

EL FIN DEL MODELO ESPAÑOL DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

THE END OF THE SPANISH MODEL OF UNIVERSAL JURISDICTION

Angel Sánchez Legido*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. UNA REFORMA ROTUNDA Y CONTUNDENTE. III. LOS ASUNTOS CHINOS, LAS PRESIONES DE PEQUÍN Y EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO. IV. LA EXTRAORDINARIA AMPLITUD INICIAL DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. V. LAS FORMAS PURAS DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL SE BATEN CASI UNIVERSALMENTE EN RETIRADA. VI. EL REDUCIDO IMPACTO DE LOS PRECEDENTES INTENTOS LEGISLATIVOS DE RESTRICCIÓN. VII. DERECHO INTERNACIONAL Y CONSIDERACIONES DE OPORTUNIDAD EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 23 LOPJ. VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Adoptada a través de una reforma exprés desarrollada bajo las presiones del gobierno chino y con la intención de producir efectos inmediatos, la Ley Orgánica 1/2014 introduce una reforma rotunda y contundente del modelo español de jurisdicción universal. Respecto de las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, la reforma implica que, en la práctica, los tribunales españoles sólo serán competentes sobre la base del principio de universalidad cuando el sospechoso se encuentre en España y se deniegue la extradición, una solución difícilmente compatible con el pronunciamiento de la CIJ en el asunto *Habré*. La obsesión por restringir la jurisdicción universal a los casos en que resulta obligatoria según el Derecho Internacional, intención reconocida en la exposición de motivos y basada en una máxima implícita según la cual “todo lo que no es obligatorio está prohibido”, quizá sea una respuesta al malestar generado entre ciertos sectores conservadores de nuestro país por la apertura en Argentina de un proceso sobre los crímenes del franquismo. Pero, sobre todo, coloca a España en una situación difícilmente compatible con sus obligaciones internacionales. En el fondo de la reforma, no obstante, late una realidad marcada por una clara retirada de las formas puras de jurisdicción universal en los países de nuestro entorno, lo que situaba el modelo español preexistente en una difícil encrucijada.

ABSTRACT: Adopted in March 2014 through an express legislative procedure under the pressure of the Chinese government and with the intention of displaying immediate effects, the Ley Orgánica 1/2014 introduces a resounding and conclusive reform of the Spanish model of universal jurisdiction.

Fecha de recepción del original: 27 de marzo de 2014. Fecha de aceptación de la versión final: 13 de mayo de 2014

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho de Albacete (UCLM). Angel.slegido@uclm.es. La presente contribución se inscribe en el marco del proyecto de investigación DER2012-35049, financiado por el MINECO.

Concerning serious violations of International Humanitarian Law and Human Rights, the reform implies that, in practice, the Spanish courts shall have jurisdiction on the basis of the principle of universality only when the suspect is in Spain and, besides, extradition is refused, a solution hardly compatible with the ICJ ruling in the Habré case. The obsession to restrict universal jurisdiction to cases where it is mandatory under international law, recognized in the preamble and based on an implicit maxim according to which "everything that is not mandatory is forbidden", probably may be interpreted as a response to the discomfort created among certain Spanish conservatives sectors in front of the opening of a trial on the crimes of Francoism in Argentina. However, in the background of the reform lies a reality marked by a clear withdrawal of the pure forms of universal jurisdiction in the neighboring countries, which had placed the former Spanish model at a difficult crossroads.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción universal, Crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, Genocidio, Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Humanidad, Tortura, Desaparición forzada de personas.

KEYWORDS: *Universal Jurisdiction, Most Serious Crimes of International Concern, Genocide, War Crimes, Crimes against Humanity, Torture, Forced Disappearance of Persons.*

I. INTRODUCCIÓN

Tras su aprobación en el Senado un día antes, el pasado 14 de marzo se publicaba en el BOE la Ley Orgánica 1/2014, a través de la cual se introduce una drástica reforma de la regulación hasta ahora vigente en nuestro país de la llamada justicia o jurisdicción universal¹. La reforma, como es lógico, se ciñe de manera prácticamente exclusiva al precepto que en nuestro ordenamiento regula la extensión y límites de la competencia de los tribunales españoles en el orden penal -el artículo 23 de la Ley orgánica del poder judicial- y muy especialmente a sus apartados 4 a 5, operando una tajante y contundente revisión del modelo español en la materia (apartado II). Quizá la forma más adecuada de calibrar y valorar adecuadamente el impacto de la reforma en relación con los crímenes de trascendencia internacional para los que más sentido tiene el principio de jurisdicción universal² sea tratar de discernir las razones que la han motivado.

¹ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, BOE, nº 63, de 14 de marzo, p. 23.026 y ss.<http://www.boe.es/boe/dias/2014/03/14/>.

² Las observaciones de este trabajo se ciñen al impacto de la reforma sobre los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto sobre los que opera el principio de universalidad (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, con exclusión del crimen de agresión), la tortura y la desaparición forzada de personas. Lo que hace singular a esos delitos respecto de los demás contemplados ahora y antes en el artículo 23.4 LOPJ es que se trata de crímenes necesaria o habitualmente cometidos desde –o con la connivencia y/o el apoyo de– las más altas estructuras del poder estatal, lo que explica la habitual pasividad –cuando no resistencia activa a la represión– del Estado al que apuntan los más reconocidos títulos de jurisdicción penal: territorialidad, personalidad activa y protección. Con frecuencia también, en este tipo de delitos las víctimas ostentan la nacionalidad de ese mismo Estado. No hace falta insistir mucho en que, independientemente de la calificación interna que por razones diversas se les ha dado en nuestra jurisprudencia, son hechos que encajan en los tipos penales internacionales antes mencionados los que han hecho singular el modelo español de jurisdicción universal.

La razón de fondo podría resumirse diciendo que España se había acabado convirtiendo en el principal referente mundial de respuesta judicial frente a la impunidad como consecuencia de dos factores de sentido diametralmente opuesto. Por una parte, la jurisdicción universal se configuró desde el principio en nuestro país de un modo extraordinariamente amplio (apartado IV), sin que los diversos intentos de restricción dieran los frutos esperados por sus promotores (apartado VI). Por otra, los países que con España más entusiasmo mostraron hacia la aplicación judicial descentralizada del Derecho Internacional Penal, bien tomaron inicialmente la cautela de prever mecanismos que evitaran usos políticamente incómodos de la jurisdicción universal, bien sometieron *a posteriori* su regulación a una voladura parcial y controlada que impidiera ese tipo de empleo, sin que la única excepción constatable en este sentido fuera presumible y precisamente del agrado del grupo político en el poder en nuestro país (apartado V). Uno y otro factor han colocado a España en una posición prácticamente única a nivel global, tan conforme y coherente con el Derecho Internacional como difícil e incómoda de gestionar políticamente (apartados VII y VIII).

II. UNA REFORMA ROTUNDA Y CONTUNDENTE

Sintéticamente expuesta, la nueva ley introduce hasta cinco medidas restrictivas en relación con el modelo hasta ahora vigente. En primer lugar, *se reducen extraordinariamente los vínculos relevantes de conexión de obligada concurrencia para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial* de nuestros tribunales. Centrándonos en los crímenes a los que se ciñe el presente trabajo, ello se traduce en que, cuando no sean cometidos en nuestro país, la competencia de los tribunales españoles queda limitada a dos supuestos. De una parte, a los casos reconducibles al principio de personalidad activa, interpretado eso sí, en lo que respecta a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto -genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, pero no así, respecto de la tortura y la desaparición forzada- de tal forma que la competencia quede reconocida no sólo cuando el procedimiento se dirige contra nacionales españoles, sino también contra extranjeros con residencia habitual en España³. De otra parte, a los casos en que el presunto responsable se encuentre en España siempre que, además, su extradición sea denegada

³ Si bien en una primera aproximación pudiera pensarse que el nuevo precepto es redundante respecto del criterio de atribución de competencia basado en el principio de personalidad activa contemplado en el art. 23.2, hay dos aspectos que desmienten esa primera impresión. En primer lugar, como se señala en el texto, es no solo la nacionalidad, sino también la residencia habitual en España el elemento que se toma en consideración en el nuevo 23.4. Y en segundo lugar, y sobre todo, en este último precepto no se exige que los hechos sean delictivos según la *lex loci delicti commissi*, algo perfectamente posible cuando hablamos de crímenes cometidos desde las estructuras de poder estatal. Precisamente por esto último, se trata de un criterio de conexión respecto del que hay motivos sobrados para suponer que será de muy excepcional aplicación. De hecho, el caso *Vielman* (con doble nacionalidad española y guatemalteca, adquirida la primera después de los hechos investigados) podría ser, salvo error, el único asunto examinado hasta la fecha por la Audiencia Nacional en aplicación del principio de jurisdicción universal respecto de los crímenes de los que estamos hablando dirigido contra un ciudadano de nacionalidad española. Obviamente, sí habría sido el caso si finalmente el J.C.I. nº 5 primero y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional hubieran reconocido su competencia para el enjuiciamiento de los crímenes del franquismo. Pero, obviamente también, en tal caso no estaríamos hablando de principio de universalidad, sino de territorialidad.

¡y! –sólo en relación con tortura y desaparición forzada-⁴ la víctima fuera española en el momento de la comisión del delito.

A fin de calibrar lo limitativo de este aspecto de la reforma, baste por ahora con apuntar dos aspectos. Por un lado, con la modificación se suprimen dos de los tres criterios de conexión operativos desde la reforma de 2009 (nacionalidad de la víctima y otra conexión relevante con España), mientras que el tercero (presencia) es sometido a un notable endurecimiento para su aplicación al exigir que además se haya denegado la extradición y –solo para tortura y desaparición forzada- que la víctima sea española en el momento de la comisión del delito. Por otro, llama la atención que la reforma no sea tan restrictiva en este punto en relación con otros crímenes que no suelen o no tienen que cometerse necesariamente desde o con la aquiescencia de las estructuras estatales de poder, respecto de los que no se descarta la operatividad de los principios de protección –terrorismo o narcotráfico- y sobre todo personalidad pasiva (terrorismo, apoderamiento ilícito de aeronaves, abuso sexual de menores, violencia de género o falsificación de productos médicos)⁵.

El segundo elemento restrictivo deriva de la *reformulación del principio de subsidiariedad*, es decir, del principio por el que se condiciona el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales españoles sobre la base del apartado 23.4 a la falta de actuaciones efectivas, sea ante un tribunal internacional, sea por parte de los órganos de otros Estados con vínculos de conexión más directos con los hechos. El nuevo apartado 5º del artículo 23, además de precisar cuáles son los Estados que deben considerarse a estos efectos –el del *iudex loci delicti commissi* y el de la nacionalidad del sospechoso-, de concretar lo que ha de entenderse por investigación y enjuiciamiento eficaz mediante una transcripción casi literal del art. 17.2 ECPI, y de precisar de una manera un tanto obtusa que la subsidiariedad no impide el ejercicio de la jurisdicción española cuando el sospechoso no puede ser extraditado, lo realmente relevante de la reforma es que con ella se hurta al juez competente sobre la instrucción y el fondo la capacidad de valorar la concurrencia de este requisito: en lo sucesivo, la apreciación del supuesto de hecho del principio de subsidiariedad queda convertida en una cuestión prejudicial devolutiva cuya valoración se reserva con carácter exclusivo a

⁴ Aun cuando la competencia de los tribunales españoles sobre la base del principio *aut iudicare aut dedere* no se contempla expresamente en relación con la tortura y la desaparición forzada, debe entenderse incluida en la cláusula residual del subapartado p), en cuya virtud la jurisdicción de los tribunales españoles se reconoce cuando su ejercicio venga impuesto por un tratado internacional o una resolución de una organización internacional, o cuando el sospechoso se encontrara en España, su extradición hubiera sido denegada y su persecución venga impuesta por un tratado vigente. Tanto el Convenio contra la tortura de 1984 (art. 5.2), como la Convención sobre desaparición forzada de personas de 2006 (art. 9.2), establecen la obligación de prever la jurisdicción, además de en los casos cubiertos por los principios de territorialidad y personalidad activa, cuando el sospechoso se encuentre en el territorio de un Estado parte y éste no conceda la extradición. Sobre la interpretación realizada por la Corte Internacional de Justicia de dicha cláusula, muy relevante para la valoración de la compatibilidad de la nueva regulación con el Derecho Internacional, véase *infra*, apdo. VII.2.

⁵ Para la persecución de todos estos delitos sobre la base de la nacionalidad o residencia habitual de la víctima, se exige no obstante que esa condición concurriera ya en el momento de la comisión del delito.

la Sala 2ª del Tribunal Supremo, “a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal”⁶.

El tercer aspecto con el que se cercena considerablemente la operatividad del artículo 23.4 tiene que ver con quién puede instar la actuación de la justicia española en este tipo de supuestos, anticipando la *supresión de la acción popular* que, al parecer con mayor alcance, se contemplaba ya en un borrador de nuevo código procesal penal⁷. Si hasta ahora el citado precepto guardaba silencio sobre el particular, lo que tratándose en todo caso de delitos públicos implicaba la aplicación de las tres modalidades de acción penal previstas en nuestro ordenamiento jurídico (acción pública, acción popular y acción particular)⁸, tras la reforma se extiende a la jurisdicción extraterritorial contemplada en el 23.4 la misma limitación que ya existía en relación con la competencia de los tribunales españoles sobre la base del principio de personalidad activa contemplada en el apartado 2º de ese precepto. De acuerdo con la citada limitación, para el ejercicio de la jurisdicción con base en esos títulos resulta necesario “(q)ue el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles”. Queda así excluida la posibilidad, en modo alguno excepcional en la práctica precedente, de que la acción sea ejercida en estos supuestos por asociaciones de víctimas o de derechos humanos, o por partidos políticos u organizaciones sindicales.

Los dos últimos aspectos tienen que ver con la entrada en vigor de la ley y su impacto sobre los casos abiertos sobre la base del precepto reformado aún pendientes. Respecto de lo primero, como excepción a los veinte días de *vacatio legis* contemplados con carácter general en el art. 2.1 del Código Civil, la LO 1/2014 dispone su entrada en vigor con carácter casi inmediato, en concreto, al día siguiente de su publicación en el BOE⁹. Y en cuanto al segundo, se hace expresa la voluntad de dar carpetazo, también inmediato, a todos los asuntos pendientes que no se sitúen dentro de las reducidas coordenadas de la nueva ley. Y ello, a través de una pretendida decisión de sobreseimiento automático fuertemente contestada desde la propia Audiencia Nacional

⁶ Precisamente por ello, junto al artículo 23 LOPJ se modifica también el artículo 57.1 del citado texto legal relativo a las competencias del Tribunal Supremo, añadiendo un nuevo apartado para contemplar su jurisdicción sobre “los demás asuntos que le atribuya esta Ley”.

⁷ Hacía tiempo que la acción popular venía siendo cuestionada, y no solo para los supuestos de jurisdicción extraterritorial. Para un muy lúcido y crítico comentario GIMBERNAT ORDEIG, E., “Cerca de la acción popular”, *El Mundo*, 8-I-2008. A la luz tanto del borrador de código procesal penal (véase BERNABEU, A., *La legitimación popular de la Justicia. Salvar la acusación popular*, Rights International Spain, Debates Jurídicos, nº 1, Febrero 2014) como del proyecto de ley justicia gratuita (“Las ONG ambientales denuncian la marginación de la Ley de Justicia gratuita, que deja al medio ambiente “sin defensa”, *Europa Press*, 17.III.2014) parece difícil cuestionar la aproximación claramente restrictiva del actual gobierno español respecto de la citada institución constitucional de participación de los ciudadanos en la administración de justicia (art. 125 CE). Para un análisis de la institución desde nuestra perspectiva constitucional, de innegable utilidad también para valorar el encaje de este aspecto de la reforma de la LOPJ en nuestra Carta Magna, véase PÉREZ GIL, A., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, pp. 267 y ss.

⁸ Véanse los artículos 100 y ss. de la *LE Crim*.

⁹ Disposición final única.

por, entre otras cosas, cuestionar el sistema constitucional de reparto de poderes entre legislativo y judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰.

III. LOS ASUNTOS CHINOS, LAS PRESIONES DE PEQUÍN Y EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO

Dos asuntos bajo tramitación en la Audiencia Nacional sobre la base del principio de jurisdicción universal apuntaban directamente a lo más alto de la cúpula de poder del régimen de la República Popular China. El primero de ellos (*asunto Tíbet*) tiene su origen en sendas querellas presentadas en 2005 y 2008 por dos asociaciones –Comité de Apoyo al Tíbet y Fundación Casa del Tíbet– y un ciudadano español de origen tibetano contra siete altas autoridades militares y políticas chinas en las que se les acusaba de la comisión de delitos de genocidio, torturas, terrorismo y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el marco de la represión tibetana a finales de los ochenta y principios de los noventa la primera querella, y durante las protestas que tuvieron lugar en el Tíbet meses antes del inicio de los juegos olímpicos de Pekín la segunda. Con la oposición a la admisión del Ministerio Fiscal, el asunto fue inicialmente inadmitido a trámite en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso *Guatemala*¹¹ por, en esencia, no apreciarse en el asunto la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con los delitos denunciados.

La severa corrección de la doctrina del Supremo por el Tribunal Constitucional acaecida apenas unos meses después de dictado el primer auto motivó que, en apelación, la Sala de lo penal de la Audiencia nacional afirmara la competencia de la jurisdicción española y ordenara la admisión a trámite de la querella¹². A fin de calibrar adecuadamente el alcance del asunto¹³, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, baste añadir por ahora que entre los querellados iniciales, y junto a otras autoridades políticas, se encontraban un ex presidente –Jiang Zemin– y un antiguo primer ministro –Li Peng– de la República Popular China y que, con posterioridad, se admitió la extensión de la querella a un segundo ex jefe de Estado de ese país –Hu Jintao–¹⁴. Asimismo, la sala de

¹⁰ Según la disposición transitoria única, “(l)as causas que en el momento de entrada en vigor de esta ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreesidas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella”.

¹¹ JCI nº 2, Auto de 5.IX.2005, Diligencias previas 237/2005. Está disponible, junto a las restantes resoluciones sobre este asunto aquí citadas, en el sitio web de Rights International Spain en la siguiente dirección: http://ris.hrahead.org/casos_/otros-casos-de-interes/jurisdiccion-universal/casogenocidiotibet (visitada por última vez el 6.III.2014).

