

CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
I. LA PROGRESIVA RESTRICCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL ESPAÑOLA EN VIOLACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL	2
A. La jurisdicción atribuida a los tribunales españoles en la Ley Orgánica del Poder Judicial	2
B. Las primeras interpretaciones jurisprudenciales del principio de jurisdicción universal con relación a violaciones a derechos humanos: los fallos de la Audiencia Nacional en los asuntos sobre genocidio y terrorismo en Argentina y Chile (1998).....	4
C. El fallo de la Audiencia Nacional en el asunto “Guatemala”	7
D. El fallo del Tribunal Supremo en el asunto “Guatemala”	10
E. El fallo del Tribunal Supremo en el asunto “Fujimori”	17
F. El fallo del Tribunal Supremo en el asunto “Scilingo”	19
II. LA LEY ORGÁNICA 18/2003 DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR ESPAÑA EN EL ESTATUTO DE ROMA Y OTROS TRATADOS	21
A. El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional	21
B. La Ley Orgánica 18/2003: su ilegalidad desde la óptica del derecho internacional	25
1. La “inversión” del principio de complementariedad	25
2. Algunos interrogantes que plantea el Artículo 7 (2) de la Ley Orgánica.....	28
3. El Fiscal y la resolución de acordar la apertura de una investigación	30
III. RECOMENDACIONES DE AMNISTÍA INTERNACIONAL A LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS	31

España: El deber de respetar las obligaciones de derecho internacional no puede ser eludido.

INTRODUCCIÓN.

Amnistía Internacional (AI) siente honda preocupación por los continuos retrocesos que se observan en España en lo que atañe al alcance de la jurisdicción reconocida a los tribunales nacionales con relación a los crímenes de derecho internacional. Este proceso gradual, pero significativo, se traduce en la progresiva restricción a que se ha sometido al principio de jurisdicción universal, haciéndolo en la práctica incompatible con las obligaciones asumidas por España frente al derecho internacional. Asimismo, Amnistía Internacional considera que la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 18/2003) ahonda más aún aquella restricción, contraviniendo disposiciones expresas del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma).¹

Las autoridades españolas deberían adoptar las medidas necesarias para que el alcance de la jurisdicción atribuida a sus tribunales de justicia vuelva a ser compatible con las exigencias del derecho internacional, enmendando las disposiciones contenidas tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) como en la referida Ley Orgánica 18/2003, por las razones que de seguido se explican.

En el presente documento se analiza sucintamente la evolución jurisprudencial en algunos casos judiciales que versaron sobre presuntos actos constitutivos de genocidio y crímenes de lesa humanidad y el texto la Ley Orgánica 18/2003, en ambos casos sólo en lo que atañe al alcance de la jurisdicción española.²

¹ Documento A/CONF.183/9 de 17 de Julio de 1998, conforme fuera enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de Noviembre de 1998, 12 de Julio de 1999, 30 de Noviembre de 1999, 8 de Mayo de 2000, 17 de Enero de 2001 y 16 de Enero de 2002. El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de Julio de 2002. España es un Estado Parte desde el 24 de Octubre de 2000.

² Para una crítica más completa del texto de la Ley Orgánica 18/2003 ver: Amnistía Internacional, Sección española, España: Hora de Colaborar con la Corte Penal Internacional y Defender la Justicia Universal, Julio de 2003; disponible en www.es.amnesty.org/esp/docs_esp.shtm

I. LA PROGRESIVA RESTRICCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL ESPAÑOLA EN VIOLACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL.

A. La jurisdicción atribuida a los tribunales españoles en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de 1 de Julio de 1985 (según redacción de la Ley Orgánica 11/1999), en su Artículo 23 determina el alcance conferido a la jurisdicción (*ratione loci*) de los tribunales de justicia españoles.³ Como en todas las legislaciones

³ Artículo 23 (redacción según Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril).

