



La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?

Universal Jurisdiction in Spain after the Legal Reform of 2009: a more rational application of the principle or a step backward in the fight against impunity?

NLC-3000-30 DL SEPTIEMBRE 2010/ACEPTADO: 15 DE OCTUBRE 2010

María Teresa COMELLAS AGUIRREZÁBAL

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla
mcomellas@us.es

Abstract: Universal jurisdiction is one of the most controversial issues in International Law. In the last decade, Spain took the lead in seeking accountability for the most serious international crimes, due to its broad legislation and the expansive application of the universality principle by some of its judges and courts, an application which was not always accepted by the whole Spanish judiciary. Just as Belgium did in 2003, Spain has recently modified its national legislation in order to limit the exercise of universal jurisdiction by its courts, requiring that there now be a «connecting link» with the crime. This article examines the changes introduced in Spanish law within the overall context of the general ongoing debate about the principle of universal jurisdiction. Only in the light of this debate is it possible to evaluate the Spanish legislation and consider its possible implications.

Keywords: universal jurisdiction, Article 23.4 LOPJ, international criminal law, international crimes, impunity

Résumé: La compétence pénale universelle est une des questions les plus controversées dans le domaine du Droit International. Grâce à sa législation ouverte et à l'application expansive, par ailleurs fortement contestée, du principe d'universalité par une partie de sa magistrature, l'Espagne s'est située, au cours de la dernière décennie, à la tête de la lutte contre l'impunité à l'égard des plus graves crimes internationaux. Comme la Belgique en 2003, l'Espagne a décidé de modifier sa législation et de limiter l'exercice de la compétence universelle, exigeant maintenant l'existence d'un lien avec le crime. L'objectif de cet article est d'examiner la récente réforme espagnole dans le contexte du débat général existant autour de la configuration du principe de compétence universelle. L'examen de ce débat est nécessaire pour apprécier la décision du législateur espagnol et déterminer ses possibles implications.

Mots clés: compétence universelle, Article 23.4 LOPJ, Droit pénal international, crimes internationaux, impunité

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DEBATE EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 1. ¿Un concepto unívoco de jurisdicción universal? 2. Fundamento del principio. 3. Alcance material del principio. 4. La controvertida cuestión de los límites al principio de jurisdicción universal. 5. A modo de resumen. III. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA. 1. La configuración del principio hasta la reforma de 2009. 2. La reforma de noviembre de 2009. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El 4 de noviembre de 2009, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*, por la que se modificaba el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)¹, disposición que consagra en la legislación española el principio de jurisdicción universal y cuya aplicación una década antes había llevado a España a adquirir un inusitado protagonismo internacional a raíz del famoso *asunto Pinochet*.

Pese a su importancia, la reforma del artículo 23.4 LOPJ (o, al menos, su proceso reformador) pasó un tanto desapercibida por varios motivos: el primero, el casi nulo debate político que la antecedió, pues fue fruto del acuerdo entre los dos principales partidos políticos españoles; el segundo, la celeridad y el inusual mecanismo a través del cual se llevó a cabo. Ambos factores explican que se llegara incluso a afirmar que se trataba de una reforma conducida en silencio, casi «de tapadillo»².

Para algunos, la opción del legislativo español (que respondía en parte a presiones internacionales) constituye una necesaria racionalización del principio de jurisdicción universal que venía aplicándose en España³; para otros, no es más que un paso atrás en la lucha contra la impunidad, e incluso una sustancial negación de la misma esencia del principio o, si se quiere, una derogación *de iure* del mismo⁴.

El (escaso) debate que ha generado en España la reforma del artículo 23.4 LOPJ no puede aislarse del debate general sobre la configuración y el recono-

¹ 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 (BOF, n° 20, de 4 de noviembre de 2009, Secc. I, pp. 92089 ss). En realidad, la reforma afecta a diversos artículos de la LOPJ (en concreto, a los párrafos 4 y 5 del artículo 23; y a los artículos 82, 184, 311, 318, 330, 334) e introduce un nuevo Capítulo VI bis en el Título primero del Libro IV.

² GARFA, E., ALTOZANO, M.: «El Congreso limita de tapadillo la justicia universal», *El País* (22 de mayo de 2009), p. 16.

³ Así la describió el Embajador representante permanente de la Misión de España ante las Naciones Unidas en la Sexta Comisión de la Asamblea General, el 21 de octubre de 2009. El texto completo de la intervención puede encontrarse en <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2701>.

⁴ CHINCIÓN ÁLVAREZ, J.: «Análisis formal 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*, n° 7211 (6 de julio de 2009).

cimiento del principio de jurisdicción universal en el Derecho internacional. No es extraño que los estudios sobre el particular comiencen advirtiendo al lector del poco acuerdo y la mucha confusión reinante en todo lo relativo a la justicia universal. Y, aunque parece inevitable que el *iusinternacionalista* ha de convivir con un cierto nivel de incertidumbre jurídica (derivado de las propias características de su objeto de estudio), pocas cuestiones hay tan controvertidas y polémicas en Derecho internacional como la relativa al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal de los Estados y, en particular, al denominado principio de jurisdicción universal.

La dificultad no es nueva. Muestra de ello son los numerosos esfuerzos doctrinales emprendidos en los últimos años para clarificar el concepto y el alcance del principio⁵. El debate no es, sin embargo, exclusivamente doctrinal. Aunque la Corte Internacional de Justicia (CIJ) desaprovechó una magnífica ocasión para esclarecer algunas de las incertidumbres que rodean al principio en su Sentencia de 14 de febrero de 2002 en el *asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000* (también conocido como *asunto Yerodia*)⁶, las opiniones separadas y disidentes de muchos de sus jueces reflejan la misma diversidad de criterios que encontramos en el debate doctrinal⁷. El desacuerdo es también

⁵ Entre otros, véanse el Proyecto de la Universidad de Princeton que dio origen a los Principios de Princeton (*The Princeton principles on Universal Jurisdiction*, Stephen Macedo (ed.), Princeton University, 2001); los Principios del Cairo-Arusha (*The Cairo-Arusha Principles on universal jurisdiction in respect of gross human rights offences: an African perspective*); el Informe final preparado para la *International Law Association* por Menon Kamminga (*Final Report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences*, Report of the 69 Conference of the *International Law Association*, 2000) («Kamminga Report»); la Resolución aprobada por el *Institut de Droit International (IDI)* en su sesión de Cracovia de 2005 (*Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes* (disponible en www.idi-ill.org/idiE/resolutionsE/2005kra03en.pdf); o la Resolución sobre jurisdicción universal aprobada en el XVIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en septiembre de 2009 (disponible en http://penal.onifin.com/spip.php?page=mainaidp&id_rubrique=25&id_article=71&lang=es).

⁶ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports*, 2002, p. 3. Para un comentario de la sentencia en la doctrina española, véase FERRER LLORIT, J.: «Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2000 (*República Democrática del Congo contra Bélgica*)», *ADI* (2002), pp. 305-346; TORRES PÉREZ, M.: «Inmunidad de Jurisdicción penal e Impunidad: el fallo de la CIJ de 14 de febrero de 2002», *Revista de Derecho*, n° 1 (2002), pp. 1-7.

⁷ A diferencia de la sentencia, muchas de las opiniones de los jueces (se formularon cinco opiniones separadas —cuatro de ellas individuales y una conjunta—, tres opiniones disidentes y una declaración) hacen referencia a la jurisdicción universal, y en particular a su ejercicio cuando el sospechoso no se encuentra en el territorio del Estado que pretende ejercer la jurisdicción.

notorio entre los Estados. De hecho, la aplicación del principio de universalidad por los tribunales de algunos Estados europeos (incluida España) ha causado enorme malestar entre un nutrido grupo de Estados africanos, que solicitaron una cumbre especial Unión Africana-Unión Europea para examinar el asunto⁸, y que, insatisfechos con el resultado de la misma, llevaron la cuestión ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, solicitando su inclusión en el orden del día de la Sexta Comisión⁹. De los debates que vienen teniendo lugar en el seno de dicha Comisión sobre el *alcance y la aplicación del principio de jurisdicción universal*, no cabe sino concluir que, efectivamente, existe poco acuerdo y mucha confusión en torno a este principio¹⁰.

Véanse en particular las opiniones separadas individuales del Presidente Guillaume, y los jueces Ranjeva, Rezek, Koroma, y Bula-Bula (*ad hoc*); la opinión separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal; y la opinión disidente de la juez *ad hoc* Van den Wyngaert.

⁸ En julio de 2008, la Asamblea de la Unión Africana (UA) adoptó una decisión [Assembly/AU/Dec. 199 (XI)] en la que expresaba su preocupación por la abusiva aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de Estados no africanos y solicitaba al Secretario de la UA que llevara el asunto ante la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (pará. 6), así como que acordara un encuentro entre la UA y la Unión Europea (EU) para lograr una solución duradera a este problema (pará. 7). En el marco del 11º encuentro de la Troika Ministerial AU-EU, los Ministros acordaron crear un grupo de expertos técnicos *ad hoc*, grupo que fue creado en enero de 2009 y que estuvo compuesto por Mohammed Bedjaoui (por Argelia); Chaloka Beyani (Zambia); Chris Maina Peter (Tanzania); Antonio Cassese (Italia); Pierre Klein (Bélgica); y Roger O'Keefe (Australia). El *informe final del grupo de expertos UA-EU sobre el principio de jurisdicción universal* fue hecho público el 16 de abril de 2009 (*vid.* Council of the European Union. Doc. 8672/1/09 REV1, 16 abril 2009). Un análisis del informe puede encontrarse en GENEUSS, J.: «Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction. A Comment on the AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction», *JICJ*, vol. 7 (2009), pp. 945-962.

⁹ El tema titulado *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal* se incluyó en el programa provisional del 64º período de sesiones de la Asamblea General en virtud de la Resolución 63/568, de 14 de septiembre de 2009. En su segunda sesión plenaria, celebrada cuatro días más tarde, la Asamblea decidió incluir el tema en su programa y asignarlo a la Sexta Comisión. En la sesión celebrada el 12 de noviembre de 2009, y a iniciativa del representante de Ruanda, se acordó un proyecto de resolución, que fue finalmente aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de ese mismo año. En dicha Resolución (Res. 64/117, de 16 de diciembre), titulada *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal*, se solicitaba al Secretario General que invitara a los Estados Miembros a presentar, antes del 30 de abril de 2010, información y observaciones sobre el alcance y la aplicación del principio de jurisdicción universal, así como que elaborase un informe basado en esa información y observaciones y lo presentara a la Asamblea. Dicho informe fue finalmente presentado en julio de 2010 (UN.doc. A/65/181, de 29 de julio de 2010).

¹⁰ Las opiniones de los representantes que hicieron uso de la palabra durante el examen del tema por la Sexta Comisión pueden encontrarse en las actas resumidas de las sesiones correspondientes (UN. doc. A/C.6/64/SR.12, 13 y 25).

Cabe plantearse en este punto el *porqué* de tanta controversia. Y tal vez la respuesta radique en que estamos ante una cuestión que, inevitablemente, obliga a adoptar una posición y que implica una *perspectiva* del Derecho internacional. Se ha dicho, y con razón, que el debate sobre la jurisdicción universal es un debate profundamente impregnado de connotaciones ideológicas y en el que se proyectan las propias concepciones personales sobre el Derecho Internacional¹¹: el qué y el para qué de este ordenamiento jurídico. ¿Dónde situamos la soberanía del Estado, principio básico del orden internacional, y dónde el respeto a la dignidad intrínseca del ser humano proclamada en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas? ¿Y cómo acomodarlas a veces?

El propósito de este trabajo es analizar la reforma española en el contexto del debate general existente en torno a la configuración del principio de jurisdicción universal en el Derecho internacional. Sólo a la luz de dicho debate (II) es posible valorar la reforma del artículo 23.4 LOPJ y plantearse sus posibles implicaciones (III).

II. EL DEBATE EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El origen del debate contemporáneo sobre el principio de universalidad suele situarse en 1988, año en el que RANDALL publicó una detallada tesis a favor del principio y su ejercicio¹². Las cuestiones en liza son múltiples. En realidad, se discute prácticamente todo acerca de la jurisdicción universal: su definición precisa, su fundamento, su alcance y aplicación, e incluso su conveniencia en la lucha contra la impunidad. Desde el punto de vista jurídico, nos interesa ahora examinar, aunque de forma breve y sintética, las diferentes posturas mantenidas en relación con la *configuración* del principio y, en particular, su concepto, fundamento, alcance y límites a su ejercicio.

¹¹ SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «Spanish Practice in the Area of Universal Jurisdiction», *SYL* vol. VIII (2001-2002), p. 32.

¹² RANDALL, K.: «Universal Jurisdiction under International Law», *Tex. L. Rev.*, vol. 66 (1988), pp. 785-842. Para una breve descripción del origen y las distintas fases del debate, véase KRESS, C.: «Universal Jurisdiction over International Crimes and the *Institut de Droit International*», *JICJ*, vol. 4 (2006), pp. 569-571. Sobre el debate y la práctica estatal en relación con el principio de universalidad antes de 1945, *vid.*: «Article 10. Universality-Other crimes», *AJIL*, vol. 29, Supplement: Research in International Law (1935), pp. 573-592.

1. ¿Un concepto unívoco de jurisdicción universal?

La primera dificultad que surge a la hora de analizar la configuración jurídica del principio de jurisdicción universal es determinar si existe un concepto unívoco del mismo y si hay acuerdo sobre su definición precisa. Mientras algunos sugieren que no se ha logrado una definición generalmente aceptada¹³, otros no dudan en afirmar que la ausencia de una definición convencional o consuetudinaria y la supuesta pluralidad de definiciones doctrinales no implica falta de conformidad en torno a sus elementos básicos¹⁴. El examen comparativo de las múltiples definiciones –algunas calificadas como «indiscutibles»– y del empleo que suele hacerse de los términos «jurisdicción universal», demuestran, no obstante, que el acuerdo no es tan notorio como *a priori* pudiera parecer o, al menos, que son numerosos los malentendidos y confusiones que rodean a esta noción.

Muestra de ello son los esfuerzos que desde distintos ámbitos se han llevado a cabo para lograr una definición que no encuentre oposición. Para ello, se han propuesto o adoptado definiciones «de mínimos», puramente descriptivas, centradas en sus efectos, y que se limitan a precisar el contenido del principio por contraposición a otros nexos jurisdiccionales. Ejemplos de este tipo de definiciones serían las contenidas en la Resolución adoptada por el *Institut de Droit International* (IDI) en su sesión de Cracovia de 2005¹⁵, o en el Informe del Grupo de expertos *ad hoc* UA-EU sobre el principio de jurisdicción universal de 2009¹⁶.

¹³ Véase la opinión disidente de la Juez *ad hoc* Van den Wyngaert en el asunto *Yerodia*: «There is no generally accepted definition of universal jurisdiction in conventional or customary international law» (*Dissenting opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert*, pará. 44, p. 165).

¹⁴ O'KEEFE, R.: «Universal Jurisdiction. Clarifying the basic concept», *JICJ*, vol. 2 (2004), p. 812.

¹⁵ *Doc. cit.*, pará. 1 de la Resolución: «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, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality, or other grounds of jurisdiction recognized by international law». Para un análisis de la Resolución, cuyo relator fue el Profesor Tomuschat, véase KRESS, C.: *op. cit.*, pp. 561-585.

