

Derechos humanos y principio de justicia universal

por Joaquín Giménez García

*Conferencia pronunciada
el 20 de abril de 2010*

Forum Deusto

Derechos humanos y principio de justicia universal

Joaquín Giménez García
Magistrado del Tribunal Supremo

I. Introducción

Ha sido larga la evolución de la humanidad hasta arribar a la conciencia colectiva de que hay determinados delitos que por su enormidad no pueden quedar impunes en ningún caso cualquiera que sea el lugar de su comisión.

Es por ello que existe una conexión íntima entre Justicia Universal y Derechos Humanos, cuyo origen histórico próximo, aparte de otros antecedentes a los que me referiré se encuentra en las atrocidades cometidas en la segunda guerra mundial.

Los Derechos Humanos protegen la dignidad del hombre al que ponen como centro de su atención y constituyen lo que podría llamarse la dimensión ética del derecho.

Frente a una ética descriptiva y neutral que se limitaría a dar cuenta de las especialidades de los diversos sistemas jurídicos existentes sin tomar partido por uno de ellos y sin buscar un núcleo o mínimo común denominador vertebrado alrededor de la dignidad del hombre, los Derechos Humanos actúan como el núcleo duro de una ética normativa que vertebrada alrededor de la dignidad del hombre, fija unas exigencias comunes para cualquier sistema jurídico, teniendo como centro de su reflexión a la dignidad de la persona humana.

Hoy sin duda alguna, nos encontramos en una sociedad plural y globalizada en la que conviven diversos códigos de todo tipo, morales, normativos, sociales, religiosos, etc. etc., sin embargo en todos ellos debe de ser exigible la existencia de un catálogo de derechos que salvaguarden la dignidad del ser humano.

El pluralismo es hijo de la tolerancia y ésta se define en negativo: hay cosas que son intolerables porque tolerar no es ni puede ser algo

ilimitado, como dice Sartori: «*la tolerancia se opone a los dogmatismos y es recíproca: ser tolerante con los demás, esperando, a su vez ser tolerado por ellos*», pero desde un plano de igualdad, no estimando ser superior nuestra cultura de la de los otros pero con un mínimo común denominador compartido y que debe actuar como el núcleo duro que permite una sociedad compuesta, con pluralidad de valores y opiniones pero todos respetuosos con los derechos de la persona. Por eso sociedad plural no es equivalente a sociedad multiétnica en la medida que ésta actúa como círculos cerrados sin conexión, y por tanto la sociedad plural reconoce el conflicto, porque toda sociedad, y más las nuestras son sociedades que en cuanto democráticas reconocen el conflicto y tienen vías de solución.

La alteridad —los otros— es un complemento necesario de nuestra identidad porque unos y otros habitamos el mismo espacio, pues bien, un elemento de ese mínimo común denominador de identidad compartido desde el respeto al pluralismo ideológico, ético, social y religioso, es precisamente el respeto a los Derechos Humanos.

En otras palabras los derechos forman parte de la esfera de lo indecible en palabras de Ferrajoli, es decir que queda extramuros de la facultad normativa de los parlamentos elegidos democráticamente, porque la dignidad del hombre es anterior a la sociedad, por eso los ataques a ese núcleo duro constituyen actos intolerables que en modo alguno deben de ser permitidos, ni aún con el argumento de mayorías parlamentarias.

Y en esta materia de la proclamación de los Derechos Humanos, importa más que la propia proclamación de los mismos en las Constituciones, la existencia de mecanismos de control que los hagan efectivos y en este sentido el recordatorio al principio de efectividad reconocido en el art. 9.3 de la Constitución resulta esencial.

Como precursor de la idea de Justicia Universal puede citarse a Hugo Grocio. Este jurista holandés experto en derecho natural y considerado como uno de los fundadores del Derecho Internacional en 1625 puso los primeros cimientos del principio:

«también debe saberse que los reyes, y aquellos que tienen un poder igual al de los reyes, tienen el derecho de infligir penas no sólo por las injusticias cometidas contra ellos y sus súbditos, sino aún por aquellos que no los afectan particularmente, y que violan hasta el exceso el derecho de la naturaleza o de gentes, respecto de cualquiera que sea (el autor de los excesos). Porque la libertad de proveer por medio de castigos a los intereses de la sociedad humana, que en el

comienzo, como lo dijimos, pertenecía a los particulares, ha quedado, después del establecimiento de los Estados y de las jurisdicciones a las potencias soberanas...» (Grocio, H., *De iure Belli ac Pacis*, Libro III).

Por su parte, Suárez, jesuita e inspirador de Grocio, recordaba cómo las primeras calificaciones de conductas constitutivas de crímenes que afectaban al Derecho de Gentes, como la prohibición de esclavizar a prisioneros de guerra y la piratería se remontan al III Concilio de Letrán de 1179. Suárez afirmó que la guerra contra la piratería llama a los hombres a las armas por la violación general del derecho de la humanidad y el mal hecho a la naturaleza humana.

También en nuestro Siglo de Oro, Diego de Covarrubias defendió con ahínco el principio de justicia universal, al considerarse partidario de la extraterritorialidad absoluta de la Ley Penal para todos los delitos graves y nos decía: *«son tan graves que su impunidad, a causa del grave escándalo, sirva de insigne ejemplo y de prevención a futuros delitos a cualquier república»*.

