en el ámbito penal sigue siendo una manifestación trascendente de la “potestad soberana”. Igualmente, hemos mantenido que la capacidad normativa de la comunidad internacional se ha desarrollado sobre la *ficción legal* del poder constituyente emanado del principio de soberanía estatal y que, en la actualidad, la realidad política, cultural y social en un mundo global ha determinado que la “soberanía” no pueda seguir siendo caracterizada como “poder independiente y exclusivo vinculado a una base territorial”. En este sentido, he considerado que, conforme a los cambios producidos en la comunidad internacional, la soberanía debe ser conceptuada en un sentido cualitativo como “el poder que prevalece en concurrencia con otros poderes que son ejercidos sobre un mismo sustrato social, que a su vez reconoce y legitima su ejercicio por una Autoridad centralizada”¹⁰³⁹.

De estas consideraciones, puede estimarse que toda Organización Internacional puede ser considerada como “poder público” con capacidad normativa y aptitud para la aplicación y ejecución de sus decisiones. Estas funciones participan, en cierta manera, de cualidades asimiladas a “potestades soberanas”, que determinan un nuevo contexto en el reconocimiento de la dimensión política del Derecho internacional. Como “poder público”, las Organizaciones Internacionales pueden ser consideradas como “entes dotados de potestades soberanas”, por cuanto puede contar con facultades, libertades, competencias y responsabilidades que legitiman el ejercicio de ese poder, que de forma específica requiere un establecimiento normativo previamente establecido y que constituye el marco jurídico de su actuación. Ahora bien, debe ser tenido en cuenta que

¹⁰³⁸ Véase el apartado B) del epígrafe 6.1 de la presente Tesis.

¹⁰³⁹ Así, véase Capítulos 1 y 6 de la Tesis.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

estas potestades de autodeterminación vienen condicionadas conforme a sus normas constituyentes que determinan el establecimiento de principios inherentes a su estructura y funcionamiento y, lo que resulta de suma trascendencia, al propio sistema que legitima su creación normativa.

Debe ser observado que los cambios producidos en la comunidad internacional en los últimos años han tenido efecto sobre la soberanía, la propia creación de un sistema de protección de los derechos humanos (basado en valores que se derivan de la dignidad humana y que son tenidos en cuenta como adecuados y verdaderos para todo individuo y para toda sociedad) determina que ello no sea sólo una cuestión que pertenece al ámbito de las potestades soberanas propiamente estatales, sino que por su universalidad concierne a toda la comunidad internacional. Si a ello añadimos la construcción de un sistema punitivo internacional, se impone una necesaria reinterpretación del principio de soberanía en su función constitutiva en el Derecho internacional y en las grandes cuestiones de la teoría de las relaciones internacionales. La conceptualización que he propuesto de la “soberanía” como cualidad prevalente sobre el ejercicio de “poderes concurrentes sobre un mismo sustrato social” permite la justificación teórica del ejercicio de potestades normativas, ejecutivas y judiciales por una Autoridad diferente a la de un “ente territorial”¹⁰⁴⁰.

Partiendo de las consideraciones teóricas expuestas, hemos sostenido la capacidad normativa de la comunidad internacional para el establecimiento de un sistema jurídico-punitivo que se legitima conforme a su “determinación normativa”, que sólo viene limitada conforme a sus principios sistémicos y a sus fuentes creadoras de Derecho. Ahora bien, cuando nos referimos a la jurisdicción penal en el ámbito internacional, la misma no se encuentra claramente configurada al mantener los Estados su originaria capacidad soberana, sin que pueda presumirse de forma genérica que dicha potestad ha sido transferida de forma automática a otras entidades o instituciones, pues *in genere* el uso coactivo en el cumplimiento normativo y el ejercicio de la jurisdicción continúan siendo una manifestación esencial de su poder soberano¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴⁰ En este sentido, véase el apartado C) del epígrafe 6.5 de Tesis.

¹⁰⁴¹ Véase el apartado C) del epígrafe 6.1 del Capítulo 6.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

Atendiendo a lo expuesto, la existencia propia de un derecho fundamental en la comunidad internacional derivado de su capacidad autonormativa es la que justifica la existencia de un Derecho penal internacional y la creación de órganos judiciales específicamente encargados de la exigibilidad de responsabilidad individual a sus infractores siendo ello consecuencia, como hemos indicado, del ejercicio de potestades soberanas como “poder público”. Pero esta potestad viene también limitada en el plano internacional atendiendo a sus principios y valores inherentes conforme a sus normas constitutivas y aquellas prácticas que, en su interacción social, permiten su prevalencia sobre las potestades derivadas de la soberanía¹⁰⁴².

En el Derecho internacional, este tipo de normas no se encuentra en un único instrumento jurídico atendiendo al carácter fragmentario y disperso que caracteriza en la actualidad su ordenamiento jurídico, pero puede considerarse que la Carta de las Naciones Unidas y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establecen los principios básicos de la estructura y funcionamiento normativo de la comunidad internacional (*ius cogens structural* o principios fundadores del orden internacional), a los que debemos añadir por su contenido las normas de *ius cogens material* (*consensus gentium* o de “Derecho de Gentes”, como principios jurídicos fundamentales) por su importancia para el sistema normativo internacional. Estas normas fundamentales no sólo establecen límites a las acciones individuales o colectivas, sino que tienen por finalidad someter todo “poder” al Derecho y exigir responsabilidades conforme al Derecho, y ello constituye la base sobre la que puede ser desarrollada cualquier teoría normativa del Derecho penal internacional y de la jurisdicción atribuida a los tribunales penales internacionales¹⁰⁴³.

El marco teórico expuesto nos permite analizar la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, de fecha 5 de febrero de 2021, desde una perspectiva más amplia e integradora que la mera visión funcional de la jurisdicción utilizada en su Resolución y que ofrece una base legitimadora del ejercicio de su “competencia territorial” sobre el presente caso.

¹⁰⁴² Así, véase páginas 558-563 de la Tesis.

¹⁰⁴³ En este sentido, véase el citado apartado C) del epígrafe 6.1 de la Tesis y en las conclusiones.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

El objeto de la Decisión determinado conforme a la Solicitud de la Fiscalía responde a dos cuestiones principales sometidas a su juicio: 1) si Palestina es “Estado” en cuyo territorio se ha cometido la conducta (objeto de represión), a los efectos del art. 12.2 a) del Estatuto de Roma, debido a su condición de “Estado Parte” de la Corte, y 2) si el ámbito de competencia para la investigación sobre la situación en Palestina se extiende a los territorios ocupados por Israel desde 1967. En suma, la cuestión planteada es determinar si la Corte tiene competencia para perseguir los crímenes internacionales tipificados en el Estatuto de Roma en los territorios de Ribera Occidental, Franja de Gaza y Jerusalén Oriental.

La cuestión, como resalta la propia Solicitud del Fiscal, entraña una profunda complejidad al ser un tema debatido y no solucionado por el Derecho internacional sobre la propia existencia del Estado de Palestina y la determinación fronteriza de su territorio al constituir ello el propio conflicto palestino-israelí. Quizás por ello puede ser criticable la insuficiencia de los argumentos expuestos en los que se fundamenta la Decisión de autorización al Fiscal para la investigación de la situación en los territorios ocupados en Palestina tras la Guerra de 1967, pues aunque podamos compartir la Decisión conforme a las consideraciones expuestas en este trabajo de investigación basado en la transferencia soberana como límite inherente a la jurisdicción penal internacional, una visión integradora del Derecho penal aplicable a la situación determina una mayor profundidad sobre los razonamientos expuestos, de ahí que el voto parcialmente disidente formulado por el magistrado Kovács lo estime más adecuado, al basarse en el Derecho internacional positivo, si bien el mismo también debe ser objeto de algunas matizaciones. Con relación al voto separado del magistrado Brichambaut, estimo su corrección y la interpretación dada por el mismo a lo dispuesto en el art. 19.3 del Estatuto de Roma, aunque en el presente supuesto podamos compartir su conclusión de que al poner de manifiesto la Fiscalía la existencia de situaciones individualizadas estemos ante un verdadero “caso” que deba ser objeto de investigación por la Fiscalía de la Corte.

No podemos compartir aspectos expuestos en la Decisión mayoritaria en cuanto que la pretendida abstracción jurídica realizada sobre la situación y que establece las bases dogmáticas de la aplicación jurisdiccional, se razona de forma axiomática bajo la declaración de que al ser Palestina “Estado Parte” desde el año 2015 debe tener

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

consideración de Estado, al menos, a los solos efectos del Estatuto de la CPI al carecer ésta de competencia para la revisión de la adhesión de Palestina al Tratado de Roma. Tampoco podemos compartir la autosuficiencia normativa expuesta en su fundamentación al señalar que la Solicitud del Fiscal sobre la jurisdicción de la Corte deba ser resuelta con independencia de cualquier otro ámbito de aplicación del Derecho internacional, declaración ésta que pretende evitar que por su Decisión se establezca un precedente válido que pudiera afectar a las consecuencias políticas y al marco jurídico institucional establecido para los Acuerdos de Paz. Derivado de ello, tampoco estamos conformes con la interpretación dada al art. 21 del Estatuto de Roma, por cuanto confunde los conceptos de prioridad con primacía, dotando a dicho artículo de una interpretación exhaustiva y excluyente poco respetuosa con los principios del que emana la legalidad y jerarquía normativa como sustrato legitimador de toda la normatividad internacional, así difícilmente puede realizarse una labor interpretadora del derecho aplicable compatible con los principios establecidos y reconocidos en el Derecho internacional, incluido a aquellos de carácter sistémico y estructural que, por su interacción con la norma concreta jurídica, integran y legitiman la verdadera construcción lógica del derecho válido y eficaz a la resolución del caso concreto que deba ser resuelto en términos jurídicos.

Al hilo de los razonamientos expuestos por el magistrado Kovács que considera que la Decisión mayoritaria se fundamenta en argumentos meramente presuntivos sin remitirse al Derecho internacional positivo, resulta incuestionable la interpretación sobre el valor jurídico de la Resolución 67/19 de la AG y de los acuerdos adoptados por el CSNU sobre el conflicto palestino-israelí, debiendo destacarse que todos estos instrumentos fueron adoptados conforme a las previsiones establecidas en el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas (Arreglo pacífico de controversias), al igual que el Acuerdo de Oslo I (Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional), complementado por el Acuerdo de Oslo II (Acuerdo Interino sobre Ribera Occidental y Franja de Gaza), por lo que éstos también deben serles reconocidos su valor jurídico.

Por ello considero que ninguna cuestión sobre la aplicación de la jurisdicción penal de los tribunales internacionales puede ser resuelta sin tener en consideración el Derecho internacional aplicable del que su sistema punitivo forma parte. El Derecho

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

internacional general fundamenta la legitimidad de los tribunales penales, sus decisiones no sólo deben ser adoptadas conforme a Derecho, sino que puede exigírsele responsabilidad conforme a Derecho. Una interpretación funcional de la jurisdicción, por bien intencionada que sea en defensa de los fines otorgados por el Estatuto de Roma, no puede ser realizada sin tener en consideración los principios establecidos en el Derecho internacional. Como he expuesto en mi trabajo de investigación, “*un Derecho penal internacional, exclusivamente basado en la lucha contra la impunidad, regido por criterios de funcionalidad, aunque fuere para preservar la estructura política y jurídica de la sociedad en su sentido global, corre el riesgo de convertirse dogmáticamente en lo que puede denominándose ‘Derecho penal del enemigo’*”¹⁰⁴⁴. Por ello, una visión desde el análisis constructivo del Derecho puede otorgar un razonamiento jurídico sólido a la Decisión de la Corte, que legitima su interpretación basada en la teoría normativa del sistema penal internacional que hemos formulado sobre la nueva conceptualización del principio de soberanía y la transferencia de la potestad jurisdiccional a través, al menos, de un consenso implícito a los órganos e instituciones internacionales, dotados de personalidad jurídica propia.

Tanto la fundamentación jurídica que ha sido realizada por los magistrados Brichambaut y Alapini-Gansou, como la sostenida por el propio magistrado Presidente Kovács, consideran que la legitimación de la Corte se basa en la teoría de la delegación jurisdiccional de los Estados soberanos (*nemo dat quod non habet*), posición por otra parte apoyada por la mayoría de la doctrina jurídica¹⁰⁴⁵. Por nuestra parte, hemos sostenido que el fundamento teórico de la jurisdicción penal internacional se encuentra “en la transferencia de potestad soberana implícitamente consentida”, que conlleva un ámbito más amplio de la legitimación normativa que en el ejercicio de la jurisdicción pueda ser realizada por los tribunales penales internacionales.

Conforme a su marco jurídico, los tribunales penales internacionales ejercen jurisdicción propia y autónoma conferida conforme a su Estatuto normativo. Sabido es que, a excepción de lo establecido en el art. 13 b) del Estatuto de Roma, la CPI carece propiamente de jurisdicción universal. Su jurisdicción viene establecida bajo criterios de territorialidad o nacionalidad de los Estados Partes del Estatuto. Los Estados Partes

¹⁰⁴⁴ Véase páginas 668-670 de la Tesis.

¹⁰⁴⁵ Así, véase a la Profesora Monique en los Capítulos 4 y 6 de la presente Tesis.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

confieren el ejercicio de la jurisdicción para la persecución de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma, no sólo la competencia de la jurisdicción “para sentenciar ejecutiva”, sino también de la jurisdicción prescriptiva, siendo sobre todo ésta última manifestación esencial de la potestad soberana, por lo que una adecuada fundamentación a la Decisión debe de responder si Palestina ostenta soberanía prescriptiva que pueda transferir a la jurisdicción penal internacional.

Ante todo, debemos de precisar el término delegación y diferenciarlo del término “transferencia” como hemos postulado en nuestra teoría legitimadora del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales penales internacionales. En términos jurídicos, entendemos por “delegación” aquella *“cesión puntual de una competencia o facultad, encomendando su ejercicio por el competente a otro órgano o entidad con arreglo a determinadas condiciones, incluida el control del delegante”*; o *“dar la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio a otra, para que haga sus veces o para conferirle su representación”*. Por su parte, “transferencia” se define como *“ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo”*. Conforme a los términos utilizados, transferir conlleva una mayor atribución en la capacidad normativa al ámbito de los órganos internacionales que la delegación. El carácter incondicional de las adhesiones al Estatuto de Roma expresamente previsto en el art. 120, que excluye del mismo cualquier reserva, apoya esta apreciación conceptual, sobre la transferencia de la jurisdicción prescriptiva.

Palestina se encuentra inmersa en un proceso para alcanzar su “condición de Estado”, aunque es cierto que no puede en la actualidad ser considerado como “Estado soberano”. Sin embargo, estimo que lo relevante es considerar si en los momentos actuales y bajo el Derecho internacional Palestina puede ser considerada como un “ente dotado de soberanía”. Hemos expuesto desde nuestra perspectiva que una adecuada conceptualización de la soberanía viene establecida por la identidad de un sustrato social y el reconocimiento a una Autoridad centralizada y legítima que ejerce su poder y que reclama el cumplimiento de sus “disposiciones” con carácter prevalente frente a cualquier otro. Ya el magistrado Kovács en su razonamiento expuso la relativización de los criterios de la Convención de Montevideo de 1933 sobre la condición de Estado, siendo difícilmente cuestionable las conclusiones que el mismo extrae del valor jurídico de dicha Convención. Ahora bien, la cuestión debe centrarse sobre si el denominado

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

pueblo palestino puede ostentar la condición de “ente soberano” y, para ello, resulta conveniente analizar las condiciones históricas, políticas y su identidad social, sin que la determinación cierta del territorio sea un factor decisivo sobre la cuestión.

Analizando todos esos factores, hay que considerar si sobre la población establecida en la Ribera Occidental, la Franja de Gaza y Jerusalén Oriental ejerce un poder que pueda tener la cualidad de “poder soberano”. En la actualidad, ninguna de las potencias que colonizaron el territorio reclaman para sí el respeto de sus disposiciones sobre el sustrato social asentado en dichos territorios, por lo que no puede concluirse que ninguna de ellas ejerza un poder soberano sobre dicha población. Igualmente Israel, como Estado ocupante, no puede considerarse que ejerce un poder soberano sobre dichos territorios, toda vez que la dominación del mismo no equivale en modo alguno a tener soberanía sobre ellos. Resulta pues que, sobre la población asentada en dichos territorios, es Palestina la que sí se le puede reconocer el ejercicio de poderes propios de ser considerados como “soberano” y ello resulta independiente a su condición de Estado o que nunca haya obtenido la consideración de Estado.

La jurisdicción como manifestación de la potestad soberana incluye facultades de prescribir, sentenciar y hacer cumplir las disposiciones emanadas de una Autoridad centralizada sobre un sustrato social dotado de identidad¹⁰⁴⁶. Pero es la jurisdicción “prescriptiva” la que se encuentra íntimamente ligada al principio de soberanía y siendo ésta ejercida por Palestina sobre la población asentada en los territorios de la Ribera Occidental, Franja de Gaza y Jerusalén Oriental ningún obstáculo puede oponerse a que la misma pueda ser transferida a través de su adhesión como Estado Parte al Estatuto de Roma. Las limitaciones jurisdiccionales establecidas en el Anexo IV del Acuerdo Interino (Oslo II) no afectan a la jurisdicción prescriptiva, sino a la limitación de la jurisdicción de sentenciar y de ejecución, por lo que ningún impedimento jurídico existe para que la CPI ostente jurisdicción territorial para investigar los crímenes internacionales establecidos en el Estatuto de Roma cometidos en dichos territorios, pues ejerce su jurisdicción de forma autónoma conforme a sus normas constitutivas.