1. En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.

2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren los siguientes requisitos:

- a. Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- b. Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.
- c. Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. De traición y contra la paz o la independencia del estado.
- b. Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c. Rebelión y sedición.
- d. Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del Sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los Sellos públicos u oficiales.
- e. Falsificación de Moneda española y su expedición.
- f. Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g. Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h. Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i. Los relativos al control de cambios.

nacionales la territorialidad constituye el principio básico (Artículo 8, 1 del Código Civil y 23, 1 LOPJ). También se reconoce el principio de personalidad activa, es decir, aquel que autoriza a iniciar una acción judicial cuando un nacional español cometiere un delito en el extranjero (Art.23, 2); el principio “real” o de “protección de los intereses”, que permite activar la jurisdicción nacional cuando se afectan intereses esenciales del Estado, aunque la comisión de los delitos pueda tener lugar en el extranjero (Art.23, 3); y el principio de jurisdicción universal, que desentendiéndose del lugar de la comisión del crimen y de la nacionalidad de las víctimas o perpetradores, o si se han afectado o no intereses esenciales del Estado, y en especial atención a la naturaleza de la ofensa, atribuye jurisdicción a los tribunales españoles (Art.23, 4). Es importante señalar ahora, por lo que se verá más adelante, que la Ley Orgánica no reconoce el principio de personalidad pasiva, esto es, aquél que permite la celebración de un proceso judicial en sede local cuando, habiéndose cometido el crimen en el extranjero, la víctima tenga nacionalidad española.

Sobre el principio de jurisdicción universal, adviértase que la única limitación establecida en la Ley para su ejercicio se configura cuando el presunto delincuente ya ha sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y, en este último caso, ha cumplido su condena (Art.23, 5). Si bien el reconocimiento de estas causales por España podría en ciertos casos contravenir principios de derecho internacional, como aquellos que prohíben reconocer efectos jurídicos a las amnistías o indultos con relación a los crímenes de derecho internacional o a los procesos judiciales pergeñados con el objeto de sustraer a una persona de su responsabilidad penal internacional, ellos constituyen los únicos motivos que la ley española reconoce como límite a la persecución penal fundada en la jurisdicción universal.⁴

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 penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. Genocidio.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Falsificación de moneda extranjera.
- e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f. Trafico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este Artículo.

⁴ Gil Gil, Alicia, *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, en Ambos Kai y Malarino, Ezequiel, (Eds.), Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2003, p.357.

Asimismo, es importante señalar que la letra expresa de la Ley española, en consonancia con el derecho internacional, no requiere la presencia física en el territorio español del presunto responsable de los crímenes enumerados en el Artículo 23 (4) para dar inicio a la acción judicial. Sobre la base de tal disposición, en su entonces, se libró orden internacional de detención y extradición contra Augusto Pinochet Ugarte.⁵

Sin embargo, desde hace unos años a esta parte, las más altas instancias jurisdiccionales españolas han restringido indebidamente el alcance conferido a la jurisdicción universal consagrado en el Artículo 23 de la LOPJ. Algunos juristas españoles han reconocido que dicho criterio limitativo se fundaría más en el deseo de frenar una posible avalancha de querrelas ante la Audiencia Nacional, que en auténticas razones legales.⁶

B. Las primeras interpretaciones jurisprudenciales del principio de jurisdicción universal con relación a violaciones a derechos humanos: los fallos de la Audiencia Nacional en los asuntos sobre genocidio y terrorismo en Argentina y Chile (1998).

La Audiencia Nacional interpretó el alcance del Artículo 23 (4) en el asunto relativo a ciertos crímenes cometidos durante el gobierno militar en Argentina y, un día después, en iguales términos, en un asunto similar sobre Chile. A dicho respecto, sostuvo la Audiencia, respondiendo a los argumentos de la Fiscalía, que aducía la supuesta restricción consagrada en el Artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio como una razón valedera para la incompetencia del Tribunal, que:⁷

⁵ Ver Wilson, Richard, Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law, en Human Rights Quarterly, 21.4, Noviembre de 1999. Comisión Internacional de Juristas, Crímenes de Lesa Humanidad: Pinochet frente a la Justicia, Julio de 1999. Amnistía Internacional, Reino Unido. El Caso Pinochet: la Jurisdicción Universal y la Ausencia de Inmunidad por Crímenes de Lesa Humanidad, Índice AI: EUR 45/001/1999/s, Enero de 1999 y Amnistía Internacional, La Jurisdicción Universal: Catorce Principios Fundamentales sobre el Ejercicio Eficaz de la Jurisdicción Universal, AI Índice: IOR 53/001/1999/s, Mayo de 1999 (ambos disponibles en www.amnistiainternacional.org). Ambos, Kai, Impunidad y Derecho Penal Internacional, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p.303-31. Roht Arriaza, Naomi, Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back, Leiden Journal of International Law, Volume 17, Issue 2, pp.375-389 (2004).