Ya en tiempos modernos, en 1872 Gustave Moynier lanzó la idea de establecer una instancia internacional dedicada a hacer aplicar, directamente, sobre los individuos, las normas del Derecho Humanitario que empezaba a desarrollar la Cruz Roja.

Gustave Moynier, nacido en 1826, ginebrino, se licenció en Derecho en París en 1850. Su vida transcurrió entre tres instituciones:

- a) La Sociedad de utilidad pública general.
- b) La Cruz Roja.
- c) El Instituto de Derecho Internacional creado en Gante el año 1873.

II. **Positivación del Principio de Justicia Universal y de la Universalización de los Derechos Humanos**

Como *primer texto* legal puede estimarse la Convención de 1864 para la protección y garantía de los soldados heridos y enfermos en campaña. El año anterior acababa de nacer el Comité Internacional de la Cruz Roja, y la Convención indicada suponía el primer texto legal en garantías y efectividad del principio humanitario que dio vida a la Cruz Roja.

La segunda positivación fue consecuencia derivada de los horrores de la II Guerra Mundial que dieron lugar a los Convenios de Ginebra de 1949, integrados por cuatro Convenios y dos Protocolos Adicionales.

Los Convenios son:

- Para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- Para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en el mar.
- Relativo al trato de los prisioneros de guerra.
- Relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

Los Protocolos son dos:

- I. Relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales.
- II. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

El art. 3 común a los cuatro Convenios, está considerado como la primera norma jurídica internacional de carácter convencional específicamente aplicable a los conflictos armados no internacionales. Este artículo ha sido calificado como «*convenio en miniatura*».

Dicho art. 3 dice:

«*se prohíbe en cualquier tiempo y lugar*», lo que le da una permanencia y extraterritorialidad al mandato.

¿Cuál es el mandato de prohibición respecto de las personas protegidas? Están prohibidos:

- a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, específicamente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, tortura y los suplicios.
- b) La toma de rehenes.
- c) Los atentados contra la dignidad personal, y especialmente los tratos humillantes y degradantes.
- d) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un Tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Como se ve, de forma sintética se enuncia el núcleo de los derechos humanos fundamentales que los Estados tienen obligación de respetar en todos los casos de conflicto armado *no* internacional.

Por eso esta cláusula incluida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 fue un logro revolucionario. Como dijo Gasser, suponía «...*la primera quiebra en el marco de la soberanía del Estado...*».

Este artículo viene a constituir el mínimo de humanidad respecto de la protección de los derechos humanos que no tienen parte activa en las hostilidades, o hayan dejado de hacerlo.

No se define conscientemente qué ha de entenderse por «*conflicto armado no internacional*».

Con la finalidad de desarrollar y completar el art. 3 común, como se ha dicho, a los cuatro Convenios, se adoptó en 1977 el Protocolo Adicional II a los Convenios, relativos a la protección a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional en el que se contiene una definición de conflicto armado *no* internacional.

Según el art. 1 del Protocolo II, éste se aplicará a los conflictos que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte entre sus fuerzas armadas y otras fuerzas armadas disidentes o grupos organizados que bajo la dirección de un mando responsable ejerzan un control en parte del territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas.

Quedan excluidas las situaciones de tensiones internas y disturbios tales como motines, y actos esporádicos de violencia o análogos.

En realidad el Protocolo II solo se aplicaría solo a las guerras civiles clásicas.

De esta suerte el Derecho Internacional Comunitario tiene una doble naturaleza: consuetudinaria en sus orígenes, y codificada, singularmente a partir de la Convención de Ginebra de 1949, aunque ya desde 1864 existía texto escrito, como ya he dicho.

La *tercera* positivación se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948.

Si hasta entonces los primeros pasos del derecho internacional estaban motivados por la idea de humanizar la guerra, en la Declaración Universal de Derechos Humanos la protección se globaliza a toda la Humanidad. Preámbulo:

«...Considerando que el descontento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie, ultrajantes para la conciencia de la Humanidad, y que se ha proclamado como aspiración más elevada del hombre el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, librados del terror y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de creencia...».

«...Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...».

Finalmente, como *cuarta* positivación se debe citar el Convenio de 8 de Diciembre de 1948 para la prevención y sanción del genocidio (en vigor en España desde el 13 de Diciembre de 1968).

Retengo el art. I de dicha Convención: *«las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar»*.

Hasta aquí, nos hemos movido en el campo de los grandes principios y declaraciones de derechos, falta, faltaba, el mecanismo de hacerlos efectivos porque en esta materia, se estará de acuerdo que, al menos, tan importante como las declaraciones de derechos, es el establecimiento de sistemas de coacción que hagan efectivos y no ilusorios los derechos que se reconocen.

Derecho sin mecanismo que garantice su efectividad queda o puede quedar reducido a una mera declaración de intenciones, cuya vulneración queda impune.

No basta con denunciar la injusticia, es preciso arbitrar expedientes que hagan efectivas las consecuencias de las vulneraciones.