¹² AN, Sala de lo Penal (Sección cuarta), Auto de 10.I.2006, Nº de recurso nº 196/05, Id.Cendoj28079220042006200001.

¹³ La admisión a trámite de la segunda de las querellas tuvo lugar por JCI nº 1, Auto de 5.VIII.2008, Diligencias previas 242/2008-10. Está disponible en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200808/05/espana/20080805elpapunac_2_Pes_PD_F.pdf (visitada por última vez el 6.III.2014).

¹⁴ La ampliación de la querella fue el resultado de la estimación del recurso de apelación presentado contra la decisión del instructor (JCI nº 2, Auto de 11.VII.2013, Procedimiento de sumario ordinario 2/08) que, acogiendo la posición defendida por el Ministerio Fiscal, consideraba que no estaba acreditada la implicación del Sr. Jintao en los hechos denunciados. AN, Sala de lo Penal (Sección cuarta), Auto de 9.X.2013, Nº de Recurso 176/2013.

lo penal de la Audiencia Nacional acabó venciendo la inicial reticencia promovida una vez más por el Ministerio Fiscal, al libramiento de órdenes de busca y captura contra cinco de los querellados¹⁵.

En cuanto al segundo de los asuntos chinos, cuyo origen se encuentra en una querella presentada por ocho ciudadanos de nacionalidad china y dos más nacionales españoles contra un antiguo alto cargo del departamento de seguridad interior chino y, otra vez, contra un ex jefe de Estado de la República Popular China –Jiang Zemin-, por la presunta comisión de hechos constitutivos de delitos de genocidio y torturas cometidos en ese país desde 1990 por la persecución de personas pertenecientes a un grupo religioso-espiritual llamado *Falun Gong*. También aquí, la inicial inadmisión a trámite de la querella en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en el asunto *Guatemala*¹⁶ resultó revisada por el propio Tribunal Constitucional en aplicación de los nuevos parámetros interpretativos del art. 23.4 LOPJ por él sentados en el citado asunto y por estimar consiguientemente inapropiado exigir vínculos adicionales de conexión¹⁷.

Como no dejaba de ser previsible, a medida que ambos asuntos comenzaron a adquirir visos de tener cierto recorrido ante los juzgados de la Audiencia Nacional se alzaron las protestas del gobierno chino¹⁸, las cuales han ido creciendo en intensidad hasta alcanzar su punto culminante con la ya mencionada decisión de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional por la que ordenaba al Juzgado Central de Instrucción nº2 librar las órdenes de busca y captura en noviembre de 2013, y su consiguiente acatamiento por el juez Ismael Moreno mediante la emisión, el 10 de febrero de 2014, de las órdenes internacionales de arresto contra cinco antiguos altos dirigentes chinos, entre otros, Jiang Zemin y Li Pen¹⁹. Al parecer, como respuesta a la primera de las decisiones, el gobierno de Pekín convocó al embajador español para manifestarle su fuerte malestar y advertir sobre la posibilidad de adoptar medidas económicas de respuesta, precisamente en un momento en que las autoridades españolas venían desplegando una fuerte

¹⁵ AN, Sala de lo Penal (Sección cuarta), Auto de 18.XI.2013, nº de recurso 161/2013.

¹⁶ JCI nº 2, Auto de 20.XI.2003, diligencias previas 318/2003. En resolución de los oportunos recursos de apelación y casación, el citado auto resultó confirmado por la sala de lo penal de la Audiencia Nacional primero (AN, Sala de lo penal -Pleno-, Auto de 11 de mayo de 2004) y por la sala de lo penal del Tribunal Supremo después (TS –Sala de lo Penal-, Sentencia nº 345/2005 de 18 marzo, RJ 2005\3422).

¹⁷ STC (Sala segunda) nº 227/2007, de 22 de octubre. Antes incluso de esta sentencia, el 20 de junio de 2006, esgrimiendo la necesidad de entablar un diálogo institucional y constructivo con el TC, el Tribunal Supremo había aceptado, bastante a regañadientes, la doctrina del primero en el asunto “Guatemala”, ordenando la admisión a trámite de una segunda querella presentada meses después de la primera esta vez contra otros cuatro altos cargos chinos, entre ellos Jia Qinglin, alto responsable del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino, que se preveía iban a asistir a un Foro hispano-chino a celebrar en Madrid. Véase, al respecto, OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 26 y ss. y 76 y ss.

¹⁸ “Un consejero de la Embajada española escucha las quejas de Pekín por las imputaciones de genocidio”, *El País*, 9.VI.2006; “Pekín convoca al embajador español para quejarse de las imputaciones de genocidio”, *El País*, 9.VI.2006; “China pide ‘medidas efectivas’ para que la Audiencia abandone el caso sobre el Tíbet”, *Europa Press*, 7-V-2009.

¹⁹ “La Audiencia Nacional ordena detener al expresidente chino Jiang Zemin”, *Efe*, 19-XI-2013; “China arremete contra España por investigar el caso Tíbet”, <http://noticias.terra.es/espana/china-arremete-contra-espana-por-investigar-el-caso-tibet,6c299f8413572410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>; PÉREZ, J.F., “El juez Moreno ordena detener al ex presidente de China Jiang Zemin”, *El País*, 10-II-2014 (visitadas el 14-II-2014).

actividad orientada a reequilibrar las relaciones comerciales con China y a impulsar sus inversiones en España²⁰.

El 17 de enero de 2014 se ponía en marcha el procedimiento parlamentario para desactivar el conflicto así planteado. Vetado constitucionalmente el recurso a métodos más expeditivos habida cuenta el carácter orgánico de la ley a reformar²¹, la fórmula elegida fue la presentación de una proposición y no un proyecto de ley, de manera que pudieran obviarse los en otro caso preceptivos y/o habituales informes del Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal. Y, por si ello no fuera suficiente, el grupo político mayoritario solicitó –y consiguió– que la tramitación siguiera el procedimiento de urgencia tanto en el Congreso (art. 150 Reglamento del Congreso) como en el Senado (art. 135.1 del Reglamento del Senado) a fin de acortar el periodo de presentación de enmiendas y posibilitar la aprobación en el Congreso en una única lectura. Tras su aprobación en el Senado, y al no haberse modificado un ápice el texto remitido por la Cámara Baja²², la ley quedaba definitivamente aprobada el 12 de marzo, es decir, en apenas cincuenta y cuatro días de tramitación parlamentaria, lo que viene a ser tres veces menos que el término medio de duración del procedimiento legislativo ordinario²³.

IV. LA EXTRAORDINARIA AMPLITUD INICIAL DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Muy pocos podían pensar que las denuncias presentadas en Valencia en marzo de 1996 por la Unión Progresista de Fiscales representaban de hecho el inicio de una experiencia que acabaría colocando a nuestro país en la indiscutible vanguardia mundial en el ámbito del principio de universalidad²⁴. Como ya se avanzó, este último resultado es la consecuencia de la confluencia de un factor interno y de otro externo. Respecto al factor

²⁰ REINOSO, J., “El conflicto llega en pleno despliegue del ejecutivo para lograr inversiones”, *El País*, 21.XI.2013.

²¹ Pese a que el artículo 86 de la Constitución no hace coincidir exactamente las materias en las que está excluido el recurso al Decreto Ley y las que están reservadas a Ley Orgánica en el art. 81, desde la STC 60/1986, el TC viene extendiendo al ámbito vetado a aquél, todo lo reservado a ésta.

²² BOCG, Senado, nº 322, de 17.III.2014, pp. 196 y ss.

²³ Por término medio, un proyecto de ley tarda cinco meses desde que el Consejo de Ministros lo envía al Parlamento hasta que, superados todos los trámites, se convierte en ley. El dato, procedente de la información sobre “El procedimiento legislativo”, ha sido obtenido en la web de la Asociación de Periodistas Parlamentarios en internet: <http://www.periodistasparlamentarios.org/?p=926> (visitada el 12.III.2014).

²⁴ Como muestra del generalizado escepticismo véanse, por ejemplo, entre la doctrina internacionalista española, las observaciones de J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Competencia judicial penal internacional de los tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos contra españoles en Iberoamérica”, *Anuario IHLADI*, vol. 13 (1997), pp. 7 y ss.; J.A. GONZÁLEZ VEGA, “La Audiencia Nacional contra la impunidad: los ‘desaparecidos’ españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos”, *REDI*, vol. 49 (1997), pp. 285 y ss., en p. 289; M. ABAD CASTELOS, “La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (1998), pp. 58-59; o J. FERRER LLORET, “Impunity in Cases of Serious Human Rights Violations: Argentina and Chile”, *SPYBIL*, vol. 3 (1993-1994), pp. 3 y ss., en pp. 20-29.

interno, hasta tres elementos presentes en la configuración inicial del sistema español de jurisdicción universal permiten afirmar que nos encontrábamos ante un modelo de extraordinaria e inusual amplitud.

El primero de ellos no es otro que la aceptación de la jurisdicción universal con *carácter puro o absoluto*, esto es, sin condicionar su operatividad a la concurrencia de vínculos adicionales de conexión y, más particularmente, permitiendo activar los mecanismos de cooperación judicial internacional sin requerir la presencia real, próxima o previsible del sospechoso en territorio español. Presente esa amplitud en la configuración inicial del modelo²⁵, lo que permitió entre otras cosas su operatividad en el más célebre de los casos de su aplicación con la detención y posterior arresto domiciliario de Augusto Pinochet en Londres el 16 de octubre de 1998 a instancias del J.C.I. nº 5, su reafirmación tuvo lugar en 2005 como consecuencia del triunfo en el seno del Tribunal Constitucional de las tesis progresistas en el marco de la pugna suscitada en torno al artículo 23.4 LOPJ con ocasión del llamado caso *Guatemala*²⁶. Por resumir, frente a la

²⁵ No parece posible deducir de los trabajos preparatorios de la originaria LOPJ que la intención inicial de sus promotores fuera instaurar un modelo de tal amplitud. La versión definitiva del art. 23 de la LOPJ es el resultado de la enmienda nº 390 presentada por el Grupo Socialista en el Senado con la finalidad de evitar la remisión que a la legislación penal material hacía el artículo 35 del proyecto de ley a los efectos de determinar el alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles en el orden penal (F. BENZO MESTRE -dir.-, *Ley Orgánica del Poder Judicial. Trabajos parlamentarios*, vol. II, pp. 1807-1808). Sin embargo, ni en la justificación de la propia enmienda ni en los correspondientes debates parlamentarios se hizo alusión alguna a posibles límites en cuanto al ejercicio de una jurisdicción que se reconocía, simplemente, respecto de “hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de calificarse, según la ley penal española” como alguno de los delitos que en el citado precepto se mencionan. Podría pensarse que, en realidad, con el art. 23.4 tan sólo se perseguía extender la jurisdicción universal de los tribunales españoles a los supuestos en que así se prevé con carácter obligatorio en los tratados internacionales suscritos por España, lo cual implicaría restringirla a los casos de presencia del sospechoso en el territorio español. En esa línea parecían inscribirse otras enmiendas presentadas también en el senado, como la nº 47 del senador Arespacochaga del Grupo Parlamentario Popular (*idem*, pp. 1659-1661) o la nº 686 del Grupo Parlamentario Cataluña al Senado (*idem*, pp. 1918-1919), a cuyo idéntico tenor, “lo previsto en este capítulo respecto a delitos cometidos en el extranjero se entenderá sin perjuicio de lo previsto en leyes penales especiales o en los Tratados internacionales”, sin indicación, por tanto, de concretos tipos delictivos. No obstante, el hecho de que entre los tipos delictivos que finalmente menciona desde el principio el art. 23.4 figure alguno –como el genocidio, la piratería o el narcotráfico- respecto del cual ningún tratado internacional prevé expresamente la obligación de ejercicio de la jurisdicción universal y, sobre todo, la circunstancia de que este último supuesto se encontrase expresamente previsto en un subapartado independiente –“cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”-, son datos que parecen militar en contra de que la intención de nuestro legislativo fuera restringir el alcance de la jurisdicción prevista en este precepto exclusivamente a los casos en que se prevé con carácter obligatorio en los tratados en los que sea parte España.

²⁶ El caso Guatemala ante los tribunales españoles tiene su origen en una denuncia formulada el 2 de diciembre de 1999 por la Premio Nobel de la paz Ribogerta Menchú por hechos presuntamente constitutivos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal, cometidos en Guatemala entre los años 1978 y 1986 por diversas autoridades políticas y militares al frente en aquellos años del poder en el país y relacionados con un conflicto del que resultaron, según el Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, más de doscientos mil muertos y desaparecidos, en su inmensa mayoría integrantes de las poblaciones indígenas mayas. Al respecto, ALBALADEJO ESCRIBANO, I., “Genocidio y crímenes de lesa humanidad en Guatemala”, en A. Blanc Altemir (ed.), *La protección internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, 2001, pp. 243 y ss. Sobre el desarrollo del caso ante los tribunales españoles, FERRER LLORET, J., “Alcance y límites del principio de jurisdicción universal en la jurisprudencia española más reciente”, en R. Huesa

posición mantenida por el TS, según la cual la necesaria puesta en relación del principio de universalidad con otros principios de Derecho internacional y, en particular, con el de no intervención, exigiría limitar su ejercicio a los supuestos en los que exista un punto de conexión que, en última instancia, habría de quedar prácticamente limitado a los casos de existencia de víctimas de nacionalidad española o de presencia del sospechoso en nuestro territorio²⁷, el TC afirmará²⁸ que:

“No puede dejar de resaltarse (...) que el artículo 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución”²⁹.

El segundo elemento presente en el modelo español tiene que ver con el *considerable alcance espacial y, muy en particular, temporal* sobre el que la jurisdicción universal opera. Ello es así, por una parte, porque en nuestro país el mencionado título de

Vinaixa (Coord.), *Derechos Humanos, Responsabilidad Internacional y Seguridad Colectiva: Interacción de Sistemas. Estudios en Homenaje al Profesor Eloy Ruiloba Santana*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 193 y ss.; o SANTOS VARA, J., “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, *REEI*, núm. 11, 2006.

²⁷ El TS rechazó, en efecto, la jurisdicción de los tribunales españoles respecto de los delitos de genocidio y de terrorismo –no así de torturas relacionados con víctimas españolas– porque “(n)o consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición, y que no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con estos delitos, pues (...) no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito (...) sobre españoles”. STS (Sala de lo Penal) nº 327/2003, de 25 febrero, RJ 2003\2147, F.D. 11.

²⁸ El TC fue incluso más allá de lo defendido por la minoría disidente del Supremo, que aceptaba la introducción de criterios de corrección en el ejercicio de la jurisdicción universal con el fin de “evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos judiciales nacionales cuya competencia se reclama. Pero únicamente será así si se aplica como criterio de exclusión del exceso o abuso del Derecho (...) Se trata de una restricción que no aparece expresamente establecida en la ley, pero que puede ser asumida como emanación de los principios del Derecho penal internacional, y aplicada como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial”. *Voto particular que formulan los Excmos. Sres. Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D. Cándido Conde Pumpido Tourón, D. José Antonio Marañón Chavarri, D. Joaquín Giménez García, D. Andres Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez*, F.D. 11º.

²⁹ STC (Sala Segunda) 237/2005, F.J. 3º (cursiva añadida). Sobre la citada sentencia puede consultarse, además de los trabajos ya citados de FERRER LLORET, J., “Alcance y límites...”, pp. 201 y ss.; y SANTOS VARA, J., “La jurisdicción...”, cit.; PIGRAU SOLE, A., “A propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional”, *REDI*, vol. 57 (2005), pp. 893 y ss.; RUIZ MIGUEL, C., y BERMEJO GARCÍA, R., “Una sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (nota a la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional)”, *REDI*, vol. 57 (2005), pp. 911 y ss.; o JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “El genocidio maya ante el Tribunal Constitucional”, *Jueces para la Democracia*, nº 56 (2006) 2006.

jurisdicción ha hecho auténtico honor a su adjetivo desde su previsión en nuestro ordenamiento. Prueba inequívoca de lo anterior es que, entre los asuntos respecto de los cuales nuestros tribunales han reconocido su jurisdicción o han abierto diligencias por ese concepto se encuentran implicados presuntos crímenes cometidos en América del Norte, del Centro y del Sur (casos argentinos y chilenos, Guatemala, El Salvador o Guantánamo), Asia (asuntos chinos, caso *Couso*, asunto *Salah Sehade*, o caso del campamento de refugiados de Ashraf), África (Ruanda, Sahara Occidental) y la propia Europa (asunto del *batallón de la calavera*). Es algo que contrasta en cierta medida con lo ocurrido en otros países de nuestro entorno en los que, al menos hasta que adaptaron sus ordenamientos a los desarrollos derivados del Estatuto de Roma de la CPI, la jurisdicción universal tan sólo se reconocía respecto de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto con un carácter *ad hoc*, es decir, para conductas cometidas en contextos históricos o geográficos concretos y cuidadosamente limitados.

Era el caso de la ley australiana de crímenes de guerra, adoptada en 1945 con la exclusiva finalidad de permitir el enjuiciamiento de los criminales de guerra japoneses de la Segunda Guerra Mundial y que fue enmendada en 1988 a fin de hacer posible la persecución y castigo de criminales nazis³⁰. O de la Ley de crímenes de guerra de 1991 del Reino Unido que, en la línea de la ley australiana, tan sólo confería jurisdicción universal a los tribunales británicos sobre crímenes de guerra cometidos en Alemania o en territorios ocupados por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial³¹. O, por último, de las leyes francesas adoptadas a mediados de los noventa para adaptar el ordenamiento galo a las resoluciones del Consejo de Seguridad por las que se crearon los tribunales penales internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, concebidas ambas con las mismas restricciones espaciales y/o temporales que estos últimos³².

³⁰Sobre la misma, BLEWITT, G.T., "The Australian Experience", en M. Ch. Bassiouni (Ed.), *International Criminal Law III*, 1999, pp. 304 y ss.; o TRIGGS, G., "Australia's War Crimes Trials: All Pity Choked", en MACCORMACK, T.L.H. y SIMPSON, G.J., *The Law of War Crimes: national and international approaches*, La Haya, 1996, pp. 123-149.

³¹Sobre la citada ley, MERON, TH., "International Criminalization of Internal Atrocities", *AJIL*, vol. 89 (1995), pp. 572 y ss.; o GARWOOD-CUTLER, J.L., "The British Experience", en M.Ch. Bassiouni (ed.), *International, Vol. III*, 2ª ed., 1999, pp. 325 y ss.