¹⁶ *Doc. cit.*, pará. 8, p. 7: «Universal jurisdiction is the assertion by one state of its jurisdiction over crimes allegedly committed in the territory of another state by nationals of another state against nationals of another state where the crime alleged poses no direct threat to the vital interests of the state asserting jurisdiction. In other words, universal jurisdiction amounts to the claim by a state to prosecute crimes in circumstances where none of the traditional links of territoriality,

Formuladas en distintos términos, todas estas definiciones se centran en un elemento común indiscutible: el principio de jurisdicción universal, también llamado de universalidad o de justicia universal, es un título o criterio de atribución de jurisdicción cuya característica esencial estribaría en su falta de vinculación con los tradicionales elementos constitutivos del Estado¹⁷: ni se vincula al *territorio* (base natural que habilita el ejercicio de la función jurisdiccional y que, junto a razones de índole práctica, determinan que la regla general en el ámbito penal sea el principio de territorialidad), ni con la *población* (con la que están relacionados los principios de nacionalidad o personalidad activa y pasiva), ni con la *organización del poder* (a la que está de alguna manera ligado el principio real o de protección de intereses). Diferenciándolo, por tanto, de otros criterios de atribución de jurisdicción, el principio de universalidad se concebiría como un título en virtud del cual los Estados asumen competencia para perseguir y enjuiciar delitos cometidos *en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal Estado pueda considerarse especialmente lesionado*¹⁸.

No obstante, y pese a no encontrar oposición, ni siquiera este tipo de definiciones «básicas» o «de mínimos» están exentas de problemas interpretativos, que algunos tildan de meros «malentendidos» terminológicos o conceptuales¹⁹. Sean malentendidos o verdaderas discrepancias en la concepción del principio, lo cierto es que pueden causar confusión y abonar un terreno ya de por sí plagado de incertidumbres.

Una primera confusión –originada en este caso por un verdadero malentendido conceptual– proviene de la frecuente consideración de determinados

nationality, passive personality or the protective principle exists at the time of the commission of the alleged offence».

¹⁷ En este sentido, COLANGELO destaca la «unicidad» del principio de jurisdicción universal, que radicaría en su propia «internacionalidad». Esto le lleva a distinguir entre la «jurisdicción nacional» (derivada de la tradicional soberanía estatal, que se proyecta en los tres elementos constitutivos del Estado y en relación con la cual el Derecho internacional ha ido admitiendo múltiples criterios de jurisdicción) y lo que él denomina «jurisdicción internacional», que no requiere nexo de conexión alguno con el Estado (COLANGELO, A.J., «Universal Jurisdiction as an international «false conflict» of laws», *Mich.J: Int'l L.*, vol. 30 (2008-2009), pp. 881-925, en particular, pp. 885-6.

¹⁸ O'KEEFE incluye además en su definición un elemento que considera relevante y cuya eliminación puede ser fuente de confusiones: el elemento temporal. En su opinión, para hablar de jurisdicción universal, la ausencia de nexo de conexión tiene que producirse en el momento de la presunta comisión del delito (O'KEEFE, R.: «Universal jurisdiction...», *op. cit.*, p. 812).

¹⁹ *Ibid.*, pp. 735-760.

ejercicios de jurisdicción extraterritorial como exponentes del principio de jurisdicción universal cuando en realidad la actuación de los tribunales nacionales se basaba en otros títulos competenciales como los de la *personalidad pasiva* o la *protección de intereses*. Ejemplos frecuentemente citados en este sentido serían los casos *Eichman y Demjanjuk v. Petrovsky*²⁰ o, más recientemente, el caso *Pinochet*²¹.

La segunda fuente de confusión deriva del habitual empleo de expresiones como «jurisdicción universal clásica», «verdadera universalidad», «jurisdicción universal propiamente dicha» o «jurisdicción universal pura», que apuntan a la existencia de diversas *categorías* de jurisdicción universal que imposibilitarían hablar de un concepto unitario del principio. El empleo de dichas expresiones –frecuente no sólo en la doctrina, como demuestran las opiniones individuales de los jueces de la CIJ en el citado *asunto de la orden de arresto de 11 de abril de 2000*–, suele tener además distinto significado y finalidad.

Uno de ellos parece encerrar una verdadera discrepancia en la propia concepción de la jurisdicción universal, que para ser «verdadera» exigiría que *cualquier* Estado o *cada* Estado estuviera autorizado a criminalizar y perseguir la conducta en cuestión, lo que ha llevado a sugerir, como veremos posteriormente, que la jurisdicción universal no puede basarse en el Derecho convencional, pues los tratados internacionales sólo se aplican *inter partes*²².

Otro de los motivos que suelen impulsar a emplear expresiones como «jurisdicción universal pura» o «absoluta», es distinguirla de la que el Pro-

²⁰ En ambos casos, los tribunales nacionales mencionaron el principio de universalidad, pero se basaron en una conexión con la víctima o el Estado (principio de personalidad pasiva y principio real en el primer caso, y principio de personalidad pasiva en el segundo). Advirtiendo de la confusión, entre muchos otros, véanse BASSIOUNI, C., «Universal Jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice», *Va. J. Intl L.*, vol. 42 (2001-2002), p. 137; BECKER, S.: «Universal Jurisdiction: how universal is it? A study of competing theories», *The Palestine Yearbook of International Law*, vol. XII (2002/2003), pp. 61-68; o KAMMINGA, M.: «Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n° 4 (2001), pp. 942-943.

²¹ La confusión en este caso parece provenir del hecho de que la legislación española no contempla el principio de personalidad pasiva. De ahí que, incluso cuando la víctima del presunto crimen sea un nacional español, los tribunales deban recurrir al artículo 23.4 LOPJ, que contempla la jurisdicción universal (base de jurisdicción formalmente distinta, al menos desde el punto de vista del Derecho internacional).

²² Véase la crítica de O'Keefe, que se esfuerza por aclarar que «All the term «universal jurisdiction» means is prescriptive jurisdiction in the absence of any other internationally accepted jurisdictional nexus» (O'KEEFE, R.: «The Grave breaches regime and universal jurisdiction», *JICJ*, vol. 7 (2009), p. 812, nota 3).

fesor CASSESE denomina «condicional», esto es, sometida a condiciones o límites²³. En realidad, tales términos («pura» o «absoluta») suelen hacer referencia a la denominada «jurisdicción universal *in absentia*» o en ausencia del sospechoso, pero la diversidad terminológica origina cierta confusión y plantea como decimos la duda de si estamos ante diversas categorías de jurisdicción universal.

Para O'KEEFE²⁴, el empleo de estas expresiones denota en muchos casos una manifiesta falta de diferenciación entre los distintos tipos de jurisdicción estatal que tradicionalmente se han distinguido y, en concreto, entre la jurisdicción normativa (*jurisdiction to prescribe*), en la que se enmarca la jurisdicción universal, y la jurisdicción ejecutiva (*jurisdiction to enforce*), no admitida en el marco de la jurisdicción extraterritorial²⁵. En mi opinión, la explicación más sencilla es que la confusión se origina al no distinguir convenientemente entre el *concepto* de jurisdicción universal y el *ejercicio* de la misma. No cabría hablar de distintas categorías o tipos de jurisdicción universal, sino de *distintas maneras de ejercerla*. La denominada jurisdicción universal *in absentia* no sería un título diferenciado o propio de jurisdicción (como tampoco lo es la jurisdicción territorial *in absentia*) y ni siquiera una categoría o subcategoría de la jurisdicción universal, sino simplemente una manera de ejercerla cuya admisión, como veremos posteriormente, dista mucho de ser unánime. La diversidad terminológica y la ocasional inconsistencia de su empleo complican innecesariamente la cuestión y no sólo alcanzan al debate teórico, sino que podrían tener consecuencias prácticas, como expondremos al referirnos a la denominada jurisdicción universal *in absentia*.

²³ CASSESE, A.: «Is the bell tolling for universality? A plea for a sensible notion of universal jurisdiction», *JICJ*, vol. 1 (2003), p. 595.

²⁴ O'KEEFE, R.: «Universal Jurisdiction...», *op. cit.*, p. 752.

²⁵ En el ámbito penal suelen distinguirse tres tipos de jurisdicciones o competencias estatales: legislativa (*legislative jurisdiction* o *jurisdiction to prescribe*); judicial (*judicial jurisdiction* o *jurisdiction to adjudicate*); y ejecutiva (*executive jurisdiction* o *jurisdiction to enforce*). No obstante, y dado que la distinción entre competencias legislativas y judiciales carece de relevancia práctica a la hora de delimitar la proyección espacial del *ius puniendi* del Estado, un extenso sector de la doctrina internacionalista suele limitarse a mencionar dos: la jurisdicción normativa (definida en este caso como la facultad para exigir pautas de conducta a los individuos y de asociar determinadas consecuencias a su incumplimiento, independientemente de los concretos órganos estatales a los que se confiera dicha facultad), y la ejecutiva (la facultad de imponer coactivamente, mediante la coerción física o material, tales pautas de conducta), que es de carácter estrictamente territorial, pues ningún Estado puede pretender ejercer su jurisdicción *en el territorio de otros Estados* sin su consentimiento.

Pero si los malentendidos y/o desacuerdos parecen inevitables aun adoptando una definición «de mínimos», el problema se complica aún más cuando se intenta precisar el contenido del principio de jurisdicción universal. Ciertamente, una definición negativa, basada exclusivamente en su distinción respecto de otros nexos jurisdiccionales, tiene la ventaja de no encontrar oposición, pero el gran inconveniente de necesitar posteriores precisiones.

De ahí que encontremos otro grupo de definiciones complementarias de las primeras (entre otras, las recogidas en los *Principios de Princeton*²⁶, y en el *Informe Kamminga* para la *International Law Association*²⁷) que mencionan o incluso subrayan lo que para ellos constituye el fundamento del principio: la represión de delitos especialmente odiosos que atentan contra valores e intereses esenciales de la Comunidad internacional en su conjunto.

Pero, ¿es realmente la naturaleza de los crímenes la que define la jurisdicción universal? Si así fuera, si el elemento definitorio del principio estribara en la naturaleza odiosa del crimen y la especial repulsa que inspira en la Comunidad internacional, ¿cómo podría explicarse que los tratados internacionales contemplen la facultad –y en algunos casos la obligación– de ejercer la jurisdicción internacional en relación con ciertos crímenes como puede ser la piratería y no con otros igual de odiosos o más como puede ser el genocidio? Este interrogante, que nos sitúa en un nuevo debate –el relativo al fundamento del principio de jurisdicción universal– ha servido para que desde algunos sectores se niegue, como veremos a continuación, el reconocimiento general e incluso la existencia misma del principio.

2. *Fundamento del principio*

Dado que el ejercicio de la jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, hay necesariamente que plantearse por qué y en qué casos

²⁶ *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, *doc.cit.*, Principio 1: «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».

²⁷ «Kamminga Report», *doc.cit.*: «Under the principle of universal jurisdiction a state is entitled or even required to bring proceedings in respect of certain serious crimes, irrespective of the location of the crime, and irrespective of the nationality of the perpetrator or the victim».

puede un Estado ejercer su jurisdicción más allá de sus fronteras sin que exista ningún nexo de conexión con la nacionalidad del perpetrador o la víctima, o con sus propios intereses; esto es, habría que conjugar el principio de jurisdicción universal y el principio de la igualdad soberana de los Estados.

La respuesta más extendida suele ser que la naturaleza y la gravedad de ciertos crímenes –que atentan contra intereses esenciales compartidos y aceptados por la Comunidad internacional– aportan una base suficiente para que el Estado, como miembro de esa Comunidad, aplique su Derecho penal²⁸. Estaríamos ante lo que BASSIOUNI considera una actuación equivalente al concepto romano de *actio popularis* (el Estado que ejerce la jurisdicción universal actúa en nombre de la Comunidad internacional porque, como miembro de ella, tiene un interés en la preservación del orden mundial)²⁹, o SÁNCHEZ LEGIDO llama un *desdoblamiento funcional cosmopolita*, que permitiría al Estado asumir la tutela de los intereses esenciales comunes y ejercer su *ius puniendi* para castigar a los que de alguna manera se han convertido en enemigos de la Humanidad³⁰. El principio de jurisdicción universal estaría así cumpliendo una *función constitutiva a través de la cual la Comunidad internacional estaría imaginando su identidad*³¹, y su aplicación nos acercaría al ideal de la *civitas maxima*³².

Basar el principio de jurisdicción universal en la naturaleza de los delitos no explica, sin embargo, la falta de «sistemática criminalizadora» del Derecho internacional convencional –que recoge un catálogo muy heterogéneo de conductas sometidas al principio de jurisdicción universal– y es firmemente rechazado por aquellos que ven en la admisión de esta nueva «identidad» de la Comunidad internacional una «invención doctrinal»³³ que amenaza la noción tradicional de soberanía estatal.

²⁸ Entre muchos otros, CANÇADO TRINDADE, A.: *International Law for Humankind. Towards a new Jus Gentium*, Nijhoff, Leiden, Boston, 2010, pp. 385-6; GENEUSS, J.: *op. cit.*, p. 952; o COLANGELO, A.J.: «Universal Jurisdiction...», *op. cit.*, p. 889. Este mismo fundamento se recoge en los Principios de Princeton, los Principios del Cairo-Arusha, o el Informe Kamminga.

²⁹ BASSIOUNI, C.: «Universal jurisdiction...», *op. cit.*, p. 88.

³⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 391.

³¹ ADDIS, A.: «Imagining the International Community: the Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction», *Human Rights Quarterly*, vol. 30, n° 4 (2009), p. 132.

³² CANÇADO TRINDADE, A.: *op. cit.*, p. 386.

³³ Véase la intervención del representante de la delegación china en los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General, el 17 de marzo de 2010, en la que afirma que «la jurisdicción

El principal argumento empleado para negar la relación entre la jurisdicción universal y la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos suele ser de carácter histórico, y se concreta en la afirmación de que la teoría de la universalidad fue originariamente admitida para perseguir y sancionar a aquellos que, como los piratas, no podían ser juzgados en virtud del principio de territorialidad, pues la piratería tenía lugar en alta mar, un espacio no sometido a la jurisdicción de ningún Estado³⁴. El fundamento del pretendido principio no estribaría, por tanto, en la naturaleza del delito sino en el *locus delictii*³⁵. Desde esta perspectiva, expandir el ámbito de la jurisdicción universal sería contrario a la racionalidad histórica del principio³⁶.

Este argumento puede, no obstante, criticarse por sus «olvidos». En primer lugar, porque omite que, si bien el *locus delictii* constituía el principal fundamento para admitir la jurisdicción de los Estados en el caso de la piratería, no es menos cierto que otros factores contribuían a tal admisión: el primero, que la piratería llegó a constituir una verdadera amenaza para la seguridad de la navegación marítima, fundamental en aquella época para el sustento económico de los Estados; el segundo, que el propio *lugar* de comisión, el alta mar, dificultaba la represión de los autores y contribuía a la impunidad de quienes se habían convertido en *hostis humani generis*³⁷. El segundo «olvido» es sin duda más relevante: es el olvido del constante devenir de la Historia y del desarrollo que ha experimentado el Derecho internacional penal gracias al

universal es en la actualidad sólo un concepto académico y no constituye aún una norma jurídica internacional».

³⁴ Sobre la piratería y la jurisdicción universal en el Derecho internacional clásico, véase, entre otros, RUBIN, A.P.: *The Law of Piracy*, 2ª ed, Irvintong on Hudson, Nueva York, Transnational Publishers, 1997.