La Sala, consciente de la complejidad de la situación y los efectos que puedan derivarse de su Decisión, otorga un carácter provisional a la autorización otorgada a la

¹⁰⁴⁶ Véase el epígrafe 6.4 del Capítulo 6 del presente trabajo de investigación, concretamente el análisis del Profesor Bassiouni previsto en las páginas 588-590.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

Fiscalía sobre la investigación de los crímenes internacionales cometidos en dicho territorio. En este punto comparto las consideraciones realizadas por el magistrado Kovács, que estima la contradicción que supone solicitar de la Sala de Cuestiones Preliminares I una declaración sobre la jurisdicción de la CPI con la finalidad de establecer unas bases sólidas sobre la investigación y de otra posponer para un momento posterior, ante una orden de detención o citación para comparecer ante la Corte, una nueva revisión sobre la competencia territorial de la misma. En este punto, considero que lo que queda pospuesto es la solución del reconocimiento de la inmunidad procesal como excepción a la jurisdicción que pueda ser alegada por un Estado no Parte del Estatuto o sus nacionales, o cualquier otra causa de exclusión del ejercicio jurisdiccional fundada en reserva derivada del valor jurídico del Anexo IV del Acuerdo Interino, lo que sin duda deberá ser resuelto conforme al art. 99 del Estatuto de Roma, debiendo recordar en este aspecto lo expuesto en la opinión conjunta de los jueces Chile Eboe-Osuji, Howard Morrison, Piort Hofmański y Solomy Balungi Bossa en la Sentencia de la Sala de Apelaciones de fecha 6 de mayo de 2019 en el asunto Al-Bashir, que con relación a la jurisdicción de la Corte, afirmaron: “El ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal internacional no es una contradicción, sino una mejora, a la idea de la igualdad soberana de los Estados y su independencia unos de otros. Para la Corte o tribunal deriva su jurisdicción del acuerdo de los Estados involucrados para aunar su soberanía e independencia con el propósito de resolver pacíficamente las disputas de interés para la comunidad internacional dentro de ese dominio. Por lo tanto, un tribunal internacional no ejerce la jurisdicción de ningún soberano. Ejerce la jurisdicción de todos los soberanos interesados entre sí para su beneficio general.

En consecuencia, en el resultado, la idea moderna de que ningún soberano está por encima de la ley en su propio reino (dentro de sus fronteras) ahora encuentra una equivalencia fácil en el plano internacional: en el sentido de que ningún soberano está por encima del Derecho internacional en ese plano, por el bien internacional de la paz y seguridad”¹⁰⁴⁷.

En conclusión, la Corte, como órgano internacional dotado de personalidad jurídica objetiva y propia, y sobre el fundamento de la transferencia soberana por parte

¹⁰⁴⁷ Sobre el documento original, véase nota al pie núm. 194, así como en “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr, pp. 25-26.

ADENDA: Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional

de Palestina constatada a través de su instrumento de adhesión al Tratado de Roma, tiene legitimidad para ejercer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en el Estatuto cuya comisión haya sido realizada en los territorios correspondientes de la Ribera Occidental, Jerusalén Oriental y Franja de Gaza, en el entendimiento de que Palestina ostenta la soberanía jurisdiccional prescriptiva sobre su población asentada en dicho territorio sin que exista límite inherente a la jurisdicción de la Corte derivado de la transferencia de dicha potestad soberana, estimando que las limitaciones jurisdiccionales que conforme al Anexo IV del Acuerdo Interino para resolver el conflicto palestino-israelí, a pesar de su indudable valor jurídico, afecte al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte, sin perjuicio de la resolución que sobre el ejercicio concreto de la misma proceda a adoptar al ser alegada la reserva jurisdiccional contemplada en el mismo, todo ello conforme a una interpretación integradora de lo establecido en el art. 12.3 del Estatuto de Roma.

Conclusiones

I. La configuración de una teoría general de la jurisdicción universal y de la jurisdicción penal internacional conforme a la metodología de la “teoría constructivista”

II. La justificación de una jurisdicción penal internacional conforme a las facultades normativas de la Organización Internacional

III. Los presupuestos de la jurisdicción universal, atendiendo a su configuración teórica

IV. Construcción de un régimen jurídico para el ejercicio de la jurisdicción penal universal y de la jurisdicción penal internacional

V. Configuración de un marco normativo para el enjuiciamiento por la comisión de los crímenes internacionales

CONCLUSIONES

I. La configuración de una teoría general de la jurisdicción universal y de la jurisdicción penal internacional conforme a la metodología de la “teoría constructivista”

1º.- La teoría constructivista resulta un método adecuado para la configuración de la norma aplicable y su eficacia para la resolución de conflictos que requieren una solución jurídica, contando para ello no sólo la literalidad del texto normativo sino también la interpretación que de éste es realizado por los “operadores jurídicos” y la doctrina, que al interrelacionarlo atendiendo a sus antecedentes y finalidad, con los principios jurídicos que los legitiman, determinan la creación de un derecho equitativo de naturaleza particular. Esta visión teórica del Derecho permite por vía interpretativa evitar las ambigüedades en las que puedan incurrir los textos normativos, al conectar aspectos sociales, culturales, filosóficos y políticos con todo el sistema jurídico, dotándolo de una naturaleza institucional del que puede deducirse cognitivamente su normatividad concreta.

Esta visión resulta relevante en la construcción de una teoría general del Derecho internacional por la singularidad de sus fuentes normativas y que, en aspectos tan sensibles como el ejercicio jurisdiccional, suponen una visión crítica necesaria para la correcta comprensión del derecho aplicable.

2º.- En la construcción de todo sistema jurídico resulta conveniente el establecimiento de una teoría que integre en un “orden lógico-jurídico” la comprensión de toda normatividad específica, y en el caso del Derecho penal internacional, su necesidad viene determinada por la atribución de facultades normativas por la que se regula el ejercicio de la potestad legitimadora que justifica cualquier imposición coercitiva.

Frente a aquellos que sostienen que en el concepto de crimen internacional resulta irrelevante una teoría plausible del Derecho internacional, la construcción de la misma resulta ineludible en cuanto que son las potestades

Conclusiones

derivadas del poder soberano las que en último término sirven para determinar el alcance obligatorio del Derecho y la Autoridad legítima para su aplicación.

3°.- La capacidad normativa de la comunidad internacional se ha desarrollado sobre la *ficción legal* del poder constituyente derivado del principio de soberanía de los Estados. En la actualidad, la realidad política, cultural y social en un mundo global ha determinado que la soberanía no pueda seguir siendo caracterizada como “poder independiente y exclusivo vinculado a una base territorial”. Entre las reformulaciones de su concepto consideramos a la “soberanía” como el poder que “prevalece” en concurrencia con otros poderes que son ejercidos sobre un mismo sustrato social y por ello las Organizaciones Internacionales, como organizaciones políticas, pueden ser consideradas como “entes dotados de potestades soberanas”, por cuanto puede contar con facultades, libertades, competencias y responsabilidades que legitiman el ejercicio de ése poder, que de forma específica requiere un establecimiento normativo previamente establecido y que constituye el marco jurídico de su actuación como “poder público”.

4°.- Desde nuestra perspectiva “constructivista”, las “prácticas culturales” de los miembros de la comunidad internacional, que operan en un proceso de interacción social, constituyen un conjunto de principios integradores que determinan la necesidad creadora de normas que tienen por finalidad la protección de intereses esenciales. En la comunidad política internacional, estos principios permiten reconocer a las normas jurídicas internacionales que tienen carácter constitutivo por su importancia sistémica para el ordenamiento jurídico internacional.

En el Derecho internacional, este tipo de normas no se encuentra en un único instrumento jurídico atendiendo al carácter fragmentario y disperso que caracteriza en la actualidad su ordenamiento jurídico, pero puede considerarse que la Carta de las Naciones Unidas y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establecen los principios básicos de la estructura y funcionamiento normativo de la comunidad internacional (*ius cogens estructural* o principios fundadores del orden internacional), a los que debemos añadir

Conclusiones

por su contenido las normas de *ius cogens material* (*consensus gentium* o de “Derecho de Gentes”, como principios jurídicos fundamentales) por su importancia para el sistema normativo internacional. Estas normas fundamentales no sólo establecen límites a las acciones individuales o colectivas, sino que tienen por finalidad someter todo “poder” al Derecho y exigir responsabilidades conforme al Derecho.

5°.- La existencia propia de un derecho fundamental en la organización política internacional y el reconocimiento de su capacidad normativa es la que justifica la existencia de un Derecho penal internacional y la creación de órganos judiciales con potestades para la exigibilidad de responsabilidad individual a sus infractores. Pero estas potestades vienen también limitadas en el plano internacional, atendiendo a sus principios y valores inherentes conforme a sus normas constitutivas y a aquellas “prácticas” que, en su interacción social, permiten “prevalecer” sobre las potestades originariamente derivadas de la soberanía estatal. Ello constituye la base sobre la que puede ser desarrollada cualquier teoría normativa del Derecho penal internacional y la justificación teórica del ejercicio de una jurisdicción específica para su aplicación.

6°.- Siguiendo con este razonamiento, tanto el Derecho penal internacional como el Derecho penal nacional comparte un mismo sustrato social al ser aplicado sobre personas individualmente consideradas con independencia de su pertenencia nacional. Ello sitúa la legitimidad de la Autoridad internacional en términos de ejercicio de potestades soberanas, debiendo tenerse en cuenta, que en la concurrencia de éstas, el criterio de *prevalencia* como cualidad del poder soberano. Ahora bien, la competencia normativa viene atribuida de forma limitada atendiendo al sistema reconocido como fuentes de creación jurídica, donde los Estados siguen manteniendo una posición relevante. Pero a su vez, éstos se encuentran vinculados por el reconocimiento de la capacidad normativa emanada de la Autoridad supraestatal a través de un proceso de autolimitación soberana basadas en “transferencias de potestades” que, por su carácter incondicional, al menos vienen sustentadas en un “consentimiento implícito” emanados de los mismos.

Conclusiones

7°.- Para la construcción de una teoría sobre la jurisdicción universal y de la jurisdicción penal internacional conforme a sus “reglas constitutivas”, realidad social, aplicación de las normas e interpretación del Derecho, la centralidad del sistema basado en la protección de los Derechos Humanos constituye un principio sistémico de toda normatividad en el Derecho internacional, cuya integración ha supuesto el fortalecimiento del mismo y como principio integrador debe ser tenido en cuenta tanto por parte de los tribunales internacionales como por los tribunales nacionales y éstos de forma especial en cuanto ejerzan su competencia jurisdiccional de forma extraterritorial basado en el principio de justicia universal.

II. La justificación de una jurisdicción penal internacional conforme a las facultades normativas de la Organización Internacional

8°.- La creación de nuevos tribunales internacionales no es algo contrario al Derecho internacional, pues ni la Carta de las Naciones Unidas, ni el propio Estatuto de la CIJ atribuyen una exclusividad al mismo como instrumento para resolver los conflictos. En la actualidad, y para garantizar la eficacia de un Derecho internacional punitivo, puede ser apreciada la coexistencia de tribunales internacionales y nacionales, que conlleva una expansión de la jurisdicción penal y determina que cada uno de estos tribunales contribuya a la evolución del Derecho internacional preservando la confianza en el sistema jurídico internacional.

9°.- Tanto los tribunales penales internacionales como los tribunales penales internacionalizados o híbridos, les vienen atribuidas de forma propia su jurisdicción conforme a sus normas constitutivas, normalmente establecidas en el instrumento jurídico de creación, sus estatutos y reglas de procedimiento. Ahora bien, aunque ello pueda estar basado en su capacidad y competencia normativa, ésta resulta con limitaciones inherentes derivadas originariamente de las propias fuentes de su sistema de creación jurídica que determinan la validez y legitimidad del derecho aplicable a su régimen jurídico.

Estas restricciones inherentes de la jurisdicción penal internacional no depende tanto de una delegación expresamente establecida por los Estados como

Conclusiones

de una “transferencia” de potestades soberanas consentidas, al menos implícitamente, que constituyen las fuentes materiales y específicas de creación del Derecho internacional, donde los propios Estados mantienen una posición “nuclear” en el proceso normativo, lo que determina que la jurisdicción penal internacional se encuentre sometida a principios sistémicos que configuran el propio orden internacional como “comunidad política”.

10°.- No apreciamos que se haya cristalizado en el Derecho internacional norma consuetudinaria alguna que obligue a los Estados a la creación de tribunales internacionales, como tampoco apreciamos la existencia de norma que prohíba su constitución. Las obligaciones asumidas por los Estados en la prevención y, en su caso, persecución de los crímenes internacionales, necesariamente establecidas en normas de *ius cogens*, no vinculan a sus jurisdicciones que jamás quedan sujetas al carácter imperativo de la norma internacional, pues *in genere* constituye una potestad que emana de los propios Estados y sólo se puede atribuir a un tribunal internacional por consentimiento del mismo, al menos implícito, al ser ello un imperativo derivado del principio de seguridad jurídica.

III. Los presupuestos de la jurisdicción universal, atendiendo a su configuración teórica

11°.- Como hemos señalado, la jurisdicción de los Estados no emana del Derecho internacional, sino que es una potestad originaria de éstos fundada en sus principios constitutivos y normas fundamentales. Ello justifica que en el Derecho internacional no exista norma general que obligue a los Estados a ejercer su jurisdicción, sólo se les facultan a ello como extensión de su competencia jurisdiccional originaria, si bien este ejercicio extraterritorial basado en el principio de universalidad viene caracterizado por la exigencia de cumplimiento de obligaciones impuestas por el propio Derecho internacional que les facultan a su ejercicio.

12°.- Una aproximación a la construcción de una teoría normativa sobre los crímenes internacionales y la conveniencia práctica que justificaría reconocer a los Estados el derecho a castigarlos con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del responsable o de la víctima, debe fundamentarse en el

Conclusiones

reconocimiento del ejercicio extraterritorial de sus jurisdicciones internas, basadas en la existencia de un interés colectivo relevante que generan expectativas jurídicas y que permiten su caracterización como “derecho subjetivo”. Ahora bien, la jurisdicción considerada como potestad o competencia del poder público constituye un “derecho abstracto” que precisa de una determinada configuración normativa previamente establecida para su vigencia, así como de una Autoridad legítima y única con poder coactivo que resulta necesaria como instrumento para la realización del Derecho aplicable.

13°.- Una visión integradora de la jurisdicción universal permitiría conceptualarla como “derecho abstracto” emanado de la potestad de los Estados, que establece un instrumento o mecanismo jurídico por el que se ejerce un derecho subjetivo a la tutela judicial basado en el principio de justicia universal con la finalidad de exigir responsabilidad penal individual por la comisión de graves delitos que, por atentar de forma fundamental contra la comunidad internacional, son normativamente considerados como tales por el Derecho internacional, y ello, a su vez, es medio para garantizar el sistema jurídico que rigen las relaciones internacionales de cooperación y colaboración en materia penal no sólo entre los Estados, sino además entre éstos y los tribunales internacionales o internacionalizados en defensa de los valores del orden mundial.

14°.- Aunque puede observarse una tendencia hacia el aumento del número de Estados que implementan los delitos internacionales en su Derecho interno punitivo, impulsado por el pensamiento dominante de cada comunidad que determina una evolución normativa atribuyendo a sus jurisdicciones la competencia necesaria para su persecución basándose para ello en valores culturales, políticos, históricos y jurídicos compartidos y en la creciente aspiración de los ciudadanos a considerarse partícipes de una concepción de pertenencia a la sociedad universal.

Sin embargo, ello contrasta con la escasa e irregular práctica llevada a cabo por parte de los Estados de la competencia universal, siendo observable una tendencia restrictiva en el Derecho comparado a su configuración sin sujeción a límites operativos precisos, en el entendimiento que el principio de

Conclusiones

justicia universal no contempla directamente la protección de bienes jurídicos subjetivos por cuanto conforme a su naturaleza esta protección puede ser reconocida a través de atribuir el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción basado en el principio de personalidad.

15°.- La subsidiariedad constituye un criterio necesario de atribución de la jurisdicción que se deriva de la construcción teórica de la misma como potestad soberana, pues toda jurisdicción tiene implicaciones en su régimen jurídico atendiendo a sus principios que la configuran y su naturaleza única e indivisible. La subsidiariedad no impide el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados, pues el mismo no sólo cumple los parámetros actualmente exigidos por el Derecho internacional, sino que además resulta más eficaz al objeto de conseguir los fines que la legitima.

16°.- Aunque resulte admisible desde el punto de vista internacional un principio de justicia universal absoluta o propia, sin límites operativos, la realidad es la ausencia de norma consuetudinaria o convencional que establezca la obligación de los Estados a regular el ejercicio de la jurisdicción internacional de este modo. Estimamos que una jurisdicción universal de carácter propio o absoluto viene teóricamente fundada en una base “constructiva” poco sólida, normalmente confundida o identificada con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados de proceder a la extradición o entrega de los presuntos responsables por la comisión de crímenes internacionales. Debe recordarse que una teoría integradora del principio *aut dedere aut iudicare* no se corresponde con la configuración teórica del principio de justicia universal.

17°.- No queda establecido en el Derecho internacional una única fórmula legítima de persecución de los delitos internacionales a través de la jurisdicción universal. Por ello una jurisdicción universal limitada o conexa puede cumplir sobradamente con todas las expectativas jurídicas para exigir el cumplimiento del Derecho penal internacional, sobre todo tras la existencia de una jurisdicción penal internacional propia establecida conforme a sus facultades de autodeterminación normativa, que aunque inherentemente deba estar

configurada atendiendo a las fuentes creadoras del Derecho internacional, suponen un límite para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de los Estados derivado de la propia naturaleza indivisible de la potestad jurisdiccional.

IV. Construcción de un régimen jurídico para el ejercicio de la jurisdicción penal universal y de la jurisdicción penal internacional

18°.- La indivisibilidad es presupuesto esencial de toda jurisdicción y derivado de ello la exclusividad es principio consecuente de su ejercicio, lo que traslada el problema de los criterios para el caso de su concurrencia al ámbito de su legitimidad cuando su ejercicio extraterritorial se fundamenta, partiendo de su legalidad en el Derecho interno, en norma internacional convencional o consuetudinaria. Por ello, debe diferenciarse entre el poder y la libertad de los Estados para ejercer “el castigo”, lo que determina que los Estados pueden ostentar la competencia de ejercicio de una jurisdicción punitiva, pero ello no determina necesariamente que pueda tener la libertad de hacerlo.

19°.- Los instrumentos judiciales creados para la persecución de los graves delitos contra el Derecho internacional, de ninguna manera pueden estimarse que éstos tengan una naturaleza excluyente, lo que determina que puedan concurrir diversos ejercicios jurisdiccionales con la misma finalidad de evitar espacios de impunidad. La preferencia de una jurisdicción frente a otras, al ser la jurisdicción penal de los Estados indivisible y exclusiva como manifestación de su poder soberano, supone la necesaria ordenación de las mismas, debiendo establecerse un sistema jurídico constituido por normas con naturaleza indisponibles para las partes, que estimamos necesarias para determinar, entre ellas, una relación de primacía o subsidiariedad, al constituir la jurisdicción el presupuesto que legitima el sistema punitivo aplicable.