³²*Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yugoslavie depuis 1991; y Loi n°96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins.* Precisamente, el mismo día en que el BOE publicaba la LO 1/2014 y en una sentencia calificada de histórica, la *Cour d'assises* del Tribunal de Grande Instance de París hacía pública la primera condena dictada en aplicación de ambas leyes, castigando con veinte años de prisión a Pascal Simbikangwa, antiguo capitán de la guardia presidencial ruandesa por genocidio y complicidad en crímenes contra la humanidad.

Más importante aún es, por otra parte, que en nuestro ordenamiento jurídico los principios de legalidad penal e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 25 CE) no han impedido que el modelo de jurisdicción universal haya podido operar respecto de hechos y situaciones ocurridos con anterioridad al que podríamos considerar como período crítico en el desarrollo del Derecho internacional penal, hacia principios y mediados de los noventa. Y ello es así, a su vez y básicamente, por dos tipos de razones. De un lado, porque desde los célebres pronunciamientos del pleno de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional en los asuntos argentinos y chilenos de octubre de 1998, en nuestro país se considera que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles o, lo que es lo mismo, el ámbito espacial de aplicación de la ley penal, es una cuestión de carácter procesal a la que no alcanza la prohibición de irretroactividad de la norma penal³³. En marcado contraste, recuérdese por ejemplo que en el caso *Pinochet*, la *House of Lords*, en aplicación del principio de doble incriminación, valoró si el Reino Unido tipificaba el delito de torturas con el alcance territorial con el que se preveía en España, autorizando finalmente la extradición a nuestro país del dictador chileno pero solo para ser juzgado por los hechos cometidos desde el 29 de septiembre de 1998, bajo la premisa de que únicamente desde la incorporación en esa fecha de la Convención contra la Tortura con la *Criminal Justice Act* el Derecho británico reconocía el delito de tortura con la proyección extraterritorial que le confiere la jurisdicción universal y sin que la citada ley pudiera aplicarse retroactivamente siquiera a efectos de extradición³⁴.

De otra parte, aun cuando, con la salvedad del delito de genocidio y parcialmente de los crímenes de guerra, la previsión en nuestro ordenamiento de los crímenes más graves de trascendencia internacional no ha tenido lugar más que a partir de la década de los noventa³⁵, ello no ha impedido la aplicación de la jurisdicción universal a graves atrocidades cometidas con anterioridad, sea en aplicación directa de los tipos penales internacionales, como inicialmente mantuvo la Audiencia Nacional en el asunto *Scilingo*³⁶, sea sobre la base de su consideración como delitos comunes de detenciones

³³ “El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...) no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma (...), con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. *La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales*, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución española (...).” AN, Sala de lo penal (pleno), autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 (Sala de lo Penal-Pleno), Fundamentos de Derecho nº 3. *REDI*, vol. 51 (1999), pp. 639 y ss.

³⁴ Sobre el particular, REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 100 y ss.; o ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y MARQUEZ CARRASCO, M.C., “*In Re Pinochet*”, *AJIL*, vol. 93 (1999), pp. 695-696.

³⁵ En particular, los crímenes contra la humanidad no se tipifican en nuestro ordenamiento hasta la LO 15/2003, mientras que los crímenes de guerra, previstos ya en el Código Penal Militar de 1985, no se contemplan para el ámbito no militar más que desde la reforma del Código Penal de 1995. Sobre el particular, PEREZ GONZÁLEZ, M., y ABAD CASTELOS, M., “Los delitos contra la Comunidad Internacional en el Código Penal Español”, en *Anuario da Faculta de de Derecho*, nº 3 (1999), pp. 433 y ss.

³⁶ Véase, AN, Sala de lo penal (Sección tercera), Sentencia nº 16/2005, de 19.IV.2005, Id. Cendoj 28079220032005100001, F.D. Primero. Sobre esta sentencia, CAPELLÀ I ROIG, M., “Los crímenes

illegales y asesinatos cometidos en un contexto de crímenes contra la humanidad apreciados a la luz del Derecho internacional, como en ese mismo asunto acabó haciendo el Tribunal Supremo³⁷.

Con ser importante lo anterior, existe sin embargo un tercer factor³⁸, si cabe más importante, que convierte en un modelo extremadamente peculiar el sistema español de jurisdicción universal y que explica en muy buena medida el largo recorrido experimentado por el citado título de jurisdicción en nuestro país: el carácter estrictamente jurisdiccional de la decisión relativa al ejercicio de la competencia universal, reconocida además a los propios jueces de instrucción, y la ausencia de interferencias por parte de los otros poderes del Estado en la citada decisión. En claro contraste, y de acuerdo con un estudio publicado un año después de la sentencia del Constitucional en el caso Guatemala por alguien tan poco sospechoso de posturas favorables a interpretaciones minimalistas de la jurisdicción universal como *Human Rights Watch* “(e)n la mayor parte de los países (...) la discrecionalidad es esencial a la hora de determinar si procede la investigación o el enjuiciamiento”, siendo ejercida casi siempre por la Fiscalía o directamente el Ministerio de Justicia³⁹. Y es muy obvio que, como revela un muy clarificador y excelente estudio sobre la práctica en materia de jurisdicción universal firmado por M. LANGER, la interferencia del poder ejecutivo se encuentra en la base de una constatación empírica: los casos de jurisdicción universal solo prosperan en la práctica respecto de lo que el citado autor denomina “*low cost defendants*”, provocando incluso cuando la configuración inicial del modelo no impide que se apunte más alto, una revisión legislativa para evitar, por así decirlo, *desviaciones políticamente indeseadas*⁴⁰.

contra la humanidad en el caso Scilingo”, *REEI*, nº 10 (2005), *passim*; o GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7 (2005).

³⁷TS, Sala de lo Penal (Sección primera), Sentencia 798/2007, de 1 de octubre, RJ 2009\4711, F.D. 6º. Sobre los aspectos sustantivos y procedimentales inherentes a la calificación como crímenes contra la humanidad de los hechos en el asunto Scilingo, puede verse TOMUSCHAT, CH., “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, *JICJ*, vol. 3 (2005), pp.1074 y ss.; o FERNANDEZ PACHECO, C., “La jurisprudencia española en aplicación de la jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina”, *Jueces para la Democracia*, nº 61 (2008), pp. 101 y ss.

³⁸ Hay quien piensa, incluso, que existiría un cuarto factor relevante, vinculado con lo que algunos denominan despectivamente el “*vedettismo* judicial”, y que tendría que ver, dejando a un lado virtudes o defectos personales, con la asignación interna de competencia en nuestro país sobre estos asuntos a unos juzgados centrales de instrucción cuya configuración confiere a quienes los ocupan una enorme proyección mediática y social. Puede verse, por ejemplo, “Sensatez frente a los jueces estrella”, *El Mundo*, 1.VII.2009.

³⁹*Universal Jurisdiction in Europe. The State of the Art*, 27.VI.2006, *Human Rights Watch*, vol. 18, nº 5 (D), pp. 30-31.

⁴⁰ De los cerca de 1.050 casos planteados ante autoridades nacionales con base en el principio de jurisdicción universal e identificados en el estudio, la inmensa mayoría se dirigen contra individuos vinculados con el régimen nazi, ruandeses, ex yugoslavos, argentinos, chinos, estadounidenses e israelíes. Sin embargo, en el momento de concluir el estudio, sólo treinta y dos individuos habían sido efectivamente juzgados, en su inmensa mayoría ruandeses (11), nazis (5) y ex yugoslavos(8). La expresión “acusados de bajo coste” es usada por el autor para hacer referencia a individuos implicados en casos respecto de los que existe amplio consenso en la comunidad internacional sobre la necesidad de enjuiciamiento, y además hay connivencia, aceptación o al menos no rotunda oposición por las autoridades del país de origen. LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes”, *AJIL*, vol. 105 (2011), p. 3.

V. LAS FORMAS PURAS DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL SE BATEN CASI UNIVERSALMENTE EN RETIRADA

Es precisamente la vía centrada en asegurar el control del ejercicio de la jurisdicción universal por el Ejecutivo la elegida tanto originariamente en algunas de las más significativas legislaciones adoptadas desde principios de la pasada década para adaptar los ordenamientos internos al Estatuto de Roma como, reactivamente y por vía de reforma, para corregir y evitar usos políticamente problemáticos.

Ejemplo de lo primero se puede encontrar en las legislaciones alemana, canadiense, sudafricana, neozelandesa o australiana⁴¹. El artículo primero del Código de Derecho Internacional Penal de 2002 proclama abiertamente la jurisdicción de los tribunales teutones respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional “incluso cuando el delito hubiera sido cometido en el extranjero y no tenga ninguna relación con Alemania”⁴². Ahora bien, de acuerdo con el artículo 153 f del Código de Enjuiciamiento Penal, introducido en conjunción con aquél, el Fiscal Federal alemán (*Generalbundesanwalt*) es el único con competencia para el ejercicio de la acción penal⁴³, reconociéndosele expresamente discrecionalidad para denegar la apertura de una investigación cuando la presencia del sospechoso en suelo germano no pueda ser como mínimo anticipada⁴⁴.

Algo parecido ocurre en Canadá, Sudáfrica, Nueva Zelanda o Australia. En tales países están tipificados los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de

⁴¹ Sobre las citadas leyes y alguna más, puede verse entre nosotros PIGRAU SOLE, A. *La jurisdicción universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, RxDH: col·lecció recerca pels drets humans 3, Barcelona, 2009, pp. 59 y ss. Para un estudio más detallado de la ley canadiense, TORROJA MATEU, H., “La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho internacional: el trayecto hacia un refugio inseguro”, *REEI*, vol. 11 (2006).

⁴² De hecho, según una muy autorizada interpretación, de acuerdo con la legislación germana de adaptación de su Derecho penal al ECPI, “un asunto no sólo debe ser investigado si el sospechoso se encuentra en territorio alemán, sino también si la presencia del sospechoso es previsible. Razonablemente, esto significa que un asunto será tomado en consideración si existe una posibilidad real de que la persona en cuestión sea extraditada previa solicitud a Alemania”. KAUL, H.P., MLITZKE, A. y WIRTH, S., *International Criminal Law in Germany. The Drafts of the International Crimes Code and the Rome Statute Implementation Act*. Informe presentado por la Delegación Alemana en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional durante su 9ª sesión celebrada el 18 de abril de 2002. Disponible en la siguiente dirección de internet <http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools/analysis/Comments%20on%20ICCode%20and%20E41.pdf> (visitada el 13.III.2003).

⁴³ JESSBERGER, F., “Germany”, en AA.VV. *Colloque Préparatoire du XVIIIème Congrès International de Droit Pénal, Xi'an (Chine), 12-15 octobre 2007, Section IV-Droit Pénal International “Compétence universelle”*. *Rapports Nationaux, RIDP/IRPL*, vol. 79 (2008/1 y 2), pp. 262 y ss.

⁴⁴ Entre los asuntos en los que el Fiscal General se ha negado a iniciar procedimientos se encuentran los relativos a Guantánamo y Abu Grahb (dirigidos contra Donald Rumsfeld y otros altos cargos estadounidenses), Falun Gong (desestimado en 2005), la matanza de Adijan contra el ex ministro uzbeko del Interior, Z. Almatov, e Israel, esgrimiéndose casi siempre la ausencia del sospechoso de territorio alemán. La desestimación de la causa contra Rumsfeld tuvo lugar dos días antes de la celebración de la Conferencia de Seguridad en Múnich en 2005, en la que estaba prevista su presencia. Sobre todo ello, JESSBERGER, F., *Op. Cit.*, p. 253; LANGER, M., “The Diplomacy...”, *cit.*, pp. 11 y ss.; o, entre nosotros, PIGRAU SOLE, A., *La jurisdicción...*, *cit.*, pp. 39-40.

guerra siguiendo las pautas de los artículos 6, 7 y 8 ECPI no importa dónde hayan sido cometidos si bien, además de requerirse ciertos vínculos de conexión, tales crímenes únicamente pueden ser perseguidos en nombre del Fiscal General/Ministro de Justicia (*Attorney General, National Director*) y/o no pueden dar lugar al inicio de un procedimiento sin su consentimiento escrito⁴⁵.

Por su parte, paradigmático de las correcciones reactivas de configuraciones amplias de la jurisdicción universal es el bien conocido caso de la reforma de la legislación belga en la materia. En un contexto caracterizado por la presentación de denuncias o querellas manifiestamente incómodas contra altos dirigentes, entre otros israelíes⁴⁶, chinos y, muy especialmente estadounidenses⁴⁷ - y por las nada disimuladas amenazas vertidas desde el Pentágono sobre las consecuencias que de ello podrían resultar para el normal desarrollo de las relaciones exteriores de Bélgica –con posible retirada de la sede de la OTAN incluida⁴⁸-, la legislación belga en la materia resultó modificada hasta en dos ocasiones en un tiempo absolutamente record de cuatro meses⁴⁹. Como resultado, además de incorporarse la normativa aplicable a los correspondientes códigos penal y procesal penal, la jurisdicción universal de los tribunales belgas por los crímenes más graves de trascendencia internacional queda condicionada, sea a la existencia de sospechosos de nacionalidad belga o de individuos con residencia principal en Bélgica, sea a la existencia de víctimas de nacionalidad belga o con residencia en Bélgica con al menos tres años de antelación a la comisión del crimen, sea, en fin, cuando las autoridades belgas estén obligadas internacionalmente a ejercer su competencia penal, en clara alusión al principio *aut judicare aut dedere* vinculado a la presencia del sospechoso en territorio belga. Pero, además de ello y sobre todo, desde la reforma de agosto de 2003, el derecho de acción corresponde exclusivamente al *Procureur Fédéral*, el cual puede

⁴⁵Canadá, *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* (2000), Sect. 9.3; Nueva Zelanda, *International Crimes and International Criminal Court Act* (2000), Sect. 13; Sudáfrica, *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court* (2002), Sect. 5; Australia, *International Criminal Court (Consequential Amendments) Act*, No. 42 (2002), Sect. 268.121.

⁴⁶La Cour de Cassation belga reafirmó en febrero de 2003, en el asunto relativo a las matanzas de Chabra y Shatilla, que la Ley sobre represión de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario de 1993, modificada en 1999, no condicionaba el ejercicio de la jurisdicción universal a la presencia del sospechoso en el territorio belga, razón por la cual se mantenía la procedencia de las actuaciones, si no contra A. Sharon por razones vinculadas con la prevalencia de la inmunidad *ratione personae* de los representantes estatales en ejercicio, sí contra el comandante A. Yaron. Cour de Cassation, Section Française, 2e Chambre, Arrêt de 12 février 2003, *Aff. Hijazi S. et crts. C/ Sharon A. et Yaron A.*, n° JC032C1_1, disponible en <http://www.cass.be/juris>.

⁴⁷En marzo de 2003, un grupo de ciudadanos iraquíes presentó una denuncia contra el primer presidente G. Bush, el entonces Secretario de Defensa Dick Cheney y los también entonces generales C. Powell y N. Schwarkopf por su presunta implicación en el ataque aéreo que afectó en febrero de 1991 al refugio de Amiriya en Bagdad con ocasión de la denominada “Guerra del Golfo”. Y, poco después, en mayo de 2003, otro grupo de iraquíes presentaba una querrela contra el general Tommy R. Franks, acusándole de la presunta comisión de crímenes de guerra durante el segundo conflicto de Irak.

⁴⁸Puede verse, por ejemplo, FRANKEL, G, “Belgian War Crimes Law Undone by Its Global Reach”, *The Washington Post*, 30.IX.2003.

⁴⁹REYDAMS, L., “Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. I (2003), pp. 679 y ss.; o VANDERMEERSCH, D., “Belgique”, en en AA.VV. *Colloque Préparatoire du XVIIIème Congrès International de Droit Pénal, Xi’an (Chine), 12-15 octobre 2007, Section IV-Droit Pénal International “Compétence universelle”*. *Rapports Nationaux, RIDP/IRPL*, vol. 79 (2008/1 y 2), pp. 4 y ss.

basar la negativa a su ejercicio en que, atendiendo a las circunstancias del caso, resulte que en el interés de una buena administración de justicia, el asunto debe ser preferiblemente planteado ante los tribunales del lugar en que se encuentre el sospechoso. Impugnada la ley ante la *Cour de Cassation* por la exclusión de todo recurso judicial contra la decisión del fiscal, el máximo intérprete de la Constitución belga consideró inconstitucional tal exclusión, pero preservó la discrecionalidad que en su opinión le corresponde a la hora de valorar la capacidad de los tribunales foráneos para afirmar su jurisdicción⁵⁰.

Aunque el punto de partida no era el de un reconocimiento tan generoso de la jurisdicción universal, también la legislación de Inglaterra y Gales ha sido objeto de enmienda a fin de impedir que su ejercicio condicione seriamente la política exterior. Aunque varias leyes han previsto la jurisdicción extraterritorial británica sobre crímenes de guerra cometidos bajo el régimen nazi, torturas y crímenes más graves de transcendencia internacional, todas esas leyes especifican que su ejercicio requiere el consentimiento del *Attorney General* –principal asesor jurídico de la Corona y ministro del gobierno que responde directamente ante el Parlamento– especificándose que tal previsión lo es, entre otras cosas, para asegurar que los procesamientos toman debidamente en consideración las cuestiones de interés público o política internacional. No obstante, la *Prosecution of Offences Act* de 1985 no impedía que, a instancia de parte, un juez pudiera dictar provisionalmente una orden de detención o decretar incluso la detención cautelar de un sospechoso. Como consecuencia de ello, los procesamientos solo han tenido lugar en dos ocasiones, contra el criminal nazi Anthony Sawoniuk y contra el señor de la guerra afgano Faryadi Sarwar Zardad. No obstante, varias órdenes de arresto fueron adoptadas contra altos militares israelíes, la ex ministra israelí Tzipi Livni o el primer ministro del Estado indio de Gujarat.

Precisamente, en diciembre de 2009, la cancelación del viaje previsto por la ex ministra israelí de exteriores y el planteamiento de diversos asuntos contra ex altos cargos del Ejército o del Ministerio de Defensa israelí motivados por las presuntas violaciones del Derecho Internacional Humanitario ocurridas durante el desarrollo de la Operación *Plomo Fundido* en 2007, fueron el desencadenante de la reforma⁵¹. Las autoridades

⁵⁰ Cour de Cassation, Arrêt n° 62/2005, de 23.III.2005. Disponible en www.arbitrage.be. Hay disponible online un comentario de RYNGAERT, C., “Belgian Constitutional Court partially annuls down sized War Crimes Act”, en <http://law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/opinies/CR23032005.pdf> (visitada el 6.III.2009). Al margen de lo anterior, una disposición transitoria de la nueva ley disponía que, a menos que la víctima fuera belga en el momento de plantearse el asunto y el juez hubiera desarrollado actos de instrucción, los casos pendientes deberían ser archivados a instancias de la Cour de Cassation, cosa que efectivamente se hizo con asuntos relativos a A. Sharon, G. Bush, F. Castro, P. Kagame o T. Francks.