³⁵ Vid. BECKER, S.: *op. cit.*, p. 61; y SAMMONS, A.: «The «under-theorization» of universal jurisdiction: implications for legitimacy on trials of war criminals by national Courts», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21 (2003), pp. 128-131, que en su empeño por conjugar jurisdicción universal y soberanía estatal, da una vuelta de tuerca al argumento histórico y sostiene que, cuando el Estado territorial no evita los crímenes o no los persigue, cede una parte de su soberanía. Según su teoría, «a state that does not possess an effective and functioning system of criminal enforcement may be deemed to have ceded some portion of its sovereignty (...). At this point a portion of the domestic state's sovereignty is conceptually transferred, as a matter of law, to the international community and the state's territory becomes for purposes of law *terra nullius*».

³⁶ BECKER, S.: *op. cit.*, p. 61.

³⁷ Vid. *Harvard Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*, y en particular, «Article 9. Universality-Piracy», *AJIL*, vol. 29, Supplement: *Research in International Law* (1935), pp. 563-572.

«Legado de Nuremberg», que ha influido poderosamente en el principio de jurisdicción universal³⁸.

En realidad, el principio de jurisdicción universal parece haber obedecido siempre a diversas racionalidades; fundamentalmente, la protección de intereses comunes y la dificultad existente para reprimir las conductas delictivas, circunstancia que favorece la impunidad³⁹. Ambas se encuentran aún hoy presentes en la admisión de la jurisdicción universal, sea en el caso de la piratería o de los crímenes internacionales más graves como puede ser el genocidio. La diferencia fundamental estriba en que, como bien afirmara la profesora STERN, en el primer caso estamos ante la protección de «une somme d'intérêts propres identiques des Etats», y en el segundo, ante «un intérêt unique partagé par tous»⁴⁰. Un cambio significativo que se explica por el proceso de humanización que indudablemente ha experimentado el Derecho internacional.

Desde este punto de vista, cabe afirmar que el fundamento del principio de jurisdicción universal ha evolucionado a lo largo de la historia, sometiendo a represión universal con el paso del tiempo a nuevas conductas delictivas⁴¹. No obstante, las dos racionalidades a las que obedece el principio –la dificultad para la adecuada represión del delito (bien a raíz del *locus delictii*, bien como consecuencia de la falta de deseo de reprimir por parte del «juez natural») y la importancia de los bienes protegidos– siguen presentes hoy y se entremezclan en la configuración jurídica del principio de universalidad⁴². Esta circunstancia puede generar cierta confusión, como demuestra el debate existente a propósito del alcance material del principio.

³⁸ Las tres ideas fundamentales del Legado de Nuremberg han sido resumidas por Sánchez Legido de la siguiente manera: 1) determinados crímenes de especial gravedad atacan contra los fundamentos mismos del orden internacional y constituyen un ataque contra la humanidad entera; 2) dichas conductas son crímenes de Derecho internacional, que generan la responsabilidad penal internacional de los responsables; 3) la Comunidad internacional en su conjunto y, por tanto, también *todos y cada uno de sus miembros*, tiene interés en que esa represión se haga efectiva (SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 54).

³⁹ *Vid.*: «Article 10. Universality-Other crimes», *doc.cit.*, p. 574: «universality is essential to prevent impunity».

⁴⁰ STERN, B.: «La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex Yougoslavie et au Rwanda», *GYBIL*, vol. 40 (1997), p. 281.

⁴¹ Sobre el origen y la evolución del principio, véase, entre otros, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, pp. 41 ss.

⁴² En este sentido, MARTÍN MARTÍNEZ, M.: «Jurisdicción universal y crímenes internacionales», *Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 9 (2000-2001), pp. 179-180.

3. Alcance material del principio

Apartándonos de la lógica del *Lotus* (cuya vigencia parece descartarse, si bien sigue de alguna manera presente en el debate actual)⁴³, cabe afirmar que, por su propia naturaleza, el principio de jurisdicción universal sólo se aplica a un número limitado de delitos⁴⁴. Además, si se admite que al ejercer la justicia universal el Estado estaría actuando como un «aplicador descentralizado del Derecho internacional», la tipificación de las conductas respecto de las cuales podría invocarse el principio quedaría en manos del Derecho internacional, y no de los ordenamientos jurídicos internos. Ello implicaría que, como observa COLANGELO, el Estado no puede decidir unilateralmente qué conductas quedan cubiertas por el principio de jurisdicción universal, ni tampoco puede regular esa conducta en los términos que desee⁴⁵. Se hace necesario, por tanto, examinar qué delitos son justiciables en virtud del principio de universalidad conforme al Derecho internacional.

En este punto, suele advertirse de una confusión habitual: equiparar crímenes internacionales con crímenes respecto de los cuales se puede invo-

⁴³ En su famoso *dictum* en el *asunto del Lotus* (PCIJ, *The Case of the S.S. Lotus*, Judgment n° 9, 1927 September 7, Publications of the Court, series A, n° 10, pp. 3 ss.), la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) sostenía que los Estados podían ejercer extraterritorialmente su jurisdicción penal siempre que no existiera una norma jurídica internacional que prohibiese tal ejercicio. En concreto, la CPJI afirmaba lo siguiente: «Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regard other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable» (pp. 18-19). Aunque en el caso concreto su decisión estuvo finalmente basada en la existencia de normas positivas que permitían al Estado ejercer la jurisdicción extraterritorial (en particular, el principio de «territorialidad objetiva»), la premisa de la que partía la Corte –libertad de extraterritorialidad de la jurisdicción penal salvo reglas prohibitivas– ha tenido (y sigue teniendo) una cierta influencia en el debate sobre la jurisdicción universal. En principio, la presunción de jurisdicción sostenida por la CPJI parece hoy ponerse en cuestión (véanse, por ejemplo, las opiniones de los jueces de la CIJ Shahabuddeen y Bedjaoui en el *asunto sobre la legalidad e la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, o la opinión separada del juez Guillaume en el *asunto Yerodia*). No obstante, en su opinión separada conjunta en este último asunto, los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, refiriéndose al famoso *dictum*, y aun reconociendo los potenciales peligros que su aceptación puede conllevar, consideraron que «it represents a continuing potential in the context of jurisdiction over international crimes» (*Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, pará. 50, p. 78).

⁴⁴ KAMMINGA, M.: *op. cit.*, p. 949.

⁴⁵ COLANGELO, A.J.: «Universal jurisdiction...», *op. cit.*, p. 882.

car la jurisdicción universal. Y como ha recordado, entre otros, el profesor TOMUSCHAT, una cosa es que el Derecho internacional reconozca que determinadas conductas conllevan la responsabilidad penal internacional del individuo y otra distinta la *competencia para perseguir*⁴⁶. El ejemplo más notorio de esta distinción tal vez quepa encontrarlo en la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948, en la que a pesar de que su artículo 1 afirma que «Las Partes contratantes confirman que el genocidio (...) es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar», no acoge el principio de jurisdicción universal, sino que su represión queda en manos del Estado territorial o de un tribunal penal internacional competente⁴⁷.

Si bien este ejemplo puede servir para esclarecer la afirmación de TOMUSCHAT, y distinguir conceptualmente entre responsabilidad internacional del individuo y competencia para perseguir, no cabe sin embargo esgrimirse para negar que el genocidio pueda ser perseguido y reprimido sobre la base del principio de jurisdicción universal. Ello implicaría olvidar la otra gran fuente autónoma del Derecho internacional: la costumbre, que para algunos constituye la base principal de este tipo de jurisdicción⁴⁸. De ahí que el análisis del alcance del principio de jurisdicción universal deba hacerse desde una doble óptica: la del Derecho internacional convencional y la del Derecho internacional general.

3.1. El Derecho internacional convencional

Aunque tampoco existe unanimidad en cuanto a su cifra, numerosos tratados parecen contemplar, bien de manera expresa, bien de manera implícita, el ejercicio de la jurisdicción universal para sancionar determinadas conductas. En ocasiones, dicho ejercicio se prevé de forma facultativa⁴⁹; en otras, de

⁴⁶ TOMUSCHAT, C.: «Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case», *JICJ*, vol. 3 (2005), p. 1078.

⁴⁷ Artículo VI: «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».

⁴⁸ *Vid.* Resolución IDI, *doc.cit.*, par.2: «Universal jurisdiction is primarily based on customary international law».

⁴⁹ En la mayoría de los casos, la *jurisdicción universal facultativa* se infiere de la inclusión de una cláusula en virtud de la cual «no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con el Derecho interno» de los Estados parte. El carácter permisivo del ejercicio de la jurisdicción uni-

manera obligatoria, en particular mediante la inclusión de la vieja fórmula *aut dedere aut iudicare*, cláusula que conceptualmente no ha de confundirse con la jurisdicción universal (pues opera independientemente del título competencial que se ejerza) pero que obliga al Estado parte a acogerla en su ordenamiento jurídico, y a ejercerla cuando el sospechoso se encuentre en su territorio y no sea extraditado⁵⁰.

El examen del contenido de estos tratados nos muestra, sin embargo, un catálogo muy heterogéneo de delitos, carentes en muchos casos de elementos comunes⁵¹. En un esfuerzo sistematizador, SÁNCHEZ LEGIDO los agrupa en función del ámbito donde se cometen: el de la *criminalidad oficial* (en el que los delitos se caracterizan no sólo por atentar contra valores humanitarios esenciales, sino por su tradicional impunidad)⁵²; el ámbito de la *criminalidad*

versal por esta cláusula –recogida en numerosos tratados– ha sido admitido en general tanto por la doctrina (entre otros, BASSIOUNI, C.: *International Criminal Law. Crimes.*, 2ª ed., 1999, p. 56; o, en la doctrina española, ABELLÁN HONRUBIA, V.: «La responsabilidad internacional de l'individu», *RCADI*, vol. 280 (1999), p. 373; y SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 68) como por los jueces de la CIJ (pará. 51 de la opinión separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal; y pará. 61 de la opinión disidente de la juez *ad hoc* Van den Wyngaert).
⁵⁰ *Vid.*, entre otros, BENAVIDES, L.: «The Universal Jurisdiction Principle», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1 (2001), pp. 32-36, que expone lo que, a su juicio, constituyen las cinco diferencias básicas entre ambos conceptos. La distinción ha sido además frecuentemente resaltada en numerosos foros internacionales. Una clara exposición de las diferencias la encontramos, por ejemplo, en el Informe del grupo de expertos UA-EU (*doc.cit.*, pará. 11): «the obligation *aut dedere aut iudicare* is conceptually distinct from universal jurisdiction. The establishment of jurisdiction, universal or otherwise, is a logically prior step: a state must first vest its courts with competence to try given criminal conduct. It is only once such competence has been established that the question whether to prosecute the relevant conduct, or to extradite persons suspected of it, arises. Moreover, the obligation to submit a case to the prosecuting authorities or to extradite applies as much in respect of an underlying jurisdiction based on territoriality, nationality, passive personality, etc, as it does to universal jurisdiction». La necesidad de distinguir ambos conceptos también se ha expresado en las intervenciones de muchos de los representantes en la Sexta Comisión de la Asamblea General, y en el informe del Secretario General preparado sobre la base de los comentarios y observaciones de los gobiernos en relación con el alcance y la aplicación del principio de jurisdicción universal (*doc. cit.*, parás. 18-22). La obligación *aut dedere aut iudicare* está siendo actualmente estudiado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, que en 2005 decidió incluir la cuestión en su programa de trabajo y nombró Relator Especial a Zdzislaw Galicki (*vid.* UN.doc. A/60/10, pará. 500).

⁵¹ Una lista reciente de los tratados que prevén la *jurisdicción universal obligatoria* puede encontrarse en el Informe del grupo de expertos UA-EU, *doc.cit.*, p. 8, nota 5.

⁵² En este grupo cabría situar los tratados de *Derecho Internacional Humanitario* (como los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, que establecen la jurisdicción universal respecto a sus infracciones graves; o la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954 y su Segundo Protocolo, de 1999); y los tratados

transnacional (en el que la impunidad deriva fundamentalmente de la dificultad para reprimir una criminalidad generalmente privada pero esencialmente organizada)⁵³; y el del *terrorismo internacional*, en el que cabría situar el numeroso grupo de tratados internacionales que someten determinadas prácticas terroristas a la jurisdicción universal, y que estaría a mitad de camino entre la criminalidad oficial y la transnacional (pues comparten con la primera la habitual intencionalidad política y cierto carácter humanitario, aunque son, como la segunda, actos de organizaciones no estatales, al menos en tanto no se admita «el terrorismo de Estado»)⁵⁴. Del examen de todos estos tratados pueden extraerse varias conclusiones: ni todos los tratados que recogen el principio de jurisdicción universal tipifican crímenes internacionales, ni todos los crímenes internacionales están tipificados convencionalmente, y los tratados que los tipifican no siempre recogen el principio de jurisdicción universal.

Pero más que entrar en el debate sobre qué tratados prevén la jurisdicción universal y en qué medida⁵⁵, me interesa aquí resaltar dos posturas o tesis

en materia de *derechos humanos*, entre los que podríamos destacar la Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes de 1984, o la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006.

⁵³ Sánchez Legido distingue en este ámbito cuatro grupos de tratados: los relativos a la *piratería* (Convención de Ginebra sobre el alta mar, de 1958; y el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982); los que prohíben la *trata y explotación de seres humanos* (entre ellos, el Convenio de Nueva York, de 2 de diciembre de 1949, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena; la Convención de 7 de septiembre de 1956, complementaria del Convenio para suprimir la esclavitud y la trata de esclavos; el Protocolo Facultativo, de 25 de mayo de 2000, al Convenio sobre los derechos del niño; o los Protocolos de 15 de noviembre de 2000 a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional); los que se refieren al *narcotráfico* (como la Convención de 1988 contra el tráfico ilícito de drogas narcóticas y sustancias psicotrópicas); y un último grupo dirigido a luchar contra la *delincuencia organizada transnacional* (Convención de las Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000, contra la delincuencia organizada transnacional).

⁵⁴ Entre otros, el Convenio relativo a las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, de 1963; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 1971; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, de 1988; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973; la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 1979; o el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 2005.

⁵⁵ Por ejemplo, se discute si la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid, de 1973, prevé la jurisdicción universal facultativa u obligatoria; o si los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I obligan a ejercer la jurisdicción universal sólo en caso de que los sospechosos se encuentren en el territorio de los Estados, o si la obligación es de carácter general.

sobre la universalidad y el Derecho convencional cuya combinación llevaría incluso a la paradójica afirmación de que el principio de justicia universal sencillamente no existe.

La primera de ellas sostiene que, más allá de los supuestos en que un tratado internacional la autorice expresamente, el Derecho internacional no admite la jurisdicción universal, y que su ejercicio sería contrario a principios fundamentales de este ordenamiento⁵⁶. La única fuente del principio sería, por tanto, convencional.

La segunda postura sería la de aquellos que afirman o sugieren que el Derecho internacional convencional no contempla una «verdadera» jurisdicción universal⁵⁷. Los principales argumentos empleados en este caso son fundamentalmente dos: el primero, que salvo excepciones (como es el caso de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977), es dudoso que los tratados que prevén la obligación extraterritorial de represión protejan «valores fundamentales de la Comunidad internacional» (lo que nos lleva de nuevo a la cuestión del fundamento del principio)⁵⁸; el segundo estribaría en la incompatibilidad entre la pretendida universalidad de este título de jurisdicción y el efecto relativo de los tratados: si estamos ante un régimen que, por definición, sólo se aplica *inter partes*, no cabría calificar tal jurisdicción de *universal*, pues no podría (o debería) ser ejercida por *todos*⁵⁹. Aunque ambos planteamientos pueden resolverse volviendo a la definición amplia de jurisdicción universal –esto es, la jurisdicción es universal porque no opera en virtud de ningún otro título competencial– y admitiendo la doble raciona-

⁵⁶ Aunque con la única excepción de la piratería, en relación con la cual admiten que el Derecho consuetudinario prevé la jurisdicción universal, REYDAMS, L.: *Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003; o el juez Guillaume (pará. 16 de su opinión separada en el *asunto Yerodia*). La misma postura es adoptada por algunas delegaciones en los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General.