20°.- La coexistencia de las jurisdicciones estatales con la que pueda ser ejercida por los tribunales penales internacionales no atenta, en su previsión normativa, contra el principio de exclusividad jurisdiccional. Es en el Derecho convencional donde deben establecerse los criterios jurídicos para regular una atribución jurisdiccional propia, que a su vez constituya un instrumento para la superación de los conflictos que puedan derivarse de la concurrencia de jurisdicciones en

Conclusiones

ejercicio la justicia penal internacional, pues no apreciamos la vigencia de norma internacional en el Derecho consuetudinario que determine la obligación de los Estados a someterse a los tribunales penales internacionales.

21°.- Con relación a los criterios de superación de los conflictos relativos a la jurisdicción, debemos distinguir aquellas que pueden darse en relación con los tribunales penales internacionales y los que pueden ser suscitados entre los Estados. En lo que respecta a los tribunales internacionales, el instrumento normativo de éstos determina que será el principio de especialidad conforme a sus acuerdos constitutivos, sus propios estatutos y sistema jurídico, los que determinen la atribución última y exclusiva de su competencia penal en cada caso concreto. Con respecto al ejercicio de la jurisdicción por los Estados, su ejercicio territorial no plantea dificultad justificativa, salvo las correspondientes a su fundamento filosófico y las derivadas de la correcta aplicación de sus principios y normas jurídicas. Por el contrario, el ejercicio de la jurisdicción por un órgano o Autoridad extraterritorial sí exige una especial motivación que justifique la legitimidad de su ejercicio.

22°.- La coexistencia entre competencias penales que pueda ser ejercida por un tribunal penal internacional con respecto a aquellas que puedan ser atribuidas a los Estados en la persecución de los crímenes de naturaleza internacional, puede considerarse que la jurisdicción penal internacional ejerce un control efectivo sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales nacionales pues, en todo caso, le viene atribuida la competencia para asumir la investigación y enjuiciamiento por falta de voluntad o capacidad del sistema judicial estatal. Ahora bien y en sentido inverso, también debe ser puesto de manifiesto que los Estados a través del ejercicio de su jurisdicción universal ejerce una potestad de supervisión sobre la inacción de la jurisdicción de los tribunales penales internacionales cuando hacen dejación de su obligación de persecución de los crímenes objeto su competencia (es lo que podemos denominar como “jurisdicción universal inversa”).

Conclusiones

23°.- En la concurrencia de jurisdicciones para la persecución de graves crímenes internacionales, amparadas por norma de Derecho internacional consuetudinario, se carecen de criterios propios para resolver los conflictos que puedan suscitarse entre ellas. Aunque, desde este punto de vista, se estime que por la jurisprudencia internacional se ha matizado el concepto de exclusividad jurisdiccional, admitiendo supuestos de concurrencia basados en criterios de personalidad y universalidad, ello no ha resuelto el problema derivado de su integridad, que es una consecuencia del principio de unidad jurisdiccional, pues no existe norma alguna de Derecho internacional que autorice a los tribunales ceder su derecho a la jurisdicción a otros Estados.

24°.- En la situación actual, no existe tratado general de carácter universal que resuelva la concurrencia de las jurisdicciones nacionales, aunque los Estados han procurado establecer instrumentos de colaboración entre los mismos. En el ejercicio extraterritorial de sus jurisdicciones, generalmente los ordenamientos jurídicos internos establecen ciertos límites operativos a la jurisdicción universal que vienen determinados por la naturaleza de los delitos internacionales, su previsión como delito en sus sistemas punitivos y la exigencia de un nexo que vinculen éstos con el propio Estado, normalmente basados en los principios de territorialidad o de nacionalidad, por cuanto no debe olvidarse que toda jurisdicción conforme a su naturaleza es “indivisible” y ello determina que sólo puede ser atribuida de forma “única”.

25°.- Como criterios para ordenar la preferencia en el ejercicio extraterritorial de las jurisdicciones de los Estados podemos determinar la primacía de la jurisdicción nacional en cuyo territorio se haya cometido el delito (*forum delicti comissi*), siempre que realice un auténtico ejercicio de su jurisdicción conforme a los principios de buena fe y efectiva actividad judicial para exigir responsabilidad y dar satisfacción a las víctimas. En su defecto, se debe establecer la preferencia de atribuir el conocimiento del caso a la jurisdicción en cuyo territorio se encuentre el presunto responsable, pues al ser generalmente exigible como presupuesto su presencia ante la jurisdicción del tribunal

Conclusiones

encargado de su enjuiciamiento, este criterio supone un principio de “razonabilidad” y de eficacia.

En los supuestos en los que no sea ejercida la jurisdicción conforme a la prelación de los dos criterios expuestos, la concurrencia del ejercicio extraterritorial de los Estados, basado en su jurisdicción universal, el criterio preferente para atribuir el ejercicio de la jurisdicción en caso de concurrencia deberá estar determinado por el mayor grado de conexión o vinculación que, basados en la nacionalidad y protección de las víctimas, la nacionalidad de los presuntos responsables o el favorecimiento en la obtención de pruebas sobre los hechos, constituyen criterios valorativos que determinarán la preferencia de una jurisdicción frente a otras.

26°.- Toda jurisdicción penal debe ser determinada conforme a las normas preestablecidas de naturaleza pública y, por ello, con carácter “de orden público”. El *ius standi* o jurisdicción necesaria supone un estatus de garantía e imparcialidad como principio general de todo enjuiciamiento. Por ello, en la justicia penal internacional existe un generalizado consenso sobre la inadmisión de las jurisdicciones electivas o por conveniencia (*forum shopping*), al ser contraria a su propia naturaleza.

27°.- Igualmente, considero como una vulneración a los derechos a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad de partes la utilización de los denominados “foros exorbitantes”, entendiéndolos por éstos los establecidos internamente por los Estados en ejercicio de una competencia judicial internacional de forma excesiva o poco razonable, sin tomar en consideración criterio alguno de “proximidad”. Cuando los criterios de atribución a la jurisdicción de los tribunales nacionales vienen establecidos desconectados o vinculados de forma débil con respecto a la relación jurídica sometida a decisión judicial, entrañan siempre un riesgo de “denegación de justicia”, además de poder ser utilizada la jurisdicción de forma contraria a los principios de buena fe que inciden negativamente en la necesaria confianza pública en el sistema punitivo internacional.

Conclusiones

28°.- El Derecho internacional no resuelve de forma expresa la permisibilidad de una jurisdicción universal ejercida *in absentia*. Una adecuada clarificación terminológica permite diferenciar entre jurisdicción *in absentia* y enjuiciamiento en ausencia. En la imposición punitiva, la jurisdicción *in absentia* se estima que supone un instrumento de indudable utilidad en la lucha contra la impunidad, pero sobre todo tiene un carácter excepcional que en ningún modo puede suponer una sustitución de las órdenes de arresto y entrega de los responsables por la comisión de crímenes internacionales.

29°.- En el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados, el “enjuiciamiento del ausente o rebelde” no se encuentra claramente establecido, pues a su habilitación en el Derecho interno, en el ámbito de las garantías viene siendo exigido que queda salvaguardada la preceptiva comunicación personal, la representación efectiva y el derecho a un nuevo juicio. La implementación de estas garantías implica consideraciones prácticas que deben tenerse en cuenta en el diseño de cualquier sistema judicial o proceso para que resulte admisible juicios en ausencia.

30°.- Con relación a los enjuiciamientos *in absentia* ante los tribunales penales internacionales, no se encuentra en la actualidad configurado en la mayoría de los sistemas penales y procesales. Un enjuiciamiento de este tipo sería contrario a la propia finalidad del derecho punitivo internacional cuyo objeto de persecución viene sustentado en el juicio de reprochabilidad colectiva por la comisión de graves delitos contra la humanidad, además de ser controvertidas las consideraciones teóricas y su lógica tanto desde una perspectiva judicial como desde la perspectiva de los derechos de las partes en el enjuiciamiento que determinan la relativización de los principios filosóficos-jurídicos que fundamentan el ejercicio de todo poder punitivo, además de no generar la confianza pública que sustenta la percepción de la vigencia del sistema punitivo internacional.

En la práctica de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y en la CPI, no existen antecedentes sobre que un enjuiciamiento en ausencia o rebeldía haya sido llevado a cabo y en los tribunales internacionalizados o híbridos, salvo

Conclusiones

lo previsto en el Estatuto del TEL (justificado al tener también por objeto la persecución del delito de terrorismo), no ha sido contemplado ni realizado un juicio en ausencia.

31°.- Aunque con relación a la CPI no era la intención de sus promotores que fueran una instancia que monopolizara la persecución de la totalidad de los crímenes internacionales, el concepto de “interés de la justicia” como criterio de atribución jurisdiccional resulta extremadamente impreciso, además de dejar un amplio margen discrecional al control sobre los exámenes preliminares de las situaciones objeto de investigación.

V. Configuración de un marco normativo para el enjuiciamiento por la comisión de los crímenes internacionales

32°.- La construcción de un derecho punitivo en el ámbito internacional no se reduce a la mera caracterización de conductas que por constituir una lesión relevante a los valores de la comunidad internacional determinan su consideración como crímenes internacionales, sino que construye todo un sistema jurídico-penal aplicable conforme a sus fuentes de creación normativa donde los principios generales del Derecho cumplen una especial función sustantiva.

33°.- A pesar de que no existe una obligación de seguir los precedentes dictados por los tribunales internacionales, la realidad en la práctica judicial es que éstos son tenidos en consideración al identificar, constatar y aplicar los principios del Derecho internacional, de ahí el valor y la importancia que la jurisprudencia internacional tiene en la actualidad basada no sólo en el prestigio y la autoridad de quien la dicta, sino también como fuente de interpretación y de determinación del alcance de la norma jurídica, que trasciende de su eficacia obligatoria entre las partes de un concreto proceso. En la actualidad, se ha convertido en un medio auxiliar de extraordinario valor para el ejercicio de la actividad judicial

34°.- Toda configuración normativa del Derecho penal en el ámbito internacional precisa contemplar un estatuto de jueces y magistrados para

Conclusiones

garantizar su independencia e imparcialidad, su protección y a la vez de exigibilidad de responsabilidad. También debe asegurar un trato equitativo a las víctimas dentro del enjuiciamiento, reconociéndole un derecho subjetivo de acceso a la justicia, así como de obtener la debida reparación y restitución de sus derechos, las debidas garantías a favor de los infractores y sus defensas, al constituir todo ello el contenido esencial de principios perfectamente establecidos en el Derecho. En el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, puede observarse una consolidación institucional del derecho de las víctimas y de los infractores, basadas fundamentalmente en distintos tratados internacionales no sólo en el ámbito universal sino también, con mayores mecanismos de protección, en el ámbito regional.

35°.- Las garantías de imparcialidad e independencia de los tribunales del principio de legalidad penal e irretroactividad de las normas punitivas perjudiciales al infractor, el derecho a ser oído, a la prueba e igualdad entre las partes, a la asistencia letrada, a tener un derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y la proporcionalidad y humanización de las penas, integran el contenido del juicio justo o debido, que legitiman el ejercicio punitivo por parte de toda Autoridad habiendo sido interpretado los mismos de forma uniforme por parte de los tribunales regionales de los Derechos Humanos, que han determinado el establecimiento de principios de todo sistema penal que tenga como valor el de la dignidad humana.

36°.- El Derecho internacional convencional es la mejor fuente para el establecimiento de un Derecho penal internacional sustantivo en la medida en que es más apto para satisfacer el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Pero ello no excluye el Derecho internacional consuetudinario o los principios generales del Derecho como fuentes del Derecho penal internacional sustantivo, siempre que cumplan con el estándar de especificidad equivalente al del Derecho internacional convencional. El recurso a las fuentes no escritas del Derecho exige una comprensión estricta de la costumbre para ser válida y compatibilizarla con la garantía *nullum crimen sine*

Conclusiones

lege certa, pues de lo contrario un alcance ilimitado constituiría una violación flagrante de la seguridad jurídica.

37°.- Se ha criticado en la evaluación del funcionamiento de los tribunales penales internacionales y en los tribunales penales internacionalizados o híbridos su pretendido carácter universal. Estos tribunales se encuentran limitados y expuestos a contradicciones sobre su propia naturaleza como se deriva no sólo de la calidad jurídica de alguna de sus resoluciones y su repercusión en las relaciones institucionales con los Estados, sino también de su propia utilidad para la paz y reconciliación, por cuanto no puede demostrarse su impacto en la pacificación en las sociedades en conflicto, evitando siempre resolver en términos jurídicos la cuestión fundamental de la coexistencia de la soberanía nacional y su articulación con la justicia penal internacional.

38°.- Un Derecho penal internacional exclusivamente basado en la lucha contra la impunidad regido por criterios de funcionalidad, aunque pretenda su justificación en la necesidad de preservar la estructura política y jurídica de la sociedad en su sentido global, corre el riesgo de convertirse dogmáticamente en lo que Günther Jakobs denominó “Derecho penal del enemigo” pues un sistema penal así considerado supondría un instrumento de exclusión social y jurídica.

Aunque teóricamente no toda concepción funcionalista del derecho punitivo debe tender necesariamente a admitir un Derecho penal de esta naturaleza, debe evitarse que dicha construcción cognitiva incurra en excesos y arbitrariedades y, para ello, su marco normativo debe asumir principios que limite el ejercicio del *ius puniendi*. Un sistema penal internacional basado dogmáticamente en el “radicalismo dogmático” puede constituir un riesgo de deshumanización al incorporar a los sistemas jurídicos una imagen del ser humano que impide compatibilizar el Derecho penal internacional con los Derechos Humanos.

En consecuencia, son los principios los que legitiman el sistema jurídico-penal internacional, siendo éstos los que constituyen el pilar de su legalidad y eficacia dotándolo del valor de certeza y credibilidad.

Bibliografía

Libros y capítulos de los mismos

- ABARCA LIZANA, M. A. (2019). *Críticas al proceso penal internacional ante la Corte Penal Internacional desde una perspectiva “interseccional”*. Memoria Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis Pregrado, Santiago, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/173097>. Consultado el día 21 de octubre de 2020.
- AMBOS, K. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Traducción al español realizado por MALARINO, E., 1ª Edición de 2002 y 2ª Edición de 2004, Montevideo, Editorial Temis, Editorial Duncker & Humblot, y Fundación Konrad-Adenauer, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.
- AMBOS, K. (2008). *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*. México D.F., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara.
- AMBOS, K. (2009). “El marco jurídico de la justicia de transición”. En AMBOS, K.; MALARINO, E.; y ELSNER, G. *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Fundación Konrad-Adenauer.
- AMERICAN LAW INSTITUTE. (1987). *Restatement of the Law (Third), the Foreign Relations Law of the United States*. Volume 1, St. Paul, Minn, American Law Publishers.
- APARICIO TORRES, C. (2017). *El principio de justicia universal y su aplicación al delito de piratería. Crónica de una derogación anunciada*. Tesis Doctoral, Madrid, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/40877/>. Consultado el día 23 de septiembre de 2018.

Bibliografía

- BASSIOUNI, M. Ch.; y WISE, E. M. (1995). *Aut dedere Aut judicare: The duty to extradite or prosecute in international law*. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers.
- BERESON, W. M. (2013). “la inmunidad de la jurisdicción de las organizaciones internacionales públicas en el sistema interamericano: desarrollos y preocupaciones”. En ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *XL Curso de Derecho Internacional. 40 años promoviendo el Derecho internacional*, Washington D.C., Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General, pp. 209-245.
Disponible en:
http://www.oas.org/es/sla/ddi/publicaciones_digital_XL_curso_derecho_internacional_2013.asp. Consultado el día 3 de noviembre de 2019.
- BERGES, M. S. (2008). “Islamic views on International Law”. En MEERTS, P. *Culture and International Law*. The Hague, The Hague Academy Press, pp. 105-118.
- BENNOUNA, M. (2017). *Le droit international entre la lettre et l'esprit. Cours général de droit international public*. Les livres de Poche de l'Académie de Droit Internationale de La Haye Series, Volume 31, Leiden, Nijhoff Publishers, Brill.
- BROWNLIE, I. (1990). *Principles of Public International Law*. 4th Edition, Oxford, Oxford University Press.
- BROWNLIE, I. (2008). *Principles of Public International Law*. 7th Edition, Oxford, Oxford University Press.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (2013). *International Law of Humankind. Towards a New Jus Gentium*. Volume 8, Second Revised Edition, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Brill, Collection Human Rights, The Hague Academy of International Law Monographs.

Bibliografía

- CARRILLO SALCEDO, J. A. (1983). *Derecho Internacional Privado: Introducción a sus problemas fundamentales*, 3ª Edición, Madrid, Editorial Tecnos.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (1984). *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*, Madrid, Editorial Tecnos.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (1991). *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid, Editorial Tecnos.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (2001). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. 2ª Edición, Madrid, Editorial Tecnos.
- CEREZO MIR, J. (2004). *Curso de Derecho penal español*. Tomo 1, 6ª Edición, Madrid, Editorial Tecnos.
- CHEHTMAN, A. (2013). *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*. Madrid, Editorial Marcial Pons, Colección Derecho Penal y Criminología.
- CHEHTMAN, A. (2015). Filosofía y Derecho penal internacional. En FABRA ZAMORA, J. L. y SPECTOR, E. (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*. Volumen 3, N° 714, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, pp. 2365-2401.
- CHIAM, M. (2007). “Different models of Tribunals”. En BLUMENTAL, D. A.; y MCCORMARCK, T. L. H. *The Legacy of Nuremberg: Civilising influence or institutionalised vengeance?* Volume 20, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Human Rights and Humanitarian Law, International Humanitarian Law Series, pp. 205-228.
- CID MUNOZ, M. I. (2008). *La Corte Penal Internacional. Un largo camino*. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 36, Madrid, Editorial Dykinson.