⁵¹ Sonada fue también, cuatro años antes, la apresurada salida dos horas después de aterrizar en el aeropuerto de Heathrow del avión en el que viajaba el general D. Almog, motivada por la advertencia a la embajada israelí de la existencia de una orden de arresto sobre su persona por su responsabilidad en la ejecución de diversas operaciones en Gaza y que se haría efectiva en el caso de que pusiera pie en suelo británico. Para calibrar la relevancia del asunto, Almog es uno de los más considerados militares israelíes por su labor en operaciones tales como la liberación del avión secuestrado en Entebbe en 1976 o la operación “Moses” en 1984 para el transporte de cerca de siete mil judíos amenazados desde Etiopía a Israel. Los hechos por los que se iniciaron actuaciones judiciales en Reino Unido tenían que ver, además, con su condición en el momento en que tuvieron lugar de Comandante del Mando Sur de las Fuerzas de

israelíes conminaron a Reino Unido a modificar su legislación⁵², cosa que efectivamente ocurrió en 2011 con la reforma de la *Magistrate's Court Act*. Como consecuencia de la modificación, a menos que sea solicitada por un fiscal (*Crown Prosecutor*), los jueces no pueden adoptar una orden de detención por un delito perseguible bajo jurisdicción universal sin el consentimiento del *Director of Public Prosecutions*, el cual a su vez depende del *Attorney General*⁵³.

El ordenamiento francés ofrece, para terminar, un último ejemplo de este tipo de tendencias. Con considerable retraso debido entre otras cosas a las controversias sobre la previsión de jurisdicción universal respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, en 2010 se adoptó al fin la ley de adaptación de la legislación francesa al ECPI⁵⁴. Dicha ley añadió un apartado al equivalente galo de nuestro artículo 23 LOPJ (el art. 689 del *Code de Procédure Pénale*) en cuya virtud, si bien se reconoce jurisdicción extraterritorial a los tribunales franceses respecto de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, su ejercicio se somete a rigurosos requisitos de aplicación. Así, el sospechoso debe tener residencia habitual en Francia, los hechos deben ser constitutivos de delito no sólo según el Derecho Internacional, sino también según la ley del lugar de comisión, el Estado de la nacionalidad del autor debe ser parte en el Estatuto de Roma y los procedimientos únicamente pueden ser activados a iniciativa del Ministerio Público. Aun cuando en septiembre de 2012 se presentó una proposición de ley con la finalidad de eliminar esos cuatro cerrojos (*Proposition Sueur*), unos meses después, en febrero de 2013, la propuesta fue aprobada en el Senado pero enmendándola de tal manera que se mantuviera el monopolio de la acción a favor del Fiscal. Aunque ya parece haberse anunciado, no consta sin embargo a quien esto escribe, que la proposición de ley haya sido debatida en la Asamblea Nacional⁵⁵.

Como claro contrapunto a la tendencia de retraimiento observada en el Derecho comparado, no puede dejar de mencionarse no obstante el caso de la República Argentina. Y ello no sólo por razones anecdóticas o de puro contraste, sino también porque, como es sabido, la vía argentina constituye el último intento de acabar con la impunidad por los que sin duda son los más graves y masivos crímenes cometidos en España en los últimos dos siglos. Un factor este último que, si se toma en consideración la posición mantenida por el partido hoy en el gobierno de nuestro país en relación con los crímenes del franquismo, ya se trate durante los trabajos preparatorios de la llamada

Defensa Israelíes. Sobre el incidente puede verse, por ejemplo, DODD, V., y URQUHART, C., "Israeli evades arrest at Heathrow over army war crime allegations", *The Guardian*, 12.IX.2005.

⁵² *Israel fury at UK attempt to arrest Tzipi Livni*, BBC News, 15.XII.2009.

⁵³ *Police Reform and Social Responsibility Bill* (2011), Sect. 153. La entrada en vigor de la reforma permitió retomar la agenda interrumpida de T. Livni. Véase, QUINN, B., "Former Israeli minister Tzipi Livni to visit UK after change in arrest law", *The Guardian*, 4.X.2011.

⁵⁴ LOI n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale. Sobre la citada ley, VERGÈS, E., "La loi n°2010-930 du 9 août 2010, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale: une avancée marquante de la répression en France des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité", *Revue de Sciences Criminelles et de droit pénal comparé* (2010), pp. 896 y ss.

⁵⁵ LEGALL, E., "La marche en avant de la France vers la mise à jour de la compétence extraterritoriale en matière de crimes relevant du Statut de Rome", 17.III.2014, disponible en el blog *Chroniques internationales collaboratives* en la dirección <http://chroniquesinternationalescolla.wordpress.com/> (visitada el 19.III.2014).

ley de memoria histórica, ya en relación con las actuaciones sobre el particular por parte del J.C.I. n° 5, no hay que descartar que haya coadyuvado a que la reforma propuesta de la LOPJ haya revestido el rigor ya apuntado.

Dejando a un lado el fondo del caso⁵⁶, hace tiempo que la doctrina jurídica argentina venía señalando que el art. 118 de la Constitución de 1853 reconocía implícitamente la jurisdicción universal al establecer que, en caso de comisión de delitos contra el derecho de gentes fuera de los límites de la nación, el Congreso determinaría por una ley especial el lugar en que habría de seguirse el juicio. Aun así, la Ley de adaptación del ordenamiento argentino al Estatuto de Roma⁵⁷, al incorporar por remisión los crímenes en él contemplados, restringía su ámbito de aplicación de acuerdo con los principios de territorialidad y personalidad activa, limitándose a reconocer el principio de universalidad en la versión resultante de la regla *aut judicare aut dedere*⁵⁸, y restringiendo por tanto su operatividad a los supuestos en que el sospechoso se encuentre en territorio argentino y no se conceda su extradición o entrega a otro país o a la CPI.

Esa regulación no ha sido obstáculo para que un tribunal de apelaciones argentino impusiera a una juez federal de instrucción (Juzgado Nacional Federal en lo Criminal y Correccional n° 1) la admisión de la querella presentada por familiares de asesinados y desaparecidos y diversas asociaciones españolas y argentinas por crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura franquista desde 1936 hasta 1977 después de que el pleno de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional española negara su competencia -y, consiguientemente, la de los Juzgados Centrales de Instrucción- para investigar los crímenes del franquismo⁵⁹. En lo que ahora interesa, lo relevante del caso es que los tribunales argentinos no solo dan por supuesta sin más comentarios su competencia en un caso que, a salvo la existencia de familiares de víctimas de nacionalidad argentina y dada la ausencia de los responsables de territorio argentino, puede ser considerado de manifiesta aplicación de la versión absoluta *-in absentia-* de la jurisdicción universal.

⁵⁶Sobre el citado asunto, MESSUTI, A., “La querella argentina: La aplicación del principio de justicia universal al caso de las desapariciones forzadas”, en R. Escudero Alday y C. Pérez González (Eds.), *Desapariciones forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 121 y ss.

⁵⁷ Ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional(2007), art. 4. Sobre la mencionada ley, RODRIGO LABORÍAS, A., “Implementación en la Argentina del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Lecciones y Ensayos*, n° 88(2010), pp. 43 y ss.

⁵⁸ Aun cuando es cierto que, como sostienen algunos autores, la citada cláusula no constituye un título de jurisdicción, sino una cláusula de cooperación penal que no tiene por qué operar necesariamente en casos amparados por el principio de jurisdicción universal (por ejemplo, porque no se extradite a un ciudadano español, o a un extranjero por crímenes cometidos contra españoles o en el territorio español), no lo es menos que, salvo en supuestos realmente excepcionales, dicha cláusula supone el reconocimiento de la jurisdicción universal y la obligación de su ejercicio en supuestos que no tienen más vínculo de conexión con el foro que la presencia del sospechoso en el propio territorio. Entre la doctrina mencionada, puede verse BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo”, *La Ley*, 2004, pp. 1638 y ss.;o GIL GIL, A., “España”, en AA.VV. *Colloque Préparatoire du XVIIIème Congrès International de Droit Pénal, Xi'an (Chine), 12-15 octobre 2007, Section IV-Droit Pénal International “Compétence universelle”. Rapports Nationaux*, RIDP/IRPL, vol. 79 (2008/1 y 2), p.130.

⁵⁹AN, Sala de lo Penal (Pleno), Auto de 2.XII.2008, N° de recurso 34/2008, Id. Cendoj 28079220012008200001.

Es que, además, la Cámara de Apelaciones lo hace mediante una interpretación de la legislación procesal argentina que, lejos de restringir la capacidad de actuación en estos casos al Ministerio público⁶⁰, como había entendido la juez de instrucción, extiende muy considerablemente el derecho de querrela privada, hasta el punto de reconocerlo no sólo a los familiares de las víctimas expresamente mencionados en esa legislación⁶¹ sino a una sobrina nieta de una de esas víctimas, en particular, el alcalde de Salamanca fusilado durante la guerra civil⁶².

VI. EL REDUCIDO IMPACTO DE LOS PRECEDENTES INTENTOS LEGISLATIVOS DE RESTRICCIÓN

Junto a la ya mencionada tentativa de restricción por vía jurisprudencial a cargo del Tribunal Supremo en el asunto Guatemala, abortada con rotundidad por el Tribunal Constitucional en 2005, el alcance de la competencia extraterritorial de los jueces españoles para el enjuiciamiento de los crímenes más graves de trascendencia internacional ha tratado de ser recortada en dos ocasiones por vía legislativa. Aunque por razones diversas, la restricción perseguida no parece sin embargo que consiguiera los resultados buscados.

La primera se sitúa en el marco del proceso de elaboración en nuestro país de la *ley de adaptación de nuestro ordenamiento al Estatuto de Roma*. El Anteproyecto de Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional que –éste sí– fue remitido por el Consejo de Ministros para informe al Consejo General de Poder Judicial y al Consejo de Estado el 5 de diciembre de 2002, introducía en su artículo 7.2 una disposición modificativa del art. 23 LOPJ en cuya virtud, los órganos judiciales españoles y el Ministerio Fiscal deberían “abstenerse de proceder, cuando los presuntos autores no sean españoles, se trate de hechos sucedidos en otros Estados, y los delitos sean de la competencia objetiva de la Corte” (cursiva añadida). Detrás de una disposición que aparentemente trataba de proteger el funcionamiento de la recién creada jurisdicción penal internacional frente a posibles usos abusivos del principio de complementariedad, se ocultaba en realidad un subterfugio con el que excluir la intervención de nuestros tribunales incluso en el caso de que por razones vinculadas a su competencia *ratione personae* o *ratione loci*, dicho órgano no pudiera ejercer su jurisdicción. La severísima restricción que, en una interpretación literal del precepto, se habría introducido, hubiera supuesto que la jurisdicción de los tribunales españoles no podría ejercerse respecto de los crímenes referidos en el art. 5 ECIP incluso cuando la Corte no pudiese ejercer su jurisdicción –por haber sido cometidos en el territorio y por nacionales de Estados no parte, y sin que el Consejo de Seguridad le remita el asunto–, lo cual habría sido

⁶⁰ También en Argentina, el Ministerio Fiscal se había opuesto a la admisión de la querrela, estimando que los hechos denunciados estaban siendo objeto de investigación en España.

⁶¹ De conformidad con el art. 82 del Código Procesal Penal, “cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte del ofendido, podrán ejercer este derecho el cónyuge superviviente, sus padres, sus hijos, o su último representante legal”.

⁶² Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II: Resolución de 3 de septiembre de 2010, Causa n° 29.275 “NN s/ desestimación de denuncia y archivo”; y Resolución de 3 de septiembre de 2010, “García Holgado, Inés s/ ser querellante”, Causa n° 29.331.

difícilmente compatible con las obligaciones de extraditar o juzgar y no conceder asilo o refugio que, en virtud del Derecho internacional, pesan sobre el llamado Estado de custodia⁶³.

La versión finalmente aprobada del art. 7.2 de la ley corrigió de manera importante la limitación inicialmente establecida⁶⁴, ya no solo porque permite al juez español adoptar las primeras diligencias urgentes que puedan resultar necesarias hasta tanto el Fiscal de la CPI decide si abre o no una investigación y la Sala de Cuestiones Preliminares del citado órgano se pronuncia sobre la admisibilidad del asunto. Sobre todo, porque la obligación de abstención para los órganos judiciales españoles se hace depender de que la Corte “pudiera ser competente”. Lo que, obviamente, no es el caso cuando, pese a estarse en presencia de hechos supuestamente constitutivos de crímenes más graves de trascendencia internacional y entrar dentro de la competencia objetiva o material de la Corte, los mismos puedan haberse cometido antes de su creación o por nacionales y/o en el territorio de Estados no parte⁶⁵.

La referencia a la competencia “objetiva” de la Corte y, consiguientemente, la drástica restricción de la jurisdicción universal que su mantenimiento habría comportado, fue suprimida en el mismo proyecto de ley remitido por el Consejo de Ministros a las Cortes⁶⁶. Aunque podamos intuirlo, el secreto de sus deliberaciones hace imposible saber si en ello influyeron más los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado⁶⁷ o el hecho de que, con la sentencia del Supremo en el caso *Guatemala* pronunciada apenas unos meses antes, parecía haberse conseguido ya el objetivo de limitar dentro de coordenadas admisibles la jurisdicción universal.

Aunque probablemente no todo el deseado por sus promotores, mucho mayor recorrido ha tenido la modificación del artículo 23.4 LOPJ, introducida en 2009 *aprovechando los trabajos de reforma de la legislación procesal que en ese momento se estaban desarrollando para la creación de la llamada oficina judicial*. Ya por aquella época y a tenor de lo ocurrido antes en Bélgica, la reforma sonaba un tanto a *déjàvu*. Es cierto que

⁶³ Un problema que, como después se dirá, también parece encontrarse en la reforma finalmente adoptada en la LO 1/2014. Véase *infra*, apartado VII.2.

⁶⁴ Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, BOE nº 296, de 11 de diciembre. Sobre la citada ley, en general, QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 392 y ss.; o RODRIGUEZ YAGUE, C., “Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y tribunales *ad hoc* y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal”, *REEI*, nº 14 (2007), pp. 12 y ss.

⁶⁵ Ni siquiera en el caso de que se adoptara una interpretación maximalista, centrada en considerar la competencia universal con que cuenta la CPI en caso de remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad (art. 13.b ECPI), sería válida la crítica formulada sobre la base del art. 7.2 de la ley de cooperación con la CPI por RUIZ MIGUEL, F., y BERMEJO, R. (“Una sentencia incongruente...”, *cit.*, pp. 911 y ss.) en relación con la asunción de competencia respecto del caso *Guatemala* por parte de los tribunales españoles, pues es obvio que, en virtud del artículo 11 ECPI, el órgano con sede en La Haya carece de competencia *ratione temporis* sobre los hechos a que se refería el citado asunto.

⁶⁶ BOCD, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 156-1, de 13.VI.2003, p. 4.

⁶⁷ El Consejo General del Poder Judicial no apreció problema alguno en esa adjetivación, mientras que el Consejo de Estado, aun cuestionando que la citada ley, por su carácter especial, hubiera de afectar al art. 23.4 LOPJ, tampoco solicitó expresamente que la misma fuera suprimida. Véanse, respectivamente, *Informe al Anteproyecto de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, 15.I.2003, p. 17; y *Dictamen* 639/2003, de 12.VI.2003, consideración décima.

con anterioridad, algunos de los casos abiertos por nuestros tribunales habían motivado reacciones de protesta y presiones por parte de los gobiernos de los países con mayores vínculos de conexión, entre ellos, los asuntos *Pinochet*⁶⁸, *Couso*⁶⁹ o el caso ruandés⁷⁰. Esta vez, sin embargo, la rápida y rotunda respuesta diplomática del gobierno israelí a la admisión a trámite del asunto *Salah Shehadeh*⁷¹, unida al amplio eco recibido en Estados Unidos⁷² por la apertura de los asuntos *Guantánamo*⁷³ y *Vuelos de la CIA*⁷⁴, acabarían calando en ámbitos próximos al entonces gobierno socialista⁷⁵.

⁶⁸ Sobre las protestas del entonces canciller chileno J.M. Insulza, véase REMIRO BROTONS, A., *El caso...*, cit., pp. 45 y ss.

⁶⁹ Según las revelaciones de *Wikileaks* divulgadas en España por el diario *El País*, a raíz de la orden internacional de arresto dictada por el JCI nº 1 contra tres militares estadounidenses en octubre de 2005, el embajador de Estados Unidos en España comunicó a la Secretaría de Estado, C. Rice, que diversos miembros del gobierno español se habían comprometido a adoptar las medidas legales oportunas para que la citada decisión no prosperase. Unos meses más tarde, después de que el TS reconociera su competencia y ante el requerimiento del juez Pedraz a la Embajada para que le informara sobre los datos completos de los tres imputados, el entonces Fiscal General del Estado habría sugerido al embajador estadounidense, según los cables publicados, que contestara de manera superficial, anticipándole que “el caso no iba a llegar a ninguna parte”. Tras la acusación formal en abril de 2007, la embajada valoró comenzar a presionar al gobierno español. “Moratinos y López Aguilar “trabajaron” para frenar el ‘caso Couso’, según los documentos de EE.UU”, RTVE, 1.XII.2010. Los mencionados cables están disponibles en <http://elpais.com/tag/c/8c7dfa24af2ae70f7fb80b9cf3e888d9> (visitada el 14.III.2014).

⁷⁰ El gobierno ruandés manifestó su oposición a las actuaciones abiertas en el Juzgado Central de Instrucción nº 4. El desencadenante de la protesta fue el Auto de 6.II.2008 por el que el juzgado dictaba orden internacional de busca y captura contra los cuarenta procesados. Véase, I. COELLO, “La Audiencia Nacional hurta en las heridas de Ruanda”, *Público*, 17-III-2008. El auto está disponible en la dirección http://www.veritasrwandaforum.org/dosier/resol_auto_esp_06022008.pdf (visitada el 12.III.2014). Las revelaciones de *Wikileaks* ponen de manifiesto también la implicación estadounidense en las presiones a las autoridades españolas a fin de paralizar el caso. Vid., MARINO, M., “El Gobierno despreció la causa judicial por el asesinato de nueve españoles en Ruanda”, disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/974401/0/wikileaks/ruanda/fiscalia/#xtor=AD-15&xts=467263> (visitada el 14.III.2014).