⁵⁷ Vid. HIGGINGS, R.: *Problems and Process-International Law and How to use it*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 62-65; CASSESE, A.: «Is the bell...», *op. cit.*, p. 594. En el mismo sentido, KRESS, C.: *op. cit.*, p. 566.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Vid. CASSESE, A.: «Is the bell...», *op. cit.*, p. 59: «treaties do not provide for universal jurisdiction proper, for only the contracting states are entitled to exercise extraterritorial jurisdiction over offenders present on their territory»; KRESS, C.: *op. cit.*, p. 566: «As a treaty-based jurisdiction regime can, by definition, only apply *inter partes*, such regime cannot *stricto sensu* be considered universal in nature apart from the theoretical scenario of truly universal adherence to the treaty concerned»; o GENEUSS, J.: *op. cit.*, p. 953: «Treaty-based jurisdiction to prescribe is thus not «universal» in the literal sense of claiming worldwide application».

lidad a la que responden los tratados que acogen el principio, algunos autores sostienen que el distinto propósito y naturaleza de este tipo de jurisdicción debería al menos hacerse constar, reconociendo una sub-categoría que podría llamarse «representative universal jurisdiction principle» (en contraposición al «cooperative universality principle») ⁶⁰, o admitiendo una teoría independiente de la jurisdicción universal con respecto a los crímenes de *ius cogens* ⁶¹.

3.2. El Derecho internacional general

Si la admisión de la jurisdicción universal en el ámbito convencional ha generado cierto debate, mucho más discutido parece ser su reconocimiento en el Derecho internacional general. Es en este punto donde algunos advierten de la necesidad de ceñirse al examen objetivo («desapasionado», en la terminología empleada por algunos de los jueces de la CIJ) ⁶² de los dos elementos que conforman la costumbre internacional –la práctica y la *opinio iuris*–, y distinguir bien lo que el profesor WEIL llamaba «el Derecho deseable» del «Derecho establecido». Y, probablemente, la conclusión general que quepa extraer de dicho examen «objetivo» sea que, como afirma HAWKINS, la aceptación de la jurisdicción universal no está tan extendida como los «proponentes» del principio sostienen, pero es substancialmente más amplia de lo que los «escépticos» afirman ⁶³.

En relación con la *práctica*, cabe constatar una evidente tendencia de los Estados a expandir el ámbito de su Derecho penal, especialmente desde la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) en 1998. Aun así, no parece posible concluir –al menos por el momento– que estamos ante una práctica *general* (pues la mayoría proviene del mundo occidental), y mucho menos *uniforme*, dado que tanto las legislaciones nacionales como la interpretación que de ella hacen los jueces difieren bastante ⁶⁴. Además, existe una

⁶⁰ KRESS, C.: *op. cit.*, p. 567.

⁶¹ BASSIOUNI, C.: «Universal jurisdiction...», *op. cit.*, p. 104.

⁶² Pará. 43 de la opinión separada de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el *asunto Yerodia*.

⁶³ HAWKINS, D.: «Universal Jurisdiction for Human Rights: from legal practice to limited reality», *Global Governance*, vol. 9 (2003), p. 348.

⁶⁴ La mayor parte de los estudios sobre la práctica estatal en materia de jurisdicción universal (que suelen quedar rápidamente «obsoletos») se limitan a países occidentales, con alguna salvedad. En

notoria diferencia entre los Estados que consagran el principio en sus legislaciones internas y los que la han ejercido⁶⁵, dato que denota una manifiesta reticencia de los Estados a activar su sistema punitivo en orden a la represión de los crímenes respecto de los cuales se puede invocar la jurisdicción universal, al menos si no existe una obligación convencional al respecto.

En cuanto a la *opinio iuris* o convicción jurídica, puede afirmarse, como hace CANÇADO TRINDADE, que se encuentra aún en proceso de formación⁶⁶, pudiéndose constatar una progresiva admisión de la represión universal de ciertos crímenes. Un significativo ejemplo lo encontramos en el preámbulo del Estatuto de la CPI –ratificado por más de un centenar de Estados–⁶⁷, donde se afirma que «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo» y que «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales». Pero qué crímenes son éstos y, sobre todo, cómo hay que llevar a cabo ese «deber», es una cuestión mucho más controvertida.

Por lo que respecta a los crímenes respecto de los cuales se puede invocar la jurisdicción universal en virtud del Derecho internacional general, aspecto que ahora examinamos, el mayor consenso parece reunirse en torno a lo que algunos llaman el «núcleo duro» de los crímenes internacionales (genocidio, crímenes de guerra –concepto más amplio que el de las *infracciones graves*–⁶⁸ y

la doctrina, véase, por ejemplo, KALECK, W.: «From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998–2008», *Mich. J. Int'l L.*, vol. 30 (2008–2009), pp. 927–980; REYDAMS, L.: *op. cit.* (que examina los casos de Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Israel, los Países Bajos, Senegal, España, Suiza, Reino Unido y USA). Ello no denota necesariamente parcialidad, pues la selección se justifica por la existencia de legislación y/o práctica en relación con la jurisdicción universal. Más recientemente, el Informe del grupo de expertos AU-EU da una perspectiva excelente sobre la legislación interna y la práctica de los Estados de la UA y de la EU sobre el particular, y revela una clara falta de equilibrio entre ambos (*doc.cit.*, parás. 15–27).

⁶⁵ Significativo a este respecto es el Informe del grupo de expertos UA-EU, que en su par. 26 señala que sólo en ocho de los veintisiete Estados miembros de la UE se han incoado procedimientos penales sobre la base del principio de jurisdicción universal (en concreto, en Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Países Bajos, España y Reino Unido), y que su número ha sido reducido. La mayoría de las causas se archivaron sin llegar a juicio.

⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, A.: *op. cit.*, p. 385.

⁶⁷ A fecha de 15 de octubre de 2010, y tras la ratificación de Moldavia tres días antes, 114 Estados habían ratificado dicho Estatuto.

⁶⁸ Sobre los crímenes de guerra y el Derecho consuetudinario, *vid.* HENCKAERTS, J.M., DOSWALD-BECK, L.: *Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, en particular la Regla 157: «States have the right to vest universal jurisdiction in their national courts over war crimes», regla aplicable tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales.

crímenes contra la humanidad). Otros crímenes frecuentemente citados son la piratería, la esclavitud, la tortura, los crímenes contra la paz y, en ocasiones, los crímenes contra las Naciones Unidas y su personal asociado⁶⁹.

Otra de las cuestiones a abordar en este punto sería si el Derecho internacional general prevería una jurisdicción universal *facultativa* o si, como sugieren el citado preámbulo del Estatuto de Roma y, en cierta medida, el artículo 8 del Proyecto de Código de *Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁷⁰, es *obligatoria*. Este punto parece menos polémico y la tendencia es claramente favorable a admitir el *derecho* de los Estados, pero no el *deber* de perseguir a los responsables de estos crímenes, al menos mientras aquéllos no se encuentren en su territorio⁷¹. En relación con este último punto, un creciente sector de la doctrina parece admitir que la obligación extraterritorial de represión expresada en la máxima *aut dedere aut iudicare* podría ser también de naturaleza consuetudinaria, al menos en relación con determinados delitos⁷².

⁶⁹ En el artículo 8 del proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de la CDI de 1996 se incluyen el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra las Naciones Unidas y su personal asociado y los crímenes de guerra. Por su parte, en el *Informe de expertos UA-EU*, par. 9 se hace referencia al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra, la tortura y la piratería. En los *Principios de Princeton* se señalan la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la tortura. Más restrictiva, la Resolución del IDI sobre jurisdicción universal se refiere sólo al genocidio, los crímenes contra la humanidad, y los crímenes de guerra (par. 3 a). Las posiciones de los Estados sobre el particular son muy diversas, como demuestran las actas resumidas de los debates mantenidos en la Sexta Comisión y en el informe elaborado por el Secretario General sobre la base de los comentarios y observaciones de los gobiernos: mientras que algunos Estados sólo admiten la piratería, muchos otros aceptan que el Derecho consuetudinario permite el ejercicio de la jurisdicción universal respecto del genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y la tortura, a los que se añaden en ocasiones la esclavitud y el crimen de *apartheid*.

⁷⁰ El artículo 8 del proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1996 establece lo siguiente: «Without prejudice to the jurisdiction of an international court, each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the crimes set out in articles 17, 18, 19 and 20, irrespective of where or by whom those crimes were committed (...)». No obstante, el artículo 8 parece hacer sólo referencia a la denominada «jurisdicción legislativa» y no a la «judicial», tal como parece indicar el comentario al propio artículo.

⁷¹ En la doctrina española, por ejemplo, REMIRO BROTONS REMIRO *et al.*, *Derecho Internacional*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 1255-1256; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal... op. cit.*, 392; o MARTÍN MARTÍNEZ, M.: *op. cit.*, p. 183.

⁷² Así lo hizo constar el Relator Especial de la CDI, el Profesor Zdzislaw Galicki, en su informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*) (Internatio-

4. *La controvertida cuestión de los límites al principio de jurisdicción universal*

El debate acerca de los límites del principio de universalidad se extiende a numerosos aspectos, entre los cuales habría que destacar los siguientes: la posible exigencia de un nexo de conexión entre el delito y el Estado que pretende ejercer la jurisdicción universal; la prioridad que habría de concederse al Estado donde se cometió el delito o que tenga otro tipo de vinculación con él; la aplicación de las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional a ciertas categorías de personas; y la relativa al valor y el efecto jurídico de las amnistías.

4.1. El pretendido requisito del «nexo de conexión» con el delito; especial referencia a la jurisdicción universal *in absentia*

La cuestión más polémica y que más confusiones genera en un terreno «pantanos» de por sí como es la justicia universal es si el Derecho internacional permite ejercer la –a mi juicio mal llamada– jurisdicción universal *absoluta* o si, por el contrario, el Estado necesita un nexo de conexión con el delito para poner en marcha su aparato represivo. Aunque determinadas legislaciones internas exigen, por ejemplo, que la víctima resida en el territorio del Estado o que haya adquirido subsiguientemente su nacionalidad, el debate versa fundamentalmente sobre la (presunta) necesidad de que el sospechoso se encuentre en el territorio del Estado que pretende ejercer la jurisdicción universal.

En este sentido, ya hemos avanzado que no es extraño que se hable de la *jurisdicción universal in absentia* como un título de jurisdicción separado, cuando en realidad sería una mera forma de ejercer la jurisdicción universal; esto es, la justicia universal, al igual que los demás títulos de atribución de jurisdicción,

nal Law Comisión, Preliminary report on the obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*), UN Doc. A/CN.4/571, 7 de junio de 2006, par. 40). Sobre el posible carácter consuetudinario de la obligación, véanse, entre otros, BASSIOUNI, C., WISE, F.M.: *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht/Boston/London, MartinusNijhoff, 1995; ROFF-ARRIAZA, N.: «State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law», *California Law Review*, vol. 78 (1990), p. 466; o HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit penal: droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

puede ejercerse en presencia o en ausencia del sospechoso. La cuestión no es, como decíamos, puramente teórica, sino que tiene implicaciones prácticas: si se concibe como un título diferenciado de jurisdicción, su legalidad debería ser considerada en sí misma y, en tanto no se admita la «lógica del *Lotus*», los Estados sólo podrían ejercerla si existiera una norma positiva en este sentido; por el contrario, si se concibe como una forma de ejercer un título de jurisdicción ya admitido en Derecho internacional, sólo una prohibición expresa podría impedir su ejercicio.

Aunque el debate en torno a la jurisdicción universal *in absentia* es complejo y los argumentos empleados muy variados, cabe distinguir tres posturas principales sobre la legalidad de su ejercicio. La primera sostiene que el ordenamiento jurídico internacional exige la presencia del sospechoso en el territorio del Estado que pretende ejercer la jurisdicción universal. Las razones alegadas suelen ser diversas: entre otras, que lo contrario contravendría principios básicos como la igualdad soberana de los Estados (pues su empleo constituiría una *proyección* del Derecho interno en el territorio de otros Estados) o la prohibición de intervenir en los asuntos internos de otros Estados; que su ejercicio podría crear un total caos jurisdiccional⁷³; o simplemente, como afirma el profesor CASSFSE, que sería contrario a la lógica actual de las relaciones interestatales, lo que apunta a la existencia de un requisito de *razonabilidad* como presupuesto material para el ejercicio de la jurisdicción universal⁷⁴.

En el extremo opuesto se encontrarían aquellos que consideran que el Derecho internacional no requiere la presencia del sospechoso ni ningún otro tipo de nexo de conexión para que el Estado pueda ejercer la jurisdicción universal. Los argumentos empleados para sostener esta posición son fundamentalmente dos. El primero de ellos se centra en la práctica estatal, demasiado escasa e inconsistente para concluir la existencia de una norma consuetudinaria que prohíba ejercer la jurisdicción universal sin la presencia del presunto responsable. Dicha afirmación no se vería puesta en entredicho por el hecho de que la mayoría de los Estados que admiten y ejercen el principio de jurisdicción universal exigen tal presencia, pues la exigencia podría deberse exclusivamente a razones prácticas o de conveniencia políti-

⁷³ En este sentido, *vid.* la opinión separada del juez Guillaume en el asunto Yerodia (pará. 15), que añade que, contrariamente a lo que preconiza una parte de la doctrina, admitir la jurisdicción universal *in absentia* no marcaría una progresión, sino una regresión del Derecho.

⁷⁴ CASSFSE, A.: «Is the bell tolling...», *op. cit.*, p. 592.

ca, y no a la convicción de estar ante una norma jurídica internacional⁷⁵. El segundo argumento radicaría en el (pretendido) fundamento del principio: si la jurisdicción universal deriva su legitimidad de la naturaleza del crimen, el interés que tiene la Comunidad internacional en castigar al que viola sus valores fundamentales sería razón única y suficiente para facultar a todos los Estados a ejercer su jurisdicción independientemente de la concurrencia de ningún otro nexo de conexión⁷⁶.

Entre ambas posturas «extremas» podríamos distinguir otras tesis «integradoras». Una de ellas –recogida, por ejemplo, en los Principios de Princeton– consistiría en exigir la presencia del sospechoso sólo en ciertas fases del proceso. Concretamente, se requeriría que el sospechoso esté presente en el juicio (es decir, no se admitirían en este caso los juicios en rebeldía), pero dicha presencia no sería necesaria para iniciar un procedimiento penal, investigar o instruir un sumario, o solicitar su extradición. De esta forma, se evitaría prescindir de dos valiosas funciones de los procedimientos *in absentia*: la preservación de las pruebas (que podría ser además útil a efectos de una futura cooperación judicial con tribunales nacionales de otros Estados con nexo de conexión con el crimen, o con un tribunal internacional); y evitar el «bloqueo» que en algunos sistemas jurídicos, como el español, podría ocasionar la exigencia de la previa determinación de la presencia del sospechoso en el territorio⁷⁷.

⁷⁵ Opinión disidente de la juez *ad hoc* Van den Wyngaert en el asunto *Yerodia*, par. 56.

⁷⁶ Muchos de los partidarios de esta tesis se apoyan en la citada cláusula contenida en numerosos tratados en virtud de la cual «no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con el Derecho interno». Dado que dicha cláusula suele complementar y no reemplazar a aquella otra que, para el Estado de custodia, establece la obligación de juzgar o extraditar, podría sostenerse que «la lógica conclusión no puede ser otra que la admisibilidad de la llamada jurisdicción universal *in absentia*» (SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 393).