Bibliografía

- CREUS, C. (1990). *Derecho Penal (Parte General)*. 2ª Edición, Buenos Aires, Astrea.
- D'ASPREMONT, J. (2013). "The Permanent Court of International Justice and domestic courts: a variation in roles". En TAMS, Ch. J. y FITZMAURICE, M. (Eds.), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Volume 13, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Queen Mary Studies in International Law Series, pp. 221-242.
- DE LA LUNA OMAR, O. (1981). *Manual de Derecho Marítimo*. México, Editorial Porrúa S.A.
- DEMETRIO CRESPO, E., y SANZ HERMIDA, A. Mª. (2020). "Juicios in absentia en el marco de un Derecho penal orientado a la protección de los Derechos Humanos. A propósito de los problemas de reconocimiento y ejecución de la orden europea de detención y entrega". En CHAN MORA, G., RODRÍGUEZ CAMPOS, A., y ALBERTO PARMA, C. (coords.). *Ciencias Penales y Derechos Humanos. Homenaje al Profesor Dr. Javier Llobet Rodríguez*. San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, pp. 821-845.
- DE VATTEL, E. (1844). *The Law of the Nations or Principles of the Law of Nature. Applied to the conduct and affairs of Nations and Sovereigns*. 6th Edition, Philadelphia, T. & J. W. Johnson, Law Booksellers.
- *Diccionario Marítimo Español: que ademas de las definiciones de las voces con sus equivalentes en francés, inglés e italiano, contiene tres vocabularios de estos idiomas con las correspondencias castellanas*. (1831). Madrid, Imprenta Real. Disponible en: <https://archive.org/details/diccionariomarit00madruoft>. Consultado el día 26 de octubre de 2017.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en: <http://www.rae.es/>. Consultado el día 29 de diciembre de 2016.

Bibliografía

- DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (2017). *La justicia universal como herramienta contra la impunidad de los crímenes internacionales: análisis histórico y comparado con especial referencia a la situación española*. Tesis Doctoral, Madrid, Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Universidad de Carlos III de Madrid. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/25437>. Consultado el día 27 de diciembre de 2018.
- DISTEFANO, G. (2019). *Fundamentals of Public International Law. A Sketch of the International Legal Order*. Volume 38, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Queen Mary Studies in International Law Series.
- EL ZEIDY, M. M. (2008). *The principle of complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- ESPÓSITO MASSICCI, C. (2007). *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*. Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, Navarra, Editorial Aranzadi.
- FAIDUTTI, J. C. (2004). *Derecho internacional del mar*. Universidad de Especialidades de Espíritu Santo, Guayaquil. Disponible en: <http://www.uees.edu.ec/servicios/biblioteca/publicaciones/70.php>. Consultado el día 19 de marzo de 2016.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (2010). “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español”. En ARANGÜENA FANEGO, C., BELTRÁN MONTOLIU, A., CONDE CASTEJÓN, J., FERNÁNDEZ LIESA, C. R., GARCÉS, J. E., GIL GIL, A., MIR CURCÓ, C., OLLÉ SESÉ, M., REMIRO BROTONS, A., VELASCO, J. C. y TAMARIT, SUMALLA, J. (coord.). *Justicia de transición, justicia penal y justicia*. Barcelona, Editorial Altelier, Colección Altelier Penal, pp. 73-90.
- FUTAMURA, M. (2005). *Revisiting the ‘Nuremberg Legacy’: societal transformation and the strategic success of international war crime tribunals: lessons form the Tokyo trial and Japanese experience*. Doctoral Thesis, London

Bibliografía

Doctor of Philosophy, King's College London. Disponible en: <https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/2930481/430467.pdf>. Consultado el día 4 de agosto de 2018.

- GALLANT, K. S. (2009). *The principle of Legality in International and Comparative Law*. Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge Studies in International and Comparative Law Series.
- GARCÍA ARÁN, M. (2000). “El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial español”. En GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords). *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 63-88.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2012). *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Volumen 1, 5ª Edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2004). *Límites de la ley penal en el espacio*. Colección Justicia Penal, Barcelona, Editorial Altier.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2011). “Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado”. En CONSEJO GENERAL DE PODER JUDICIAL. *Instrucción penal en el Derecho comparado*, Madrid, Escuela Judicial, Cuadernos Digitales de Formación, N° 4, pp. 1-25.
- GORDON, G. S. (2013). “The trial of Peter von Hagenbach: Reconciling history, historiography and international criminal law”. En HELLER, Kevin Jon; y SIMPSON, Gerry. *The hidden histories of war crimes trials*. Oxford, Oxford University Press, pp. 13-49.
- GREENAWALT, A. K. A. (2020). “What is an international crime?”. En HELLER, K. J.; MÉGRET, F.; NOUWEN, S. MH.; OHLIN, J. D.; y ROBISON, D. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 293-316.

Bibliografía

- GROCIO, H. (1613). *De iure belli ac pacis Libri Tres, In quibus ius naturae et gentium, ítem iuris publici praecipua explicantur*. Edición nova cum annotatis auctoris accessereunt & annotata in epistolam Pauli ad Philemonen, Amsterdami apud Ioh. & Cornelium Blaeu. Traducción realizada por TORRUBIANO RIPOLL, J. (1925). *Del Derecho de la Guerra y de la Paz de Hugo Grocio. Tomo III*. Madrid, Editorial Reus, Clásicos Jurídicos, Volumen XIV.
- GUILFOYLE, D. (2020). “Transnational crimes”. En HELLER, K. J.; MÉGRET, F.; NOUWEN, S. MH.; OHLIN, J. D.; y ROBISON, D. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, Oxford Univeristy Press, pp. 791-810.
- HELLER, K. J. (2011). *Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press.
- HENZELIN, M. (2000). *Le principe de l’universalité en droit penal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*. Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Collection Genevoise. Disponible en: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:107164>. Consultado el día 16 de julio de 2019.
- HIGGINS, R. (1994). *Problems and Process: International Law and How we use it*. Oxford, Clarendon Press Publication.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (2000). “La inmunidad del Jefe de Estado”. En GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords). *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 163-184.
- INAZUMI, M. (2005). *Universal Jurisdiction in Modern International Law. Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*. Volume 19, Antwerp-Oxford, Intersetia, School of Human Rights Research.

Bibliografía

- IVANIŠEVIĆ, B. (2008). *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina: From Hybrid to Domestic Court*. New York, International Center for Transitional Justice. Disponible en: <https://www.ictj.org/publication/war-crimes-chamber-bosnia-and-herzegovina-hybrid-domestic-court>. Consultado el día 30 de julio de 2019.
- KMAK, M. (2011). *The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction*. Volume 28, Helsinki, University of Helsinki, Erik Castrén Institut of International Law and Human Rights, The Erik Castrén Research Reports.
- KELSEN, H. (1952). *Principles of International Law*. New York, Rinehart & Co. Inc.
- KELSEN, H. (1955). *The Communist Theory of Law*. New York, Frederick A. Praeger Inc.
- KELSEN, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción realizada por ROBLES MORCHÓN, G.; y SÁNCHEZ, F. F., 1ª Edición de 1934, Madrid, Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.
- KERR, R, and MOBEKK, E. (2007). *Peace and Justice. Seeking accountability after war*. Cambridge, Polity Press.
- KISSINGER, H. (2001a). *Does America need a foreign policy? Towards a Diplomacy for the 21st Century*. New York, Simon & Schuster Paperback.
- KOLB, R. (2013). *The International Court of Justice*. Oxford, Hart Publishing.
- LANOVOY, V. (2016). *Complicity and its limits in the Law of International Responsibility*. Volume 59, Oxford, Hart Publishing, Studies in International Law.
- LAUGHLAND, J. (2008). *A history of political trials. From Charles I to Saddam Hussein*. 2ª Edición Revisada, Oxford, Peter Lang Ltd.

Bibliografía

- LLEDÓ VÁSQUEZ, R. I. (2015). *El principio de legalidad en el derecho penal internacional*. Tesis Doctoral. Madrid, Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22904#preview>. Consultado el día 18 de mayo de 2019.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2004). *El principio non bis in ídem*. Madrid, Editorial Dykinson S.L.
- LUBAN, D. (2020). “The enemy of all humanity”. En HELLER, K. J.; MÉGRET, F.; NOUWEN, S. MH.; OHLIN, J. D.; y ROBISON, D. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, Oxford Univeristy Press, pp. 558-582.
- MALLINDER, L. (2013). “War Crimes Chamber of the Court of Bosnia-Herzegovina”. En STAN, L., y NEDELSKY, N. *Encyclopedia of Transitional Justice*, Volume 3, Cambridge, Cambridge University Press.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (1983). *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario español*. Barcelona, Bosch Casa Editorial.
- MARCEL FERNANDES, J. (2008). *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus justicia universal*. Madrid, Editorial Reus S.A, Biblioteca Iberoamericana de Derecho (BIDE).
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A. (2014). *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*. Tesis Doctoral. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/view.php?pid=tesisuned:Derecho-Amartinez>. Consultado el día 29 de noviembre de 2016.
- MOLINA, I., en colaboración con DELGADO, S. (2008). *Conceptos Fundamentales de Ciencia Política*. Madrid, Alianza Editorial.

Bibliografía

- MONIQUE, C. (2020). *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-States Parties*. Cambridge, Cambridge University Press.
- MIR PUIG, S. (2007). “Límites del normativismo en el Derecho penal”. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Derecho penal del siglo XXI*. N° VIII, Madrid, Escuela Judicial, Cuadernos del Derecho Penal, pp. 39-81.
- NEFF, S. C. (2010). “A short history of International Law”. En EVANS, M. D. *International Law*. 3ª Edición, Oxford, Oxford University Press, pp. 3-31.
- OGAS CABRERA, C.; y SOTO NILO, A. (2007). *Amnistía, indulto, prescripción y delitos universales*. Memoria Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis Pregrado, Santiago. Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113096>. Consultado el día 21 de diciembre de 2016.
- OLLÉ SESÉ, M. (2008a). *Justicia universal para crímenes internacionales*. Madrid, Editorial Marcial Pons.
- OLLÉ SESÉ, M. (2008b). “La Protección de los Derechos Humanos fundamentales en el ámbito de la Justicia Penal Internacional”. En OLLÉ SESÉ, M. (coord.). *Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional*, Universidad Internacional de Andalucía, pp. 12-18.
- O’NEILL, T. (2017). *Rethinking the Lotus Principle: New perspectives on the Kosovo Advisory Opinion*. Master Thesis, Lund, International Human Rights Law, Faculty of Law, Lund University. Disponible en: <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/8911582>. Consultado el día 17 de septiembre de 2019
- O’SHEA, A. (2002). *Amnesty for crime in International Law and Practice*. The Hague, Kluwer Law International.

Bibliografía

- OXFORD DICTIONARIES. Disponible en: <https://en.oxforddictionaries.com/>. Consultado el día 19 de noviembre de 2018.
- PALOMO DEL ARCO, A. (1999). “La aplicación extraterritorial de la ley penal española”. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Fenómenos delictivos complejos*, Edición Digital [CD-ROM], Madrid, Escuela Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial.
- PAZMIÑO ORTIZ, O. R. (2018). *Aplicación del Realismo de las Relaciones Internacionales en la jurisdicción universal como mecanismo efectivo para el juzgamiento de delitos de carácter internacional establecidos en el Estatuto de Roma*. Proyecto de Investigación y Desarrollo previo a la obtención del título de Magister en Relaciones Internacionales con mención en Política Exterior. Quito, Centro de Relaciones Internacionales, Instituto de Altos Estudios Nacionales. Disponible en: <http://repositorio.iaen.edu.ec/handle/24000/4877>. Consultado el día 7 de febrero de 2019.
- PÉREZ MANZANO, M. (2002). *La prohibición constitucional de incurrir in bis in ídem*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, Colección Los Delitos.
- PORTILLA GÓMEZ, J. M. y HERNÁNDEZ y ROJAS, A. P. (2010). “La Evolución y Efectividad de los Tribunales Penales Ad Hoc”. En BECERRA MARTÍNEZ, M., y MÜELLER UHLENBROCK, K. T. *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*. N° 153, México D.F., Facultad de Estudios Superiores Alcatlán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie de Estudios Jurídicos, pp. 207-244. Disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/>. Consultado el día 10 de julio de 2018.
- PUEYO LOSA, J. (2006). “El principio de jurisdicción universal y el estatuto de la Corte Penal Internacional”. En RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coord.). *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*. Madrid, Editorial Marcial Pons, pp. 181-205.

Bibliografía

- PUEYO LOSA, J. (2007). “Las competencias del Estado (I): Competencias territoriales”. En DÍEZ DE VELASCO, M (Autor). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Tecnos, 16ª Edición, pp. 409-437.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1955). *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Tomo I, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, Consejo de Investigaciones Científicas (actualmente CSIC).
- RAMIRO RICO, N. (1980). *El Animal Ladino y otros estudios políticos*. Madrid, Editorial Alianza Universal.
- RAMOS KOPRIVITZA, U. S. (2013). *El delito de piratería y el principio de justicia universal*. Tesis Doctoral. Salamanca, Departamento de Derecho Público General, Derecho Público, Universidad de Salamanca. Disponible en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124202/1/DDPG_RamosKoprivitzaUlisesSandal_Tesis.pdf. Consultado el día 26 de octubre de 2017.
- RAWLS, J. (2001). *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de la razón pública*. Traducción al español realizado por VALENCIA VILLA, Hernando. Madrid, Editorial Paidós.
- REHBINDER, M. (1981). *Sociología del Derecho*. Madrid, Editorial Pirámide.
- REMIRO BROTONS, A. (2006). “La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad”. En ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano*. XXXIII Concurso de Derecho Internacional, pp. 491-516. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006.asp. Consultado El día 15 de octubre de 2017.
- REMIRO BROTONS, A.; PRAT DURBÁN, L. P.; RIQUELME CORTADO, R.; DÍEZ HOCHLEITNER, J.; y ORIHUELA CALATAYUD, E. (2007). *Derecho Internacional*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

Bibliografía

- REYDAMS, L. (2004). *Universal Jurisdiction: International and Municipal Perspectives*. Oxford, Oxford University Press, Oxford Monographs in International Law.
- RODRIGO, A. J. (2018). “Los criterios de identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)”. En DÍEZ-HOCHLEITNER, J.; ESPÓSITO MASSICCI, C.; IZQUIERDO SANS, C.; y TORRECUADRADA, S. (Eds). *Principios y Justicias en el Derecho internacional. Libro Homenaje al Profesor Antonio Remiro Brotons*. Madrid, Editorial Dykinson, pp. 123-131.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2012). “De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicciones penales”. En PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Nº 813, Valencia, Tirant Lo Blanch, Tirant Monografías, pp. 139-177.
- ROMEO CASABONA, C. M. (2007). *De los delitos informáticos al cibercrimen. En Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, Ciencias de la seguridad (CISE).
- SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2004). *Jurisdicción universal y derecho internacional*. Nº 301, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, Tirant Monografías.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A. (2012). *Sistema de Derecho Internacional Público*. 2ª Edición, Navarra, Thomson Reuters, Editorial Civitas.
- SCHWÖBEL-PATEL, C. (2020). “The core crimes of International Criminal Law”. En HELLER, K. J.; MÉGRET, F.; NOUWEN, S. MH.; OHLIN, J. D.; y ROBISON, D. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 768-790.
- SHAW, M. N. (2003). *International Law*. 5ª Edición, Cambridge, Cambridge University Press.

Bibliografía

- SMEULERS, A. (2020). “A criminological approach to the ICC’s control theory”. En HELLER, K. J.; MÉGRET, F.; NOUWEN, S. MH.; OHLIN, J. D.; y ROBISON, D. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 379-399.
- STIGEN, J. (2008). *The relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*. Volume 34, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Brill, The Raoul Wallenberg Human Rights Library Series.
- SUSANNA Y LÓPEZ, E. (2007). “El conflicto del Tíbet: análisis histórico y violaciones de los derechos humanos”. En SUSANA Y LÓPEZ, E., y ESTEVE MÓLTO, J. E. *Tíbet*, Barcelona, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, Serie Conflictos Olvidados, pp. 3-74.
- THALMANN, V. (2017). “Reasonable and effective universality: conditions to the exercise by national courts of universal jurisdiction over international crimes”. Thèse de doctorat, Genève, Département du Droit Pénal, Faculté de Droit, Université de Genève. Disponible en: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:96491>. Consultado el día 16 de julio de 2019.
- THIRLWAY, H. (1972). *International Customary Law and Codification: An Examination of the Continuing Role of Custom in the Present Period of Codification of International Law*. Leiden, A.W. Sijthoff.
- TUNKIN, G. I. (1974). *The Theory of International Law*. Traducción al inglés e introducción realizado por BUTLER, W. E., London, George Allen & Unwin Ltd.
- VALLEJO PEÑA, C. (2016). *El Estado de la jurisdicción universal en el Derecho internacional y en el Derecho interno español*. Edición Digital [Libro Electrónico], Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, Serie Monografías, Alta Investigación Jurídica.

Bibliografía

- VARGAS VIANCO, J. E. (1994) *La extinción de la responsabilidad penal*. 2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- VÁZQUEZ SERRANO, I. (2019). *El principio de jurisdicción universal y su encrucijada. ¿Utopía o el mundo real?*. Navarra, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi.
- VERDROSS, A. (1982). *Derecho Internacional Público*. 5ª Edición, Madrid, Editorial Aguilar.
- VIGIER DE TORRES, A. (1972). *Curso de Derecho Marítimo*. 2ª Edición, Madrid, Inspección General de Enseñanzas Marítimas y Escuelas, Subsecretaría de la Marina Mercante.
- WEATHERALL, T. (2015). *Jus cogens: International Law and Social Contract*. Cambridge, Cambridge University Press.
- WOETZEL, R. K. (1960). *The Nuremberg trials in international law*. London, Stevens & Sons Ltd.
- WOLFF, Ch. (1764). *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*. Volumen II. Traducción al inglés realizado por DRAKE, J. H. (1934). Volume 2: The Complete English Translation, Oxford, Clarendon Press, Carneige Classics of International Law Series.
- ZÁRATE CONDE, A. (2015a). “La Ley penal en el espacio”. En ZÁRATE CONDE, A. y GONZÁLEZ CAMPO, E. (Autores). *Derecho penal. Parte general*. La Ley Temas, La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, Wolters Kluwer España S.A., pp. 89-107.
- ZÁRATE CONDE, A. (2015b). “Los principios limitadores del derecho penal”. En ZÁRATE CONDE, A. y GONZÁLEZ CAMPO, E. (Autores). *Derecho penal. Parte general*. Madrid, Wolters Kluwer España S.A., La Ley Grupo Wolters Kluwer, La Ley Temas, pp. 121-134.