⁷¹ El 29 de enero de 2009, el JCI nº 4 admitió a trámite la querella interpuesta por seis familiares de víctimas del “ataque selectivo” realizado por el ejército israelí el 22 de julio de 2002 contra el edificio en el que se situaba la vivienda del presunto líder militar de Hamás Salah Shehadeh. Consumado mediante el lanzamiento de una bomba de una tonelada en una zona densamente poblada de la ciudad de Gaza, el resultado fue no solo la muerte del citado individuo, sino también de otras catorce personas, la mayoría mujeres y niños. La querella se dirigía contra siete altos cargos de la seguridad israelí en el momento de ocurrir los hechos, entre ellos el ex ministro de defensa Ben-Eliezer. JCI nº 4, Auto de 29-I-2009, Diligencias previas 157/2008. Disponible en http://www.mundoarabe.org/auto_querella_ataque_gaza.pdf (visitada el 3-III-2009) y en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200901/29/espana/20090129elpepunac_1_Pes_PD_F.pdf (visitada el 13.III.2014). Respecto a la reacción del gobierno israelí, puede verse “La decisión del juez Andreu indigna a Israel”, *Público*, 29-I-2009; “Israeli Leaders Criticize ‘Delusional’ Spanish Court”, *Israelnationalnews.com*, 29-I-2009; o “Israel urges Spain to halt ‘cynical’ Gaza War Crimes Probe”, *Haaretz*, 4-V-2009.

⁷² WHITLOCK, C., “Spain’s Judges Cross Borders In Right Cases”, *The Washington Post*, 24.V.2009.

⁷³ Tras la desclasificación de diversos documentos en los que se ponía de manifiesto la estrategia de interrogatorios puesta en marcha por la anterior administración estadounidense a partir del 11-S, una organización denominada Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España presentó el 17 de marzo de 2009 una querella contra seis altos asesores del gobierno Bush, autores de los citados documentos. Tras ser sometido a reparto a instancias del Ministerio Fiscal, y resultar asignado al Juzgado Central de Instrucción nº 6 (“El Juez Velasco Pregunta a Estados Unidos si investiga la creación de Guantánamo”, *Europa Press*, 5-V-2009), el entonces titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (B. Garzón) reclamó para sí el asunto por haber sido el competente para instruir el caso de la llamada célula

El debate sobre el Estado de la Nación de 2009 ofreció el sorprendente marco para escenificar el acuerdo de los grupos mayoritarios sobre la modificación de la legislación española en materia de jurisdicción universal, aprobándose a su conclusión una resolución presentada a iniciativa del grupo popular por la que se proponían nuevas enmiendas al proyecto de ley de reforma de la oficina judicial que estaba tramitándose en el Congreso⁷⁶. En ejecución de la citada resolución, cuatro grupos parlamentarios presentaban una enmienda de reforma del artículo 23.4 LOPJ que aparentemente operaba en una doble dirección. Si por una parte se extendía el ámbito de aplicación del precepto a los crímenes contra la humanidad, hasta entonces no previstos expresamente en el citado precepto, por otra se introducían nuevas condiciones restrictivas al ejercicio del título de jurisdicción en él contemplado, argumentándose que ello se hacía con la finalidad de “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”⁷⁷. La reforma sería aprobada, sin cambiar una sola coma, en los términos previstos en la enmienda⁷⁸.

española de *Al Qaeda*, proceso en el que se acabó absolviendo a cuatro individuos –uno de ellos, Hamed Abderrahman Hamed, de nacionalidad española-, que habían alegado haber sido objeto de malos tratos durante su detención en Guantánamo. Este dato, añadido a que, según el citado juez, se había “revelado ahora lo que antes se intuía: un plan autorizado y sistemático de tortura y malos tratos de personas privadas de libertad y sin cargo alguno y sin los elementales derechos de todo detenido” le llevó no solo a incoar diligencias previas (JCI nº 5, Auto de 27.IV.2009), sino también a reclamar al JCI nº 2 la remisión de los antecedentes relacionados con la investigación abierta (Auto de 12.VI.2006) respecto de los denominados *vuelos de la CIA*.

⁷⁴ El asunto “*vuelos de la CIA*” tiene su origen en una querella presentada en Mallorca por la Asociación Pro Derechos Humanos de España, la Asociación Libre de Abogados e Izquierda Unida, a raíz de las revelaciones sobre el uso del aeropuerto de la isla por parte de los aviones participantes en la denominada por el miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa Dick Marty “tela de araña global” contra el terrorismo, por torturas, secuestros y detención ilegal. Pese a que en la querella se incidía en el empleo del territorio español para la ejecución de las denominadas *extraordinary renditions*, en el auto antes mencionado del JCI nº 5, la afirmación de la competencia de la Audiencia Nacional respecto del juzgado de Mallorca que, con la oposición del Ministerio Fiscal, le remitió el asunto, se basó, entre otras cosas, en que los hechos denunciados encajarían en las previsiones del artículo 23.4 de la LOPJ. Pese a ello, al parecer el JCI nº 2 decidió abrir diligencias previas en 2006 (FARIÑAS, J.A., “La Audiencia Nacional investigará las escalas de los vuelos de la CIA”, *Diario de León*, 13.VI.2006). Los hechos a que se refiere el asunto, objeto de las Diligencias previas 109/2006, constituyen también el trasfondo de un asunto examinado por el Tribunal de Estrasburgo. STEDH (Gran Sala) de 13.XII.2012, asunto de El-Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia, demanda nº 39630/09.

⁷⁵ “Medios israelíes dicen que Moratinos ha prometido intentar limitar la jurisdicción de los tribunales españoles”, *La Vanguardia*, 30.I.2009; “Conde Pumpido tacha de ‘fraudulenta’ la querella sobre Guantánamo”, *Efe*, 16.IV.2009.

⁷⁶ “Gobierno y PP pactan la reforma legal que limitará la jurisdicción universal”, *ABC*, 22.V.2009; F. GAREA, “PP y PSOE utilizan una reforma legal para limitar la jurisdicción universal”, *El País*, 21.V.2009.

⁷⁷ Enmienda núm. 676 del G.P. Socialista, G.P. Popular, G.P. Catalán-CiU y G.P. Vasco (EAJ-PNV). Proyecto de Ley Orgánica 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, Informe de la Ponencia, BOCD, Serie A. Núm. 28-1, 28.VI.2009, pp. 2 y ss.

⁷⁸ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 1), BOE nº 266, de 4.XI.2009. Sobre la reforma de 2009 y sus antecedentes puede verse ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., “La reforma del principio de justicia universal”, *Revista de Derecho Penal*, nº 31 (2010), pp. 11 y ss.; BUJOSA VADELL, L.M., “Reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *Diario La Ley*, Nº 7298, Sección Tribuna, 4 Dic. 2009,

En lo que ahora interesa, la nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ suponía matizar el alcance de la jurisdicción universal de los tribunales españoles en la línea sugerida por la minoría disidente que formuló el voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Guatemala*, exigiendo para su ejercicio la existencia de vínculos adicionales de conexión formulados con carácter alternativo, de tal manera que bastaría con la concurrencia de cualquiera de ellos para entender satisfecha la exigencia. No obstante, junto a la presencia del sospechoso en territorio español o la nacionalidad de la víctima, el nuevo precepto contemplaba además como tercer supuesto legitimador del ejercicio de la jurisdicción universal la “constatación de algún vínculo de conexión relevante con España”, lo que permitía albergar esperanzas en cuanto a que su aplicación no condujera a una supresión completa de la jurisdicción universal *in absentia*.

Junto a lo anterior, se aprovechó la reforma para introducir en el texto legal el principio de subsidiariedad de la jurisdicción española en este tipo de supuestos, el cual se encontraba ya ampliamente reconocido en la jurisprudencia⁷⁹. Frente a lo ocurrido en otros países de nuestro entorno, la reforma no afectó en cambio al derecho de acción, de modo que se mantuvo inalterada la posibilidad de que en los supuestos previstos en el artículo 23.4 LOPJ el inicio de las actuaciones penales tuviera lugar a iniciativa del Ministerio Fiscal (acusación pública), del ofendido o agraviado (acusación particular), o de cualquier ciudadano de nacionalidad española (acusación popular). Consiguientemente, hasta el momento de la última reforma, la única restricción del derecho de acción basada, no en la naturaleza del delito, sino en el título de jurisdicción aplicable, afectaba a los supuestos en que se aplicaba el principio de personalidad activa (art. 23.2), en los cuales quedaba excluida la acción popular a menos que el agraviado presentase denuncia (apdo. b).

La reforma de 2009 no tuvo sin embargo el efecto deseado. No lo tuvo, porque ya no era necesario, en relación con el asunto que puede ser considerado como su antecedente inmediato, merced a su archivo en aplicación del Derecho preexistente. Antes de concluir la tramitación parlamentaria de la que sería la LO 1/2009, y tomando en consideración el pronunciamiento del Tribunal Supremo israelí en el asunto “ataques

Ref. D-377; CHINCHON ÁLVAREZ, J., “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»”, *Diario La Ley*, Nº 7211, Sección Doctrina, 6.VII.2009; DEL CARPIO DELGADO, J. “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, Nº 7307, Sección Doctrina, 21.XII.2009; FERRER LLORET, J., “The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spanish Practice (2003-2009)”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. XV (2009), pp. 63 y ss.; MARTÍNEZ RIVAS, F., “Notas de urgencia sobre el principio de justicia universal y la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2 (2010), pp. 359 y ss.; o MARQUEZ CARRASCO, C., y MARTÍN MARTÍNEZ, M., “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro”, *AMDI*, vol. XI (2011), pp. 251 y ss.

⁷⁹ Como consecuencia, el art. 23.4 ha venido exigiendo desde entonces para que pueda ejercerse la jurisdicción de los tribunales españoles 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”.

selectivos”⁸⁰, la investigación realizada por las autoridades militares hebreas y las subsiguientes actuaciones judiciales en Israel, la sala de lo penal de la Audiencia Nacional decretó el archivo del llamado asunto *Salah Sehadé* en aplicación del principio de subsidiariedad, por entender que las autoridades israelíes habían desarrollado y estaban desarrollando investigaciones eficaces de los hechos denunciados⁸¹. De no haberse dado carpetazo definitivo al asunto⁸², y teniendo en cuenta los vínculos israelíes con la antigua *Sefarad*, tal vez se habría podido clarificar el alcance del tercer vínculo (“conexión relevante con España”) introducido con la reforma.

⁸⁰ Véase ampliamente sobre el mismo, SANCHEZ LEGIDO, A., “En torno a la política israelí de ataques selectivos”, en R. Huesa Vinaixa (Coord.), *Entre la excepción jurídica y la irrelevancia del Derecho. Estudios de Derecho internacional en torno al conflicto palestino-israelí*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 13 y ss.

⁸¹ AN, Sala de lo penal (pleno), Auto de 9.VII.2009, N° de recurso 118/2009, Id. Cendoj28079220022009200001. Cuatro magistrados formularon un voto particular discrepante en contra del criterio de la mayoría, ampliamente inspirado en la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones positivas de los Estados en caso de violaciones del derecho a la vida, por entender que las actuaciones desarrolladas en Israel no comportaban una investigación eficaz de los hechos denunciados.

⁸² Los recursos de casación y amparo presentados por los querellantes fueron objeto de inadmisión por el TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª, auto núm. 550/2010 de 4 marzo, JUR 2010\111615), y el TC (Sala segunda, Sección cuarta, Providencia de 18.X.2010), habiéndose presentado recurso ante el TEDH sin que exista constancia de pronunciamiento al respecto por el órgano de Estrasburgo. La información al respecto, con enlaces a las principales resoluciones judiciales sobre el asunto, está disponible en el sitio web de Rights International Spain en la siguiente dirección (http://ris.hrahead.org/casos_/otros-casos-de-interes/jurisdiccion-universal/bombardeo-al-daraj-gaza).

Y algo parecido cabe decir del único de los dos asuntos relativos al centro de detención de Guantánamo que ha sido cerrado. El JCI nº 6 decretó en abril de 2011 el sobreseimiento provisional del asunto abierto a raíz de la querella presentada, en ejercicio de la acción popular, por la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España, por crímenes de guerra presuntamente cometidos por los seis juristas que, con el ex *Attorney General* Alberto Gonzales a la cabeza, diseñaron el entramado jurídico para la detención y obtención de información de los llamados “combatientes enemigos”⁸³ en el marco de la guerra global contra el terror. Habida cuenta de la nacionalidad española de dos de las presuntas víctimas, la decisión se fundamentó en una aplicación digamos que generosa del principio de subsidiariedad, considerando que la contestación del Departamento de Justicia a las comisiones rogatorias formuladas acreditaba la existencia de una investigación eficaz, por más que se tratara en la mayor parte de los casos de meras actuaciones administrativas que descartaban la existencia de base jurídica alguna para el procesamiento de los sospechosos⁸⁴. Los recursos de apelación y casación interpuestos contra la citada decisión, fundamentados en la supuesta falta de efectividad de las actuaciones estadounidenses para la investigación de los hechos, fueron desestimado el primero por la Audiencia Nacional⁸⁵ e inadmitido el segundo por el Tribunal Supremo después⁸⁶.

Por el contrario, la relativa eficacia restrictiva de la exigencia de vínculos adicionales de conexión añadida por la reforma queda patente cuando se repara en su limitado impacto en relación con otros casos. No parecía que fuera a ser así cuando, inmediatamente después de la entrada en vigor de la LO 1/2009, el titular del JCI. nº 1 requería a las partes en el *segundo caso Tíbet* para que informaran sobre la continuación de la causa a la luz de esa circunstancia dictando, una vez evacuado el trámite, auto por el que decretaba el archivo de las actuaciones por no apreciar la existencia de vínculo de conexión relevante con España ni haber tratado internacional que obligara a nuestro país a actuar. Nada demasiado extraño si se tiene en cuenta, respecto de esto último, la ausencia de los sospechosos del territorio español y el hecho, en cuanto a lo primero, que la actora había esgrimido como único criterio de conexión la implicación de nuestro

⁸³Sobre la citada construcción, PÉREZ GONZÁLEZ, M., y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “El caso de los detenidos en Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos”, *REDI*, vol. 54 (2002), pp. 17 y ss.; o A. SANCHEZ LEGIDO, “Guerra contra el terrorismo, conflictos armados y derechos humanos”, en J. Soroeta Licerias (Dir.), *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Vol. VI (2006), pp. 413 y ss.

⁸⁴JCI nº 6, Auto de 13.IV.2011, Diligencias previas 134/2009.

⁸⁵AN, Sala de lo Penal (Pleno), Auto de 23.III.2012, Recurso de Apelación nº 148/2011, Id Cendoj28079220012012200001. También en este caso, tres magistrados formularon voto particular invocando por una parte una muy discutible interpretación de los Convenios de Ginebra según la cual, tratándose de crímenes de guerra, no operaría la subsidiariedad, y rechazando por otra que la investigación abierta en Estados Unidos fuera eficaz y suficiente. Como más adelante se dirá, el primer argumento ha sido reiterado por el juez Pedraz para rechazar el sobreseimiento automático del asunto sobre el genocidio en Tíbet tras la entrada en vigor de la LO 1/2014. Véase *infra*, apdo. VII.2.

⁸⁶Estimó el Alto Tribunal que, por parte del órgano de instancia, ni se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ni se había producido una aplicación errónea del principio de subsidiariedad, confirmando por tanto el carácter efectivo de las investigaciones estadounidenses. TS, Sala de lo penal (Sección primera), Auto nº 1916/2012, de 20.XII, JUR 2013/25911. Toda la documentación sobre este asunto aquí citada está disponible en el sitio web de Rights International Spain en la siguiente dirección: <http://ris.hrahead.org/>.

país en “la resolución de los conflictos internacionales a través de la no violencia y el fomento de la paz”⁸⁷. Impugnado el citado auto en apelación, el recurso sería desestimado por la sala de lo penal de la Audiencia Nacional, en lo que ahora interesa, confirmando la legalidad constitucional e internacional de la restricción operada por la nueva ley⁸⁸. Y suerte parecida corrió el subsiguiente recurso de casación, inadmitido por el Tribunal Supremo un año después⁸⁹.

La dualidad de asuntos tibetanos abiertos en la Audiencia Nacional iba a deparar sin embargo una sorpresa. Pese a la identidad de querellantes en uno y otro asunto, sólo en el procedimiento ante el Supremo se suscitó la nacionalidad española del único acusador particular en ambos procedimientos. Ello, unido a que el titular del JCI n.º 2 no pareció estimar oportuno suscitar la cuestión de la continuidad del procedimiento tras la entrada en vigor de la ley, es lo que parece haber determinado que el presente asunto tomara los derroteros que ya se comentaron, con la ampliación de la querella al ex presidente chino Hu-Jintaoy la decisión de emisión de las órdenes internacionales de arresto frente a los querellados en octubre y noviembre de 2013 respectivamente⁹⁰.

La reafirmación de la jurisdicción de los tribunales españoles también tuvo lugar, esta vez de forma expresa y sobre la base de la nacionalidad española de tres de los cuatro querellantes particulares y su implicación en otro proceso penal seguido en España, en el *segundo asunto relativo al centro de detención de Guantánamo*⁹¹.

Por lo demás, la afirmación de la jurisdicción española realizada en diversas instancias antes de la entrada en vigor de la ley, no parece que fuera replanteada en otros asuntos pendientes, sea por existir agraviados de nacionalidad española (como en el asunto *Ruanda*⁹²), sea por concurrir algún otro vínculo de conexión relevante con España

⁸⁷ JCI n.º 1, Auto de 26.II.2010, Diligencias Previas 242/2008.

⁸⁸ Audiencia Nacional, Sala de lo penal (pleno), Auto de 27.X.2010, Diligencias Previas 242/05, N.º de recurso 20/2010, Id Cendoj28079220012010200036.

⁸⁹ TS, Sala de lo penal (Sección Primera), Auto núm. 1566/2011 de 6 octubre, JUR 2011\393191.

⁹⁰ Véase supra, apdo. III.