⁷⁷ Con respecto al sistema jurídico español *vid.* DEL CARPIO DELGADO, J.: «El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009», *Diario La Ley*, n° 7307, 21 de diciembre de 2009, que advierte que «Si todo el procedimiento está condicionado al establecimiento previo de la presencia del sospechoso, es probable que no pueda emprenderse ninguna acusación. Si para comprobar la presencia del sospechoso es necesario llevar a cabo una búsqueda, en muchos Estados, esta labor sólo pueden realizarla las autoridades policiales por disposición de las autoridades judiciales. Y si la actuación de las autoridades judiciales está condicionada a la presencia del sospechoso, entonces se crea un círculo vicioso que termina por bloquear el sistema. Además, de conformidad con el proceso penal español, en la fase de instrucción o sumarial, puede llevarse a cabo diligencias precisamente para averiguar la identidad del sospechoso o para determinar su paradero».

Una segunda tesis «integradora» sería la mantenida por los jueces IIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL en su opinión separada conjunta en el *asunto Yerodia*, que no rechazan el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*, pero sí lo condicionan al cumplimiento de diversos requisitos. Concretamente, exigen que 1) se respeten las inmunidades aplicables; 2) debe darse al Estado del que es nacional el acusado la oportunidad de actuar primero; 3) los cargos han de ser imputados por un fiscal o juez de instrucción que actúe con plena independencia, sin nexos o control por parte del gobierno del Estado; y 4) debe reservarse exclusivamente para los casos de crímenes más odiosos⁷⁸. Además de carecer de una sólida fundamentación jurídica en este punto, la propuesta de condicionar el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* al cumplimiento de estos cuatro requisitos crea aún más desconcierto porque, en realidad, y como veremos a continuación, algunos de ellos vienen predicándose de cualquier ejercicio de jurisdicción universal, sea en ausencia o en presencia del sospechoso.

4.2. Prioridad del *iudex loci delicti commissi*

Uno de los aspectos que más consenso parece reunir en relación con el principio de jurisdicción universal es el reconocimiento de cierta *prioridad* en la represión al Estado del lugar de comisión, tal y como demuestra la práctica estatal. El ejercicio de la jurisdicción universal sería, por tanto, en cierta medida *subsidiario*⁷⁹.

Las razones para reconocer dicha prioridad son diversas: algunas derivarían del propio fundamento del principio (el ejercicio de la justicia universal sería innecesario para evitar la impunidad si el «juez natural» desca y puede enjuiciar de manera efectiva); otras son de carácter práctico, pues no cabe duda de que el Estado del lugar de comisión está en una posición privilegiada para investigar (por su mayor facilidad en la obtención de pruebas) y juzgar.

Pero aunque existe consenso a la hora de reconocer al *iudex loci delicti commissi* un especial interés jurídico en la represión, no puede decirse lo mis-

⁷⁸ Parás. 59 y 60 de la opinión separada conjunta.

⁷⁹ El término «subsidiaridad» suele emplearse frecuentemente en este contexto. De hecho, es habitual hablar de «principio de subsidiariedad» en relación con el ejercicio de la jurisdicción universal, aunque me parece preferible evitar el término, dado que puede dar lugar a equívocos.

mo en relación con otros muchos aspectos. En este punto, nos limitaremos a plantear algunas de las dudas que ha generado el generalmente admitido carácter «subsidiario» de la jurisdicción universal.

La primera duda (en realidad, una cuestión de fondo) estribaría en si nos encontramos ante un principio o norma jurídica reconocida por el Derecho internacional o ante una mera conveniencia o recomendación, útil por razones políticas y prácticas. Aunque con algunas voces discrepantes que sostienen que la universalidad sólo podría operar como «default jurisdiction»⁸⁰, suele admitirse que el ordenamiento jurídico internacional no impone una obligación en este sentido⁸¹. La segunda cuestión a dilucidar sería si tal prioridad ha de concederse sólo al Estado territorial o también a otros que pudieran tener interés en la represión, como el Estado de la nacionalidad del sospechoso o de la víctima. El tercer interrogante es el relativo al momento en que la prioridad tiene efecto, esto es, si se aplicaría ya en la fase inicial de investigación o de instrucción del sumario⁸², o sólo tras la conclusión de la investigación⁸³. Un cuarto aspecto indudablemente problemático sería determinar *quién* tiene competencia para decidir si los Estados que gozan de prioridad para ejercer la acción penal tienen realmente la voluntad y la capacidad de hacerlo, y *qué criterios* deberían aplicarse para llegar a una conclusión al respecto⁸⁴. En

⁸⁰ CASSESE, A.: «Is the hell...», *op. cit.*, p. 595.

⁸¹ Esta postura encontraría apoyo en el proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de la CDI, cuyo artículo 9 –dedicado a la obligación *aut dedere aut iudicare*– no establece prioridad para juzgar o extraditar. Además, en el párrafo 6 del Comentario a dicho artículo se afirma expresamente lo siguiente: «The custodial State has discretion to decide whether to transfer the individual to another jurisdiction for trial in response to a request received for extradition or to try the alleged offender in its nationals courts».

⁸² Esta fue la postura del Fiscal Federal alemán en el *caso Rumsfeld y otros*. Para una crítica de la decisión del Fiscal General, véase GALLAGHER, K.: «Universal Jurisdiction in Practice», *JICL*, vol. 7 (2009), pp. 1087-1116.

⁸³ En este sentido, GENEUSS propone distinguir dos supuestos: 1) si el Estado que goza de prioridad ha incoado el proceso penal, no se podrían iniciar nuevas investigaciones basadas en el principio de jurisdicción universal; 2) en el caso de que no fuera así, tales investigaciones podrían llevarse a cabo, pero tras la conclusión de la fase de instrucción el tercer Estado debería dirigirse a los que gocen de prioridad y solicitarles que prosigan la causa (GENEUSS, J.: *op. cit.*, p. 958). Sobre el particular, véase también la Recomendación 10 del Informe del grupo de expertos UA-EU, *doc. cit.*

⁸⁴ Para evitar posible malentendidos y conflictos diplomáticos, se ha sugerido en este punto aplicar un procedimiento formal similar al establecido en los artículos 17 y 19 del Estatuto de Roma, o dejar la decisión en manos de un órgano judicial internacional, posiblemente la CPI. Por su parte, los *Principios de Princeton*, también han abordado la cuestión, y el Principio 8 se dedica a la resolución de un eventual conflicto de jurisdicciones nacionales. Según el citado principio,

quinto lugar, es discutible si la puesta en práctica de mecanismos de justicia tradicionales (comisiones de la verdad y reconciliación, y los tribunales *gacaca* en Ruanda) podrían impedir el inicio del procedimiento penal en terceros Estados. Y, por último, se ha planteado si este principio se aplica sólo en las relaciones entre los Estados o también frente a los tribunales internacionales, en particular la Corte Penal Internacional⁸⁵.

4.3. Inmunities y justicia universal

Una de las cuestiones más delicadas que se plantean en el ámbito del Derecho internacional penal es, sin duda, cómo conciliar la responsabilidad internacional del individuo por crímenes especialmente graves de trascendencia internacional y la inmunidad que reconoce el Derecho internacional a determinados representantes del Estado. Aunque la prevalencia del primer principio (el de la responsabilidad penal) es plenamente operativa en el marco de los tribunales internacionales, no parece ocurrir lo mismo cuando la exigencia de responsabilidad tiene lugar ante instancias judiciales nacionales.

Así lo entendió la CIJ en su Sentencia en el citado *asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000*, al sostener que los altos representantes del Estado *en ejercicio* (en este caso se trataba de un Ministro de Asuntos Exteriores) se benefician de una inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales en el extranjero. Pese a que desde algunos sectores se ha criticado la débil fundamentación jurídica de la Corte⁸⁶, el impacto que la decisión ha cau-

cuando más de un Estado pueda ejercer jurisdicción y el Estado que tiene la custodia de la persona no cuente con más base que el principio de universalidad, al decidir si persigue o extradita, basará su decisión en un balance conjunto de diversos criterios entre los que se mencionan la *viabilidad, buena fe y efectividad del enjuiciamiento en el Estado requirente* (letra f del principio), y la *justicia e imparcialidad de los procedimientos en el Estado requirente* (letra g del principio).

⁸⁵ Aunque ciertos Estados (entre otros, Alemania y España) son favorables a lo que algunos llaman la «doble subsidiariedad», es decir, aceptar el derecho prioritario no sólo del Estado territorial sino también de la CPI, no es esto lo que el propio Estatuto de la CPI dispone. Como es bien sabido, el principio que se aplica entre la CPI y los Estados no es el de «subsidiariedad», sino el de la «complementariedad», y el Estatuto no distingue en razón de que el Estado actúe sobre la base de un título de atribución jurisdiccional u otro. De ahí que quepa afirmarse que, si bien conceder prioridad a la CPI en lugar de ejercer la jurisdicción universal puede ser considerado «conveniente», no es en ningún caso obligatorio.

⁸⁶ Entre otros, CASSESE, A.: «When may senior state officials be tried for International crimes? Some comments on the Congo v. Belgium Case», *EJIL*, vol. 13, pp. 853-87; o KRESS, C.: *op. cit.*

sado entre los Estados es innegable, y queda patente no sólo en su práctica más reciente sino también en las intervenciones públicas de sus representantes, que suelen reconocer la aplicabilidad de tales inmunidades.

Lo que ya no está tan claro es que exista acuerdo a la hora de interpretar la sentencia de la CIJ. La confusión aún reinante respecto del *alcance* de las inmunidades (cuestión no del todo aclarada por la Corte, por otra parte) no sólo parece afectar a fiscales y jueces nacionales, sino que también puede constataarse en las intervenciones públicas de los representantes estatales. En este sentido, llama la atención que en los debates sobre el principio de jurisdicción universal mantenidos en la Sexta Comisión de la Asamblea General (debates que, no olvidemos, tienen su origen en la preocupación expresada por un nutrido grupo de Estados africanos en relación con lo que ellos consideran un empleo *abusivo* de la jurisdicción universal por parte de Estados occidentales), numerosas delegaciones africanas no limitan el reconocimiento de la inmunidad *absoluta* a los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno o los Ministros de Asuntos Exteriores, sino que la amplían a otras autoridades y funcionarios del Estado, incluidos oficiales y sub-oficiales del Ejército. Sería conveniente que la CIJ clarificara la cuestión, sobre la que tendrá una nueva oportunidad de pronunciarse en el *asunto relativo a ciertos procedimientos penales en Francia*, a raíz de la demanda interpuesta por la República del Congo contra Francia el 9 de diciembre de 2002.

4.4. Amnistías

El problema que desde la perspectiva de la justicia universal plantean las amnistías radica en determinar si tendrían la virtualidad de impedir que los tribunales de otros Estados enjuiciaran a los presuntos responsables de los crímenes amnistiados.

En principio, y aunque no toda la práctica internacional apunta en la misma dirección⁸⁷, parece admitido que las amnistías son generalmente (es

⁸⁷ Vid. SCHARF, P.: «Aut dedere aut iudicare», en *EPH.*, disponible en www.mepil.com: «That the UN itself has felt free of legal constraints in endorsing recent amnesty –and exile– for peace deals in situations involving crimes against humanity suggest that customary international law has not yet crystallized in this area. The Special Court for Sierra Leona confirmed this when it recently held that domestic amnesties for crimes against humanity were not unlawful under international law».

cierto que no todos los procesos de transición son iguales) contrarias al Derecho internacional, pues *a priori* resultarían incompatibles con la obligación que tienen los Estados de perseguir y reprimir determinados crímenes internacionales. Pero incluso aunque se admitiese que no todas las amnistías son incompatibles con el Derecho internacional, parece existir consenso en rechazar su efecto extraterritorial, por lo que no podrían impedir que otros Estados enjuiciaran a los responsables⁸⁸. Una afirmación expresa en este sentido se recoge, por ejemplo, en el Principio 7 de los Principios de Princeton⁸⁹, o en el principio 15 de los Principios del Cairo⁹⁰.

5. *A modo de resumen*

En resumen, y para concluir esta primera parte dedicada al debate general sobre el principio de justicia universal en el Derecho internacional contemporáneo, podríamos tratar de agrupar las divergentes posiciones y distinguir, como hace BECKER, tres «competing theories» o «escuelas de pensamiento»: la *maximalista*, la *minimalista* y la *intermedia*⁹¹.

La teoría o postura *maximalista* –marcada por una firme defensa de los derechos humanos– mantiene que el principio de universalidad está bien establecido en el Derecho internacional y que se aplicaría en virtud de la costumbre a todos los crímenes internacionales graves, en particular al genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y la tortura. Además, sostiene que someter la justicia universal a restricciones o limitaciones sería

⁸⁸ Se ha apuntado, sin embargo, que una amnistía concedida de buena fe sí podría ser tenida en cuenta por un fiscal a la hora de ejercer su poder discrecional de perseguir (siempre que no exista una obligación convencional) o que podría constituir una atenuante en caso de sentencia (KAMMINGA, M.: *op. cit.*, p. 958).

⁸⁹ Principle 7: «1. Amnesties are generally inconsistent with the obligation of states to provide accountability for serious crimes under international law... 2. The exercise of universal jurisdiction with respect to serious crimes under international law... [...] shall not be precluded by amnesties which are incompatible with the international legal obligations of the granting state».

⁹⁰ «While amnesties for gross human right offences granted to individuals may, in certain cases, be politically expedient, such amnesties are generally incompatible with international law and do not have any effect outside the borders of the country in which they are granted; nor do they absolve other States of their responsibility and their duty to prosecute or to transfer for trial such individuals».

⁹¹ BECKER, S.: *op. cit.*, pp. 68-75.

contrario a su propio fundamento, por lo que rechaza que sea necesaria la presencia del sospechoso en el territorio del Estado del foro, la validez de las amnistías y, hasta cierto punto, la aplicabilidad de las inmunidades de las que gozan habitualmente los más altos representantes de los Estados. Esta tesis ha sido criticada fundamentalmente por dos motivos: 1) por la preeminencia que adquieren los derechos de las víctimas en detrimento de los del acusado⁹²; y 2) porque la práctica estatal no apoya estas afirmaciones, lo que demuestra que se ha traspasado la frontera entre la *lex lata* y la *lex ferenda*, circunstancia que podría acarrear el descrédito del propio principio de jurisdicción universal.

Por su parte, la teoría *minimalista* –marcada en este caso por un extremo respeto de la noción tradicional de soberanía– rechaza en general la universalidad, arguyendo que no ha logrado el reconocimiento general de los Estados. En su opinión, al margen de los casos en los que un tratado internacional lo autorice expresamente, el recurso a la jurisdicción universal sería contrario a principios fundamentales del Derecho internacional como el relativo a la igualdad soberana de los Estados o la no intervención en los asuntos internos. Además, insiste en sus efectos más perversos; en particular, el riesgo de que se convierta en una fuente de conflictos internacionales y su exposición a la politización y a potenciales abusos⁹³. Las principales críticas que ha recibido esta postura son, por una parte, que desconoce la evolución que el Derecho internacional ha experimentado en los últimos años, especialmente en el ámbito penal; y por otra, que contribuye a perpetuar la cultura de la impunidad.