Bibliografía

- ZIMMERMANN, A. (2005). “Violations of fundamental norms of International Law and the exercise of universal jurisdiction in criminal matters”. En TOMUSCHAT, Chr., y THOUVENIN, J. M. *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Brill, pp. 335-353.

Artículos

- ABAD CASTELOS, M. (2012). “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 15, pp. 65-90.
- ABAD CASTELOS, M. (2013-2014). “The End of Universal Jurisdiction in Spain?”. *Spanish Yearbook of International Law*, Volume 18, pp. 223-230.
- ACTION DES CHRÉTIENS POUR L'ABOLITION DE LA TORTURE (ACAT). (2013). “Droit d’asile. Ce qu’il faut savoir”. Disponible en: <https://www.acatfrance.fr/public/asile-droit-d-asile-ce-qu-il-faut-savoir.pdf>. Consultado el día 8 de enero de 2018.
- AGUILAR DOMÍNGUEZ, A. (2018). “La delgada línea entre el forum shopping y el fraude a la ley”. *Revista de Derecho Privado*, Año 5, N° 13, pp. 61-90.
- ALLEN, E. W. (1943). “Works of the International and Comparative Law Section of American Bar Association”. *The American Journal of International Law*, Volume 37, Issue 4, pp. 660-666.
- AMBOS, K. (2004). “Derechos humanos y derecho penal internacional”. *Diálogo Político*, Año XXI, N°3, pp. 85-115.
- AMBOS, K. (2010). “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”.

Bibliografía

Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Vol. 5, N° 9, pp. 237-256.

- BAKER, R. B. (2009). “Universal jurisdiction and the Case of Belgium: A Critical Assessment”. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Volume 16, Issue 1, pp.141-167.
- BASDEVANT, J. (1936). “Règles générales du droit de la paix”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Volume 58, pp. 471-715.
- BASSIOUNI, M. Ch. (1982). “El Derecho Penal Internacional: Historia, Objeto y Contenido”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 35, Núm. 1, pp. 5-42.
- BASSIOUNI, M. Ch. (1996). “International Crimes: *Jus Cogens* And *Obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary problems*, Volume 59, Issue 4, pp. 63-74.
- BASSIOUNI, M. Ch. (2001). “Universal jurisdiction for International Crimes: Historical perspectives and contemporary practice”. *Virginia Journal of International Law*, Volume 42, Issue 1, pp. 81-162.
- BODY, K. L. (2004). “Universal jurisdiction and structural reasonableness”. *Texas International Journal*, Volume 40, N° 1, pp. 1-58.
- BOTTINI, G. (2004). “Universal jurisdiction after the creation of the International Criminal Court”. *New York University Journal of International Law and Politics*, Volume 36, Issue 2, pp. 503-562.
- BOYER CARRERA, J. (2012). “Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio Non bis in ídem”. *Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo*, N° 11, pp. 323-331.
- BURCHARD, C. (2006). “The Nuremberg Trials and its impact on Germany”. *Journal of International Criminal Justice*, Volume 4, Issue 4, pp. 800-829.

Bibliografía

- CABALLERO PÉREZ, N. I. (2019), “Sentencia de 7 de septiembre de 1927 de la Corte Permanente de Justicia Internacional: La inadvertida visión del caso “S.S. Lotus” conforme al voto particular de Rafael Altamira”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, N° 10, pp. 188-276.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (2017). “Les tribunaux internationaux et leur mission commune: de réalisation de la justice: développements, état actuel et perspectives”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Volume 391, pp. 9-101.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (1996). “Droit International et souveraineté des États. Cours général de droit international public”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Volume 257, pp. 35-221.
- CARTES RODRÍGUEZ, J. B. (2017). “El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz?”. *Anuario de Mexicano de Derecho Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Volumen XVII, pp. 251-289.
- CASSESE, A. (1998). “On the trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law”. *The European Journal of International Law*, Volume 9, Issue 1, pp. 2-17.
- CEBADA ROMERO, A. (2002). “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 4. Disponible en: <http://www.reei.org/>. Consultado el día 28 de octubre de 2019.
- CERDA ACEVEDO, C. A. (2011). “Características del Derecho Internacional Penal y su clasificación entre crimen y simple delito”. Programa de Derecho Internacional, *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, Working Paper N° 64. Disponible en: <https://www.files.ethz.ch/isn/145495/64%20DI.pdf>. Consultado el día 13 de diciembre de 2016.

Bibliografía

- CERDA DUEÑAS, C. (2017). “Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional”. *Revista Criminalidad*, Volumen 59, Nº 2, pp. 125-138.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009). “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la <<abrogación de facto>> a la <<derogación de iure>>”. *Diario La Ley*, Nº 7211, de 6 de julio, pp. 1-8.
- COLAGENO, A. J. (2005). “The new universal jurisdiction: in absentia signaling over clearly defined crimes”. *Georgetown Journal of International Law*, Volume 36, Issue 2, pp. 537-603.
- CONDE-PUMPIDO, C. (2004). “La justicia universal en la jurisdicción española”. *Revista Persona y Derecho*, Volumen 51, pp. 49-73.
- CORBACHO PALACIOS, F. J. (2007). “Análisis de la jurisdicción en el plano internacional: Principio de Justicia Universal y efectos internacionales de la jurisdicción”. *Noticias Jurídicas*, de 1 de julio. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4301-analisis-de-la-jurisdiccion-en-el-plano-internacional:-principio-de-justicia-universal-y-efectos-internacionales-de-la-jurisdiccion/>. Consultado el día 13 de agosto de 2020.
- CORDERO TORRES, J. M. (1965) “El “status internacional de los Estados del Himalaya”. *Revista de Política Internacional*, Nº 81, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 301-322.
- COWELS, W. B. (1945). “Universality of Jurisdiction over war crimes”. *California Law Review*, Volume 33, Issue 2, pp. 177-218.
- DE HOON, M. (2017). “The future of the International Criminal Court. On critique, legalism and strengthening the ICC’s legitimacy”. *International Criminal Law Review*, Volume 17, Issue 4, pp. 591-614.

Bibliografía

- DEL CARPIO DELGADO, J. (2009). “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”. *Diario La Ley*, N° 7307, de 21 de diciembre, pp. 1-31.
- DEL CARPIO DELGADO, J. (2013). “Las víctimas como testigos en el Derecho Penal Internacional (i) Especial referencia a los Tribunales *ad hoc*”. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Volumen 8, N° 15, pp. 128-169.
- DE LA CUESTA, J. L. (2003). “Competencias penales nacionales e internacionales y el principio *ne bis in idem*”. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Volume 73, Issue 3-4, pp. 737-769.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (2001). “Le forum shopping devant les juridictions françaises”. *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, N° 14, Année 1998-2000, pp. 49-82.
- DÍAZ CREGO, M. (2015). “Diálogo Judicial”. *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, octubre 2015-marzo 2016, N° 9, pp. 289-299.
- ESTEVE MOLTÓ, J. E. (2014). “La Ley Orgánica 1/2014, de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Volumen 30, pp. 139-201.
- ETCHEBERRY, A.; y CÁRDENAS, C. (2009). “La Corte Penal Internacional: abriendo caminos”. *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, pp. 95-102. Disponible en: <https://anuariodh.uchile.cl/>. Consultado el día 9 de mayo de 2018.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (2014). “El fin constitucional de la reeducación y reinserción social. ¿Un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Boletín Oficial del Estado (BOE), N° 1, pp. 363-415.

Bibliografía

- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2009). “Las víctimas y el Derecho Internacional”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Volumen XXV, pp. 3-66.
- FINCH, G. A. (1947). “The Nuremberg Trial and International Law”. *The American Journal of International Law*, Volume 41, Issue 1 (January), pp. 20-37.
- FUENTES TORRIJO, X. (2011). “El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional”. *Revista Estudios Internacionales*, Volumen 44, N° 169, Universidad de Chile, pp. 114-140. Disponible en: <http://www.revistaei.uchile.cl/>. Consultado el día 9 de mayo de 2018.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2004). “El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED, 2ª Época, N° extraordinario 2, pp. 243-277.
- HANDEYSIDE, H. (2007), “The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship ever Afloat?”, *Michigan Journal of International Law*, Volume 29, Issue 1, pp. 71-94.
- HESENOV, R. (2013). “Universal Jurisdiction for International Crimes- A Case Study”. *The European Journal on Criminal Policy and Research*, Volume 19, Issue 3, pp. 275-283.
- HIGGINS, R. (2007). “Human Rights in the International Court of Justice”. *Leiden Journal of International Law*, Volume 20, Issue 4, pp. 745-751.
- HØGESTØL, S. E. A. (2016). “The Habré Judgement at the Extraordinary African Chambers: A singular victory in the fight against impunity”. *Nordic Journal of Human Rights*, Volume 34, Issue 3, pp. 147-156.
- HOOVER, D. V. (2011). “Universal Jurisdiction is not so Universal: A time to delegate to the International Criminal Court”. *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, Paper N° 52. Disponible en:

Bibliografía

http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=lp_s_clacp. Consultado el día 15 de marzo de 2017.

- HOVELL, D. (2018). “The Authority of Universal Jurisdiction”. *The European Journal of International Law*, Volume 29, Issue 2, pp. 427-456. Disponible en: <https://academic.oup.com/ejil/article/29/2/427/5057077>. Consultado el día 13 de agosto de 2018.
- JACKSON, R. H. (1949). “Nuremberg in Retrospect: Legal answer to international lawlessness”. *American Bar Association Journal*, Volume 35, October, pp. 813-816, y pp. 881-887.
- KALECK, W. (2009). “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”. *Michigan Journal of International Law*, Volume 30, Issue 3, pp. 927-980.
- KENNEDY, D. (2002). “El Derecho internacional: un vocabulario disciplinar para la crítica y la reforma”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 4, pp. 1-51. Disponible en: <http://www.reei.org/>. Consultado el día 29 de agosto de 2020.
- KISSINGER, H. (2001b). “The pitfalls of Universal Jurisdiction”. *Foreign Affairs*, Volume 80, Issue 4, pp. 86-96.
- KOCAR, Y. (2015). “The relationship between the International Criminal Court and The United Nations Security Council”. *Law & Justice Review*, Year 6, Issue 11, pp. 169-179.
- LABUDA, P. I. (2017). “The Special Criminal Court in the Central African Republic. Failure or Vindication of Complementarity?”. *Journal of International Criminal Justice*, Volume 15, Issue 1, pp. 175-206.
- LAMARCA PÉREZ, C. y OLLÉ SESÉ, M. (2011). “La reforma del principio de Justicia Universal”. *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y procesamiento*, N° 83, pp. 5-19.

Bibliografía

- LANGER, M. (2011). “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The political branches and the transnational prosecution of international crimes”. *The American Journal of International Law*, Volume 105, Issue 1, pp. 1-49.
- LETT, A. (2015). “The meaningless existence of universal jurisdiction”. *Michigan State International Law Review*, Volume 23, Issue 2, pp. 545- 572.
- LLEWELLYN, K. N. (1940). “The Normative, The Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method”. *The Yale Law Journal*, Volume 49, Issue 8, pp. 1355-1400.
- LISSITZYN, O. J. (1965). “Le droit international dans un monde divisé”. *Revue Générale de Droit International Public*, October-Décembre, N° 4, pp. 917-976.
- LOPÉZ MARTÍN, A. G. (2013). “Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso The Prosecutor C. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 65, Issue 2, pp. 209-226.
- MANN, F. A. (1964). “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 111, pp. 1-161.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M. M. (2000-2001). “Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales”. *University of Miami International and Comparative Law Review*, University of Miami Law School, Volume 9, Rev. 171, pp. 171-187.
- MARTÍNEZ GUERRA, A. (Septiembre 2014-Febrero 2015). “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal y sus primeras consecuencias”. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 7, ISSN 2253-6655, pp. 117-142.
- MEJÍA-MELOS, D. G. (2014). “On ‘obligations erga omnes partes’ in public international law: ‘erga omnes’ or ‘erga partes’? A Commentary on the Judgment of 20 July 2012 of the International Court of Justice in the Questions

Bibliografía

relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal) case”. *Ars Boni Et Aequi*, Año 10, Nº 1, pp. 177-214.

- MUÑOZ CONDE, F. (2008). “¿Es el Derecho penal internacional un <<Derecho penal del enemigo>>?”. *Revista Penal*, Nº 21, pp. 93-102.
- NOVAK TALAVERA, F. (1994). “La teoría de los actos unilaterales de los Estados”. *Agenda Internacional*, Vol. 1, Nº 1, pp. 149-166.
- O’KEEFE, R. (2004). “Universal Jurisdiction. Clarifying the basic concept”. *Journal of International Criminal of Justice*, Volume 2, Issue 3, pp. 735-760.
- ORIHUELA CALATAYUD, E. (2016). “La obligación aut dedere aut iudicare y su cumplimiento en España”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 62, Número 2, pp. 207-228.
- ORIHUELA CALATAYUD, E. (2020). “La autorización para investigar los crímenes cometidos en Afganistán. Luces y sombras de la sentencia, de 5 de marzo de 2020, de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 39. Disponible en: <http://www.reei.org/>. Consultado el día 26 de agosto de 2020.
- PÉREZ ARIAS, J. (2010). “El proceso ante la Corte Penal Internacional”. *Anales de Derecho*. Volumen 28, pp. 77-120. Disponible en: <http://revistas.um.es>. Consultado el día 9 de mayo de 2018.
- PHILIPPE, X. (2006). “The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?”. *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Issue 862, pp.375-398.
- PIERNAS LÓPEZ, J. J. (2010). “La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Volumen 26, pp. 285-302. Disponible en: <http://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/index>. Consultado el día 9 de mayo de 2018.

Bibliografía

- PIERNAS LÓPEZ, J. J. (coord.); ESTEVE MOLTÓ, J. E. y VÁZQUEZ SERRANO, I. (2015). “Decisiones de los órganos judiciales españoles en materia de derecho internacional público”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Volumen 31, pp. 367-457.
- PIERNAS LÓPEZ, J. J. (coord.); ESTEVE MOLTÓ, J. E. y LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E. (2016). “Decisiones de los órganos judiciales españoles en materia de derecho internacional público”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Volumen 32, pp. 505-577.
- PIERNAS LÓPEZ, J. J. (coord.); ESTEVE MOLTÓ, J. E. y LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E. (2017). “Decisiones de los órganos judiciales españoles en materia de derecho internacional público”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Volumen 33, pp. 419-491.
- POELS, A. (2005). “Universal jurisdiction in absentia”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 23, Issue 1, pp. 65-84.
- QUINTERO M. R. (2019). “Three major challenges the Special Jurisdiction for Peace in Colombia faces”, *Opinio Juris*, of 30th July.
Disponible en: <https://opiniojuris.org/2019/07/30/three-major-challenges-the-special-jurisdiction-for-peace-in-colombia-faces/>. Consultado el día 3 de agosto de 2019.
- RABINOVITCH, R. (2004). “Universal jurisdiction in absentia”. *Fordham International Law Journal*, Volume 28, Issue 2, pp. 500-530.
- RANDALL, K. C. (1988). “Universal Jurisdiction Under International Law”. *Texas Law Review*, Volume 66, Issue 4, pp. 785-841.
- REIGER, C., y WIERDA, M. (2006). “The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect”. *Prosecutions and Case Studies Series*, International Centre for Transnational Justice, March 2006. Disponible en: <https://www.ictj.org/publication/serious-crimes-process-timor-leste-retrospect>. Consultado el día 3 de agosto de 2019.

Bibliografía

- REVISTA DE FOMENTO SOCIAL. (1977). “Cuatro tipos de amnistía. La amnistía de la reconciliación”. *Revista de Fomento Social*, Consejo de redacción, Universidad de Loyola de Andalucía, N° 125, enero-marzo, pp. 3-6.
- REYES MILK, M. E. (2008). “El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”. *Agenda Internacional*, Volumen 15, N° 26, pp. 69-106.
- RÍOS RODRÍGUEZ, J. (2016). “Jurisdicción universal y principio de subsidiariedad”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Volume 68, N° 1, pp. 132-135.
- ROBLES CARRILLO, M. (2014). “El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 66, Número 2, pp. 81-111.
- RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. (2004). “Soberanía y administración de territorios”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Volumen 20, pp. 279-326.
- RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. (2018). “La constitución invisible de la comunidad internacional”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Volumen 34, pp. 51-85.
- ROSE, C. (2018). “Treaty monitoring and compliance in the field of Transnational Criminal Law”. En JARLE CHRISTENSE, M. y BOISTER, N., “New Perspectives on the Structure of Transnational Criminal Justice”, *Brill Research Perspectives on Transnational Crime*, Issue 1.2-3, pp. 40-64.
- SÁEZ MARTIN, J. (2015). “Los elementos de la competencia jurisdiccional”. *Revista de Derecho*, Año 22, N° 1, pp. 529-570.
- SIMMA, B. (1994). “From bilateralism to community interest in International Law”. *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, N° 250, pp. 217-384.

Bibliografía

- SLYE, R. C. (2002). “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, *Virginia Journal of International Law*, Volume 43, Nº 1, pp. 173-247.
- SHOCKEN, C. (2002). “The Special Court for Sierra Leone: Overview and Recommendations”. *Berkeley Journal of International Law*, Volume 20, Issue 2, pp. 436-461.
- SIMON, J. (2002). “Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 4. Disponible en: <http://www.reei.org/>. Consultado el día 28 de octubre de 2018.
- SULLIVAN, F. (2004). “A separation of Powers perspective on Pinochet”. *Indiana International & Comparative Law Review*, Volume 14, Issue 2, pp. 409-503.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A. (2015). “Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal”. *Revista jurídica de Asturias*, Nº 38.
Disponible en:
<https://www.unioviado.es/reunido/index.php/RJA/article/view/10788>.
Consultado el día 2 de febrero de 2019.
- TUNKIN, G. I. (1975). “International Law in the International Systems”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Recueil des Cours*, Volume 147, pp. 1-218.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. (2001). “El valor constitucional del mandato de resocialización”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 63, septiembre-diciembre, pp. 43-78.