⁹¹ JCI n.º 5, Auto de 27.I.2010, Diligencias Previas 150/09-N. La competencia de la jurisdicción española en este asunto sería confirmada posteriormente por la Audiencia Nacional en relación con uno de los querellantes de nacionalidad no española, valorando a efectos de afirmar la existencia de un vínculo de conexión relevante con España su nacimiento en Alhucemas, dentro del antiguo Protectorado español en Marruecos, su residencia en nuestro país durante más de diez años y el hecho de que su presencia en España era el resultado de su extradición por Estados Unidos a nuestro país, donde sería procesado y absuelto. Audiencia Nacional, Sala de lo penal (pleno), Auto 215/2011, de 6.IV.2011, Recurso de apelación n.º 66/2010, Id Cendoj28079220022011200003.

⁹² El asunto Ruanda tiene su origen en una querella planteada por la ONG *Fórum Internacional para la Verdad y la Justicia en el África de los Grandes Lagos* contra una cuarentena de militares supuestamente implicados en graves atrocidades, constitutivas de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, que habrían sido cometidas bajo los auspicios del Frente Patriótico Ruandés tanto en Ruanda como en República Democrática del Congo a partir preferentemente de 1994, incluyendo la muerte de seis religiosos y tres cooperantes de nacionalidad española. Admitida a trámite en 2005 (JCI n.º 4, Auto de 6.IV.2005, Diligencias Previas n.º 55/2005), en 2008 se dictó auto de procesamiento y se ordenó el libramiento de las oportunas órdenes de busca y captura contra cuarenta de los acusados (J.C.I. N.º 4, Auto de 6.II.2008, Sumario 3/2008). Las citadas resoluciones están disponibles en la web de la organización impulsora de la querella en la siguiente dirección de internet: <http://www.veritasrwandaforum.org/resoluciones.htm> (visitada el 14.III.2014). Véase, igualmente, “The

(asunto *vuelos de la CIA*⁹³). Todo lo contrario, desde entonces se produjeron significativos desarrollos en los casos *Guatemala*⁹⁴, *Couso*⁹⁵, *Carmelo Soria*⁹⁶, *Sahara Occidental*⁹⁷, *El Salvador*⁹⁸ o *Batallón de la Calavera*⁹⁹, y se han iniciado al menos

Spanish Indictment of High-ranking Rwandan Officials”, *J Int Criminal Justice*, vol. 6 (2008), pp. 1003 y ss. Sin que pueda confirmarse si tiene algo que ver con lo dicho *supra*, en nota 70, lo cierto es que, pese a seguir formalmente abierto, no consta a quien esto escribe que se haya desarrollado actuación adicional alguna en relación con este asunto.

⁹³ En relación con el asunto *vuelos de la CIA*, tan solo se tiene constancia, por una parte, de las actuaciones orientadas a la toma de declaración de sendos periodistas en Reino Unido y Alemania dirigidas a revelar la identidad de los tripulantes del vuelo que, partiendo de Mallorca, llegaron a Scopje para detener a Khaled El-Masri y llevarlo a Afganistán (ALTOZANO, M., “El juez busca la verdadera identidad de los espías que tripularon los vuelos de la CIA”, *El País*, 1.X.2012); y, más recientemente y por otra, de la solicitud del Ministerio Fiscal de archivo provisional del asunto en octubre de 2013 por falta de datos para llevar adelante el asunto y la subsiguiente petición por los querellantes de la imputación de cuatro funcionarios de los ministerios españoles de Defensa y Exteriores por su supuesta implicación en los hechos (IRUJO, J.M., “Solicitada la imputación de cuatro españoles por los vuelos de la CIA”, *EL País*, 6.XI.2013).

⁹⁴ Muy avanzada la tramitación parlamentaria de la reforma de 2014, el juez Pedraz declaró concluida la instrucción y, tras recordar –como por lo demás había hecho ya el TS en 2003– el asalto a la embajada española y la existencia de al menos otras cuatro víctimas de nacionalidad española, dictó auto de prisión provisional contra los ex jefes de gobierno Efraín Ríos Montt y Oscar Humberto Mejía Vítores, el ex Presidente de la República Fernando Romeo Lucas García, el ex Ministro de la Gobernación Donaldo Álvarez Ruiz, el ex Ministro de Defensa Ángel Aníbal Guevara Rodríguez, el ex Jefe de Estado Mayor Benedicto Lucas García, y el ex Director General de la Policía Germán Chupina Barahona, ordenando el libramiento de las oportunas órdenes internacional y europea de detención y entrega. JCI nº 1, Auto de 13.III.2014, Diligencias previas 331/1999-10.

⁹⁵ Después de que el TS ordenara por segunda vez la reapertura del caso relativo a la muerte del cámara de Tele 5, ocurrida en el Hotel Palestina de Bagdad durante la toma de la capital iraquí por parte de las tropas estadounidenses, por estimar improcedente la apreciación por la sala de lo penal de la Audiencia Nacional de la inexistencia de indicios de delito y considerar vulnerado el derecho de defensa (TS, Sala de lo Penal -Sección 1ª-, Sentencia nº 691/2010 de 13 julio, RJ\2010\7339), el juez de instrucción dictó nuevamente en octubre de 2011, auto de procesamiento contra los tres militares estadounidenses implicados en el incidente. JCI Nº 1, Auto de 4.X.2011, Sumario 27/2007. Está disponible en la siguiente dirección de internet: <http://josecouso.info/2011/11/02/auto-de-procesamiento-del-4-de-octubre-de-2011/> (visitada el 14.III.2014).

⁹⁶ Después de admitirse a trámite la querella presentada por la Fundación Española Presidente Allende y por la viuda de la víctima por presuntos delitos de genocidio, asesinato y detención ilegal cometidos en Chile en julio de 1976 sobre la persona del funcionario de Naciones Unidas de nacionalidad española Carmelo Soria (JCI nº 5, auto de 17.XI.2009, Sumario 19/1997, disponible en <http://elclarin.cl/fpa/pdf/CasoSoriaAutode17112009.pdf>), el juez Pablo Ruz dictó auto de procesamiento contra siete antiguos miembros de la Dirección Nacional de Inteligencia por su implicación en los hechos, ordenando el libramiento de las oportunas órdenes internacionales de detención (JCI nº 5, auto de 29.X.2012, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/soria5.html>).

⁹⁷ Dos son los asuntos pendientes en la Audiencia Nacional relacionados con la ex colonia española. El primero, seguido ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5, tiene su origen en una querella presentada por la Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharauis (AFAPREDESA) por genocidio, torturas y desapariciones presuntamente ocurridas entre 1976 y 1987 en el territorio ocupado por Marruecos dirigida entre otros contra diez responsables de la Gendarmería Real y de la Policía marroquí (Auto del JCI nº 5, de 29 de octubre de 2007). En septiembre de 2013, un equipo de investigación, forense y laboratorio genético de la Universidad del País Vasco, certificó y documentó la existencia de dos fosas comunes en la región de Smara. C.M. BERISTAIN, C.M. y ETXEBERRIA GABILONDO, F., *Meheris. La esperanza posible. Fosas comunes y primeros desaparecidos saharauis*, UPV-Hegoa, Donostia, 2013. A resultados del citado informe, y de una nueva querella presentada por la Asociación pro Derechos Humanos de España, en febrero de 2014, el juez Ruz decidió ampliar la investigación a nuevos altos cargos marroquíes. Respecto del segundo asunto, originado por una querella

otros tres nuevos (casos *Campo de refugiados de Ashraf*¹⁰⁰, *Vielman*¹⁰¹ y *Flotilla de la Libertad*¹⁰²).

presentada por la Liga española de Derechos Humanos en nombre de la familia de uno de los fallecidos en el asalto por parte de las fuerzas de seguridad marroquíes del llamado “Campamento de la Dignidad” en El Aaiún en noviembre de 2010, el JCI nº 2, por Auto de 2 de febrero de 2011, y antes de decidir la admisión a trámite de la querella, instó el libramiento de comisión rogatoria a las autoridades marroquíes a los efectos de que informaran sobre el eventual desarrollo de actuaciones en Marruecos que revelaran la existencia de una investigación efectiva de los hechos denunciados.

⁹⁸ En el asunto relativo a los sucesos acaecidos en la Universidad Centroamericana de El Salvador y el asesinato de ocho personas, entre ellas seis sacerdotes españoles que se habían mostrado especialmente activos en fomentar las negociaciones de paz, el cual había sido admitido a trámite meses antes de la reforma (JCI nº 6, auto de 12.I.2009, Diligencias Previas 391/08) el juez Eloy Velasco dictó en mayo de 2011 auto de procesamiento y ordenó el libramiento de órdenes internacionales de busca y captura contra nueve de los encausados, incluyendo entre ellos a Humberto Larios, ex Ministro de Defensa, Juan Orlando Zepeda, ex Vice Ministro de Defensa, René Emilio Ponce, ex Jefe del Estado Mayor, o Inocente Orlando Montano, ex Vice Ministro de Seguridad Pública. JCI nº 6, Auto de 30.V.2011, Sumario 97/10, Diligencias Previas 391/08. Está disponible en internet en la siguiente dirección: <http://cja.org/downloads/JesuitsArrestWarrants.pdf> (visitada por última vez el 14.III.2014).

⁹⁹ El mencionado asunto tiene su origen en una querella presentada por un superviviente y tres familiares de víctimas del campo de concentración de Mauthausen y dirigida contra cuatro guardias del mismo que se integraban en las SS *Totenkopf* residentes en Estados Unidos. Mientras que uno de ellos –John Demjanjuk– era extraditado a Alemania y juzgado en ese país, en septiembre de 2009 se dictó auto de procesamiento contra los otros tres como cómplices de genocidio y crímenes contra la humanidad (JCI nº 2, Auto de 17.IX.2009, Sumario 56/2009-C). Tras recibirse contestación de la fiscalía de Múnich informando que Demjanjuk estaba siendo juzgado por hechos distintos, se dictó auto de procesamiento también contra él (JCI nº 2, Auto de 7.I.2011). A la edad de noventa y un años, Demjanjuk sería después condenado en Alemania por la matanza de más de veinticinco mil judíos en el campo de concentración de Sobibor (GÓMEZ, J., “El nazi Demjanjuk no irá a la cárcel pese a su condena de cinco años”, *El País*, 12.V.2011), falleciendo poco después (“Fallece el criminal nazi John Demjanjuk en un asilo bávaro de Alemania”, *El Correo*, 18.III.2012). El texto de la querella y otra documentación relevante sobre este asunto está disponible en el sitio web de equipo Nizkor en la siguiente dirección de internet: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/> (visitada el 5.III.2014).

¹⁰⁰ El citado asunto, seguido ante el JCI nº 4, tiene por objeto la investigación de las querellas presentadas contra altos responsables militares iraquíes por las masacres y graves violaciones de los derechos humanos que se produjeron el 8 de abril de 2011 y el 1 de septiembre de 2013 en el campo de refugiados iraníes de Ashraf (Iraq), presuntamente constitutivas de infracciones graves al IV Convenio de Ginebra. Véase, “España investigará un ataque iraquí a un campo de refugiados iraníes”, *Efe*, 5.I.2011; y “El Juez Andreu cita a declarar en mayo como imputado al asesor de seguridad del primer ministro iraquí”, *Europa Press*, 18.XII.2013.

¹⁰¹ En noviembre de 2013 y a petición de la Fiscalía, el juez Gómez Bermúdez dictó auto de procesamiento contra el ex ministro de gobernación de Guatemala, Carlos Vielman, con doble nacionalidad de ese país y española desde 2009 y detenido en España en 2010, por ser presuntamente el promotor de un plan de ejecución extrajudicial de presos amotinados en las prisiones *Granja Modelo de Rehabilitación Pavón y Fraijanes II*, de cuya puesta en práctica habrían resultado diez asesinatos entre 2005 y 2006. JCI. nº 3, Auto de 4.XI.2013. “El juez Gómez Bermúdez procesa a un exministro guatemalteco por el asesinato de diez presos”, *Público*, 4.XI.2013.

¹⁰² El 21 de mayo de 2010 dos asociaciones -Asociación Cultura y Paz y Comité de Solidaridad por la Causa Árabe- interpusieron ante la Audiencia Nacional una querella por presuntos delitos de crímenes de guerra, lesa humanidad, asalto en aguas internacionales, secuestro y detenciones y deportaciones ilegales, contra los responsables del asalto, por parte de las Fuerzas de Defensa Israelíes (IDF), de cinco buques que, bajo la denominación de “Flotilla de la Libertad”, pretendían romper el bloqueo de Gaza. Como resultado del asalto, resultaron muertos nueve civiles embarcados en el buque de bandera turca *Marvi Marvara*—ocho turcos y un norteamericano de origen turco–, y resultaron detenidos más de seiscientos cooperantes, de ellos tres de nacionalidad española. La querella se dirigía contra siete altos cargos políticos y militares israelíes, entre ellos el primer ministro, B. Netanyahu, y el ministro de Exteriores, A.

VII. DERECHO INTERNACIONAL Y CONSIDERACIONES DE OPORTUNIDAD EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 23LOPJ

A la hora de valorar la modificación introducida por la LO 1/2014, y sin entrar en razonamientos de puro Derecho interno vinculados con su compatibilidad con los artículos 24 o 125 de nuestra Constitución¹⁰³, quizá convenga diferenciar los elementos de legalidad de los de pura oportunidad presentes en la reforma. Llamativo resulta, en este sentido, no sólo que la exposición de motivos de la ley se centre exclusivamente en los primeros, sino también que en ella se presente una reforma de tan profundo calado como si de una exigencia del Derecho internacional se tratara:

“(L)a realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional (sic)”¹⁰⁴.

1. La legalidad internacional de la práctica española en materia de jurisdicción internacional

La duda de legalidad que ahora se arroja sobre la práctica española precedente resulta llamativa por dos tipos de razones. En primer lugar, porque a diferencia de lo que en ocasiones ha ocurrido en otros países de nuestro entorno, la mencionada práctica se ha

Lieberman. Sobre el incidente al que se refiere la demanda, FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “El ataque israelí a la Flotilla de la Libertad, el apoderamiento ilícito de buques en alta mar y el bloqueo de la Franja de Gaza”, en R. Huesa Vinaixa (Coord.), *Entre la excepción jurídica y la irrelevancia del Derecho. Estudios de Derecho internacional en torno al conflicto palestino-israelí*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 129 y ss. En el marco de las diligencias previas 197-2010-J y a través de diversos autos, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 ha ordenado librar comisiones rogatorias a Turquía (autos de 30.VII.2010 y de 15.XI.2012) y a Israel (auto de 29.XI.2011) a fin de obtener información sobre la existencia de una investigación efectiva sobre los hechos en esos países. La documentación oportuna está disponible en el sitio web de *Rights International Spain* en la siguiente dirección de internet: http://ris.hrahead.org/casos_/otros-casos-de-interes/jurisdiccion-universal/lafлотilladelalibertad (visitada el 15.III.2014).

¹⁰³ Las mencionadas dudas de constitucionalidad, suscitadas por el titular del JCI nº 4 en los asuntos *Ruanda* y *Campo de Refugiados de Ashraf*, y que parecen haber encontrado amplio eco entre los Fiscales de la Audiencia Nacional, se centran esencialmente en la disposición transitoria única y, de prosperar, darían al traste con el pretendido archivo de los casos pendientes. FABRA, M., y PÉREZ, F.J., “El Consejo Fiscal afea al Gobierno la reforma exprés de la jurisdicción universal”, *El País*, 21.III.2014. El sobreseimiento automático dispuesto por la mencionada disposición transitoria ha sido también cuestionado, como después se verá, por el JCI nº 1 en el asunto *Couso*, y podría ser puesto también en tela de juicio en otros asuntos referidos a hechos en los que existen víctimas de nacionalidad española, como los seguidos ante el JCI nº 6 en el caso *El Salvador* y que podrían ser provisionalmente calificados, de acuerdo con la legislación española, de delitos de terrorismo, cosa que ya ocurrió durante las primeras fases de los juicios argentinos y chilenos ante el JCI nº 5.

¹⁰⁴ LO 1/2014, Exposición de Motivos, párrafo 2º.

mostrado desde el principio escrupulosamente respetuosa con las reglas que de manera más amplia y pacífica son consideradas como limitativas de la jurisdicción extraterritorial de los Estados. Así, quizá convenga comenzar recordando que en ninguno de los casos a los que se ha pasado revista en este trabajo, que son los que han generado la sensación de que es necesaria una reforma, los tribunales españoles se han tenido que fundar en la máxima *malecaptus, bene detentus* para afirmar la procedencia de la jurisdicción española. Y ello por la sencilla razón de que en ninguno de ellos se ha pretendido ejercer la coerción material en el exterior. En plena coherencia con el mandato formulado por la CPJI en el viejo asunto del *Lotus*¹⁰⁵, la afirmación de la jurisdicción universal de los tribunales españoles respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional lo ha sido, pues, en el estricto respeto de la integridad territorial de los Estados en los que los sospechosos se encontraban, en relación con los cuales lo más que se ha hecho ha sido impetrar su cooperación, casi siempre con escaso éxito¹⁰⁶.

Lo propio cabe decir en lo que respecta al denominado principio de subsidiariedad de la jurisdicción universal¹⁰⁷, en cuya virtud el ejercicio del mencionado título de jurisdicción viene condicionado a la ausencia de persecución de los hechos en cuestión en el/los Estados con más directos vínculos de conexión, especialmente el del lugar de comisión, sea por falta de voluntad, sea por falta de capacidad. Más allá de las discrepancias sobre el modo más procedente de aplicarlo¹⁰⁸, lo cierto es que el archivo

¹⁰⁵“Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that –failing the existence of a permissive rule to the contrary– it may not exercise its power in any form in the territory of another States. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention”. PCIJ, *The Case of the S.S. Lotus*, Judgment n° 9, 1927 September 7th, Publications of the Court, series A, n° 10, pp. 18-19.

¹⁰⁶ La excepción a este respecto está representada, en el marco de los juicios argentinos, por la extradición de Ricardo Cavallo a España desde México para ser enjuiciado por genocidio y terrorismo. Tras el inicio de los enjuiciamientos en Argentina por crímenes de lesa humanidad, Cavallo fue a su vez extraditado a este último país en marzo de 2008. “El ex militar argentino Ricardo Cavallo sale de prisión para ser extraditado a Argentina”, *El Mundo*, 30.III.2008. Fue juzgado, junto a otros trece encausados, en la causa “ESMA II”, resultando condenado por el Tribunal Oral Federal n° 5, en sentencia de 26.X.2011, a cadena perpetua.