III. Tribunales Internacionales. Primeras Experiencias

Aparecen a consecuencia del impacto derivado de los horrores nazis y japoneses durante la II Guerra Mundial, y suponen el primer intento de materialización del principio de justicia universal y por tanto de la criminalización de la barbarie.

Son dos, como de todos es sabido.

Tribunal Militar de Nuremberg (1945)

Constituyó el primer referente efectivo del Derecho Penal Internacional.

No estuvo exento de crítica concretada en varios aspectos:

- Discusión sobre su legitimidad política y jurídica.
- La alegación de que fue el éxito de la justicia de los vencedores.
- La inexistencia de juicios por los crímenes de guerra cometidos por los aliados.
- La aplicación retroactiva de las penas y el principio de legalidad planteó el interrogante sobre si los hechos eran punibles y típicos de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario.
- También se criticó la falta de motivación de las condenas y de su punibilidad.

A pesar de estas críticas el «Derecho de Nuremberg» constituye una pieza esencial del Derecho Penal Internacional.

Como mera referencia estadística, diré que se acusaron a 24 personas y se juzgaron a 21, los tres restantes, uno se suicidó, otro fue declarado incapaz y otro fue condenado en rebeldía.

Tribunal Militar para el Lejano Oriente (1946), o Tribunal de Tokio

Se juzgaron crímenes contra la paz, contra la guerra y crímenes contra la Humanidad. Las sesiones se iniciaron en Mayo de 1946 y se prolongaron hasta Noviembre de 1948. Todos los acusados —25— fueron condenados. Como es sabido en el acto de rendición de Japón el 2 de Septiembre de 1945, se excluyó expresamente de cualquier responsabilidad al Emperador.

Destaca respecto del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, que así como éste estuvo formado por las cuatro potencias vencedoras en Europa, el Tribunal de Tokio fue más amplio: se formó por once Magistrados de otras tantas nacionalidades.

Ambos fueron Tribunales multinacionales no internacionales en sentido estricto.

Además de estos dos Tribunales Internacionales, las Potencias vencedoras en la II Guerra Mundial, de acuerdo con la Declaración de Moscú de 1943 y el Estatuto de Londres de 1945 (que creó Nuremberg y Tokio) ejercieron su jurisdicción por los hechos cometidos en su terri-

torio y contra sus ciudadanos, ya que ambos Tribunales, tenían reservada su jurisdicción para los grandes criminales de guerra.

Para el enjuiciamiento en las diferentes zonas de ocupación o estados liberados se utilizó el propio sistema judicial del país, aunque fueran Tribunales militares.

Estos procesos se sucedieron en los diversos países hasta el año 1949. De entre ellos se pueden citar:

- a) Los juzgados por Tribunales norteamericanos, tanto en Nuremberg (como el caso Jaegerstab), como en Roma (caso Dostler) o en Filipinas (caso Yamashita). Contra sus sentencias se dio recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos.
- b) Juzgados por Tribunales británicos como el caso Pellens, estando el Tribunal compuesto, en parte, por ciudadanos británicos.
- c) Juzgados por Tribunales griegos, franceses y rusos.

Los problemas de legalidad, punibilidad y retroactividad de la Ley Penal, e incluso la incompatibilidad de este incipiente Derecho Penal Internacional con el derecho interno de los países concernidos, quedó despejado pronto como consecuencia de la recepción por parte de estos tribunales locales del Derecho Penal Internacional consuetudinario de la reglamentación por lo que se rigieron los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

De alguna manera, una vez acreditado que los acusados lo fuesen por violación del Derecho Internacional, quedaban desplazadas todas las dudas referentes a la impertinencia de aplicar la Ley de un estado determinado para la punición de los crímenes de guerra.

Por eso es difícil encontrar un nexo común legislativo, más allá del «Derecho de Nuremberg» para los juicios celebrados por los Tribunales Locales de los diversos Estados.

IV. Instrumentos Jurisdiccionales para la efectividad de los Derechos Humanos

1. Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales 1950

Europa ha sido, históricamente, una adelantada en la proclamación, y sobre todo en buscar formas de efectividad de los derechos

proclamados. A subvenir esta necesidad surgió el Convenio de 1950 que frente a la solemne declaración Universal de Derechos de 1948, aquí se ve un mecanismo efectivo para la defensa supranacional de esos derechos, lo que supuso la ruptura de algunos postulados de derecho internacional clásico considerados, hasta entonces, como fundamentales.

En efecto, si la Carta de S. Francisco de 1945 —germen de ONU— consagró el principio de no injerencia en asuntos internos como elemento de convivencia, en el Convenio se consagra el derecho de injerencia en todo lo referente a Derechos Humanos. El Estado tiene obligaciones jurídicas con el individuo, sin que sea necesario el vínculo de la nacionalidad, el individuo goza de protección no por ser ciudadano, sino por ser persona.

Paralelamente a ello, se concede a todo individuo el derecho de denunciar a cualquier estado parte del Convenio, incluso a aquél del que es nacional el individuo. Se arbitra un recurso individual y se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD DE SUS SENTENCIAS

Hay que reconocer que la posibilidad de ejecución de las sentencias emanadas del TEDH sigue siendo una cuestión controvertida en nuestro derecho.