Bibliografía

- VILLALPANDO, W. (2009) “El nuevo derecho internacional penal. Los crímenes internacionales”. *Invenio: Revista de investigación académica*, Volumen 12, Issue 23, pp.15-36.
- WETZEL, J. E. y MITRI, Y. (2008). “The Special Tribunal for Lebanon: A Court “off the shelf” for a divided country”. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 7, Issue 1, pp. 81-104.
- WOUTERS, J. (2005). “The Obligation to Prosecute International Law Crimes”. *Collegium*, N° 32, Special Edition, Summer, pp. 17-32.
- ZEMANCK, K. (2000). “New trends in the enforcement of *erga omnes* obligations”. *Max Planck Yearbook of the United Nations*. Volume 4, Issue 1, pp. 1-52.

Prensa

- ANFNEWS. (2019). “Va tomando forma la corte internacional para juzgar al ISIS”. *ANF*, jueves 4 de junio de 2019. Disponible en: <https://anfspanol.com/europa/va-tomando-forma-la-corte-internacional-para-juzgar-al-isis-11946>. Consultado el día 26 de julio de 2019.
- FERRER, I. (2019). “Ramush Haradinaj, ex primer ministro de Kosovo, interrogado por crímenes de guerra”. Sección Internacional, *El País*, jueves 25 de julio, p. 4.
- NOTICIAS ONU. (2018). “Filipinas se retira de la Corte Penal Internacional, pero continúa el examen sobre sus violaciones”, Derecho y prevención del delito, Asia y el Pacífico, *Noticias ONU*, miércoles 28 de marzo de 2018. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/03/1429402>. Consultado el día 19 de octubre 2020.
- QUINTERO M., R. (2019). “Three major challenges the Special Jurisdiction for Peace in Colombia faces”, *Opinio Juris*, of 30th July. Disponible en: <https://opiniojuris.org/2019/07/30/three-major-challenges-the-special->

Bibliografía

jurisdiction-for-peace-in-colombia-faces/. Consultado el día 3 de agosto de 2019.

- WYZANSKI, Ch. E. Jr. (1946a). “Nuremberg: A Fair Trial? A Dangerous Precedent”. Global, *The Atlantic*, April 1946 Issue. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1946/04/nuremberg-a-fair-trial-a-dangerous-precedent/306492/>. Consultado el día 19 de diciembre de 2017.
- WYZANSKI, Ch. E. Jr. (1946b). “Nuremberg in Retrospect”. Global, *The Atlantic*, December 1946 Issue. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1946/12/nuremberg-in-retrospect/306493/>. Consultado el día 19 de diciembre de 2017.

Doctrina, informes y textos normativos

- Acuerdo de los 17 puntos para la liberación pacífica del Tíbet, de 23 de mayo de 1951. Texto jurídico disponible en CORDERO TORRES, José María. (1965) “El “status internacional de los Estados del Himalaya””. *Revista de Política Internacional*, N° 81, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 301-322.
- Acuerdo No. 001 de 2018, de 9 de marzo, por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz.
- ASAMBLEA DE LOS ESTADOS PARTES. (2020). “Resolución sobre las enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, 18ª Sesión, 9ª Sesión Plenaria, n° de referencia ICC-ASP/18/Res.5. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res5-SPA.pdf. Consultado el día 23 de agosto de 2020.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (1948). “Resolución 260 B (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948. Prevención y Sanción del Delito del Genocidio. Estudio por la Comisión de Derecho Internacional de la cuestión de una jurisdicción penal internacional”, 3ª Sesión, n° de referencia A/RES/260(III). Documentos Oficiales del Tercer Período de Sesiones de la Asamblea General, Resoluciones 21 de septiembre-12

Bibliografía

de diciembre de 1948, Primera Parte. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/260\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/260(III)). Consultado el día 1 de abril de 2020.

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. “Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1960, Declaración de Concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, n° de referencia A/RES/1514. Disponible en: http://www.un.org/es/decolonization/ga_resolutions.shtml. Consultado el día 14 de enero de 2018.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. “Resolución 2625 (XXVI) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, n° de referencia A/RES/2625(XXV). Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/ag/res/25/ares25.htm>. Consultado el día 14 de octubre de 2017.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. “Resolución 3074(XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973. Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, n° de referencia A/RES/3074(XXVIII). Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/3074\(XXVIII\)](https://undocs.org/es/A/RES/3074(XXVIII)). Consultado el día 3 de mayo de 2020.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (1992). “Un Programa De Paz. Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz. Informe del Secretario General presentado de conformidad con la declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en la Reunión en la Cumbre del Consejo de Seguridad”, 47º sesión, n° de referencia A/47/277. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/144858>. Consultado el día 13 de noviembre de 2019.

Bibliografía

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2001). “Nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas. Anexo de la nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas”, n° de referencia A/56/677, de 4 de diciembre. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/56/677>. Consultado el día 3 de noviembre de 2019.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2003a). “Resolution 57/228A of 27th February”, reference n° A/RES/57/228. Disponible en: <http://www.unakrt-online.org/sites/default/files/documents/A-Res-57-228.pdf>. Consultado el día 23 de abril de 2018.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2003b). “Resolution 57/228B of 22th May”, reference n° A/RES/57/228B. Disponible en: <http://www.unakrt-online.org/sites/default/files/documents/A-Res-57-228B.pdf>. Consultado el día 23 de abril de 2018.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (2010). “Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General preparado sobre la base de los comentarios y observaciones de los gobiernos”. 65° Sesión, n° de referencia A/65/181, de 29 de julio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/65/181>. Consultado el día 19 de noviembre de 2018.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2013) “The Role of International Criminal Justice in reconciliation”. Issues Thematic Debates and Interactive Dialogues, President of the 67th session. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/president/67/issues/icj/icj_index.shtml. Consultado el día 2 de agosto de 2018.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017a). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 72ª Sesión, n° de referencia A/72/112, de 22 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/72/121>. Consultado el día 24 de abril de 2020.

Bibliografía

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017b). “Statement by Mr. Shi Xiaobin. Chinese delegate. At the 72nd session of the UN General Assembly on the Agenda Item 85. The scope and application of the principle of universal jurisdiction”, People’s Republic of China Mission to the United Nations, of the 11th October 2017, New York, The United States.
Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/16153373/china-e-.pdf>. Consultado el día 19 de mayo de 2019.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017c). “Statement by H.E. Abbas Bagherpour Ardekani. Representative of the Islamic Republic of Iran. Before the Sixth Committee of the 72nd session of the UN General Assembly on: the scope and application of the principle of universal jurisdiction (Agenda Item 85)”, of the 11th October 2017, New York, The United States.
Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/16153477/iran-islamic-republic-of-.pdf>. Consultado el día 19 de mayo de 2019.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017d). “Statement by the Delegation of Indonesia at the Sixth Committee of the United Nations. Agenda Item 85: The scope and application of the principle of universal jurisdiction”, Permanent Mission of India to the United Nations, of the 11th October 2017, New York, The United States. Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/16153449/indonesia.pdf>. Consultado el día 19 de mayo de 2019.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017e). “Statement by Ms. Seraphina Fong. Delegate to the 72nd session of the UN General Assembly on the Agenda Item 85, the scope and application of the principle of universal jurisdiction, Sixth Committee”, Permanent Mission of Singapore to the United Nations, of the 10th October 2017, New York, The United States. Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/16153334/singapore.pdf>. Consultado el día 19 de mayo de 2019.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2017f). “Statement by H.E. Pennelope Beckles. Permanent Representative of the Republic of Trinidad

Bibliografía

and Tobago to the United Nations, New York. On the behalf of the Caribbean Community (CARICOM) on the Agenda Item 85: The scope and application of the principle of universal jurisdiction, Sixth Committee (Legal Committee), Seventy-Second session of the United Nations General Assembly”, of the 11th October 2017, The United Nations, New York, The United States.

Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/16153359/trinidad-and-tobago-caricom-.pdf>. Consultado el día 19 de mayo de 2019.

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2018). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 73ª Sesión, nº de referencia A/73/123, de 3 de julio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/73/123>. Consultado el día 23 de abril de 2020.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2019a). “Alcance y aplicación de la jurisdicción universal”. 74ª Sesión, nº de referencia A/74/144, de 11 de julio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/74/144>. Consultado el día 23 de abril de 2020.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2019b). “Intervention de SEM Issa Konfourou, Ambassadeur, Représentant permanent du Mali auprès des Nations Unies, à l’occasion de l’examen par la Sixième Commission du point 84 relatif à la <<Portée et application du principe de compétence universelle>>”, Mission Permanente de la République du Mali auprès des Nations Unies, le 16 octobre 2019, Nations Unies, New York, États-Unis. Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/21999026/-f-mali-statement.pdf>. Consultado el día 23 de abril de 2020.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2019c). “Intervención ante la Sexta Comisión del 74 Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas Tema 86 "Alcance y Aplicación del Principio de la Jurisdicción Universal"”. Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante las Naciones Unidas, de 17 de octubre, Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América.

Bibliografía

Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/21999062/-s-venezuela-statement.pdf>. Consultado el 23 de abril de 2020.

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (2019d). “Statement by Mr. Li Kai. Chinese delegate. At the 74nd session of the UN General Assembly on the Agenda Item 86. The scope and application of the principle of universal jurisdiction”, People’s Republic of China Mission to the United Nations, of the 16th October 2019, New York, The United States.

Disponible en: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/21998970/-e-china-statement.pdf>. Consultado el día 23 de abril de 2020.

- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. (2004). “Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ‘ne bis in idem’”. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Volume 75, Issue 3-4, pp. 823-829.

- ASSEMBLY OF THE REPUBLIC OF KOSOVO. “Constitution of the Republic of Kosovo”. Disponible en: <http://www.kuvendikosoves.org/?cid=2,1058>. Consultado el día 4 de octubre de 2018.

- BASS, G. J.; BUTLER, W. J.; FALK, R.; LOCKWOOD, B. B. (2001). *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction. Program in Law and Public Affairs*. New Jersey, Princeton University. Disponible en: https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf. Consultado el día 16 de junio de 2016.

- BEVANS, Ch. I. (1974a). *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*. Volume XI, “Philippines-United Arab Republic”. Washington D.C., Department of State Publication, United States Government Print Office.

- BEVANS, Ch. I. (1974b). *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*. Volume VI, “International Military Tribunal for the Far East”. Washington D.C., Department of State Publication, United States Government Print Office.

Bibliografía

- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. “Ley 22 de diciembre de 1955 por la que se aprueba el texto articulado de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante”. Núm. 359, de 25 de diciembre de 1955, pp. 7815-7825. Disponible en: www.boe.es. Consultado el día 27 de octubre de 2017.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. “Real Decreto Ley 45/1978, de 21 de diciembre, por el que se reforma el Código de Justicia Militar, La Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante”. Núm. 306, de 23 de diciembre de 1978, pp. 29030-29030. Disponible en: www.boe.es. Consultado el día 27 de octubre de 2017.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. “Instrumento de ratificación de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984”. Núm. 268, de 9 de noviembre de 1987, pp. 33430-33436. Disponible en: www.boe.es. Consultado el día 28 de abril de 2018.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. “Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante”. Núm. 283, de 25 de diciembre de 1992, pp. 39953-39984. Disponible en: www.boe.es. Consultado el día 27 de octubre de 2017.
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
- CENTRO NACIONAL DE ANÁLISIS Y DOCUMENTACIÓN JURÍDICA. “Decreto del Congreso de la República de Guatemala 21-2009, de 4 de agosto, de la Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo”. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2009_gtm_d21.pdf. Consultado el día 15 de julio de 2020.
- CHAMBRES AFRICAINES EXTRAORDINAIRES. “Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et l’Union Africaine sur la création de Chambres Africaines Extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises”. Disponible en: <http://www.chambresafricaines.org/pdf/Accord%20UA->

Bibliografía

Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf.

Consultado el día 13 de diciembre de 2018.

- CHAMBRES AFRICAINES EXTRAORDINAIRES. “Statut des Chambres Africaines Extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990”. Direction des relations avec les institutions, Centre de Documentation et d’Information sur les Institutions et la Gouvernance, République du Sénégal. Disponible mediante Ley n°2012/25, de 28 de diciembre de 2012 en: <http://www.dri.gouv.sn/loi-n%C2%B0201225-du-28-d%C3%A9cembre-2012>. Consultado el día 25 de abril de 2018.
- CHAMBRES AFRICAINES EXTRAORDINAIRES. “Avenant a l’accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et L’Union Africaine. Relatif au Statut des Chambres Africaines Extraordinaires pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 Juin 1982 au 1^{er} Décembre 1990”. Disponible en: <http://www.chambresafricaines.org/pdf/Avenant-Statut%20CAE-Habre.pdf>. Consultado el día 13 de diciembre de 2018.
- Charter of The International Military Tribunal For The Far East of 19 January 1946.
- Código Penal de Bélgica de 8 de junio de 1867. Disponible en: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1867/06/08/1867060850/justel>. Consultado el día 26 de agosto de 2017.
- The Code of Criminal Procedure de 1898 (Act V of 1898).
- Code pénal sénégalais de 1965.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS. (1997). “Comunicación n°34/1995, Seid Mortesa c. Suiza”, 18^a Sesión, n° de referencia CAT/C/18/D/34/1995, de 29 de mayo. Disponible en: <https://undocs.org/es/CAT/C/18/D/34/1995>. Consultado el día 12 de marzo de 2020.

Bibliografía

- COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS. (2006). “Comunicación nº181/2001, Suleymen Guengueng y otros c. Senegal”, 36ª Sesión, nº de referencia CAT/C/36/D/181/2001, de 19 de Mayo. Disponible en: <https://www.undocs.org/es/CAT/C/36/D/181/2001>. Consultado el día 12 de marzo de 2020.

- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. (2005a). “Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad”, 61ª Sesión, nº de referencia E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1. Consultado el día 23 de marzo de 2020.

- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. (2005b). “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución 2005/35, de 19 de abril, 61º sesión, nº de referencia E/CN.4/2005/L.48. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G02/122/37/PDF/G0212237.pdf?OpenElement>. Consultado el día 20 de mayo de 2020.

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (1966). “Informe de la Comisión de Derecho Internacional en la labor realizada en la segunda parte de su 17.º período de sesiones y en su 18.º período de sesiones (Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966, nº de referencia A/CN.4/SER.A/1966/Add.I, Volumen II.

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (1991). “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43.º período de sesiones (29 de abril-19 de julio de 1991)”, Anuario de la Comisión de

Bibliografía

Derecho Internacional 1991, n° de referencia A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2).

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (1996). “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996, n° de referencia A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2001). “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001, n° de referencia A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2007). “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007, n° de referencia A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2011). “Documentos del 63.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011, n° de referencia A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2013a). “Documentos del 65.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2013, n° de referencia A/CN.4/SER.A/2013/Add.1 (Part 1), Volumen II (Parte 1).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2013b). “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2013, n° de referencia A/CN.4/SER.A/2013/Add.1 (Part 2), Volumen II (Parte 2).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2014a). “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º periodo

Bibliografía

de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2014, n° de referencia A/69/10, Volumen II (Parte 2).

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2014b). “Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado Preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial”, 66ª sesión, n° de referencia A/CN.4/673, de 2 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/673>. Consultado el día 10 de mayo de 2020.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2015). “Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado Preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial”, 67ª sesión, n° de referencia A/CN.4/686, de 29 de mayo. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/686>. Consultado el día 10 de mayo de 2020.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2016a). “Primer informe sobre el jus cogens. Preparado por Dire Tladi, Relator Especial”, 68ª sesión, n° de referencia A/CN.4/693, de 8 de marzo. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/693>. Consultado el día 20 de octubre de 2019.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2016b). “Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial”, 68ª sesión, n° de referencia A/CN.4/701, de 14 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/701>. Consultado el día 10 de mayo de 2020.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2017). “Segundo informe sobre el ius cogens presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, 69ª sesión, n° de referencia A/CN.4/706, de 16 de marzo. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/706>. Consultado el día 20 de octubre de 2019.

Bibliografía

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2018a). “Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, 70º sesión, n° de referencia A/CN.4/714, de 12 de febrero. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/714>. Consultado el día 20 de octubre de 2019.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2018b). “Sexto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial”, 70º sesión, n° de referencia A/CN.4/722, de 12 de junio. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/722>. Consultado el día 10 de mayo de 2020.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2018c). “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º. período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2018, n° de referencia A/73/10.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2019a). “Cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, 71º sesión, n° de referencia A/CN.4/727, de 31 de enero. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/727>. Consultado el día 20 de octubre de 2019.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2019b). “Séptimo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial”, 71º sesión, n° de referencia A/CN.4/729, de 19 de abril. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/729>. Consultado el día 10 de mayo de 2020.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (2020). “Octavo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial”, 72º

Bibliografía

sesión, n° de referencia A/CN.4/739, de 20 de febrero. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/739>. Consultado el día 10 de mayo de 2020.

- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. “Cartas idénticas de fecha 23 de junio de 1997 dirigidas al Presidente de la Asamblea General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General”, número de referencia S/1997/448, de 24 de junio. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/234933?ln=en>. Consultado el día 23 de abril de 2020.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. “La situación humanitaria de Kosovo (República Federativa de Yugoslavia)”, Resolución 1244 (1999) de 10 de junio, número de referencia S/RES/1244 (1999). Disponible en: [https://undocs.org/es/S/RES/1244%20\(1999\)](https://undocs.org/es/S/RES/1244%20(1999)). Consultado el día 10 de octubre de 2018.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. “Resolución 1272 (1999)”, número de referencia S/RES1272 (1999), de 25 de octubre. Disponible en: [https://undocs.org/es/S/RES/1272\(1999\)](https://undocs.org/es/S/RES/1272(1999)). Consultado el día 23 de abril de 2020.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. “Resolución 1664 (2006)”, número de referencia n° S/RES/1664 (2006), de 29 de marzo. Disponible en: [https://undocs.org/es/S/RES/1664\(2006\)](https://undocs.org/es/S/RES/1664(2006)). Consultado el día 23 de abril de 2020.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. “Resolución 1757 (2007)”, número de referencia S/RES/1757 (2007), de 30 de mayo. Disponible en: [https://undocs.org/es/S/RES/1757\(2007\)](https://undocs.org/es/S/RES/1757(2007)). Consultado el día 23 de abril de 2020.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. “Carta de fecha 15 de mayo de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General”, número de referencia S/2007/281, de 16 de mayo. Disponible en: <https://undocs.org/es/S/2007/281>. Consultado el día 23 de abril de 2020.