⁶ Gil Gil, op. cit., p.396.

⁷ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Res.260 A (III), de 9 de Diciembre de 1948.

Para los apelantes [la Fiscalía], el anterior precepto [se refiere al Artículo VI de la Convención] excluiría para el delito de genocidio la jurisdicción de España, si el delito no fue cometido en territorio nacional.

Discrepa de esta opinión el Pleno de la Sala. El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio -que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave- tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende (...).⁸

Esta argumentación tenía en su entonces, y tiene más aún en la actualidad, un sólido fundamento en la doctrina jurídica⁹, que reconoce a la jurisdicción universal como una

Entrada en vigor: 12 de Enero de 1951, de conformidad con el Artículo XIII. España es un Estado Parte desde el 13 de Setiembre de 1968. Dispone su Artículo VI. “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

⁸ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno, Rollo de Apelación 84/98, Sección Tercera. Sumario 19/97, Juzgado Central de Instrucción No.5, de 4 de Noviembre de 1998.

⁹ David, Eric, Principes de Droit des Conflicts Armés, deuxième edition, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.666 (“¿Se limitará la Convención a prever solamente una competencia de tipo territorial? Esa interpretación privaría en gran medida a la Convención de su alcance y utilidad. En realidad, esa restricción no significa que otros estados no puedan conocer del crimen: ella confiere solamente una competencia prioritaria al tribunal del estado donde el crimen ha sido cometido, pero no excluye la competencia de otros estados”) (traducción libre). Schabas, William A., Genocide in International Law, Cambridge University Press, 2000, p.367 (“La práctica de los estados, la doctrina y las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales sugieren una creciente voluntad de aceptar la jurisdicción universal e ir más allá de los términos del Artículo VI de la Convención») (traducción libre). Amnesty

base válida para el juzgamiento de las personas responsables de genocidio; en fallos judiciales de tribunales nacionales¹⁰ e internacionales¹¹ y aún en proyectos de instrumentos convencionales.¹²

International, Universal Jurisdiction: the Duty of States to Enact and Enforce Legislation, Chapter Seven, Genocide: the Legal Basis for Universal Jurisdiction, AI Index: IOR 53/010/2001, September 2001, p.4 (“El derecho internacional consuetudinario permite a los tribunales nacionales ejercer jurisdicción universal sobre el crimen de genocidio, sean los estados parte o no de la Convención”) (trad. libre). Broomhall, Bruce, International Justice and the International Criminal Court, Oxford, 2003, p.112 (“Lo que puede afirmarse con certeza es que el derecho internacional consuetudinario autoriza a los estados a ejercer jurisdicción universal sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra y que ésta autorización podría estar evolucionando hacia una obligación”) (trad. libre). Jorgensen, Nina H. B., The Responsibility of States for International Crimes, Oxford, 2003, p.35 (“(...) Estas discusiones han sido superadas por el derecho consuetudinario, que define al genocidio como un crimen sujeto a jurisdicción universal”) (trad. libre).

¹⁰ *Attorney General of Israel v. Eichmann*, 1968, 36 ILR 5 (District Court, Jerusalem), para.25, citado por Schabas, op. cit., p.361: “El Tribunal es de la opinión que la ausencia en la Convención de una disposición relativa a la jurisdicción universal (conjuntamente con el fracaso de constituir una corte penal internacional) es un grave defecto de su texto, el cual debilita los esfuerzos para impedir la comisión de este crimen horrendo y su consiguiente castigo, pero no hay nada en ella que nos conduzca a pensar que existe una regla que impida el ejercicio de la jurisdicción universal con respecto al crimen en cuestión. Es claro que la referencia contenida en el Artículo VI sobre la territorialidad, además de la jurisdicción de una corte penal internacional que todavía no existente, no es exhaustiva” (trad. no oficial). Véase también *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (6th Cir.1985), cert. denied, 475 U.S. 1016 (1986), donde una corte federal de apelaciones estadounidense declaró que la jurisdicción de Israel para someter a proceso a John Demjanjuk “es conforme al principio de derecho internacional de jurisdicción universal” (trad. no oficial) y *Sentencia en Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, Lord Browne-Wilkinson: “La naturaleza de *ius cogens* del crimen de tortura justifica que los estados puedan ejercitar jurisdicción universal sobre ese crimen dondequiera que haya sido cometido. El derecho internacional dispone que los crímenes de *ius cogens* puedan ser castigados por cualquier estado, pues sus perpetradores son enemigos de la humanidad y todas las naciones tienen igual interés en su aprehensión y castigo” (trad. libre).