Existe una coincidencia doctrinal en relación a la necesidad de apurar las posibilidades argumentales para lograr la eficacia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Recientemente España ha ratificado el Protocolo n.º 14 de la Convención Europea (firmado el 10 de Mayo de 2005 y ratificado el 15 de Marzo de 2006). Dicho Protocolo da una nueva redacción al art. 46 del Convenio Europeo proclamando la fuerza obligatoria de las resoluciones del TEDH y atribuyendo al Comité de Ministros un papel destacado en la superación de los obstáculos que se opongan a la efectividad de lo acordado.

Dice el actual texto del art. 46:

«...Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias del Tribunal en los litigios que sean parte. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros que velará por su ejecución...».

Sin embargo, el Protocolo no ha entrado en vigor todavía. El art. 19 del mismo exige que hayan transcurrido tres meses desde la ratificación por todos los Estados, y Rusia —miembro del Consejo de Europa— todavía no lo ha ratificado.

Nuestro Tribunal Constitucional ya en la primera sentencia que abordó este tema, —STC 245/1991— ha confirmado el carácter meramente declarativo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De todas las condenas que ha tenido España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —algo más de de una veintena, aproximadamente— solo en una, —el caso Barberá Mesegué y otros— se produjo una efectiva aceptación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en forma de sentencia dictada por el propio Tribunal Constitucional que declaró la nulidad de la STS y del propio Tribunal Constitucional como única reparación posible de la vulneración declarada del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En los demás casos, no se ha producido una reparación equitativa.

El auto de 29 de Abril de 2004, el Tribunal Supremo aborda esta cuestión reenviándola al Parlamento, a fin de que se busque una solución legislativa.

A falta de cobertura legislativa el Tribunal Supremo también ha propugnado una interpretación flexible del vigente recurso de revisión, a fin de aceptar que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declare la violación del Convenio Europeo, puede tener el carácter de hecho nuevo a los efectos del recurso de revisión del art. 954-4º.

En este sentido se puede citar el auto de la Sala II de 21 de Octubre de 2001, si bien en el caso concreto, se denegó la revisión por existir otras pruebas de cargo independientes de las intervenciones telefónicas declaradas nulas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el derecho francés, tras la modificación de la Ley de 15 de Junio de 2000 se admitió el reexamen de las causas declaradas nulas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a petición del Ministerio de Justicia, Fiscal del Tribunal de Casación o del condenado, cuestión que será resuelta —el reexamen del asunto en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos comprobara la vulneración del Convenio— por una Comisión de siete Magistrados de la Corte de Casación.

2. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1966*

También aquí la declaración de derechos que se contiene en los arts. 1 a 27, solo será relevante en la medida que contenga medios coactivos de imposición al Estado que vulnere el Pacto.

En tal sentido, en el art. 28 y siguientes se establece un Comité de Derechos Humanos, compuesto por 18 miembros de los distintos Estados firmantes (máximo uno por país) ante el que los Estados se comprometen a presentar sus informes.

Ante este Comité se pueden presentar recursos individuales por vulneración del Pacto. España de acuerdo con lo previsto en el art. 41 del Pacto, reconoció la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones que otro Estado parte alegue respecto el incumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto —BOE 4 de Diciembre de 2001, declaración del Gobierno Español del 19 de Diciembre de 1996—.

España ha sido denunciada y condenada varias veces en relación a la vulneración del art. 14-5º del Pacto que prevé que *«toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior conforme a lo previsto en la Ley»*.

Se refiere a la ausencia de la doble instancia penal en los delitos juzgados en primera instancia por las Audiencias Provinciales y cuestiona que el recurso de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo sea un recurso efectivo a los efectos del Pacto.

Ha habido pronunciamientos diversos del Comité de Derechos Humanos, siempre en atención al caso enjuiciado, y así:

Los Dictámenes 1095/2002; 1073/2002; 1101/2002 y 1325/2004 concluyeran que existió vulneración del Convenio.

Por el contrario los dictámenes 1153/2003; 1399/2004 y 1385/2005 concluyeron que no existió vulneración.

En cuanto a la efectividad que tengan sus decisiones, hay que decir que verificado por el Comité la vulneración y que el solicitante tiene derecho a un recurso efectivo y a que la condena del autor sea revisada de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto, se dice que el Estado Parte, está obligado a tomar las medidas necesarias para evitar vulneraciones similares.

En cumplimiento de ello, se creó por L.O. 19/2003 las Salas de Apelación en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y en la Audiencia Nacional —art. 64 bis 73 LOPJ— tales recursos de apelación al día de hoy solo tienen existencia legal.

¿Qué naturaleza tienen las decisiones y observaciones del Comité de Derechos Humanos según nuestro Tribunal Constitucional?

Según la STC 116/2006, las observaciones, que en forma de Dictamen emite el Comité, no son resoluciones judiciales porque el Comité no tiene facultades jurisdiccionales porque el Pacto no le concede tal competencia.

Por otra parte el actual recurso de casación penal español, liberado de formalidades pasadas es un recurso efectivo en la medida que permite el reexamen de la culpabilidad y la pena del condenado.