Bibliografía

- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. “Carta de fecha 16 de mayo de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General”, número de referencia S/2007/286, de 17 de mayo. Disponible en: <https://undocs.org/es/S/2007/286>. Consultado el día 23 de abril de 2020.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. “Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano”, documento anexionado en la Resolución 1757 (2007) de 30 de mayo, número de referencia S/RES/1757 (2007). Disponible en: [https://www.undocs.org/es/S/RES/1757\(2007\)](https://www.undocs.org/es/S/RES/1757(2007)). Consultado el día 23 de abril de 2020.
- Constitución Española de 1978.
- Constitution de 1793: “Acte constitutionnel du peuple français avec le précédé du rapport de la Convention et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, suivi du procès-verbal de l'inauguration de cette Constitution du 10 août 1793”. Didot Jeune et fait "à Paris, le onze frimaire de l'an deuxième de la République Française une et indivisible", Les collections du Musée des Archives nationales, núm. de referencia AE/I/10/4. Archives Nationales. Disponible en: <http://www.culture.gouv.fr/Wave/image/archim/Pages/02292.htm>. Consultado el día 8 de enero de 2018.
- Constitución de Uganda de 1975.
- Convención de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del Mar.
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 26 de noviembre de 1968.
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.
- Convención de Montevideo de 26 de diciembre de 1933, sobre Derechos y Deberes de los Estados.

Bibliografía

- Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención de Viena de 18 de abril de 1961, sobre Relaciones Diplomáticas.
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (2009). “The AU-EU Expert Report on the Principle of the Universal Jurisdiction”, n° 8672/1/09 REV 1, 16th of April 2009, Brussels (Belgium). Disponible en: <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208672%202009%20REV%201>. Consultado el día 16 de agosto de 2019.
- COUNCIL OF EUROPE. “Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, European Treaty Series, No. 005 Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>. Consultado el día 15 de abril de 2018.
- COUNCIL OF EUROPE. “Protocol for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, European Treaty Series, No. 009 Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/009>. Consultado el día 15 de abril de 2018.
- COUNCIL OF EUROPE. “Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby”, European Treaty Series, No. 155. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/155>. Consultado el día 15 de abril de 2018.
- Criminal Justice Act 1988.
- DIARIO DE CENTRO AMÉRICA. “Decreto del Congreso de la República de Guatemala 35-2009, 3 de diciembre, de la Reforma de la Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo”. Tomo CCLXXXVIII, N° 14, de 16 de noviembre de 2009, pp. 1-2. Disponible en: https://www.cicig.org/history//uploads/documents/reforma_institucional/REFOR-INST_DOC21_20111125_ES.pdf. Consultado el día 15 de julio de 2020.

Bibliografía

- DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. “Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI)”, n° de referencia DO L 190, de 18 de julio de 2002, pp. 1-18. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:2002:190:TOC>. Consultado el día 15 de julio de 2020.
- Diplomatic Privileges Act 1964.
- DIRECTION DUES RELATIONS AVEC LES INSTITUTIONS. “Loi n°2012/25 du 28 décembre 2012 autorisant le Président de la République à ratifier l’Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et l’Union Africaine sur la création des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises”. Centre de Documentation et d’Information sur les Institutions et la Gouvernance, République du Sénégal. Disponible en: <http://www.dri.gouv.sn/loi-n%C2%B0201225-du-28-d%C3%A9cembre-2012>. Consultado el día 25 de abril de 2018.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA. “Agreement between The United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodia Law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea”. Disponible en: <https://www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/agreement-between-united-nations-and-royal-government-cambodia-concerning-prosecutio>. Consultado el día 23 de abril de 2018.
- EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA. “The Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea”, reference n° NS/RKM/1004/006.

Bibliografía

- EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA. (2004). “Instrument of Ratification of the Agreement”. Disponible en: <https://www.eccc.gov.kh/en/Instrument%20of%20Ratification%20of%20Agreement>. Consultado el día 23 de abril de 2018.
- EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA. “Law to Amend the 2001 Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers”. Disponible en: <https://www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-amend-2001-law-establishment-extraordinary-chambers>. Consultado el día 23 de abril de 2018.
- Fugitive Offenders Act de 1881.
- Immunity Act de 1978.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. (2011). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>. Consultado el día 5 de febrero de 2017.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. “Statute of the Tribunal of the International Criminal Tribunal for Rwanda”. Disponible en: http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf. Consultado el día 10 de octubre de 2020.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. (2014). “Summary Report. 7th Colloquium of International Prosecutors. Local Prosecution of International Crimes: Challenges and Prospects”, United Nations, the following conference was held at the Mount Mero Hotel, Arusha, Rwanda, disponible en: <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/legal-library/141104-7-colloquim-of-international-prosecutors-en.pdf>. Consultado el día 1 de abril de 2018.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. (2015). “Complementarity in action: Lessons learned from the ICTR Prosecutor’s referral of international cases to national jurisdiction for trial”. Office of the

Bibliografía

- Prosecutor. Disponible en: http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/legal-library/150210_complementarity_in_action.pdf. Consultado el día 31 de marzo de 2018.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. “Statute of the Tribunal”. Disponible en: <http://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal>. Consultado el día 6 de marzo de 2018.
 - INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. (2017). “Symposium Concept Paper. Looking back to move forward: Final reflections on the ICTY”, the following conference was held at the Leiden University, The Hague, The Netherlands, disponible en: <http://www.icty.org/en/features/icty-legacy-dialogues/icty-symposium-final-reflections-on-the-icty>. Consultado el día 21 de marzo de 2018.
 - INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL. “Huitième Commission. La protection des droits de l’homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats”, Résolution, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 13 de septembre de 1989.
Disponible en: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_03_fr.pdf. Consultado el día 22 de mayo de 2020.
 - INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL. “Seventeenth Commission. Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes”, Resolution, Krakow Session, 26th of August de 2005. Disponible en: http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf. Consultado el día 9 de diciembre de 2016.
 - INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO COMPARADO. (1920). El Tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes. Madrid, Publicaciones del Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/tratadoDeVersalles.pdf>. Consultado el día 29 de enero de 2019.

Bibliografía

- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. “The Laws of War on Land. Oxford, 9 of September 1880”. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/52d68d14de6160e0c12563da005fdb1b/6a5d425d29d9d6dbc125641e0032ec97?OpenDocument>. Consultado el día 19 de enero de 2017.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. “London Conference. Committee on International Human Rights Law and Practice”, London Conference Report, 2000. Disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/20>. Consultado el día 9 de diciembre de 2016.
- JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE DU SÉNÉGAL. Loi n° 2007/02 du 12 février 2007, modifiant le Code Pénal, n° 6332, du 10 mars 2007, pp. 2377-2380. Disponible en: https://sunulex.sn/mdocs-posts/loi-2007-02-du-12-fevrier-2007-modifiant-le-code-pnal_crime-de-gnocide-de-guerre-contre-lhumanit-2/?mdocs-cat=. Consultado el día 28 de abril de 2018.
- JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE DU SÉNÉGAL. Loi n° 2007/01 du 12 février 2007, modifiant le Code Pénal, n° 6332, du 10 mars 2007, pp. 2375-2377. Disponible en: https://sunulex.sn/mdocs-posts/loi-2007-01-du-12-fevrier-2007-modifiant-le-code-pnal_des-actes-de-terrorisme-2/?mdocs-cat=. Consultado el día 28 de abril de 2018.
- JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE DU SÉNÉGAL. Loi n° 2007/05 du 12 février 2007, modifiant le Code de la Procédure Pénale relative à la mise en oeuvre du Traité de Rome instituant la Cour Pénale Internationale, n° 6332, du 10 mars 2007, pp. 2384-2386. Disponible en: <https://sunulex.sn/mdocs-posts/loi-2007-05-du-12-fevrier-2007-modifiant-le-cpp-relative-a-la-mise-en-oeuvre-du-traite-de-rome-instituant-la-cpi/?mdocs-cat=>. Consultado el día 28 de abril de 2018.
- KARUGARAMA, Tharcisse. (2013). “Statement by Hon. Tharcisse Karugarama at The United Nations General Assembly. Thematic debate on the role of International Criminal Justice in reconciliation”. General Assembly of the United Nations, President of the 67th Session. Disponible en:

Bibliografía

- http://www.un.org/en/ga/president/67/issues/icj/icj_index.shtml. Consultado el día 2 de agosto de 2018.
- KOSOVO SPECIALIST CHAMBERS & SPECIALIST PROSECUTOR'S OFFICE. (2015). "Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office", Law N°05/L-053, 3th of August, Assembly of the Republic of Kosovo, Disponible en: <http://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf>. Consultado el día 3 de octubre de 2018.
 - LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución n° 448 de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos de 1979. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto>. Consultado el día 21 de abril de 2018.
 - Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio.
 - LE CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. (2016). "Le juge administratif et le droit d'asile. Le droit d'asile est en France un droit fondamental, dont les sources sont constitutionnelles, conventionnelles et législatives". Les dossiers thématiques du Conseil d'État, 14 Janvier 2016. Disponible en: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-le-droit-d-asile>. Consultado el día 8 de enero de 2018.
 - Ley 44/1971, de 15 de noviembre, de la reforma del Código Penal [de 1963].
 - Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.
 - Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.
 - Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de

Bibliografía

reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

- Ley Provisional sobre la Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
- Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre orden europea de detención y entrega.
- Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.
- Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina.
- 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.
- Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.
- Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.
- Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Bibliografía

- Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.
- Loi 1965-61, du 21 juillet 1965, portant Code de Procédure Pénale Sénégalais.
- Loi constitutionnelle n° 2008-33, du 7 août 2008, modifiant les articles 9 et 95 et complétant les articles 62 et 92 de la Constitution Sénégalais.
- Loi n° 2008/23, du 25 juillet 2008, portant insertion d'un article 664 bis dans le Code de Procédure Pénale Sénégalais.
- Loi n° 71/77, du 28 décembre 1971, relative à l'extradition Sénégalais.
- Loi Organique 15-003, du 3 Juin 2015, portant création, organisation et fonctionnement de la Cour Pénale Spéciale. République Centrafricaine.
- “Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire”. Lois du 16 Juin 1993 et 10 Février 1999. Disponible en: <http://www.droitbelge.be/codes.asp>. Consultado el día 26 de agosto de 2017.
- “Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144 ter du Code judiciaire”. Loi du 23 Avril 2003. Disponible en: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl. Consultado el día 26 de agosto de 2017.
- “Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire”. Loi du 5 Août 2003. Disponible en: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl. Consultado el día 26 de agosto de 2017.
- “Loi modifiant certaines dispositions de la loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, ainsi qu'une disposition de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves de droit international humanitaire”. Loi du 22 Mai 2006. Disponible en: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl. Consultado el día 27 de agosto de 2017.

Bibliografía

- NACIONES UNIDAS. “Carta de las Naciones Unidas de 1945”. Disponible en: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/>. Consultado el día 5 de febrero de 2017.
- NACIONES UNIDAS. “Convención de Naciones sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”. Resolución 59/38, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 2004. Disponible en: http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp. Consultado el día 17 de diciembre de 2016.
- NACIONES UNIDAS. “Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948”. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. Consultado el día 29 de diciembre de 2016.
- NACIONES UNIDAS. “Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto”. Amnistías. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Nueva York y Ginebra, 2009. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf. Consultado el día 29 de diciembre de 2016.
- NACIONES UNIDAS. “Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión”. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social. Periodo de Sesión núm. 49º, de fecha 26 de junio de 1997. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/129/15/PDF/G9712915.pdf?OpenElement>. Consultado el día 29 de diciembre de 2016.
- NACIONES UNIDAS. “Resolution RC/Rs.5 of the Review Conference of Rome Statue. 10a. Amendment to article 8 of the Rome Statue of the International Criminal Court, Penal Matters, Chapter XVIII, N° of Reference C.N.533.2010.TREATIES-6”, Treaty Collection. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2010/CN.533.2010-Eng.pdf>; así como

Bibliografía

- en el siguiente enlace: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.5-ENG.pdf>. Consultado el día 11 de mayo de 2018.
- NACIONES UNIDAS. “Resolution ICC-ASP/14/Res.2, adopted by the Assembly of States Parties to the Rome Statute. 10c. Amendment to article 124 of the Rome Statute of the International Criminal Court, Penal Matters, Chapter XVIII, C.N.439.2015.TREATIES-XVIII.10”. Treaty Collection. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2015/CN.439.2015-Eng.pdf>; así como en el siguiente enlace: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/ICC-ASP-14-Res2-ENG.pdf>. Consultado el día 11 de mayo de 2018.
 - NACIONES UNIDAS. (2004). “Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, n° de referencia S/2004/616 de 3 de agosto. Disponible en: <https://undocs.org/es/S/2004/616>. Consultado el día 16 de mayo de 2020.
 - NACIONES UNIDAS. (2010). “La Comisión del Derecho Internacional y su Obra”. Volumen I, 7ª Edición, Publicación de las Naciones Unidas.
 - NACIONES UNIDAS. (2012). “Agreement between the UN and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodia Law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea”. Historic Archives, Procedural History, Audiovisual Library of International Law. Disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/abunac/abunac_ph_e.pdf. Consultado el día 23 de abril de 2018.
 - NACIONES UNIDAS. (2015). “10. Rome Statute of the International Criminal Court, Penal Matters, Chapter XVIII”. At the 11th Plenary Meeting of the Assembly Parties to the Rome Statute, Treaty Collection. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XVII I/XVIII-10.en.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XVII%20I/XVIII-10.en.pdf). Consultado el día 11 de mayo de 2018.
 - OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2009). “Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías”. Naciones Unidas,

Bibliografía

Nueva York, Estados Unidos de América; y Ginebra, Suiza. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf. Consultado el día 23 de marzo de 2020.

- OFFICIAL GAZETTE OF BOSNIA-HERZEGOVINA. “Law on the Court of Bosnia and Herzegovina. –Consolidated version-”. No. 49/09, of 22nd June 2009. Disponible en: http://www.sudbih.gov.ba/app_dev.php/stranica/81/pregled. Consultado el día 30 de julio de 2019.
- OFFICIAL GAZETTE OF BOSNIA-HERZEGOVINA. “Law on the transfer of cases from the ICTY to the Prosecutor’s Office of BIH and the use of evidence collected by ICTY in proceedings before the Courts in BIH”. No. 61/04, of 29th December 2004. Disponible en: http://www.sudbih.gov.ba/app_dev.php/stranica/82/pregled. Consultado el día 30 de julio de 2019.
- OFFICIAL GAZETTE OF THE REPUBLIC OF TUNISIA. (2013). “Organic Law n° 2013-53 dated 24 December 2013, establishing and organizing the transitional justice”. No. 105, of 31st December, pp. 902-911. Disponible en: <http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2013/2013G/105/Tg2013531.pdf>. Consultado el día 2 de agosto de 2019.
- OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES RÉFUGIÉS ET APATRIDES (OFPRA). (2017). “Histoire de l’ asile”. Disponible en: <https://www.ofpra.gouv.fr/fr/histoire-archives/histoire-de-l-asile>. Consultado el día 8 de enero de 2018.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, aprobado tras la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en la ciudad de San José (Costa Rica) desde el día 7 de noviembre hasta el 22 del mismo mes en 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm. Consultado el día 21 de abril de 2018.

Bibliografía

- Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.
- Principios Madrid-Buenos Aires de Jurisdicción Universal.
- Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, sobre la creación del Tribunal Africano de Derechos Humanos de 1998.
- REPUBLIC OF TURKEY. MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS. Lausanne Peace Treaty. Disponible en: <http://www.mfa.gov.tr/lausanne-peace-treaty.en.mfa>. Consultado el día 11 de mayo de 2017. [Texto Incompleto].
- Rules of the Procedure and Evidence adopted on 29th of June 1995. Disponible en: <http://crc.unict.org/en/documents/rules-procedure-and-evidence>. Consultado el día 7 de abril de 2018.
- STATE-WAR-NAVY COMMITTEE. (1945). “U.S. Initial Post-Surrender Policy for Japan”. SWNCC150/4/A of 21st September. Disponible en: <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryu/01/022shoshi.html>. Consultado el día 4 de agosto de 2018.
- TALMON, Stefan. (2013). “The Occupation of Iraq. The official document of the Coalition Provisional Authority and the Iraqi Government Council”. Volume 2, Oxford, Hart Publishing, Documents in International Law Series.
- “The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses: An African Perspective”.
- THE SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. (2002). “Agreement between The United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Special Court for Sierra Leone”. Disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-agreement.pdf>. Consultado el día 8 de abril de 2018.

Bibliografía

- THE SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. “Statute of a Special Court for Sierra Leone”. Disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>. Consultado el día 8 de abril de 2018.
- THE SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. “Headquarters Agreement between The Republic of the Sierra Leone and The Special for Sierra Leone”. Disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/headquartersagreement.pdf>. Consultado el día 8 de abril de 2018.
- THE UGANDA GAZETTE. (2011). “The High Court (International Crimes Division) Practice Directions, 2011”. Volume 34, No. 38, of 31st May.
- Tratado de la Unión Europea de 2001 [Tratado de Niza].
- Tratado de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 [Tratado de Lisboa], que modifica los anteriores Tratados de Maastricht de 1992, Ámsterdam de 1997 y Niza de 2001].
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 13 de diciembre de 2007 [Texto consolidado con el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa) en el mismo año].
- Tratado de 26 de noviembre de 1965, sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.
- UNITED KINGDOM TREATIES ONLINE. (1923). “Treaty Of Peace with Turkey and Other Instruments signed at Lausanne on July 24, 1923”. Treaty Series, N° 16. Disponible en: <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1923/ts0016-1.pdf>. Consultado el día 11 de mayo de 2017. [Texto Incompleto].
- UNITED NATIONS TRANSNATIONAL ADMINISTRATION IN EAST TIMOR. “Regulation 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences of 6th of June 2000”, reference n° UNTAET/REG/2000/15. The United Nations. Disponible en:

Bibliografía

<http://mj.gov.tl/jornal/lawsTL/UNTAET-Law/index-e.htm>. Consultado el día 15 de octubre de 2018.

- UNITED NATIONS TRANSNATIONAL ADMINISTRATION IN EAST TIMOR. “Regulation 2000/11 on the Organization of Courts in East Timor of 6th of March 2000”, reference n° UNTAET/REG/2000/11, The United Nations. Disponible en: <http://mj.gov.tl/jornal/lawsTL/UNTAET-Law/index-e.htm>. Consultado el día 15 de octubre de 2018.