¹¹ Corte Internacional de Justicia, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, 11 July 1996, para.31. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), *Prosecutor v. Ntuyahaga*, Decision on the Prosecutor's Motion to withdraw the Indictment, Case No. ICTR-98-40-T, Trial Chamber I, 18 March 1999, (“El tribunal desea enfatizar, en concordancia con la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que alienta a todos los estados, en aplicación del principio de jurisdicción universal, a perseguir y juzgar a los responsables de crímenes graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras graves violaciones al derecho internacional humanitario (...)”) (trad. no oficial). Corte Especial para Sierra Leona, Cámara de Apelaciones, *Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara*, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 March 2004, para.70 (“Una consecuencia de la naturaleza de

La circunstancia de que la Convención prevea sólo dos fuentes jurisdiccionales para el juzgamiento de esas personas, la territorialidad y la entonces futura competencia de una Corte Penal Internacional, en modo alguno habilita para suponer suprimidas las demás fuentes atributivas de jurisdicción que un Estado deseara aplicar, incluida la jurisdicción universal. Tal aseveración encuentra también basamento en el derecho internacional consuetudinario.¹³

C. El fallo de la Audiencia Nacional en el asunto “Guatemala”.¹⁴

En un auto de 13 de Diciembre de 2000 la Audiencia Nacional, al resolver sobre un recurso que cuestionaba la jurisdicción española para la persecución de diversos actos presuntamente constitutivos del crimen de genocidio cometidos en Guatemala entre 1962 y 1996, en la que se hallaba involucrado el General Efraín Ríos Montt, ex Presidente de ese país, formuló la siguiente manifestación, que se aleja de la interpretación que el mismo realizara anteriormente en los asuntos sobre Argentina y Chile, a saber:

(...) se debe cohonestar el principio de persecución universal del delito de genocidio, que nos impone el Art.23.4 a) de la LOPJ, con los criterios de

los crímenes de lesa humanidad es que los estados pueden, según el derecho internacional, ejercer jurisdicción universal sobre dichos crímenes (...).” (trad. no oficial).

¹² Comisión de Derecho Internacional de la ONU, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 1996, Artículo 8 (“Sin perjuicio de la jurisdicción de una corte penal internacional, todos los estados parte tomarán todas las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes enumerados en los Artículos 17 [genocidio], 18 [crímenes de lesa humanidad], 19 [crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y otro personal asociado] y 20 [crímenes de guerra], sin importar dónde o por quienes los crímenes han sido cometidos (...).”) (trad. no oficial).

¹³ American Law Institute, Restatement (Third) The Foreign Relations Law of the United States, 1987, at para.404 (“Jurisdicción universal para definir y castigar ciertos delitos. Un estado tiene jurisdicción para definir y determinar el castigo para ciertos delitos reconocidos por la comunidad de naciones como de interés universal, tales como la piratería, la trata de esclavos, los ataques o secuestro de aeronaves, el genocidio, los crímenes de guerra y, tal vez, ciertos actos de terrorismo (...).” “Esos delitos están sujetos a jurisdicción universal, conforme el derecho internacional consuetudinario”) (trad. libre)

¹⁴ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno, Asiento: 162.2000, Rollo de Apelación No.115/2000, Juzgado Central No.1. Ver al respecto “Informe en Derecho de Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas sobre la Represión del Crimen de Genocidio por medio del Ejercicio del Principio de Jurisdicción Universal por Tribunales Extranjeros”, Madrid, Mayo de 2002.