3. *Otros órganos de ámbito regional encargados de velar por los Derechos Humanos*

— La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 22 de Noviembre de 1969. Esta Convención creó dos órganos para la protección y efectividad de los Derechos Humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta ejerce competencias consultivas y contenciosas, pero no existe un recurso individual ante ella, sino que la jurisdicción contenciosa está reservada a los Estados que hayan aceptado la jurisdicción del Tribunal.

— Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Nairobi).

4. *Tribunales Internacionales ad hoc*

Hay que reconocer que la efectiva vigencia de los Derechos Humanos solo existirá con la existencia de eficaces controles jurisdiccionales y ellos, a salvo, y con las limitaciones ya expresadas, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han constituido el talón de Aquiles. Realmente solo con la creación de los Tribunales Internacionales ad hoc, mixtos o internacionalizados, y que constituye el precedente inmediato de Tribunal Penal Internacional, se puede hablar de eficacia en el respeto a los Derechos Humanos.

Hay, pues, una progresiva y rápida consolidación de un nuevo Derecho Penal de ámbito internacional.

Especial importancia tienen los Tribunales Penales Internacionales de la antigua Yugoslavia y de Ruanda, en los años 1993 y 1994, respectivamente.

Ambos creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en resolución 1329 de 2000.

Otros Tribunales Internacionales:

- Tribunal especial para Sierra Leona 2002.
- Tribunal especial para Camboya 2003.
- Tribunal especial para Timor-Este 2000.
- Tribunal Especial ad hoc de Derechos Humanos de Yakarta-2002.
- Sala de Crímenes de Guerra del Estado de Bosnia y Herzegovina-2005.
- Tribunal especial para el Líbano-2007.

Unos tienen un origen común: están creados por el Consejo de Seguridad de la ONU, a excepción del de Bosnia Herzegovina que lo fue por propuesta del Alto Representante en dicho Estado y del Tribunal Penal Internacional, y otros están creados por acuerdo directo entre el Estado concernido y la ONU —Sierra Leona y Camboya—.

Normalmente, estos Tribunales tienen una naturaleza mixta, y como tales están compuestos por Jueces internacionales y nacionales del país correspondiente, encontrándose integrados dentro de la propia organización judicial del país.

El Tribunal de Bosnia y Herzegovina forma parte del derecho judicial interno, y todos son competentes para juzgar crímenes de genocidios de Lesa Humanidad y de guerra. Mención especial hay que hacer al Tribunal del Líbano y que tiene por finalidad juzgar a los responsables del asesinato del Primer Ministro, Rafí Hariri.

Mención, también, hay que hacer al Tribunal de Irak que es un Tribunal internacional asistido, creado por la Autoridad Provisional de la Coalición y el Consejo de Gobierno de Irak y que condenó a muerte a Sadam Hussein junto con otros altos cargos. Los delitos para lo que es competente son los ya dichos —genocidio, humanidad, crímenes de guerra— y aquí tiene especial relevancia la existencia del pueblo kurdo.

5. *Finalmente hay que consignar el inicio de acciones judiciales por parte de Estados que en su legislación tenían reconocido el principio de Justicia Universal*

Solo me referiré a los casos de Bélgica, Francia, Alemania e Italia.

BÉLGICA

- a) Condena del Tribunal de Bruselas a dos monjas benedictinas, un profesor de la Universidad de Ruanda, un empresario; fueron condenados por crímenes cometidos en conflicto armado interno en Ruanda.
- b) Procedimiento abierto (y archivado) contra el Primer Ministro israelí Ariel Sharon.
- c) Procedimiento contra Hissene Habré expresidente del Chad acusado de genocidio y crímenes contra la humanidad y guerra.

FRANCIA

El Tribunal de casación aceptó la competencia en el caso de Wenceslao Munyeshyaha por crímenes cometidos en Ruanda.

Por el contrario no se aceptó la competencia en el caso Javor, delito contra ciudadanos bosnios.

En el caso Barbie se determinó la competencia de los Tribunales franceses para persecución de delitos contra la humanidad, fuera de sus fronteras.

Caso Alfredo Astiz, militar argentino, por la desaparición de dos monjas francesas. Fue condenado a cadena perpetua, sin embargo el título fue justicia universal más la conexión con la personalidad pasiva de las víctimas, que eran francesas.

En todo caso, es preciso según la legislación francesa que el denunciado esté en territorio galo.

ALEMANIA

Dos causas por genocidio cometido en Bosnia, hubo condena.

Dos procesos por tortura en la cárcel iraquí de Abu Ghraib y en Guantánamo se sobreesayeron las dos al no existir punto de conexión con internos alemanes y de acuerdo con el principio de oportunidades y por no existir posibilidad real de concluir una investigación eficaz.

Uno de los imputados era Donald Rumsfeld, ex secretario de defensa de Estados Unidos.

ITALIA

Tiene reconocido el principio de Justicia Universal, y como criterio de conexión habilitante, la nacionalidad italiana de la víctimas.

Juicio y condena de varios militares argentinos, fueron condenados en rebeldía.

Proceso sobre el secuestro en Milán y traslado a Egipto de forma clandestina del imán Omar Mustafa —Abu Omar—. Se han interesado la extradición de 26 agentes de la Cía. El Estado italiano *no* ha cursado ninguna de ellas.