¹⁰⁷ Por más que no le gustara el término a la minoría disidente que formuló el voto particular conjunto a la Sentencia *Guatemala* (que prefirió hablar de concurrencia de jurisdicciones y prioridad competencial de la jurisdicción territorial, sent. cit., FF.D. 3° y 4°) la expresión resulta ampliamente utilizada tanto en el ámbito de la jurisprudencia española como en el ámbito internacional con el fin de aludir a la regla de la que estamos hablando.

¹⁰⁸ La cuestión fue objeto de cierta polémica con ocasión del asunto *Guatemala*. Mientras que el pleno de la Sala de lo Penal de la AN exigía un umbral de prueba extraordinariamente exigente, basado en la constatación de inactividad de la jurisdicción local por impedimentos legislativos, o de la negación manifiesta al ejercicio de la acción penal (Auto de 13.XII.2002), la Sentencia del TS de 25.II.2003 estimó el recurso de casación contra la citada resolución por entender que la apreciación realizada implicaba una valoración de la capacidad de hacer justicia de los tribunales de otro Estado, la cual solo puede corresponder al ejecutivo (F.D. 5°). Frente a ello, la minoría disidente estimó en su voto particular que la apreciación debe corresponder a los propios órganos judiciales españoles, sin quedaba reclamarse “la acreditación plena de la inactividad o ineffectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial (...)” siendo suficiente para la admisión de la querella la “aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad de ‘facto’” (F.J. 4°). Este último criterio fue el mantenido posteriormente por el TS en los asunto *Perú*

de las actuaciones relativas a los asuntos *Perú*¹⁰⁹, *Salah Sehadho* al entramado jurídico de Guantánamo¹¹⁰, o la extradición a Argentina a partir de 2005 de varios implicados en el sumario abierto en los llamados juicios argentinos (R. Cavallo, R. Tadei, R. Almirón y J.C. Fotea¹¹¹) son elementos que ponen de manifiesto la cabal –y a veces demasiado generosa¹¹²– aceptación por nuestros tribunales de la prioridad del *aut judicare aut dedere*.

E igualmente respetuosa con la legalidad internacional se ha mostrado la jurisprudencia española en lo que se refiere a las inmunidades de los altos representantes de otros Estados. Es posible detectar, incluso, una significativa contribución de nuestros tribunales a perfilar el *status quo* actual en materia de relaciones entre el principio de responsabilidad penal internacional del individuo y las reglas de inmunidad. De una parte, en la línea mantenida por tribunales británicos y belgas (*Pinochet*), holandeses (*Bouterse*) o senegaleses (*Habré*), los tribunales españoles (*Pinochet*, *Rios Mont*, *Mejía Victores*, *Lúcas García*, *Yiang Zemin*, *Li Pen*, *Hu Jintao*...) no han visto en la condición de antiguo jefe de Estado o de Gobierno o de Ministro de Asuntos Exteriores impedimento para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, anticipándose y confirmando la regla de la prevalencia de la inmunidad *ratione personae* de los altos cargos en ejercicio. Pero, de otra, las inadmisiones a trámite de querellas interpuestas, entre otros, contra Hassan II, Teodoro Obiang, Fidel Castro, Hugo Chávez o P. Kagame se inscriben claramente en la línea sostenida por la CIJ en el denominado asunto *Yerodia*¹¹³.

(TS, Sala de lo penal–Pleno–, Sentencia 712/2003, de 20.V, JUR 2003/3910, F.D. 6º) o *Scilingo* (TS, Sala de lo penal -, Sentencia 1362/04, de 15 de noviembre, RJ 2004/6783).

¹⁰⁹ “(E)xisten datos” –se señala en la sentencia del TS recién citada– “como expresa sucintamente el auto impugnado, en el sentido de que el cambio político acontecido en el Perú ha determinado la iniciación de procesos penales contra varios de los querrellados, alguno de los cuales se encuentra o ha encontrado en prisión y otros, muy relevantes” –en inequívoca alusión a A. Fujimori– “en situación de rebeldía. En consecuencia, no puede aceptarse que concurra en el momento actual la necesidad de intervención de la jurisdicción española en virtud del principio de jurisdicción universal, por lo que el recurso debe ser desestimado” (F.J. 6º).

¹¹⁰ Sobre tales asuntos, véase *supra*, apdo. VI.

¹¹¹ Además de R. Cavallo (*supra*, nota 104) Ricardo Tadei fue extraditado el 26 de abril de 2007 (Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, auto de 19.X.2006, rollo de apelación nº 292/06; y “España aprueba la 2ª ampliación de extradición del argentino Ricardo Tadei”, Ministerio de Justicia, Nota de Prensa, 22.II.2008), Rodolfo Almirón el 19 de marzo de 2008 (“Interpol trae a Almirón para ser juzgado”, *Clarín*, 6-III-2008), y Juan Carlos Fotea en enero de 2007 (“España autorizó la extradición de un represor de la ESMA”, *Clarín*, 26-I-2007).

¹¹² Véase lo dicho sobre los asuntos *Salah Sehadho* o *Entramado jurídico de Guantánamo*, *supra*, apdo. VI. Por lo demás, hace tiempo que la primera actuación de los Juzgados Centrales de Instrucción sobre los asuntos basados en el artículo 23.4 LOPJ era ordenar la formulación de comisiones rogatorias a los países implicados a fin de que las autoridades correspondientes informaran sobre las investigaciones realizadas sobre los hechos denunciados.

¹¹³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2000, *CIJ Reports 2002*, pp. 3 y ss. Sobre el citado asunto puede verse, en nuestra doctrina, FERRER LLORET, J., “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, *ADI*, vol. XVIII, 2002, pp. 320-325; JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia Universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad ¿una encrucijada dualista para el Derecho internacional?”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 18 (2002), pp. 63 y ss.; o PUEYO LOSA, J., “Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 83 (2004), pp. 28 y ss.

El escrupuloso respeto de la regulación internacional en la materia en nuestra jurisprudencia ha llevado incluso a nuestros tribunales a incurrir en lo que probablemente sea un exceso legalista, del que por cierto además, parecen derivarse consecuencias en el ámbito de la aplicación de la disposición transitoria de la nueva ley. La anomalía que suponía la falta de mención expresa de los crímenes de guerra entre los delitos a los que se aplicaba –precisamente hasta la reforma de la LO 1/2014- el artículo 23.4 LOPJ, fue paliada por el Tribunal Supremo en la primera de sus dos sentencias en el caso *Couso*¹¹⁴ considerando que su aplicación a las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 quedaba salvada a través de la cláusula residual del mencionado precepto legal, de acuerdo con la cual dicho precepto resultaba también aplicable a cualquier otro delito “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”.

La consideración según la cual el artículo 146 del cuarto Convenio de Ginebra impone una obligación operativa *urbi et orbi*, independiente de la presencia o no del sospechoso en el propio territorio¹¹⁵, puede tener ciertamente encaje en el tenor literal del precepto, pero no resulta avalada ni por la interpretación del párrafo en su conjunto¹¹⁶, ni por la práctica generalizada subsiguiente de los Estados¹¹⁷, ni por la interpretación que del mismo parece haber hecho la Comisión de Derecho Internacional¹¹⁸, ni por los propios

¹¹⁴ STS (Sala de lo penal, Sección primera) 1240/2006, de 11 diciembre, RJ 2006\8241, F.D. 7º. No se debe olvidar que, no estando reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el principio de personalidad pasiva como título atributivo de jurisdicción en el ámbito penal, el caso *Couso* ha debido canalizarse en nuestro país por la vía de la jurisdicción universal del artículo 23.4 LOPJ.

¹¹⁵ No es posible dedicar aquí mayor atención a otros argumentos, un tanto reduccionistas y solo comprensibles cuando son planteados desde el mundo del *activismo*, basados en considerar que la obligación de nuestros tribunales de ejercer la jurisdicción universal *in absentia* derivaría de la cláusula *Martens*, de la naturaleza imperativa de las normas cuya vulneración se sanciona con los crímenes de trascendencia internacional (véase, J.D. SIMON, “Jurisdicción universal: la perspectiva del Derecho Internacional Público”, *REEI*, vol. 4 -2002-, pp. 31 y ss.), o de los derechos de las víctimas a la justicia y la reparación. Respecto de estos últimos, quizá deba recordarse que tales derechos constituyen la cara de una moneda cuyo reverso está representado por unas obligaciones positivas de los Estados en orden a la prevención, represión y reparación de las graves violaciones del DIH y del DIDH, que no pueden entenderse desconectadas de las reglas de Derecho Internacional General en materia de eficacia territorial de las normas, por una parte, y en el ámbito de la atribución en el ámbito de la responsabilidad internacional, por otra. Para un excelente análisis de este tipo de cuestiones, con especial atención tanto a la doctrina de la CIJ (en particular, asunto Genocidio de 2007) como de los órganos de garantía de los derechos humanos, BALLESTEROS MOYA, V., *La atribución al Estado del comportamiento de los particulares en el ámbito de la responsabilidad internacional*, Tesis Doctoral inédita, UCLM, Albacete, 2013, pp. 561 y ss. y 815 y ss.

¹¹⁶ De conformidad con el precepto, “(c)ada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad. Podrá también, *si lo prefiriese*, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra Parte contratante, haya formulado contra ella suficientes cargos” (cursiva añadida). El párrafo en cuestión parecería así regular un derecho de opción del que solo disfrutaría el Estado de custodia.

¹¹⁷ Es un dato empíricamente constatable que ningún otro Estado del mundo parece sentirse obligado a ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes de guerra cometidos en el exterior por extranjeros contra extranjeros.

¹¹⁸ Al regular las obligaciones de represión nacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, entre los que se incluyeron, como crímenes de guerra, las infracciones graves a los Convenios

trabajos preparatorios del precepto. Tal y como se reconoce en el autorizado comentario de J. Pictet, redactado por los propios juristas del CICR que elaboraron los convenios, “la fórmula adoptada se inspiró en el principio *aut dedere aut punire*”¹¹⁹, de manera que el precepto puede ser considerado como el antecedente de su más precisa formulación en tratados posteriores de derecho internacional penal y penal internacional que, inequívocamente, exigen ya la presencia del sospechoso en el territorio¹²⁰. Lo curioso del caso es que esa interpretación¹²¹, unida a impecables consideraciones sobre nuestro sistema constitucional de relaciones Derecho Internacional-Derecho interno relativas a la prevalencia aplicativa que el artículo 96 de la Constitución reconoce a los tratados sobre las normas con rango de ley, reforzada en este caso por la consideración del cuarto Convenio de Ginebra como un tratado sobre derechos humanos a los efectos del artículo 10.2 CE, constituye el argumento esgrimido por el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1 para estimar inaplicable la disposición transitoria de la nueva ley y negar consiguientemente que proceda el sobreseimiento del caso *Couso*¹²².

Así las cosas, el único aspecto en el que podrían suscitarse dudas respecto de la legalidad de la práctica española preexistente tiene que ver con la todavía hoy irresuelta cuestión de la admisibilidad de la jurisdicción universal pura o *in absentia*, ámbito en el que tanto en el seno de la CIJ¹²³ como en nuestro Tribunal Supremo¹²⁴ se ha venido

de Ginebra, la CDI restringió la obligación de represión para los Estados que no tienen vínculo territorial o nacional con los hechos y bajo la rúbrica “Obligación de conceder la extradición o de juzgar”, al Estado “en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido” el crimen. Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, art. 9, Anuario CDI 1996, p. 34. Sobre los trabajos de la CDI al respecto, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 118 y ss.

¹¹⁹ *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Volume IV, CICR, Ginebra, 1958, p. 628 (traducción del autor).

¹²⁰ Los convenios posteriores, en efecto, dejan claro que la única obligación que se impone a las partes en el ámbito de la jurisdicción universal es la que deriva, en caso de presencia del sospechoso en el propio territorio, del principio *aut judicare aut dedere*. Véanse, entre otros, el art. 4.2 de la Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1973, en el art. 7.1 de la Convención contra la tortura de 1984 o el art. 9.2 de la Convención contra la desaparición forzada de personas. De conformidad con el tenor del primero: “El Estado Parte *en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4*, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”. La cursiva es añadida.

¹²¹ La posición mantenida por el TS y por el juez Pedraz basada en considerar que los Convenios de Ginebra imponen una obligación de ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*, podría tener no obstante algún respaldo en la interpretación realizada en el estudio promovido por el CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, en donde sin demasiada rotundidad se proclama que los Estados tienen la obligación de investigar los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales o sus Fuerzas Armadas, pero “(t)hey must also investigate other war crimes over which they have jurisdiction and, if appropriate, prosecute the suspects” (Rule 158). Vendría a decirse con ello que, aun sin estar obligados a establecer la jurisdicción universal *in absentia*, en caso de preverla internamente, los Estados estarían obligados a ejercerla. HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law. Vol. I: Rules*, ICRC y Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 607 y ss.

¹²² JCI nº 1, Auto de 17.III.2014, Sumario 27/2007.

¹²³ Si bien, a petición de las partes, la CIJ no llegó a pronunciarse sobre el tema en el asunto relativo a la *orden internacional de arresto*, cuatro jueces se manifestaron en contra de la legalidad de la jurisdicción universal *in absentia* (véanse las opiniones separadas de los jueces GUILLAUME -para. 12-, RANJEVA -para. 8-, REZEK -para. 6- y BULA BULA -para. 40-), mientras que otros cuatro lo hicieron a favor de su

manteniendo una suerte de *empate técnico* sobre su admisibilidad o no en Derecho Internacional. Abortada la posibilidad de un pronto pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia sobre el tema¹²⁵, y a la espera de que los Estados se decidan de una vez por todas a clarificar la cuestión¹²⁶, tres tipos de argumentos pueden esgrimirse a favor de la compatibilidad con el Derecho internacional de la jurisdicción universal *in absentia*.

En primer lugar, si bien es cierto que no son muchos los Estados que han reconocido expresamente en sus legislaciones tal modalidad de la jurisdicción universal y muchos menos los que la han ejercido (Israel, España, Alemania, Bélgica, Francia, Nueva Zelanda, Argentina...) no deja de ser cierto que otros Estados han aceptado su ejercicio, dando curso a solicitudes de extradición por ellos planteadas (Estados Unidos, Reino Unido, México...), y muchos más la han aceptado al participar en convenios internacionales que, tras referirse a la facultad o la obligación de las partes de contemplar en su legislación los restantes títulos de jurisdicción para la represión de conductas odiosas (torturas, desapariciones forzosas...) incluyen una fórmula según la cual “no se excluye ninguna jurisdicción adicional ejercida de conformidad con el

compatibilidad con el Derecho internacional (véanse las opiniones separadas de los jueces HIGGINS, KOOIJMANS y BURGENTHAL -para. 56- y VAN GINDERACHTER -para. 56-).

¹²⁴ En el asunto *Guatemala*, la *ratio decidendi* de la posición mayoritaria en el TS tenía que ver con la afirmación según la cual “(c)omo principio, y con carácter general, la previsión de la ley española ha de hacerse compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, tal como es entendido por los Estados” (F.J. 7º), siendo así que “hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción” (F.J. 8º). Frente a ello, la minoría disidente estimaba que, sin perjuicio de la posibilidad de introducir criterios de corrección orientados a “evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos, y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional” (F.D. 11º), “(e)xiste consenso doctrinal en que esta norma” –en referencia al 23.4 LOPJ– “acoge el principio de Justicia Universal, en el sentido de que la jurisdicción española viene atribuida exclusivamente en consideración a la naturaleza del delito, sin tener en cuenta donde fue cometido, ni la nacionalidad de la víctima o la del autor” (F.D. 6º), sin que quepa “apreciar que el ejercicio de esta jurisdicción universal en los términos prevenidos en el citado art. 23.4º se encuentre en contradicción con otros principios de derecho internacional, sino que es plenamente conforme con dichos principios” (F.D. 10º).

¹²⁵ El asunto relativo a *Ciertos procedimientos penales (República del Congo c. Francia)* tenía como telón de fondo el enjuiciamiento por un juzgado francés del ministro del interior de Congo-Brazzaville y su pretensión de tomar declaración al presidente D. Sassou Ngueso. La parte demandante basó su demanda, además de en la inmunidad *ratione personae* de este último, en la violación del principio de igualdad soberana (art. 2.1 Carta ONU) como consecuencia de la atribución unilateral de una competencia universal en materia penal. La petición del fiscal de limitar las actuaciones a los investigados con residencia habitual en Francia primero, y la decisión de un tribunal de apelación de Versalles contraria al enjuiciamiento de N Gueso por disfrutar de inmunidad, llevaron a que la demandante desistiera de su demanda y la CIJ decretara en consecuencia el archivo del asunto. *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, *ordonnance du 16 novembre 2010*, C.I.J. *Recueil* 2010, p. 635.

¹²⁶ Aunque el tema se ha abordado en la Sexta Comisión, todavía no se ha alcanzado acuerdo alguno sobre el curso a dar a los trabajos desarrollados a partir de la Resolución 64/117 de la Asamblea General, en virtud de la cual, y sobre la base de la información y las observaciones recibidas de los Estados miembros, el Secretario General elaboró e hizo público el documento *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General*. 29.VII.2010, Doc. A/65/181.

Derecho interno”¹²⁷. En segundo lugar, algunos pronunciamientos sobre la materia en prestigiosos foros internacionales, si bien sostienen que el ejercicio de la jurisdicción universal presupone la presencia del sospechoso a disposición de las autoridades, lo hacen sin excluir la realización *in absentia* de labores de investigación y la activación de los mecanismos de cooperación judicial internacional orientados a la detención y entrega de los sospechosos¹²⁸. Por último y, sobre todo, porque en presencia de crímenes habitualmente cometidos desde o con la connivencia de las propias estructuras del poder estatal, y ante las debilidades de la incipiente jurisdicción penal internacional, limitar las facultades de actuación a la presencia en el territorio o a la existencia de otros vínculos de conexión es garantía casi absoluta de frustración en un buen número de casos de las incuestionables reglas internacionales que exigen la represión de los crímenes más graves de trascendencia internacional¹²⁹.