A medio camino entre una y otra se encontraría la teoría *intermedia* o *integradora*, que acepta generalmente la premisa de los *maximalistas* (la jurisdicción universal es útil –y a veces necesaria– para luchar contra la impunidad), pero tiene también en cuenta muchas de las preocupaciones expresadas por los *minimalistas*. De ahí que no admita el ejercicio irrestricto de la justicia universal y que se afane por clarificar sus límites y aportar parámetros que garanticen su empleo responsable y minimicen en lo posible los riesgos. Además, algunos

⁹² Vid. FLETCHER, G.P.: «Against Universal Jurisdiction», *JICJ*, vol. 1 (2003), pp. 580-584; así como la posterior respuesta de ABI SAAB (ABI-SAAB, G.: «The proper role of universal jurisdiction», *JICJ*, vol. 1 (2003), pp. 596-602.

⁹³ En este sentido, es famosa la afirmación de Henry Kissinger en cuanto a que admitir la jurisdicción universal sería «sustituir la tiranía de los gobiernos por la de los jueces»; en KISSINGER, H.: «The Pitfalls of Universal Jurisdiction», *Foreign Affairs* (julio-agosto 2001), p. 86, contestada por ROFF, K.: «The case for Universal Jurisdiction», *Foreign Affairs* (septiembre-octubre 2001), pp. 150-154.

exponentes de esta teoría sostienen que los Estados deberían abstenerse de ejercer la jurisdicción universal en tanto los límites no estén claramente establecidos. El único reproche que tal vez quepa hacer a las defensoras de esta tesis es que basan la mayoría de sus argumentos en lo que es «lógico», «razonable» o «conveniente», y no en criterios estrictamente jurídicos.

III. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

Se ha afirmado, y no sin cierta razón, que la reforma española en materia de jurisdicción universal de 2009 «no es más que la muerte por éxito de este principio en la legislación y la práctica españolas»⁹⁴. Y en cierta medida así ha sido porque, desde que Bélgica modificara su legislación en 2003⁹⁵, España se convirtió en el gran referente de aquellos que promueven la justicia universal. El análisis de la legislación y la práctica judicial españolas se hace, por tanto, necesario para entender los motivos de ese «éxito», y para poner en pie lo que algunos han venido a llamar «la crónica de una muerte anunciada»⁹⁶: la del principio de jurisdicción universal en España.

1. *La configuración del principio hasta la reforma de 2009*

Fueron varios los motivos que contribuyeron a que España se convirtiera en protagonista de la lucha contra la impunidad durante al menos una década. Junto a ciertas particularidades del sistema represivo español que propician la apertura de procesos penales sobre la base de la justicia universal (la posibilidad que consagra la propia Constitución de ejercer la «acción popular»⁹⁷ y el hecho de que, aunque los juicios en rebeldía están generalmente prohibidos, el sospechoso no tiene que estar presente en la primera fase del proceso penal, en la que el juez instructor investiga e instruye el sumario), habría que

⁹⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *op. cit.*

⁹⁵ Sobre el particular, véase LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, F.: «Comentarios a la Ley Belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, reformada el 23 de abril de 2003», *REDI*, vol. LV (2003), n.º 2, pp. 834-848.

⁹⁶ DE LA RASILLA DEL MORAL, I.: «The Swan Song of Universal Jurisdiction in Spain», *ICLR*, vol. 9 (2009), p. 778.

⁹⁷ Artículo 125 CE; y artículo 270 LEC.

destacar dos factores fundamentales: el primero, que la legislación española vigente hasta esa fecha configuraba el principio de jurisdicción universal de manera abierta, sin apenas limitaciones; el segundo, la aplicación «expansiva» del principio por parte de algunos jueces y tribunales.

1.1. El artículo 23.4 de la LOPJ antes de la reforma de 2009

Junto al principio de territorialidad, la legislación española admite tres títulos extraterritoriales de jurisdicción penal; en concreto, el artículo 23 LOPJ recoge el principio de *personalidad activa* (párrafo 2), el principio de *protección o real* (párrafo 3) y el principio de *jurisdicción universal* (párrafo 4).

El análisis de este último párrafo⁹⁸, que apenas se vio modificado hasta 2009 salvo para incluir nuevas figuras delictivas, como la corrupción de menores, el tráfico ilegal de personas o la mutilación genital femenina, nos muestra un catálogo muy heterogéneo de tipos delictivos, catálogo que no estaba (ni está actualmente) completamente cerrado, pues una cláusula residual final otorgaba (y sigue otorgando) competencia a la jurisdicción española para conocer de «cualquier otro» delito que deba ser perseguido en España en virtud de un tratado internacional. Se trataba, no obstante, de un catálogo «incompleto», pues quedaban fuera del ámbito del artículo 23.4 los crímenes de guerra que no fueran *infracciones graves* a los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I, así como los crímenes contra la humanidad, no tipificados en cuanto tal convencionalmente, aunque sí lo estén en el Código Penal español desde la reforma de 2003.

Pero más significativas que las «ausencias» en el catálogo de delitos eran las relativas a las condiciones a las que estaría sujeto el ejercicio de la juris-

⁹⁸ En su redacción anterior, el artículo 23.4 de la LOPJ establecía lo siguiente: «Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

dicción universal. En principio, el artículo 23.4 LOPJ parecía admitir que los crímenes eran justiciables aunque no existiera ninguna conexión con el Estado español. Dicha conexión (en concreto, la presencia de los responsables en España) sólo se exigía para un tipo de delitos: los relativos a la mutilación genital femenina del apartado h) incorporados en 2005. A *sensu contrario*, podía entonces interpretarse que los demás delitos no exigían dicho requisito, y que en relación con ellos podía ejercerse la denominada jurisdicción universal *in absentia*. La única limitación expresa que la legislación española contemplaba era la de la *cosa juzgada*, prevista en el artículo 23.5 LOPJ; esto es, que «el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena».

Estas circunstancias podían llevar, por tanto, a concluir que la legislación española anterior a la reforma de 2009 acogía el denominado principio de jurisdicción universal *absoluta* en el artículo 23.4 LOPJ. Dicha conclusión, no ha sido, sin embargo, pacífica en la judicatura española.

1.2. La práctica judicial

La consagración del principio de jurisdicción universal en la legislación española no generó una especial oposición ni debate durante los primeros años de vigencia de la LOPJ, cuando los jueces españoles se limitaron a aplicar el artículo 23.4 para perseguir delitos «comunes» como el narcotráfico. Fueron las denuncias presentadas en 1996 por la Unión Progresista de Fiscales contra los integrantes de las Juntas militares argentina y chilena y, sobre todo, la posterior actuación del titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 –que decretaba la prisión provisional y libraba orden de captura internacional con fines de extradición de Pinochet– las que alteraron este orden de cosas⁹⁹.

⁹⁹ Entre otros, véase en la doctrina española, MÁRQUEZ CARRASCO, M.C., ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «In Re Pinochet et al.», *AJIL*, vol. 93 (1999), pp. 690-696; REMIRO BROTONS, A.: «El caso Pinochet: los límites a la impunidad», Madrid, Biblioteca Nueva Madrid, 1999; GONZÁLEZ VEGA, J.A.: «La Audiencia Nacional contra la impunidad: los «desaparecidos españoles» y los juicios a los militares argentinos y chilenos», *REDI*, vol. 49 (1997), pp. 285-297; FERRER LLORET, J.: «Impunity in Cases of Serious Human Rights Violations: Argentina and Chile», *SYIL*, vol. III (1993-1994), pp. 20-29; o ABAD CASTELOS, M.: «La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y Chile: un paso adelante desandando la impunidad», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 2 (1998), pp. 33-60.

Si bien no constituía en realidad un ejercicio de la justicia universal (el proceso se abrió por delitos cometidos contra nacionales españoles), el *caso Pinochet* tuvo un innegable efecto (conocido incluso como «efecto Pinochet»)¹⁰⁰ sobre el debate en torno al principio de jurisdicción universal y supuso el inicio de una apasionante práctica judicial que situó a España en la vanguardia de la persecución de los crímenes más graves de trascendencia internacional¹⁰¹. Considerados durante casi una década «the most welcoming forum for those seeking accountability for international crimes»¹⁰², los jueces y tribunales españoles han tenido que conocer de múltiples querellas basadas en el artículo 23.4 LOPJ.

Aunque muchas de ellas no fueron admitidas a trámite (bien porque los mismos hechos estaban siendo investigados o iban a ser enjuiciados en otros países¹⁰³, bien porque España siempre ha reconocido la inmunidad personal de los representantes estatales en ejercicio¹⁰⁴), otras dieron pie a que los jueces españoles se consideraran jurisdiccionalmente competentes de conformidad con el artículo 23.4 LOPJ para investigar crímenes internacionales cometidos fuera del territorio español. Algunas de las causas abiertas constituyen en realidad un claro ejercicio del principio de personalidad pasiva (como el *caso Couso*; el de los *campos de concentración nazis*; o el que se abrió en enero de 2009 por la *masacre de los Jesuitas* en El Salvador); otras muchas apuntan sin embargo a una verdadera aplicación del principio de jurisdicción universal. Entre estas últimas habría que mencionar los *casos argentinos* (Scilingo y Cavallo)¹⁰⁵; el *caso*

¹⁰⁰ ROTH-ARRIAGA, N.: *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, University of Pennsylvania, Filadelfia, 2005; e *idem.*: «The Pinochet effect and the Spanish contribution to universal jurisdiction», en *International Prosecution on Human Rights Crimes*, W. Kalleck, M. Ratner, T. Singelstein (ed.), Berlín, Heidelberg, Nueva York, Springer, 2007, pp. 113-123.

¹⁰¹ SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «Spanish Practice...», *op. cit.*, p. 18.

¹⁰² KALECK, W.: *op. cit.*, p. 954.

¹⁰³ Como ocurrió en el *caso Atenco*, en 2008, en el que el juez de instrucción no admitió la querrela a trámite tras recibir un oficio de las autoridades mexicanas en el que se le informaba de que ya se habían iniciado en dicho país causas judiciales para investigar los mismos hechos.

¹⁰⁴ Por ejemplo, no se han admitido a trámite las querellas interpuestas contra el Rey Hassan II de Marruecos; el Presidente de Guinea Ecuatorial, Obiang Nguema; el Presidente de Cuba, Fidel Castro; el Presidente de Venezuela, Hugo Chávez; los Presidentes peruanos Alberto Fujimori y Alan García; o más recientemente, el Presidente de Ruanda, Paul Kagame.

¹⁰⁵ Ambos casos están hoy cerrados. Scilingo fue finalmente juzgado y condenado por los tribunales españoles, y Cavallo fue trasladado en marzo de 2008 a Argentina para ser juzgado allí (la documentación sobre ambos casos está disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana>).

Guatemala o del genocidio maya¹⁰⁶; los casos chinos (sobre el Tibet y el caso *Falung Gong*)¹⁰⁷; la causa abierta contra diversos altos cargos marroquíes por tortura y genocidio en el *Sahara Occidental*¹⁰⁸; el caso ruandés¹⁰⁹; el caso israelí¹¹⁰; o los casos estadounidenses¹¹¹. A pesar de que sólo en uno de ellos ha recaído condena (el caso *Scilingo*)¹¹², la admisión de estas querellas llevó a tildar a la Audiencia Nacional española de verdadera «Audiencia universal»¹¹³.

¹⁰⁶ El caso Guatemala tiene su origen en la denuncia presentada en 1999 por la Premio Nóbel de la Paz Rigoberta Menchú contra los responsables de la dictadura guatemalteca, a los que acusaba de genocidio contra el pueblo maya, tortura, terrorismo y detención ilegal. Tras muchas vicisitudes, la causa sigue abierta, y se han dictado órdenes de captura internacional contra diversos antiguos altos cargos guatemaltecos, incluidos dos antiguos Jefes de Gobierno (el general Efraín Ríos Montt y el General Oscar Humberto Mejía Víctores).

¹⁰⁷ En realidad se han iniciado tres causas contra diversas autoridades chinas: la primera, que data de 2006, contra el ex presidente chino Jiang Zemin y seis altos cargos del Gobierno por presunto genocidio y torturas perpetrados en el Tibet durante los decenios de 1980 y 1990; la segunda tiene su origen en la querella presentada por algunos miembros de la disciplina espiritual *Falun Gong* por genocidio; la tercera causa fue abierta por el juez Pedraz tres días antes de que dieran comienzo los Juegos Olímpicos de Pekín contra ocho responsables políticos y militares del actual Ejecutivo chino como presuntos responsables de un delito de lesa humanidad por su actuación en los disturbios en Tibet en marzo de 2008.

¹⁰⁸ El 29 de octubre de 2007, el juez Garzón admitió a trámite una querella por presunto delito de genocidio y torturas en el Sahara Occidental, y decidió librar comisión rogatoria a las autoridades judiciales de Marruecos para determinar si se habían iniciado procedimientos en Marruecos contra los presuntos responsables de los hechos objeto de la querella.

¹⁰⁹ El 6 de febrero de 2008, el juez Andreu firmó auto de procesamiento de cuarenta altos mandos militares ruandeses y miembros del Frente Patriótico Ruandés acusados de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y terrorismo (entre ellos, el asesinato de nueve misioneros y cooperantes españoles) cometidos tanto en Ruanda como en la República Democrática del Congo.

¹¹⁰ En junio de 2008, el juez Andreu decretó la apertura de diligencias previas para investigar los hechos objeto de la querella interpuesta por el Centro Palestino para los Derechos Humanos contra un antiguo Ministro de Defensa israelí y otros seis militares por un «ataque desproporcionado» cometido en la franja de Gaza en julio de 2002. Tras solicitar información a las autoridades israelíes sobre posibles causas penales abiertas por los mismos hechos y no recibir respuesta, el juez decidió admitir a trámite la querella en enero de 2009 y librar comisión rogatoria internacional a las autoridades israelíes.

¹¹¹ La primera de las causas tiene su origen en una denuncia presentada en marzo de 2009 contra seis asesores jurídicos de la Administración Bush por su papel en la formulación del programa de presuntas torturas. La segunda fue abierta por el juez Garzón para investigar las presuntas torturas cometidas en Guantánamo y en otros centros de detención sobre cuatro prisioneros (uno de ellos español) que habían sido previamente objeto de un proceso en España.

¹¹² Sobre la decisión en el asunto Scilingo, véase, TOMUSCHAT, C.: «Issues of universal jurisdiction...», *op. cit.*, pp. 1074-1081; PINZAUF, G.: «An instance of reasonable universality», *JICJ*, vol. 3 (2005), pp. 1092-1105; y GIL GIL, A.: «The flaws of the Scilingo Judgment», *JICJ*, vol. 3 (2005), pp. 1082-1091.

¹¹³ CEBEIRO BEJAZA, M., ALTOZANO, M.: «La Audiencia Universal», *Diario El País*, 10 de mayo de 2009, pp. 32-33.

No toda la magistratura española ha sido, sin embargo, partidaria de una aplicación amplia del principio de jurisdicción universal o, si se quiere, de admitir la jurisdicción universal *absoluta*. Aunque la práctica sobre el particular es compleja y variada, para constatar el duro debate jurisprudencial que se ha venido manteniendo en España basta con acudir a uno de los casos citados –el *caso Guatemala*– y en particular a dos decisiones judiciales adoptadas en relación con el mismo: la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, que anuló la primera. Un breve análisis de los postulados de ambos tribunales parece demostrar que la reforma legislativa de 2009 no hace sino acoger el criterio mantenido en 2003 por la exigua mayoría del Tribunal Supremo, «corregido» dos años y medio más tarde por la unanimidad de los magistrados del Tribunal Constitucional.

1.2.1. La STS 327/2003, de 25 de febrero

En su Sentencia de 25 de febrero de 2003 en el *asunto Guatemala*, adoptada por 8 votos contra 7, el Tribunal Supremo partía de la permisa de que el principio de justicia universal, consagrado en la legislación española en el artículo 23.4 de la LOPJ, no es de carácter absoluto, sino que está limitado por otros principios del Derecho internacional como el de no intervención en los asuntos internos de otros Estados¹¹⁴. Esta concepción *restrictiva* de la universalidad quedaba además patente en dos de sus conclusiones.