Abu Omar fue sacado de Italia por la base militar de Aviano, pasó cuatro años en prisiones varias de Egipto, sin juicio.

A la aplicación del principio de Justicia Universal en España me referiré al final de mi exposición.

V. El Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. 17 Julio 1998

La idea de crear un Tribunal Penal Internacional permanente, aparece en la resolución 44/39 de la Asamblea General de 4 de Diciembre de 1989 y se concretó en la Conferencia de Roma que alumbró la Corte Penal Internacional en el año expresado.

Para hacerse idea de la complejidad de la negociación que acabó en la plasmación de la Corte Penal Internacional (CPI), hay que recordar que en la Conferencia de Roma intervinieron delegaciones de 160 Estados, lo que da idea del interés despertado en la Comunidad Internacional.

El Estatuto de Roma de la CPI debe ser interpretado como lo que es: un Tratado multilateral elaborado bajo los auspicios de la ONU y que crea una institución internacional, una institución independiente en un doble sentido.

- Independencia e imparcialidad como cualquier otra instancia jurisdiccional.
- Independencia en el sentido de que es una institución con personalidad jurídica propia, por tanto con recursos autónomos.

Ahora bien, esta independencia no es igual a aislamiento ya que forma parte de la constelación de instituciones que forma parte de la ONU.

El Preámbulo lo declara con claridad.

«...Decididos, a los afectos de la consecución de estos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...».

¿Qué fines son esos?

«...Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes...».

¿Qué crímenes?

Están definidos en los arts. 5 a 9.

- Genocidio.
- Crímenes de Lesa Humanidad.
- Crímenes de guerra.
- Crimen de agresión.

Delitos que se describen minuciosamente a continuación.

La naturaleza de esta institución se encuentra en el acuerdo consensuado de los Estados firmantes, lo que le distingue de los anteriores Tribunales ad hoc citados, aunque hay que reconocer que todavía no se ha reconocido su autoridad ni por tanto su competencia por países como Estados Unidos, China, Israel y la India. Prácticamente la mitad de la población del globo, pero como se ha *dicho* «...en esta materia es tan importante pesar los votos, como contarlos...».

Este cambio de naturaleza es importantísimo, porque todos los Tribunales creados hasta entonces, eran órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad, donde cinco países tienen el derecho de veto, —Estados Unidos, Rusia, China, Francia e Inglaterra— con la consecuencia de que estos países y solo éstos decidían donde y cuando se hacía justicia. Por el contrario la CPI es una institución independiente, permanente y con personalidad jurídica propia, como ya se ha dicho.

Unas pinceladas sobre la regulación del Tribunal

Art. 1 – principio de subsidiariedad en su actuación y por tanto su actuación es complementaria de las jurisdicciones nacionales.

Art. 11 – competencia temporal, solo para los delitos cometidos después de la entrada en vigor.

Art. 17 – Inadmisibilidad de la competencia, si ya está investigando un Estado.

Art. 18 – Antes de actuar la CPI, notificación a los Estados que tengan información del caso concernido para ver si ellos van a actuar (de forma confidencial).

Art. 20 – Cosa juzgada, siempre que el Tribunal nacional haya actuado de forma imparcial y con las garantías debidas o sea un proceso fáctico.

Lógicamente se reconocen los principios del debido proceso:

- Presunción de inocencia.
- Interdicción de dilaciones.

Se reconoce la imprescriptibilidad de los delitos.

Art. 86 – Se fija el deber de cooperación internacional con la CPI. A tal respecto se puede citar la L.O. 18/2003 de 10 de Diciembre.

La L.O. 18/2003 de 10 de Diciembre – de Cooperación con la CPI

Su estructura es semejante a la de las Leyes Orgánicas 15/1994 y 4/1998 de Cooperación, respectivamente, con los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda.

1. La Ley regula con claridad el «*mecanismo de activación*» en virtud del cual, España solicitaría de la CPI el conocimiento por ésta de un caso. Tal competencia se residencia exclusivamente en el Gobierno «...*en razón de las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas exclusivamente por éste...*».
2. Regula los conflictos entre la CPI y los Tribunales españoles. La competencia española se sostendrá por el Ejecutivo cuando los Tribunales españoles ya estén conociendo de la causa.
3. El Estatuto de la CPI impide dictar, sentencias en rebeldía, de ahí la obligatoriedad de acceder a la entrega de la persona concernida si estuviese en España, debiéndose acordar como re-

gla general, mientras tanto, esa posición provisional; ni siquiera la existencia de cosa juzgada impedirá la entrega de la persona concernida.

4. En relación a la ejecución de las sentencias de la CPI, España expresó su disposición a recibir en España a los condenados para su cumplimiento.
5. Se mantiene la competencia de la Audiencia Nacional para la cooperación pasiva con la CPI en lo referente a la entrega, y los restantes órganos judiciales para la cooperación activa.
6. En lo político-administrativo, el enlace la CPI se efectuará a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.
7. Se regula la intervención de España como «*amicus curiae*». Los Ministerios de Justicia y Exteriores regularán en cada caso la conveniencia, oportunidad y términos de la participación.