2. La legalidad internacional de la reforma: la exigencia de requisitos añadidos a la presencia del sospechoso en el territorio español para el ejercicio de la jurisdicción universal *in praesentia*

El reproche de ilegalidad que se encuentra en la Exposición de Motivos de la LO 1/2014, abonaría la idea de la existencia de una voluntad legislativa dirigida a restringir la jurisdicción universal de los tribunales españoles a los casos en que su ejercicio tiene carácter obligatorio según el Derecho internacional. Lo más llamativo, sin embargo, es que con esa *aproximación de mínimos seguramente se haya pecado por defecto*. Nada puede objetarse al reconocimiento de la competencia de los tribunales españoles para conocer de estos delitos cuando, aun en el extranjero, han sido cometidos por nacionales españoles, ya que se trata de una simple aplicación del título de jurisdicción que, después del de territorialidad, más predicamento tiene a nivel global. Y algo parecido cabría decir de su extensión a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra –pero no a la tortura ni a la desaparición forzada– cometidos por extranjeros con residencia habitual en España si se repara en que bien podría considerarse como una proyección del anterior y, además, diversas legislaciones lo contemplan como un criterio de razonabilidad que justificaría el ejercicio de la jurisdicción universal¹³⁰.

¹²⁷ Véase el art. 5.3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984; o el artículo 9.3 de la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006.

¹²⁸ En su Resolución sobre “la competencia universal en materia penal respecto del crimen de genocidio, de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra” aprobada en la sesión celebrada en Cracovia en agosto de 2005, el *Institut de Droit International* afirmó sí que “el ejercicio de la competencia universal requiere la presencia del sospechoso en el territorio del Estado que le persigue”, pero no sin antes advertir que ello es “dejando a un lado los actos de instrucción y las solicitudes de extradición”. La citada resolución está disponible en http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf. Y, del mismo modo, según se afirma en el comentario editado por S. MACEDO, aunque no se afirma expresamente en ellos, algunos de los denominados Principios de Princeton admiten implícitamente que un Estado inicie un proceso penal, conduzca una investigación, dicte un auto de procesamiento, o solicite la extradición, cuando el acusado no está presente. “Commentary”, en MACEDO, S. (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Filadelfia, 2004, p. 29.

¹²⁹ Para un desarrollo mucho más amplio del tema, puede verse SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal...*, cit., pp. 240 y ss., y 268 y ss.

¹³⁰ Véase *supra* (apartado VI) lo dicho, entre otras, sobre las legislaciones belga o francesa.

Como ya se ha advertido en el subapartado anterior, no han tenido que pasar ni tres días desde la entrada en vigor de la reforma para que desde la propia judicatura se haya mantenido que la reforma vulnera los preceptos de los Convenios de Ginebra por la falta de previsión de una jurisdicción universal *sine praesentia* sobre las violaciones que en ellos se califican como infracciones graves, y a las dudas antes expresadas sobre la citada interpretación nos remitimos ahora. Pero al margen de ello, lo que parece obvio es que al menos en lo que afecta a los crímenes a los que se refiere este estudio, los redactores de su articulado han querido restringir el posible ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles a los casos en que ello es obligatorio según el Derecho Internacional, es decir, a la llamada jurisdicción universal obligatoria, la cual se circunscribe a los supuestos en que el sospechoso se encuentra en el propio territorio.

El problema es que, a la hora de delimitar el único supuesto de jurisdicción universal que subsiste tras la reforma en nuestro ordenamiento, el legislador no se ha contentado con exigir simplemente esa presencia. En el caso de la tortura y la desaparición forzada, porque además de la presencia se exige la nacionalidad española de la víctima en el momento de la comisión del delito. Y en relación con los llamados *core crimes*, porque la operatividad de la jurisdicción universal en estos casos se hace depender de que el procedimiento se dirija contra un extranjero “cuya extradición hubiera sido denegada”. En ambos casos se trata de una toma de posición tan restrictiva que hay sólidos motivos para pensar que con la nueva ley se peca por defecto, quién sabe si con una intencionalidad no revelada orientada a corregir, con la vista puesta en las actuaciones argentinas sobre los crímenes del franquismo, la posición de nuestro país sobre la admisibilidad de la jurisdicción universal en Derecho internacional.

En relación con las torturas y desapariciones forzadas, y de la lectura combinada de los subapartados b) y c), por una parte, y de la cláusula residual del apartado p), por otra, resulta que nuestros tribunales no podrán ejercer su jurisdicción respecto de los sospechosos de haber cometido estos delitos en el extranjero que se encuentren en España si las víctimas no eran españolas en el momento de su comisión¹³¹ o si España no ha denegado la extradición de aquéllos. El supuesto así delimitado, frente a lo que pudiera parecer, resulta en la práctica absolutamente excepcional si se tiene en cuenta que estamos hablando de crímenes que habitual o necesariamente cometen ciudadanos extranjeros en su propio país y sirviéndose de unas estructuras de poder desde las que difícilmente se reclamará la cooperación internacional para su persecución. Es precisamente por ello por lo que la Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Habré* dejó bien sentado, en un argumento que resulta extrapolable directamente a las desapariciones forzadas, que el precepto de la Convención contra la tortura que establece el *aut judicare aut dedere* (artículo 7.1) “impone al Estado afectado la obligación de someter el asunto a sus autoridades competentes para el ejercicio de la

¹³¹ Aunque no es éste el momento de desarrollar el argumento, cabría preguntarse si la diferenciación que se hace entre españoles de origen y españoles naturalizados, con evidentes implicaciones en el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, no implica una discriminación proscrita por el artículo 14 de la Constitución.

acción penal, *independientemente de la existencia, previamente, de una solicitud de extradición referente al sospechoso*”¹³².

Peor es incluso la situación en lo que se refiere al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, respecto de los que la denegación de la extradición es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de la jurisdicción universal *in praesentiam* incluso cuando existan víctimas con nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos. Aunque es cierto que, salvo cuando tales crímenes revisten también la forma de torturas o desapariciones forzosas, la obligación de juzgar o extraditar carece de respaldo convencional, resulta difícil negar que en la práctica internacional existen elementos suficientes como para afirmar la existencia de una *opinio iuris generalis* favorable a su existencia como norma consuetudinaria. Sin entrar ahora en detalles, a tal conclusión puede llegarse, entre otros, de un argumento *a fortiori* desarrollado a partir de la amplia aceptación de los convenios antes mencionados que proscriben conductas equivalentes aunque, por menos masivas o sistemáticas, no tan graves; de la previsión por la CDI de tal obligación para los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad; de la proclamación en el preámbulo del Estatuto de la CPI de la existencia de una obligación de todos los Estados de reprimir este tipo de crímenes que quedaría reducida a la nada si no se reconociera en estos casos; o de las reiteradas resoluciones de la Asamblea General que, al contemplar los principios en materia de represión de este tipo de crímenes, reconocen la existencia de responsabilidades y obligaciones para todos los Estados que se concretan, entre otras cosas, en impedir que quienes los cometan puedan encontrar refugio en cualquier país¹³³.

3. Elementos de oportunidad en la supresión del modelo español de jurisdicción universal

Aclarada la confusión a la que podría inducir la exposición de motivos de la ley y sentado que, junto a las formas obligatorias basadas en la presencia del sospechoso en el territorio, existen también en Derecho Internacional formas facultativas que se muestran como una suerte de “oferta de jurisdicción” a los Estados¹³⁴, resulta conveniente especular en torno a los motivos de oportunidad que han llevado a nuestro legislador a adoptar una respuesta tan extremadamente minimalista como para que pueda dudarse seriamente sobre si no se han traspasado, por abajo, los límites normativos. Y decimos

¹³² *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Senegal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, para. 94. Para un más amplio examen del citado asunto, WECKEL, PH., “Arrêt du 20 juillet 2012 : Question Concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)”, *RGDIP*, vol. 116 (2012), pp. 907 y ss.; o M. SOSA NAVARRO, “La evolución de la obligación de extraditar o juzgar a través del caso Hissène Habré”, *REEI*, vol. 26 (2013).

¹³³ Puede verse más ampliamente, A. SANCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción Universal...*, *op. cit.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 262 y ss.

¹³⁴ Sobre la distinción entre formas facultativas y obligatorias de jurisdicción universal, clave a su vez para diferenciar argumentos de legalidad internacional y de oportunidad en la valoración de la reforma, véase MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, *U. Miami International and Comparative Law* (2000-2001), pp. 171 y ss.; E. ORIHUELA CALATAYUD, “Justicia Universal y Derechos Humanos”, en J. Soroeta Licerias (Ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Servicio de Publicaciones UPV, Zarautz, 2002, pp. 128 y ss.; o M.D. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial UPV, Zarautz, 2004, pp. 369 y ss.

especular porque, obviamente, los verdaderos motivos están ausentes de la parte del texto legal que sedicentemente los expone.

Un primer tipo de argumentos esgrimidos para fundar una posición restrictiva podrían reconducirse a la idea de *efectividad*, y vendrían a subrayar la supuesta descompensación entre los esfuerzos invertidos en los casos activados sobre la base del artículo 23.4 LOPJ y los resultados conseguidos. Respecto de los supuestamente magros réditos de la práctica española en la materia, es cierto que la condena de *A. Scilingo* por crímenes contra la humanidad representa el único ejemplo de castigo efectivo de crímenes más graves de trascendencia internacional por nuestro país sobre la base del principio de jurisdicción universal. Pero también lo es que, además de ofrecer un mínimo de satisfacción a los pisoteados derechos a la investigación, represión y reparación que corresponden a las víctimas, no es descabellado sostener que los casos abiertos en España constituyen un factor más, probablemente no el más relevante pero sí innegable, en los procesos de superación de la impunidad reinante abiertos en algunos de los países afectados y, muy especialmente, en Argentina¹³⁵. E independientemente de ello, en pura lógica, la respuesta en caso de acogerse el argumento debería ir en la línea de buscar más cooperación internacional para la captura y entrega de los sospechosos, y no en la de promover menos jurisdicción universal.

Un segundo tipo de consideraciones de oportunidad giran en torno a argumentos de *coherencia*, los cuales han acompañado a la práctica española en la materia desde sus orígenes, cuando en el fragor del caso *Pinochet* el ex canciller Insulza reclamaba para la transición chilena el mismo respeto que había recibido una transición española construida en buena medida sobre la Ley de Amnistía de 1977. No hay que descartar, como ya se ha dicho, que este tipo de argumentos hayan pesado en los artífices de la LO 1/2014, aunque obvio es decir que no con la intención de restablecer la coherencia por la vía de acatar las recomendaciones de los organismos internacionales de garantía de los derechos humanos y poner fin a la impunidad por los gravísimos crímenes cometidos, sobre todo, durante la guerra civil¹³⁶, y dicho sea de paso, no solo por el

¹³⁵ A raíz de la aprobación de la Ley 25.779 de 2003, por la que se decretaba la nulidad de las leyes de obediencia debida y de punto final, la Corte Suprema de Justicia Nacional de la República Argentina dictó en 2005 una sentencia a través de la cual se reafirmaba la inconstitucionalidad de las citadas leyes y se decretaba la reapertura de ciertos casos archivados en aplicación de las mismas. “Simon y del Cerro s/ privación ilegítima de la libertad” (14-VI-2005, Expte. S.1767.XXXVIII). Quizá no esté de más recurrir otra vez a la hemeroteca a la hora de testimoniar el reconocimiento de la contribución española al fin de la impunidad en Argentina. Véase EFE, “El Congreso argentino ovaciona al ex juez Garzón”, *El Mundo*, 1.III.2012.

¹³⁶ Aunque es usual situar en Alemania y en el Decreto *Nachtund Nebel* (*Noche y Niebla*) de 1941, el origen de las prácticas de desapariciones forzadas, numerosos datos históricos sitúan pocos años antes en la península ibérica el inicio de la ejecución de planes sistemáticos y generalizados similares que se extendieron hasta bien entrada la década de los cincuenta del pasado siglo y que dejaron toda la geografía nacional plagada de las ignominiosas fosas del franquismo. Sobre la respuesta de los organismos internacionales de garantía de los derechos humanos a la ausencia de actividades de investigación y represión en España, CHINCHON ALVAREZ, J., *El tratamiento de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho Internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012; y PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Derecho a la verdad y desapariciones forzadas durante la guerra civil y el franquismo: una perspectiva desde el Derecho Internacional”, en R. Escudero Alday y C. Pérez González (eds.), *Desapariciones...*, cit., pp. 55 y ss.

bando nacional. Podría incluso pensarse que la exigencia de que existan víctimas españolas en el momento de la comisión de los hechos para que pueda ejercerse la jurisdicción universal *in praesentia* respecto de torturas y desapariciones forzadas, puesto que resulta vana y superflua ya que no impide ese ejercicio cuando no hay víctimas españolas como consecuencia de la cláusula residual del subapartado p), o es una torpeza fruto del descuido y el desconocimiento de la más reciente jurisprudencia internacional en la materia, o es una forma deliberada y subliminal de contestación, cuando no un intento de deslegitimación, de las actuaciones judiciales argentinas relativas a los crímenes del franquismo.

Sin desconocer lo anterior, parece más que evidente que son argumentos, llamémosles, de *conveniencia* política, los decisivos, ahora y en 2009, en la reforma del modelo. Tales argumentos se centran en la respuesta a la siguiente pregunta: ¿Vale la pena asumir, en la situación actual, el coste que representa el ejercicio de la jurisdicción universal y, en caso afirmativo, hasta qué punto?

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Es obvio que, pese a los innegables avances experimentados por el Derecho Internacional Penal en las últimas dos décadas, todavía sigue existiendo un enorme agujero negro por el que se desvanecen las legítimas aspiraciones de lucha contra la impunidad. Sin entrar ahora en mayores disquisiciones sobre hacia donde viene poniendo su objetivo y la comprensible incomodidad de quien no sin cierta razón se siente situado de manera desigual en el campo de mira, hay que recordar que la CPI se configuró como una jurisdicción de futuro y no hacia el pasado, y que además es una institución que tiene las manos muy o absolutamente atadas, según el correspondiente estatus en el Consejo de Seguridad, respecto de los crímenes que se cometen en o por los nacionales de los más de setenta Estados que no son partes en el Estatuto. En esa zona negra, la jurisdicción universal ha tenido siempre un importante papel que jugar en la realización de los valores y principios esenciales sobre los que se asienta el Derecho internacional contemporáneo y, dicho sea también con rotundidad, en la garantía del cumplimiento de las normas positivas que los protegen en forma de crímenes más graves de trascendencia internacional. Y en ese sentido, quizá no sea del todo exagerado decir que desde la Escuela de Salamanca pocas contribuciones desde nuestro país al desarrollo del Derecho Internacional habían tenido tanto eco como la que representa nuestra práctica en materia de jurisdicción universal.

El problema radica, por decirlo de una manera sencilla, en que como una especie de William Wallace sin seguidores, nos hemos quedado solos, ya que los países de nuestro entorno que nos acompañaron en los inicios, han ido poco a poco dejándonos aislados. Podría decirse que en el Derecho comparado, si bien la jurisdicción universal no se ha eliminado, sí que ha sido *domada* mediante su sometimiento a un tamiz político en forma de reconocimiento de una suerte de derecho de veto más o menos sutil a favor del Ejecutivo. Como se acredita suficientemente en uno de los mejores estudios realizados sobre la práctica en la materia, del que se ha dado cuenta en las páginas anteriores, España era ya prácticamente el único país que no contaba en su legislación con algún mecanismo

para evitar que la jurisdicción universal se proyectara más allá de los encausados *low cost*. Y basta con repasar la trayectoria que siguieron en otros países algunos de los más *delicados* asuntos que acabaron siendo asumidos por la Audiencia Nacional tras ser inadmitidos en esos países, para concluir que nuestro país tenía todas las papeletas para tener que enfrentarse a serios problemas. No es exagerado decir, a tenor de los asuntos relacionados con la “guerra global contra el terrorismo” o las órdenes internacionales contra dos sucesores del *Gran Timonel*, que nuestro modelo de jurisdicción universal había llegado a toparse con dos de los tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad que no aceptan la competencia de la CPI, y que si no amenazaba, sí que incomodaba de manera creciente e imparable al mismísimo núcleo del poder político global.

En ese contexto, cabe plantearse cuál de las cuatro grandes respuestas imaginables habría sido más recomendable. La primera, que es la que parece seguir la ley, supone renunciar a la jurisdicción universal hasta donde permite el Derecho Internacional, y dejar de lado o buscar por otros derroteros el compromiso con los intereses esenciales comunes implícitos en las normas humanitarias. La segunda, consistente en introducir filtros políticos, supone asumir que, como una versión contemporánea de “vencedores y vencidos”, la contribución a la justicia global a través del principio de universalidad termina donde el coste político y económico de su ejercicio aconseje sustituirlo por la política internacional. Esta solución, seguida masivamente en nuestro entorno, profundiza en los “dobles estándares” tan propios de la política y el Derecho internacional, y además, tal vez tenga algún problema de encaje constitucional en nuestro ordenamiento a tenor de las relaciones entre la acción penal y el derecho a la tutela judicial efectiva. La tercera, ya ensayada por el Tribunal Supremo en el asunto Guatemala o por el propio legislador en la reforma de 2009, consistiría en prevenir los casos problemáticos de ejercicio de la jurisdicción universal definiendo cuidadosamente los criterios de conexión habilitantes. Pero al margen de que, como demuestra la experiencia, no asegura el resultado de prevenir los problemas “de alta intensidad”, esta última opción, sin dejar de ser algo más sutil, se presta también como la anterior a objeciones basadas en el desigual empleo de la justicia que proyecta. La última encajaría dentro de lo que los enemigos de nuestro anterior modelo han calificado un tanto despectivamente como quijotesas, y anteponiendo los principios humanitarios a los intereses políticos y económicos consistiría en aceptar que la justicia, además de universal, ha de ser igual para todos, sea al coste que sea.

Qué solución elegir, como ya se dijo, depende de la respuesta a la cuestión de si los ciudadanos de una potencia media y en crisis como España están dispuestos a aceptar un coste, que no es en absoluto imaginario ni evitable en la situación actual, por la contribución de su país a la lucha contra la impunidad y, en caso afirmativo, hasta qué punto. El debate durante la tramitación de la ley no ayuda precisamente a disipar dudas, pero, más allá de reivindicar algo más que el escrupuloso respeto de la jurisdicción universal impuesta por el Derecho internacional, resulta lamentablemente difícil exigir a nuestro país una implicación tan intensa en la responsabilidad común de proteger los intereses esenciales como la que deriva de la última de las opciones señaladas. Desgraciadamente, la realidad nos dice que una idea parecida a la que subyace al sugerente título que se dio en español a la excelente película de S. Kramer sobre los juicios de Núremberg (*Vencedores o vencidos*), sigue estando vigente.