La primera –y principal– conclusión a la que llegaba el Tribunal Supremo era 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»¹¹⁵. Dicho *punto de conexión* existiría cuando el/los presuntos responsables se encontraran en territorio español; o cuando las víctimas fueran nacionales españoles o existieran «otros

¹¹⁴ Fundamento de Derecho nº 9, pará. 5. Diversas críticas a la sentencia pueden encontrarse en ASCENSO, H.: «Are Spanish Courts backing down on universality? The Supreme Tribunal's Decision in Gutemalan Generals», *JICJ*, vol. 1 (2003), pp. 690-702; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «Spanish Practice...», *op. cit.*; o RUEDA FERNÁNDEZ, C.: «La Boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el «genocidio maya» ante el Tribunal Supremo», *Boletín Aranzadi Penal*, nº 6, junio de 2003.

¹¹⁵ Fundamento de Derecho nº 9.

intereses españoles relevantes»¹¹⁶. Pero además, y esto resultaba novedoso, la conexión debería apreciarse en relación directa con el delito que sirviera de base para afirmar la jurisdicción universal¹¹⁷. Ello implicaba que, en el *caso Guatemala*, los tribunales españoles carecían de competencia para el enjuiciamiento del presunto delito de genocidio cometido, porque no se denunciaba ni apreciaba la comisión de dicho delito sobre españoles.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo parecía admitir que, al menos en relación con el genocidio, la jurisdicción universal se rige por el principio de *subsidiaridad*. Y aunque sin llegar a afirmarlo expresamente, el Tribunal Supremo apuntaba a que el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales españoles requeriría *probar* la existencia de impedimentos u obstáculos (legales o de otro tipo) para la persecución de los crímenes a considerar, y no la mera inactividad de los tribunales del lugar de comisión del delito¹¹⁸.

1.2.2. La STC 237/2005, de 26 de septiembre

Acogida con satisfacción por algunos sectores¹¹⁹ y tachada de irresponsable por otros¹²⁰, la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional anuló la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 (así como el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, que el Tribunal Supremo había conocido en casación) por vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

A diferencia del Alto Tribunal, el Constitucional partía de la base de que el artículo 23.4 LOPJ entonces vigente instauraba un principio de jurisdicción universal *absoluto*, y que la única limitación que admitía era la de la «cosa juzgada», expresamente prevista en el artículo 23.5 LOPJ¹²¹. Sobre esta base,

¹¹⁶ Fundamento de Derecho nº 11.

¹¹⁷ Fundamento de Derecho nº 10.

¹¹⁸ Fundamento de Derecho nº 6.

¹¹⁹ ASCENSIO, H.: «The Spanish Constitutional Tribunal's Decision in Guatemalan Generals. Unconditional University is Back», *JICJ*, vol. 4 (2006), pp. 586-594; PIGRAU SOLÉ, A.: «A propósito de la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005 en el caso de Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional», *REDI*, vol. LVII (2005), pp. 893-910; o SANTOS VARA, J.: «La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala», *RFFI*, vol. 11, 2006.

¹²⁰ RUIZ MIGUEL, C., BERMEJO GARCÍA, R.: «Una sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (Nota a la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional)», *REDI*, vol. LVII (2005), pp. 911-924.

¹²¹ Fundamento jurídico nº 3: «Desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la LOPJ instaura un

el Tribunal Constitucional dio prácticamente la vuelta a los planteamientos sostenidos tanto por el Tribunal Supremo en 2003 como por la Audiencia Nacional en 2000.

En primer lugar, negó que hiciera falta un vínculo de conexión con el delito para que los tribunales españoles pudieran ejercer la jurisdicción universal. En particular, y con respecto a la presencia del presunto responsable en territorio español, el Tribunal Constitucional afirmó que si bien dicha presencia era «un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena» no lo era «para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso», máxime cuando, en su opinión, «de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, *resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución*»¹²². En relación con la introducción de los otros dos vínculos de conexión (el de la nacionalidad española de las víctimas y el de la vinculación de los delitos con otros intereses españoles relevantes), el Tribunal Constitucional afirmó que suponía «una reducción *contra legem*» y que además, «*se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional*»¹²³.

Por otra parte, al abordar la prioridad de la que goza el *index loci delicti commissi*, el Tribunal Constitucional sostuvo que la jurisdicción universal no se rige por el criterio de la subsidiariedad, sino por el de la *conurrencia* y que, aunque para evitar la duplicidad de procesos se otorgue prioridad al Estado donde se cometió el delito, para admitir una querrela no se puede exigir a los querellantes que acrediten la inactividad judicial de sus tribunales, sino que basta que existan indicios serios y razonables de que los crímenes denunciados no han sido perseguidos hasta la fecha de modo efectivo.

En suma, el Tribunal Constitucional consideró constitucionalmente inadmisibles las restricciones al principio de jurisdicción universal formuladas por el Tribunal Supremo por considerarlas *contra legem*, al no estar previstas

principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimientos 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».

¹²² Fundamento jurídico nº 7. La cursiva es mía.

¹²³ Fundamento Jurídico nº 8. La cursiva es mía.

en el entonces vigente artículo 23.4 LOPJ. Pero más que las consideraciones sobre la interpretación (laxa o estricta) que cabía hacer de la anterior redacción de esta disposición, me interesa en este punto resaltar su concepción sobre el principio de jurisdicción universal –que pesó en gran medida en su decisión– y que se manifiesta claramente en la siguiente afirmación: «el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella; (...) su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (...) cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos»¹²⁴.

1.2.3. La posterior «crisis institucional»

Aunque en principio pudiera pensarse que el Tribunal Constitucional había zanjado el debate jurisprudencial que desde hacía años venía manteniéndose en España en relación con el principio de justicia universal, no fue así. Formalmente respetuosos con la doctrina del Tribunal Constitucional, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo no dudaron en criticar los argumentos empleados por aquél, esforzándose por introducir algún límite a su ejercicio¹²⁵.

El caso más notorio en este sentido tal vez sea el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, en el *asunto Falun Gong*, en la que, tras reconocer que debía seguir la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo afirmaba que «esta decisión no nos impide mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquél a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica»¹²⁶. Dicha

¹²⁴ Fundamento Jurídico nº 9.

¹²⁵ Algunos han querido ver un primer indicio de este esfuerzo en la reunión que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional, mantuvo el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para unificar criterios en materia de jurisdicción universal, y en la que se adoptó un acuerdo (Acuerdo de 3 de noviembre de 2005, «relativo a la interpretación de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Guatemala», disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/interp.html>), en el que se introducía un criterio de «razonabilidad» y se advertía que no se aceptaría la jurisdicción española cuando «se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos».

¹²⁶ STS 645/2006, de 20 de junio; Fundamento de Derecho nº 2.

afirmación le daba pie a rebatir, uno a uno, los argumentos del Tribunal Constitucional, y llegar de nuevo a la conclusión de que tanto la legislación española como el Derecho internacional permitían limitar el principio de jurisdicción universal. La clara exposición de las discrepancias llevó incluso a afirmar que estábamos ante una «crisis institucional» o una «lucha institucional» entre los máximos órganos judiciales del país que, obviamente, no favorecía la seguridad jurídica en el ámbito de la justicia universal¹²⁷.

Ante este estado de cosas, desde algunos sectores se recordaba que la tarea de limitar este principio correspondía al poder legislativo, no al judicial, al tiempo que el presidente del Consejo General del Poder Judicial solicitaba una reforma legal que limitase los casos de jurisdicción universal basándose, entre otros motivos, en la sobrecarga de trabajo que padece la justicia en España, argumento cuanto menos discutible¹²⁸.

2. La reforma de noviembre de 2009

Uno podría esperar que, con los antecedentes descritos, la reforma legislativa sobre el principio de jurisdicción universal en España fuera el fruto de un sosegado diálogo parlamentario que trasladara al ámbito político el debate que desde hacía años mantenía la judicatura española. Lejos de ello, la secuencia seguida para modificar el artículo 23 LOJP fue «tan súbita e insólita como inopinada»¹²⁹.

2.1. El proceso reformador

El 19 de mayo de 2009, aprovechando el Debate general sobre el estado de la Nación, en el que no se hizo mención expresa al principio de jurisdicción universal, el Congreso de los Diputados aprobó, a propuesta del Partido Po-

¹²⁷ LLOBET ANGLÍ, M.: «El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional», *InDret*, 2006 (disponible en <http://www.indret.com>)

¹²⁸ A mi juicio, tienen razón los que afirman que éste es justo el único argumento al que no se debería apelar, porque ningún sistema judicial puede renunciar de entrada a perseguir delitos, contribuyendo a su impunidad. En tal sentido, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *op. cit.*

¹²⁹ *Ibid.* Sobre el proceso de reforma, véase también CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): de los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal», *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6 (2009), pp. 13-31.

pular, una resolución en la que se instaba al Gobierno a promover «con urgencia» la reforma del artículo 23 de la LOPJ¹³⁰. Un día más tarde, y mediante un acuerdo entre los dos principales partidos políticos, se decidía el sorprendente cauce para efectuar la reforma: la inclusión de una enmienda a la *Ley para la Implantación de la Oficina Judicial*, que ya estaba en tramitación parlamentaria y cuyo objetivo inicial era reformar los juzgados, pero que acabó dando también entrada a gran parte de las demandas laborales de los jueces. Esto explica que, al final, una reforma de tan hondo calado como es la del artículo 23.4 LOPJ se llevara a cabo sin apenas debate público y en el mismo instrumento en el que se regulaban cuestiones tan dispares como, por ejemplo, la provisión de plazas vacantes o las vacaciones de los jueces.

Finalmente, el 25 de junio de 2009, el Congreso de los Diputados aprobaba la ley de reforma por mayoría absoluta; a principios de octubre hacía lo propio el Senado; el 4 de noviembre se publicaba en el BOE la L.O. 1/2009, y al día siguiente entraba en vigor.

2.2. Los motivos (confesos e inconfesos)

Como bien ha señalado DEL CARPIO DELGADO, «la falta de un verdadero debate en el Congreso y en el Senado ha imposibilitado conocer los verdaderos motivos que llevaron al legislador a proponer la reforma del artículo 23.4 LOPJ»¹³¹. Es cierto que el preámbulo de la Ley menciona dos: «incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra», y «adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo»¹³². Pero, aunque la

¹³⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX, Legislatura. Serie D: Gen., n° 208, 26 de mayo de 2000, pp. 75 y 91.

¹³¹ DEL CARPIO DELGADO, J.: *op. cit.*

¹³² Para DEL CARPIO DELGADO, si bien no caben objeciones al primero de los motivos expuestos, el segundo sería cuanto menos cuestionable, pues «cuando el legislador alega que pretende adaptar y clarificar el precepto de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en realidad, debería decir que lo que pretende es adaptarla a la doctrina de la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo, que en su día dejó sin efecto la unanimidad de los magistrados del Tribunal Constitucional» (*vid ibid.*).

Ley no lo mencione, no se puede perder de vista un tercer motivo, que tal vez pesó más que los anteriores: evitar los conflictos diplomáticos que el ejercicio de la jurisdicción universal estaba generando al Estado español¹³³.

Aunque desde el Gobierno se insistía en que no se trataba más que de una adaptación del principio de jurisdicción universal para hacerlo más «eficaz» y para que tuviera «más relación con los intereses españoles»¹³⁴ (observación ésta que no casa muy bien con el propio fundamento del principio, tal como observó el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2005), la verdad es que el catalizador de la reforma parecen haber sido las fuertes presiones a las que se vio sometido el ejecutivo español por parte de algunos Estados¹³⁵.

Se esté o no a favor de limitar la legislación española, lo cierto es que la preocupación por reformar el artículo 23.4 LOPJ para que tuviera «más relación con los intereses nacionales», además de ser incompatible con el propio fundamento del principio, denota una cierta *selectividad*, pues se manifiesta sólo a raíz de que los tribunales españoles comenzaran a admitir a trámite denuncias sobre presuntos delitos cometidos por nacionales de Estados Unidos, China e Israel.

2.3. Contenido de la reforma

La reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, ha afectado tanto al catálogo de delitos contemplado en el artículo 23.4 LOPJ como, sobre todo, a las condiciones para su aplicación¹³⁶.

¹³³ Así lo reconoció la diputada popular, Montserrat MONTSERRAT en el Congreso el día 25 de junio de 2009, al afirmar que la reforma del artículo 23.4 LOPJ era también necesaria para «solventar la problemática de que muchas de las sentencias (...) afectaban a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos» (*Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, n° 95, Sesión plenaria n° 90, de 25 de junio de 2009, p. 45).

¹³⁴ En entrevista concedida por el Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación al *Diario Público*, de fecha de 25 de mayo de 2009.

¹³⁵ En este sentido, aunque no trascendieran demasiado, parece que las presiones por parte de China en relación con los casos del *Tibet* o el de *Falun Gong* se convirtieron en un verdadero quebradero de cabeza para la diplomacia española. Más abiertamente, las autoridades de Israel admitieron contactos con el ejecutivo español y, a finales de enero de 2009, la entonces Ministra de Asuntos Exteriores de Israel, Tzipi Livni, declaraba lo siguiente: «el Ministro Moratinos me acaba de decir que España ha decidido cambiar su legislación relativa a la jurisdicción universal y que esto puede evitar los abusos del sistema legal español» (*vid. MUÑOZ, J.M., GONZÁLEZ, M.: «Moratinos promete cambiar la ley para frenar al juez, según la ministra israelí», Diario El País*, 31 de enero de 2009, p. 15).

¹³⁶ La nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ es la siguiente: «Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera

2.3.1. Los delitos previstos: un avance sólo a medias

Uno de los motivos expresamente recogidos en el preámbulo de la ley de reforma era «incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra».

La comparación de los tipos delictivos recogidos en las dos redacciones del artículo 23.4 LOPJ (anterior y posterior a la reforma de 2009) nos muestra tan sólo dos modificaciones: por una parte, se elimina (sin razón aparente) la referencia expresa al delito de falsificación de moneda extranjera, que podrá no obstante seguir siendo objeto de persecución en virtud de la cláusula residual contenida ahora en la letra h), pues España es parte en el Convenio de Ginebra de 1929 para la represión de la falsificación de moneda; por otra, se añaden los crímenes de lesa humanidad en la letra a), circunstancia que sólo cabe celebrar, y que solventa los indiscutibles problemas jurídicos surgidos en la práctica hasta el momento¹³⁷.

del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio y lesa humanidad; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces; e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos 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».

¹³⁷ Los problemas se plantearon particularmente en el *caso Scilingo*, que fue condenado por la Audiencia Nacional por *crímenes contra la humanidad*, a pesar de que estos habían sido incluidos en el Código Penal en la reforma de 2003 (en vigor desde 2004), mucho antes de que tuvieran lugar los hechos que dieron origen al procedimiento. Se planteó entonces el posible incumplimiento del principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, aunque la Audiencia Nacional negó tal incumplimiento basándose en que los crímenes contra la humanidad ya estaban reconocidos en el Derecho internacional general cuando se produjeron los hechos. Para una crítica a la decisión de la Audiencia Nacional, véase, por ejemplo, TOMUSCHAT, C.: *op. cit.*; o GIL GIL, A.: *op. cit.*

Sorprende, no obstante, que finalmente no se hayan añadido los crímenes de guerra, pese a que el propio preámbulo de la Ley Orgánica menciona que su inclusión constituye una de las razones que han movido al legislador a reformar el artículo 23.4 LOPJ. Aunque es cierto que los tribunales españoles seguirán siendo competentes para enjuiciar las *infracciones graves* a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional I en virtud de la citada letra h), cabe lamentar que no se haya finalmente ampliado el ámbito de aplicación del artículo 23.4 LOPJ a *todos* los crímenes de guerra. Del mismo modo, desde diversos sectores se ha lamentado también que no se haya aprovechado la ocasión de la reforma para incluir todos los delitos internacionales que, según los tratados internacionales, *puedan* ser perseguidos en España, pues en la actual letra h) sigue empleándose el verbo *deber*, y una interpretación literal de la misma excluiría los tratados que prevean una jurisdicción universal facultativa.