VI. El principio de Justicia Universal en la legislación y práctica judicial española

1. Legislación

ART. 23-4º I LOPJ ANTERIOR REFORMA L.O. 1/2009

Se regula de una manera absoluta el principio de justicia universal de «*ratione materiae*» sin ninguna otra conexión. Basta la comisión de un delito del catálogo legal para que, con la única limitación, de que no esté conociendo de dicho delito otro Tribunal, sean competentes los Tribunales españoles, y en concreto la Audiencia Nacional.

Frente a este criterio absoluto del principio de justicia universal recogido en la LOPJ, en el derecho comparado, en los países en que existe se exige, además, un punto de conexión con los intereses del país que ejerza tal competencia.

Tales puntos de conexión pueden ser:

- a) Personalidad activa: que el presente autor sea nacional del país que ejerce la competencia.
- b) Personalidad pasiva: en atención a la nacionalidad de las víctimas.
- c) Protección real: que estén concernidos los intereses del Estado actuante.
- d) Principio de subsidiariedad, es decir, imposibilidad de persecución en el país origen del delito.

- e) Efectividad, que el responsable se encuentre en el territorio del Estado que la ejerce.

La LOPJ responde en esta materia competencial *ratione materiae* a un sistema mixto.

Competencia sin restricción y absoluta para el catálogo de delitos que se fija en dicho artículo:

- a) Genocidio
Terrorismo.
Piratería y apoderamiento de aeronaves.
Falsificación de moneda extranjera.
Prostitución y corrupción de menores.
Tráfico de drogas.
Mutilación genital femenina si están en España. L.O. 3/2005.
- b) Fórmula de cierre: cualquier otro que según los Tratados Internacionales deba ser perseguido en España.

2. *Jurisprudencia*

CASO GUATEMALA. STS 327/2003, DE 25 DE FEBRERO

Hechos: Genocidio Maya y asalto a la Embajada de España con muerte de unos ciudadanos españoles, en concreto, del primer Secretario de la Embajada.

Actores: Diversas Asociaciones de Derechos Humanos, Rigoberta Menchú, etc.

Resolución en Primera Instancia: Auto de la Audiencia Nacional en el que se acuerda no haber lugar en este momento a que la jurisdicción española conozca de los hechos, al no estar acreditada la inactividad de los Tribunales de Guatemala al conocer de los hechos.

Resolución en Casación: STS de 25 de Febrero de 2003. Resumen de los argumentos fundamentales de la sentencia:

Fundamento Jurídico 5.º: El principio de justicia universal extendido en sentido absoluto, supone un juicio negativo de los Tribunales del país donde se cometió el hecho, y ello puede afectar a las relaciones internacionales de España que corresponden ex art. 97 de la Constitución al Gobierno.

Fundamento Jurídico 6.º: El Convenio sobre Genocidio no consagra el principio de jurisdicción universal «*ratione materiae*» sin límite.

Fundamento Jurídico 8.º: El principio de no intervención en asuntos de otros Estados, aunque admite limitaciones en relación a los Derechos Humanos, exigiría acuerdos de la Comunidad Internacional o de las Naciones Unidas, no pudiendo los Jueces de un país, en este caso, de España, tomar unilateralmente la decisión de enjuiciar.

No le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse de establecer el orden, recurriendo al Derecho Penal contra todos y contra todo el mundo. Es preciso que concurren en el caso puntos de conexión.

Fundamento Jurídico 10.º: No puede extraerse del Convenio sobre Genocidio el establecimiento de un principio de jurisdicción universal *ratione materiae* de naturaleza absoluta.

No consta que los presuntos culpables estén en España y no hay conexión con intereses nacionales, ni existió genocidio de ciudadanos españoles.

Fallo (por mayoría, ocho Magistrados): Declara la competencia de los Tribunales Españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos cometidos contra ciudadanos españoles en la Embajada de España, exclusivamente.

Voto Particular (siete Magistrados). Argumentos fundamentales:

1. La jurisdicción universal en materia de genocidio no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia de jurisdicciones, y los Tribunales de Guatemala **no** han podido ejercer efectivamente la jurisdicción sobre el genocidio maya.
2. La Sentencia del Tribunal Supremo efectúa una *reformatio in peius*.
3. La Sentencia realiza una Interpretación *contra legem* del art. 23-4º LOPJ que no exige **ningún** tipo de conexión.
4. Resulta inaceptable declarar la imposibilidad de actuar de los Tribunales españoles porque **no** existió genocidio de españoles.
5. No es necesaria presencia de los culpables en territorio español. Ello afecta a la practicidad no a la competencia.
6. Resulta conveniente la existencia de vínculos o nexo de conexión y en el caso de autos existieron varios.
7. No puede interpretarse el art. 23-4º LOPJ en tal modo que quede vaciado el principio de Justicia Universal que proclama.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 237/2005 de 26 de Septiembre: Concede amparo a los recurrentes y anula la Sentencia del Tribunal Supremo. Argumentos fundamentales:

Fundamento Jurídico 2.º: Por medio de una decisión no fundada en derecho se priva a los recurrentes del acceso al proceso. Se les deniega el acceso a la jurisdicción a partir de una interpretación restrictiva del principio de Justicia Universal.

Fundamento Jurídico 3.º: La LOPJ reconoce el principio de justicia universal con un alcance amplísimo, puesto que la única limitación es el de la cosa juzgada.