Jurisprudencia

- **Tribunales Internacionales**
- **Corte Internacional de Justicia**
- *Corfu Channel case, Judgment of April 9th 1949, I.C.J. Reports 1949.*
- *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950.*
- *Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951.*
- *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951.*
- *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960.*
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment. I.C. J. Reports 1964.*
- *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966.*
- *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969.*
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Judgment, I.C.J. Reports 1970.*
- *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975.*
- *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980.*

Bibliografía

- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.*
- *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom). Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992.*
- *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995.*
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.*
- “Application Instituting Proceedings. Arrest of Warrant April 11 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)”. Institution of Proceedings of 17 October 2000, I.C.J. Reports 2000. [Referencia 2000]
- “Public sitting held on Tuesday 16 October 2001, at 10 a.m, at the Peace Palace, President Guillaume presiding, in the case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)”, Verbatim Record, CR 2001/6.
- *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002.*
- *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France), Provisional Measure, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 2003.*
- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004.*
- *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005.*
- *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008.*
- *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009.*
- *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010.*

Bibliografía

- *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012.*
- *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012.*
- “Application instituting proceedings and request for provisional measures (Republic of the Gambia V. Republic of the Union of Myanmar)”, Institution of Proceedings of 11 November 2019. [Referencia 2019a].
- “Public sitting held on Tuesday 10 December 2019, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Yusuf presiding, in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)”, Oral Proceedings of 10 December 2019”. [Referencia 2019b].
- “Public sitting held on Wednesday 11 December 2019, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Yusuf presiding, in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)”, Oral Proceedings of 11 December 2019”. [Referencia 2019c].
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020.*

- Corte Permanente de Justicia Internacional

- *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, 7 September 1927. Publications of the Permanent Court of International Justice, No. 10, Series A.*

- Corte Permanente de Arbitraje Internacional

- *Island of Palmas Case (Netherlands/U.S.A.), Award, 4 of April 1928, Reports of International Arbitral Awards, Volume 2, pp. 829-871.*
- “Protocoles des séances et sentence du Tribunal d’Arbitrage Constitue en Execution du Compromis signé entre la France et la Grande-Bretagne le 25 de Octobre 1910. Différend au sujet de l’arrestation et de la réintégration á bord du paquebot “Morea” le 8 juillet 1910, á Marseille du sujet britannique (British Indian) Savarkar”, 1911, Van Langenhuysen Frères, La Haye (Pays-Bas).

- **Corte Penal Internacional**

- “The Situation in Libya The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 31st of May 2013, No. ICC-01/11-01/11.
- “Situation in The Republic of Kenya. In the case of the Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang. Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial"”, Judgment, Appeals Chamber, 25th of October 2013, No. ICC-01/09-01/11 OA 5.
- “Situation in The Republic of Kenya. In the case of the Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang. Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial"”, Judgment, Appeals Chamber, 25th of October 2013, No. ICC-01/09-01/11-1066-Anx.
- “The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11 OA 4.
- “The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11-547-Anx1.
- “The Situation in Libya. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi'”, Judgment, Appeals Chamber, 21st of May 2014, No. ICC-01/11-01/11-547-Anx2.
- “The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi”, Judgment, Trial Chamber VIII, 27th of September 2016, No. ICC-01/12-01/15.
- “Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the

Bibliografía

Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Decision, Pre-Trial Chamber II, 12th of April 2019, No. ICC-02/17.

- “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09 OA2.
- “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr.
- “Situation in the Democratic Republic of the Congo. In the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda”, Judgment, Trial Chamber VI, 8th of July 2019, No. ICC-01/04-02/06.
- “Situation in the Democratic Republic of the Congo. In the case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda”, Judgment, Trial Chamber VI, 7th of November 2019, No. ICC-01/04-02/06.
- “Situation in the People’s Republic Of Bangladesh/Republic Of The Union Of Myanmar. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar”, Decision, Pre-Trial Chamber III, of 14th of November 2019, No. ICC-01/19.
- “Situation in Palestine. Decision on the Prosecutor’s Application for an extension of the page limit”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 21st of January 2020, No. ICC-01/18.
- “Situation in Palestine. Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”, Request, Pre-Trial Chamber I, 22nd of January 2020, No. ICC-01/18.
- “Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Judgment, Appeals Chamber, 5th of March 2020, No. ICC-02/17 OA4.
- “Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, Judgment, Appeals Chamber, 5th of March 2020, No. ICC-02/17-138-Anx.

Bibliografía

- “Situation in Darfur, The Sudan. In the case of the Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain. Public redacted version of “Prosecution’s submissions on trials in absentia in light of the specific circumstances of the Banda case”, 13 December 2019, ICC-02/05-03/09-673-Conf-Exp”, Decision, Trial Chamber IV, 11th of May 2020, No. ICC-02/05-03/09.
- “Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18.
- “Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx1.
- “Situation in Palestine. Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’”, Decision, Pre-Trial Chamber I, 5th of February 2021, No. ICC-01/18-143-Anx2.

- Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. Prosecutor’s request for Referral of the Indictment to Another Court”, of the 15th of February 2006, case n°. ICTR-2005-86-PT.
- “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. The Decision on the Prosecution Motion for Referral of the Indictment to the Kingdom of Norway”, of the 19th of May 2006, case n°. ICTR-2005-86-R11bis.
- “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. Prosecutor’s request for Referral of the Indictment to Another Court”, of the 12th of December 2006, case n°. ICTR-2005-86-PT.
- “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. The Decision on the Prosecution Motion for Referral of the Indictment to the Kingdom of The Netherlands”, of the 13th of April 2007, case n°. ICTR-2005-86-11bis.
- “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. The Prosecutor’s extremely urgent motion of the Referral Order Pursuant Rule 11bis (f) & (G)”, of the 17th of August 2007, case n°. ICTR-2005-86-11bis.
- “Warrant of Arrest and Order for Transfer and Detention. Rule 54 of the Rules of Procedure and Evidence”, of the 17th of August 2007, case n°. ICTR-2005-86-11bis.

Bibliografía

- “Public Defense Response to The Prosecutor’s extremely urgent motion of the Referral Order Pursuant Rule 11bis (f) & (G)”, of the 17th of August 2007, case n°. ICTR-2005-86-11bis.
- “Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze v. The Prosecutor. Judgement”, of the 28th of November 2007, case n°. ICTR-99-52-A.
- “The Prosecutor v. Michel Bagaragaza. Sentencing Judgement”, of the 17th of November 2009, case n°. ICTR-05-86-S.

- **Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia**

- “The Prosecutor v. Duško Tadić. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction”, 2 October 1995, case number IT-94-1-A.
- “The Prosecutor v. Tihomir Blaškić. Judgement on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997”, 29 October 1997, case number IT-95-14-AR108bis.
- “The Prosecutor v. Duško Tadić”, Judgement, 15 July 1999, case number IT-94-1-A.
- “The Prosecutor v. Duško Tadić”, Judgement in Sentencing Appeals, 26 January 2000, case number IT-94-1-A.
- “The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski”, Judgement, 22 March 2000, case number IT-95-14/1-A.
- “The Prosecutor v. Ljube Bošković and Johan Tarčulovski. Decision on interlocutory appeal on jurisdiction”, 22 July 2005, case number IT-04-82.

- **Tribunal Militar Internacional de Nüremberg**

- ALLIED CONTROL AUTHORITY. (1948). *Trial of the Major War Criminals Before The International Military Tribunal. Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946*. Volume XXII. Nüremberg, Allied Control Authority, Secretariat of the Tribunal.
- U.S. GOVERNMENT. (1947). *Nazi conspiracy and aggression*. Volume I, Washington, Office of United States, Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality. United States Government Printing Office. Disponible en:

Bibliografía

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Nuremberg_trials.html. Consultado el día 11 de diciembre de 2017.

- U.S. GOVERNMENT. (1947). *Nazi conspiracy and aggression*. Opinion and judgement, Washington, Office of United States, Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality. United States Government Printing Office. Disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Nuremberg_trials.html. Consultado el día 17 de enero de 2017.

- **Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente**

- PAL, R. (1999). *Dissentient Judgement of Justice Pal. International Military Tribunal for The Far East*. Tokyo, Kokusho-Kankokai Inc.

- **Tribunales Regionales**

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- *Colozza / Italia*, Sentencia (dec.) de 12 de febrero de 1985, no. 9024/80, ECLI:CE:ECHR:1985:0212JUD000902480
- *Rubinat / Italia*, Sentencia (dec.) de 12 de febrero de 1985, no. 9317/81, ECLI:CE:ECHR:1985:0212JUD000931781.
- *Krombach / Francia*, Sentencia (dec.) de 13 de febrero de 2001, no. 29731/96, ECLI:CE:ECHR:2001:0213JUD002973196.
- *Medenica / Suiza*, Sentencia (dec.) de 14 de junio de 2001, no. 20491/92, Recueil 2001-VI, ECLI:CE:ECHR:2001:0614JUD002049192.
- *Al-Adsani / Reino Unido*, Sentencia [GS] de 21 de noviembre de 2001, no. 35763/97, Recueil 2001-XI, ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397.
- *Kalogeropoulou y otros / Grecia*, Sentencia (dec.) de 12 de diciembre de 2002, no. 59021/00, Recueil 2002-X, ECLI:CE:ECHR:2002:1212DEC005902100.
- *M.C. / Bulgaria*, Sentencia (dec.) de 4 de diciembre de 2003, no. 39272/98, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298.
- *Akkum y Otros / Turquía*, Sentencia (dec.) de 24 de marzo de 2005, no. 21894/93, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD002189493.

Bibliografía

- *Sejdovic / Italia*, Sentencia [GS] de 1 de marzo de 2006, no. 56581/00, Recueil 2006-II, ECLI:CE:ECHR:2006:0301JUD005658100.
 - *Ould Dah / Francia*, Decisión de 17 de marzo de 2009, no. 13113/03, Recueil 2009-I, pp. 415-440, ECLI:CE:ECHR:2009:0317DEC001311303.
 - *Haralampiev / Bulgaria*, Sentencia (dec.) de 24 de abril de 2012, no. 29648/03, ECLI:CE:ECHR:2012:0424JUD002964803.
 - *Idalov / Rusia*, Sentencia [GS] de 22 de mayo de 2012, no. 5826/03, ECLI:CE:ECHR:2012:0522JUD000582603.
 - *Las Madres Sticing de Srebrenica / Países Bajos*, Sentencia (dec.) de 11 de junio de 2013, no. 65542/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212.
 - *Hassan / Reino Unido*, Sentencia [GS] de 16 de septiembre de 2014, no. 29750/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0916JUD002975009.
 - *J. y Otros / Austria*, Sentencia (dec.) de 17 de enero de 2017, no. 58216/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0117JUD005821612.
 - *Näit-Liman / Suiza*, Sentencia [GS] de 15 de marzo de 2018, no. 51357/07, ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707.
 - *Mihalache / Rumanía*, Sentencia [GS] de 8 de julio de 2019, no. 4012/10, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD005401210.
- **Corte Interamericana de Derechos Humanos**
- *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4.
 - *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 55.
 - *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16.
 - *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18.

Bibliografía

- *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C, No. 104.

- **Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**

- *Michelot Yogogombaye v. Senegal*, Judgement of Merits, Decision of 15th December 2009, application n° 1/2008.

- **Tribunales Especiales o Híbridos**

- **Tribunal Especial de Sierra Leona**

- “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on the Defence Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Command Responsibility”. Judgment, of 15th October 2003, reference number SCSL-2003-08-PT.

- “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction”. Judgment, of 13th March 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E).

- “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Judicial Independence)”. Judgment, of 13th March 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E).

- “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on The Motion to Recuse Judge Winter from the Deliberation in the Preliminary Motion on the Recruitment of Child Soldiers”. Judgment, of 28th May 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E).

- “The Prosecutor against Sam Hinga Norman. Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)”. Judgment, of 31st May 2004, reference number SCSL-2004-14-AR72(E).

- **Tribunal Especial para el Líbano**

- “The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash et al. Interlocutory Decision on the Applicable Law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging”. Decision, Appeals Chambers, of 16th July 2011, case n° STL-11-01/I, Casebook STL 2011, pp. 27-204.

- **Salas Extraordinarias Africanas**

- “Ministère Public c. Hissène Habré”. Jugement, Chambre Africaine Extraordinaire d’Assises, du 30 mai 2016.
- “Ministère Public c. Hissène Habré”. Jugement, Chambre Africaine Extraordinaire d’Assises d’Appel, du 27 avril 2017.

- **Sala de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina**

- “Prosecutor v. Gojko Janković”, Judgment, of 16th February 2007, reference number X-KR-05/161.

- **Tribunal Especial de Kosovo**

- “Obaveštenje o povlačenju i zahtev za odbacivanje zahteva za ocenu ustavnosti g. Mahira Hasanija”, Notification, File n° F00011, 15 February 2019, Case n° KSC-CC-2019-05.
- “Decision on the Referral of Mahir Hasani Concerning Prosecution Order of 20 December 2018”, Decision, 20 February 2019, Case reference n° KSC-CC-2019-05.

- **Tribunales Nacionales**

- **Tribunal de Casación de Senegal**

- “Souleymane Guengueng et autres c. Hissène Habré”, Chambre criminelle, du 20 mars 2001, Arrêt n°14.

- **Sala de Apelación de Dakar**

- “Le Ministère Public et François Diouf c. Hissène Habré”, Chambre d’accusation, du 4 juillet 2000, Arrêt n°135.

- **Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania**

- “BVerfG 15.5.1995 – 2 BvL 19/91, 2 BvR 1206/91, 1584/91, 2601/93. Zur Spionage aus der ehemaligen DDR gegen die Bundesrepublik Deutschland”, BVerfGE 92, 277-DDR Spione, Entscheidungen. 15. Mai 1995, Verfassungsrecht. Strafrecht, JuristenZeitung, 50. Jahrgang, Nr. 18, 15. September 1995, pp. 885-897.

- **Tribunal Superior de Justicia de Bombay**

- “Emperor v. Vinayak Damodar Savarkar and others”, (1911) ILR35BOM. Judgment, of 6th October 1910. *The Indian Law Report*, Bombay Series, Volume 35, 1911, pp. 225-231.

- **Cámara de los Lores**

- “Compania Naviera Vascongado v. S.S. Cristina and All Persons claiming an Interest therein”. 159 LT (1938). Judgment of 3rd March 1938, *Law Times Reports*, Volume 159, pp. 394-405.
- “Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)”. 37 ILM (1998). Judgment, of 25th November 1998, Number of reference HoL Pinochet I. *International Legal Materials*, Volume 37, Issue 6, pp. 1302-1339.
- “Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)”. 38 ILM (1999). Judgment, of 24th March 1999, Number of reference HoL Pinochet III. *International Legal Materials*, Volume 38, Issue 3, pp. 581-663.

- **Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales (Londres)**

- “In the matter of an application for a writ of habeas corpus ad subjicendum. Re: Augusto Pinochet Ugarte”, 38 ILM (1999). Queen’s Bench Division, Crown Office List, Divisional Court, of 28th October 1998, N° of reference CO/4074/98 and CO/4083/98. *International Legal Materials*, Volume 38, Issue 1, pp. 68-90.

- **Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América**

- *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812). United States Reports: Case Adjudged in the Supreme Court, Volume 11, February 1812, pp. 116-147.
- *Peter Harmony and Others, Claimants of the Brig Malek Adhel v. The United States. The United States v. The Cargo of the Brig Malek Adhel*, 43 U.S. 210 (1844). United States Reports: Case Adjudged in the Supreme Court, Volume 43, January 1844, pp. 210-238.

- **Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)**

- “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Sentencia de 30 de diciembre de 1986, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 309, Volumen I y II, pp. 5-1823.
- “Simón, Julio Héctor y Otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, Sentencia de 14 de junio de 2005, Causa n° 17.768, Fallos de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Tomo 328, Volumen II, pp. 2056-2391.
- “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, Sentencia de 13 de julio de 2007, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 330, Volumen III, pp. 3248-3378.
- “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 333, Volumen II, pp. 1657-1671.

- **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina)**

- Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Sentencia de 9 de diciembre de 1985, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 309, Volumen I y II, pp. 5-1823.

- **Tribunales Españoles**

- **Tribunal Constitucional**

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 243/1988, de 19 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1992, de 1 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/1995, 28 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/1997, de 10 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 63/2005, de 14 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre.

Bibliografía

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 227/2007, de 22 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 29/2008, de 20 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 145/2012, de 2 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 232/2015, de 5 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 22/2017, de 13 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/2018, de 20 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 10/2019, de 28 de enero.
- **Tribunal Supremo**
 - Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 1999.
 - Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, del 25 de febrero.
 - Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo núm. 939/2007, de 5 de mayo.
 - Sentencia del Tribunal Supremo núm. 582/2007, de 21 de junio.
 - Sentencia del Tribunal Supremo núm. 798/2007, de 1 de octubre.
 - Sentencia del Tribunal Supremo núm. 596/2014, de 27 de julio.
 - Sentencia del Tribunal Supremo núm. 755/2014, de 5 de noviembre.
 - Sentencia del Tribunal Supremo núm. 847/2014, de 5 de diciembre.
 - Sentencia del Tribunal Supremo núm. 866/2014, de 11 de diciembre.
 - Sentencia del Tribunal Supremo núm. 101/2015, de 23 de febrero.
 - Auto del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2015, núm. del recurso 20093/2015.
 - Auto del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015, núm. del recurso 20962/2014.

Bibliografía

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 296/2015, de 6 mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 507/2015, de 28 de julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 551/2015, de 24 de septiembre.
- Auto del Tribunal Supremo núm. 20092/2015, de 20 de octubre.
- Auto del Tribunal Supremo núm. 3240/2016, de 18 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 796/2016, de 25 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 869/2016, de 18 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 139/2019, de 13 de marzo.
- **Audiencia Nacional**
 - Sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional núm. 6122/2001, de 23 de octubre.
 - Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2005, de 19 de abril.
 - Auto de la Audiencia Nacional de 10 de enero de 2006.
 - Auto de la Audiencia Nacional núm. 38/2014, de 2 de julio.
 - Auto de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2014, núm. del recurso 336/2014.
 - Auto de la Audiencia Nacional núm. 1/2015, de 9 de abril.
 - Auto de la Audiencia Nacional núm. 35/2017, de 27 de julio.
 - Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1/2017, de 15 de diciembre.
 - Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2020, núm. del recurso 4/2015.
- **Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional**
 - Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 6 de la Audiencia Nacional núm. 11/2017, de 27 de marzo.