2.3.2. Las condiciones para su ejercicio: nuevos límites

En relación con las condiciones a las que se somete el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales españoles, la Ley 1/2009 introduce dos que no estaban previstas en la anterior regulación. El nuevo artículo 23.4 comienza, no obstante, con una cláusula que podemos llamar de salvaguardia («sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España»), que trata de acomodar la nueva regulación a los compromisos internacionales asumidos por el Estado español vía tratado internacional.

Pese a que algunos tal vez quieran ver en ella una muestra de que España no ha renunciado a su compromiso internacional en la lucha contra la impunidad, y dejando al margen los posibles problemas interpretativos que pueda generar, dicha cláusula no puede ocultar que el legislador español ha optado claramente por limitar el alcance de la jurisdicción universal. A partir de ahora, y a no ser que un tratado disponga lo contrario, los tribunales españoles sólo tendrán jurisdicción en virtud del art. 23.4 LOPJ si se dan dos condiciones *cumulativas*: 1) que quede acreditado que los presuntos responsables se encuentran en España, o que existen víctimas de nacionalidad española (en este caso se estaría ejerciendo, en realidad, el principio de personalidad pasiva), o que se constate algún vínculo de conexión relevante con España; y 2) no debe haberse iniciado en otro país competente, o en el seno de un tribunal internacional, un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de los hechos punibles.

De la primera de ellas se deduce, como decimos, que el legislador ha rechazado la denominada jurisdicción universal «absoluta» al exigir un nexo de conexión con España, aunque es importante hacer notar que los requisitos que introduce son alternativos: basta que se dé uno de ellos para que los tribunales españoles puedan conocer de los delitos mencionados. De los tres posibles nexos, el más indeterminado es sin duda el «vínculo de conexión relevante con España»¹³⁸.

La segunda condición no resulta tan novedosa, pues recoge de manera expresa lo que los tribunales españoles ya venían admitiendo en la práctica –la prioridad del Estado del lugar de comisión del delito– aunque lo hace de manera amplia, refiriéndose a «otro país competente» y a «un Tribunal internacional» (lo que incluiría a la CPI, a pesar de que su Estatuto recoge el principio de «complementariedad»)¹³⁹. La nueva regulación deja, no obstante, muchas cuestiones sin resolver; entre otras, la de quién debe acreditar que se cumple este requisito o, más problemático aún, cómo se puede acreditar que el procedimiento abierto en otro país supone una investigación y una persecución *efectiva*.

2.4. Consecuencias de la reforma (inmediatas y mediatas)

Recibida con agrado por muchos sectores de la sociedad española, y lamentada por otros, que decretaron un luto por la justicia universal¹⁴⁰, cabe plantearse los efectos que la reforma de 2009 pueda tener, a corto y a largo plazo.

¹³⁸ En principio, y como ya advirtiera el Tribunal Constitucional en su sentencia en el *caso Guatemala*, no pueden serlo aquellos que puedan quedar en el ámbito del principio *real* o de *protección de los intereses* del Estado consagrado en el artículo 23.3 LOPJ, porque entonces se vaciaría de contenido el artículo 23.4 LOPJ. Ante la incertidumbre que su redacción causa, se ha apuntado que tal vez podrían ser los propuestos por los magistrados del Tribunal Supremo en su voto particular a la Sentencia de 25 de febrero de 2003, es decir, los «vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a los afectados por los delitos con España», aunque esta interpretación puede ser polémica. Otra interpretación más aceptable sería que este «vínculo de conexión relevante con España» serviría para posibilitar que las víctimas no nacionales pero residentes en España puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva.

¹³⁹ En realidad, existe una tercera limitación que no procede directamente de la LOPJ, sino de la L.O. 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la CPI, cuyo art. 7.2 impone la obligación de los órganos españoles de abstenerse de todo procedimiento, limitándose a informar al querellante de que puede acudir a la CPI, pudiendo ser presentada la denuncia de nuevo ante los órganos nacionales si el fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o el asunto no fuera admitido (art. 7.3).

¹⁴⁰ «Día de luto *para la justicia internacional*», *Comunicado* conjunto de Amnistía Internacional y otras siete organizaciones, 25 de junio de 2009 (en: <http://www.es.amnesty.org>). En la doctrina

La consecuencia más inmediata de la nueva regulación ha sido el archivo de algunas de las causas que hasta ahora instruían los jueces españoles, como la relativa a los presuntos crímenes contra la humanidad y genocidio ocurridos en el Tíbet¹⁴¹, o la que investigaba a varios altos cargos israelíes por el ataque perpetrado en Gaza en julio de 2002¹⁴². Ciertamente, no todas las causas abiertas sobre la base del art. 23.4 LOPJ van a verse afectadas de la misma manera, porque en muchas de ellas hay víctimas españolas o nexos de conexión con España; pero sí es significativo que se hayan archivado las causas «más molestas».

A más largo plazo, surgen algunas dudas: la primera, si la precipitada reforma del artículo 23.4 LOPJ servirá para zanjar el debate sobre la jurisdicción universal en España, toda vez que algunos jueces ya han afirmado que la nueva redacción sigue dejando «un campo abierto inmenso a la interpretación y a la convicción [del juez] en pro o en contra de la justicia penal internacional»¹⁴³; la segunda duda, que para muchos constituye una preocupación, se centra en el posible efecto que la reforma pueda tener en el debate general sobre la configuración del principio de jurisdicción universal y, en particular, si servirá para reafirmar a aquellos que niegan que la jurisdicción universal *absoluta* –o, simplemente, la jurisdicción universal– esté admitida en el Derecho internacional.

IV. CONCLUSIONES

Aunque a veces se la sobreestima, la jurisdicción universal es una herramienta útil e incluso necesaria para combatir la tradicional impunidad de la

española, véase también la crítica de MÁRQUEZ CARRASCO, M.C.: «In Spain, jurisdiction won't be truly universal», *IntLawGrrls*, 2 de julio de 2009 (<http://intlawgrrls.blogspot.com/2009/07/in-spain-jurisdiction-wont-be-truly.html>) y los citados trabajos de CHINCHÓN ÁLVAREZ, DEL CARPIO DELGADO y DE LA RASHILA DEL MORAL.

¹⁴¹ En febrero de 2010, el juez Pedraz decidía archivar la causa sobre el Tíbet, al apreciar que ya no tenía competencia para juzgar los hechos debido a la modificación de la LOPJ. La decisión ha sido confirmada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que ha declarado el archivo definitivo de la causa (<http://www.elpais.com/>, 1 de octubre de 2010).

¹⁴² En abril de 2010, el Tribunal Supremo confirmaba la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de archivar el caso. Aunque es cierto que la decisión se ha basado en que los hechos ya han sido objeto de investigación en Israel, el Tribunal Supremo volvió a subrayar la ausencia del carácter absoluto del principio de jurisdicción universal. (YOLDI, J.: «La Audiencia no investigará el ataque de Israel a Gaza», en <http://www.elpais.com/>, 30 de junio de 2009.

¹⁴³ Intervención del juez Garzón en el Coloquio sobre la Jurisdicción Universal en España que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el 13 de enero de 2010 (*Diario Libertad Digital*, 14 de enero de 2010).

que suelen gozar los responsables de los más graves crímenes internacionales, garantizar que normas internacionales fundamentales no queden «en letra muerta», y hacer valer los derechos de las víctimas.

Sin duda alguna, lo más conveniente sería que el enjuiciamiento de los presuntos responsables lo llevaran a cabo los tribunales de los Estados con nexos tradicionales de conexión con el delito, pero la práctica demuestra que no suele ser lo habitual. Tampoco es posible confiar siempre esta tarea a los tribunales internacionales, como algunos sugieren desconociendo (u ocultando) los límites de la CPI, que no tiene competencia ni capacidad para investigar todas las alegaciones de graves crímenes. Por eso, en mi opinión, es necesario que, en una Sociedad internacional aún descentralizada, sean los Estados (todos los Estados) los que *hagan respetar* los valores e intereses esenciales que reconoce el Derecho internacional positivo contemporáneo.

Ciertamente, la jurisdicción universal no la ejerce todo el que quiere, sino quien, además, puede hacerlo. También es cierto que no está exenta de posibles usos abusivos –como, por cierto, tampoco lo están otras instituciones, incluida la legítima defensa–. De ahí que sea necesario establecer parámetros claros y precisos; e incluso requisitos y condiciones. Pero una cosa es limitar el abuso y otra muy distinta adoptar límites tan estrechos que acaben desvirtuando el principio de jurisdicción universal o, en palabras del Tribunal Constitucional español, sean «palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal».

¿Es esto lo que ha hecho el legislador español al modificar el artículo 23.4 LOPJ? Algunos han considerado que sí; que la reforma de 2009 ha suprimido en su esencia el principio de jurisdicción universal del ordenamiento jurídico español; otros, en cambio, han visto en ella una mera «racionalización» del principio, al introducir «criterios razonables» de auto-limitación. Y tal vez no sea ni una cosa ni la otra. A mi juicio, es simplemente una opción del legislativo español que es conforme al Derecho internacional en su estado actual, en el que la práctica es escasa y poco uniforme, y en el que los Estados discuten el alcance y la aplicación del principio de jurisdicción universal.

Pero la cuestión es otra. La cuestión de fondo es el *dilema central* al que se refería el juez CANÇADO TRINDADE en su opinión disidente en la Providencia de 28 de mayo de 2009, en el asunto incoado por Bélgica contra Senegal ante la CIJ. El dilema es, en sus palabras, «si seguir basándonos en los tipos tradicionales de jurisdicción penal (...) o admitir que hay crímenes que con-

mueven tanto la conciencia de la humanidad que hacen inevitable el recurso a la jurisdicción universal. Si continuar razonando desde la perspectiva de un orden jurídico internacional atomizado en unidades soberanas, o si decidimos acercarnos al ideal de la *civitas maxima gentium*¹⁴⁴.

España se ha visto obligada a elegir en este dilema, y su respuesta ha sido que los intereses del Estado se anteponen a su interés por abanderar o liderar la lucha contra la impunidad. Y aunque podemos entender la dificultad que un Estado puede enfrentar para asumir los costes que a veces acarrea el ejercicio de la justicia universal (especialmente si hay confrontación con Estados «poderosos»), la reforma española puede resultar preocupante desde distintos puntos de vista.

Desde el punto de vista «internacional», cabe plantearse la influencia que esta reforma puede tener en el intrincado debate existente sobre el alcance y la aplicación del principio de jurisdicción universal. En este sentido, tal vez hubiera sido más conveniente para el propio principio admitir las verdaderas razones que han pesado en la reforma, pues al ocultarlas España podría estar reforzando a aquellos que tratan de demostrar que los Estados no aceptan la denominada jurisdicción universal *absoluta* y que, por tanto, estaría prohibida por el Derecho internacional. Sobre todo si los representantes españoles afirman públicamente en los foros internacionales que la reforma servirá para «racionalizar» la aplicación del principio o que servirá para luchar mejor contra la impunidad¹⁴⁵. Desde luego, no veo cómo podría la nueva regulación española contribuir a que la justicia penal internacional sea más efectiva.

Desde el punto de vista «interno», no parece que el procedimiento seguido para reformar el artículo 23.4 LOPJ sea el más adecuado para acometer una modificación de tal calado. Aunque en el preámbulo de la L.O. 1/2009 se dice que ésta es fruto de un «diálogo reflexivo, generado dentro y fuera del Parlamento», lo cierto es que, si hubo diálogo, lo hubo en los despachos o en los pasillos del Congreso, pero no en el Hemiciclo. Y esto, desde el punto de vista democrático, puede resultar preocupante.

Para concluir, permítaseme expresar una preocupación personal, que puede resumirse en una pregunta: ¿justicia para quién? No creo, como dicen

¹⁴⁴ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Order, I.C.J. Reports, 2009, par. 103 de la opinión disidente.

¹⁴⁵ Intervención del Embajador representante permanente de la Misión de España en el debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General el 21 de octubre de 2009 (*doc.cit.*).

algunos, que la justicia universal haya muerto en España, pero es indudable que en el futuro será más *selectiva*: se podrá juzgar siempre que exista un *nexo de conexión* con el delito, un concepto indeterminado que deja un amplio espacio a la interpretación y que, según entendieron algunos magistrados del Tribunal Supremo en 2003, tal vez podría estar basado en razones históricas, culturales o lingüísticas. ¿Significaría eso que los tribunales españoles serían competentes para juzgar los crímenes cometidos en Latinoamérica pero no, por ejemplo, los cometidos en China o en Israel? La selectividad en el ejercicio de la jurisdicción universal podría ir entonces contra su propia legitimidad, y acabaría dando la razón a aquellos que sostienen, como hacen muchos Estados africanos, que constituye un instrumento «neo-colonizador» o imperialista.

Indudablemente, es necesario buscar vías para evitar los potenciales efectos negativos y los riesgos de abusos en el ejercicio de la jurisdicción universal; pero, en mi opinión, no debería exigirse un nexo de conexión con el delito, pues su ausencia es precisamente el elemento definitorio de la justicia universal. Además, resulta difícil comprender por qué algunos Estados y una parte de la doctrina afirman que *sin ese nexo* se violarían principios internacionales fundamentales como el de no intervención en los asuntos internos de otro Estado. Con nexo o sin nexo, no parece admisible, en el Derecho internacional contemporáneo, que pueda seguir sosteniéndose que las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos son un asunto interno del Estado. Al menos en eso hemos avanzado.

Y en parte hemos avanzado porque algunos jueces y tribunales nacionales han decidido investigar presuntos crímenes cometidos en lugares remotos, en los que ni sus compatriotas ni los intereses del Estado estaban implicados. Según una doctrina alemana clásica, admitir esto es «científicamente inasumible y prácticamente irrealizable». Desde el punto de vista científico, no hay, a mi juicio, obstáculos de peso. Desde el punto de vista práctico sí, pero no estoy de acuerdo con las principales objeciones a la jurisdicción universal «absoluta».

La primera objeción que suele plantearse es que, si todos los Estados ejercieran la jurisdicción universal, sobrevendría el caos. En realidad, no tiene por qué si hay reglas claras y mecanismos para hacer que la justicia universal sea empleada sólo como último recurso. Pero, sobre todo, la práctica ha demostrado que la pugna no es por enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes internacionales más odiosos, sino todo lo contrario.



Tampoco comparto la objeción basada en el argumento de que no tiene sentido emprender procesos que difícilmente van a prosperar y en los que al final no habrá condena, pues la mera investigación de la presunta conducta criminal puede tener efectos en la lucha contra la impunidad. El más importante de todos es que puede mover a las sociedades y a los sistemas jurídicos de los Estados donde se cometieron los crímenes a investigarlos y reprimirlos. Es el conocido como «efecto dominó», que algunos llamaron «efecto Pinochet», y que ha quedado patente en el caso de España y América Latina.