Fundamento Jurídico 4.º: No es aplicable el principio de subsidiariedad de los órganos jurisdiccionales españoles respecto de los de Guatemala.

Fundamento Jurídico 5.º: No se requiere la presencia de vínculos de conexión. La Ley española (LOPJ) incorpora un amplio principio de jurisdicción universal que **no** requiere la vinculación a intereses nacionales.

Fundamento Jurídico 7.º: En el presente caso existieron vínculos de conexión. La ausencia del autor podrá impedir el juicio *in absentia*, pero ello no justifica la negativa de apertura del proceso.

OTROS CASOS DE LOS QUE HA CONOCIDO LA SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO

Caso Perú. STS 712/2003, de 20 de Mayo

La Audiencia Nacional rechaza la competencia y la Sentencia del Tribunal Supremo confirma la decisión, por aplicación del principio de subsidiariedad: Las autoridades judiciales peruanas, se dice, están investigando los hechos.

Caso General Cornelio – Chile. STS 319/2004, de 8 de Marzo

Toda vez que existieron víctimas españolas, se afirma la competencia de los Tribunales españoles.

Caso Matías – Argentina. STS 1362/2004, de 15 de Noviembre

Se acusa por los delitos de genocidio, torturas y terrorismo. Las víctimas fueron españolas y el imputado está en España. Se afirma la competencia de los Tribunales Españoles.

Caso Tibet – China. STS 354/2005, de 18 de Marzo

No hay víctimas españolas ni se encuentra en España los acusados. La Sentencia deniega la competencia de los Tribunales españoles. La STC 227/2007, de 22 de octubre concedió el amparo a la recurrente.

Caso Falung Gong – China. STS 645/2006, de 20 de Junio

Se declara la competencia de los Tribunales españoles en esta causa por genocidio y torturas. Se presentó la querrela, estando en Madrid, en visita oficial el Presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del pueblo Chino, uno de los querrellados. Se constató la inactividad de los órganos jurisdiccionales chinos.

Voto Particular mío en el sentido de que para perseguir el genocidio **no** hace falta punto de conexión según la doctrina del Tribunal Constitucional, y por tanto la referencia al principio de no intervención no era admisible.

Caso Couso y Otros Periodistas – Irak. STS de 11 de Diciembre de 2006

Competencia española por tratarse de personas especialmente protegidas conforme al IV Convenio de Ginebra y además por ser víctima un español.

Caso Scilingo y Desaparecidos Dictadura Argentina. STS 798/2007, de 1 de Octubre.

Se niega la acusación por genocidio y Lesa Humanidad. Se condena por 30 delitos de asesinato y 255 delitos de detención ilegal.

Votos Particulares, entre otros, el mío por haberse negado el genocidio.

3. La L.O. 1/2009 de reforma de la LOPJ y Oficina Judicial

Resolución aprobada en el Pleno de Política General, del Congreso de los Diputados el 19 de Mayo de 2009.

El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

«Primero. – Promover con urgencia la reforma del artículo 23 de la LOPJ, a fin de limitar y clarificar el alcance del principio de jurisdicción universal penal, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; es decir, deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existan víctimas de nacionalidad española y, en todo caso, que en el país del lugar donde se cometieron los hechos delictivos, o en el seno de un Tribunal internacional, no se ha iniciado causa penal que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerán provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior».

La L.O. 1/2009 sobre la implantación de la nueva Oficina Judicial y reforma de la LOPJ. Art. 23-4º actual:

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

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

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.»

Crítica a la L.O. 1/2009

Hay que reconocer que la reforma que se comenta surgió sin ninguna discusión parlamentaria y con una inusual urgencia, tanto que tuvo que injertarse en la propia L.O. de la Nueva Oficina Judicial.

La novedad más importante es la exigencia de conexiones con los intereses españoles para legitimar la acción de la justicia española. Hay que recordar que la existencia de tales conexiones fue considerada como una limitación inaceptable por el Tribunal Constitucional en su STC 237/2005, caso Guatemala, y que curiosamente, en los Votos Particulares de dicha sentencia sí se hacía referencia a la modulación de este principio en base a la concurrencia de puntos de conexión que permiten una atemperación y una utilización razonable del mismo.

No obstante, hay que reconocer que la reforma ha merecido generalizadas censuras de la doctrina científica, y que, asimismo, alguna de las aportaciones más relevantes de la justicia española en relación al principio de Justicia Universal no habrían tenido lugar con la actual regulación de dicho principio. De alguna manera y en el campo de la lógica, es contradictorio hablar de Justicia Universal para a renglón seguido supeditarla a la concurrencia de conexiones.

Una última reflexión:

El ejercicio del principio de Justicia Universal sin puntos de conexión puede provocar una interferencia importante en las relaciones internacionales que le corresponden al Gobierno —ex art. 97 de la Constitución—, máxime si se tiene en cuenta, y con esto concluyo, que la práctica totalidad de actuaciones judiciales llevadas a cabo en España en el marco de este principio lo han sido en el ejercicio de la acción popular, institución que no tiene precedentes en los sistemas jurídicos ni europeos ni sudamericanos ni del mundo anglosajón.