atribución jurisdiccional del Art.6 del Convenio [para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio], que también es un mandato que tenemos por cuanto forma parte de nuestra legislación interna (...) y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del *ius cogens* internacional (...)¹⁵

No cabe duda que las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio forman parte del derecho interno español y, como tales, deben ser aplicadas internamente.¹⁶ Sin embargo, la alusión a la “subsidiariedad” como norma del *ius cogens* carece de asidero legal. Amnistía Internacional no conoce un solo antecedente jurisprudencial o doctrinal que califique a la “subsidiariedad” como norma del *ius cogens*.¹⁷ Tampoco aparece la subsidiariedad consagrada expresamente en la legislación española.¹⁸

En rigor, la “subsidiariedad” debe ser distinguida de aquel principio que recomienda no iniciar un nuevo proceso judicial sobre los mismos hechos y personas, si ya ha sido iniciada previamente una acción independiente e imparcial bajo otra jurisdicción. Esa otra jurisdicción puede ser la del territorio donde los crímenes se han cometido o

¹⁵ Considerando segundo, Razonamientos jurídicos, Sentencia de 13 de Diciembre de 2000.

¹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 27. Adoptada en Viena el 23 de Mayo de 1969. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Entró en vigor el 27 de Enero de 1980. España es un estado parte de la misma desde el 16 de Mayo de 1972. Dice la Sentencia también que: “(...) Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (Artículo 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), es que el Artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional”.

¹⁷ Una norma de *ius cogens* es una norma imperativa de derecho internacional general que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 53).

¹⁸ Es deber señalar, sin embargo, que esta idea de la jurisdicción nacional como “subsidiaria” de la que corresponde a los tribunales del Estado territorial, es decir, del Estado donde los crímenes han sido cometidos, ya había sido sugerida –tíbiamente- en el fallo de la Audiencia Nacional en los asuntos sobre Argentina y Chile, pero sólo para aquellos casos en que la jurisdicción del otro estado se estuviera ejercitando efectivamente. En consecuencia, la subsidiariedad, así entendida, tenía más que ver con el principio *ne bis in idem* más que con la jurisdicción universal en sí.

cualquier otra, incluida la que pudiera haberse iniciado en otro Estado sobre bases de universalidad. Es que, cuando se afectan bienes que atañen a la humanidad en su conjunto, no existe en el derecho convencional un derecho “mejor” del Estado del territorio para iniciar el proceso. Si éste ha incumplido su deber de hacer comparecer ante sus propios órganos judiciales a las personas sospechadas de tales crímenes, por las razones que fueran, no puede luego –una vez que el proceso se ha iniciado bajo otra jurisdicción- pretender que aquel otro concluya, o retrotraer la acción ya iniciada en otro Estado. En la persecución de los crímenes de derecho internacional se impone la concurrencia, no la subsidiariedad, aunque aquella pueda ceder toda vez que exista un proceso judicial independiente e imparcial en curso.¹⁹

Desafortunadamente, el pronunciamiento de la Audiencia Nacional en este asunto corrigió disvaliosamente el criterio que el mismo tribunal había sentado en los asuntos sobre Argentina y Chile, en los que sólo postulaba –razonablemente- la abstención de la jurisdicción española cuando otros tribunales nacionales (en el caso, los tribunales del territorio donde los crímenes hubieran sido perpetrados) estuvieran interviniendo en la causa. La Audiencia Nacional determina ahora el deber de abstención de la jurisdicción española cuando los tribunales del territorio donde los crímenes han sido cometidos tuvieran la aptitud –aún abstracta- de intervenir, aunque no se encuentren entendiendo del asunto. La Sentencia determinó que:

En conclusión, el Pleno de la Sala entiende que en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito de genocidio presuntamente cometido en el territorio de dicho país.²⁰

Nada dice la Sentencia, por el contrario, sobre la circunstancia de que los crímenes que se denuncian –cuyo origen se remonta a 1962- no han sido objeto desde entonces de un proceso judicial independiente e imparcial. El novedoso criterio de la Audiencia Nacional no tiene fundamento convencional o consuetudinario alguno y no está consagrado en la letra de la ley española.

¹⁹ Sobre el alcance de la regla *ne bis in idem* ver Comunicación No.204/1986, A.P. c. Italia, CCPR/C/31/D/204/1986, para. 7 (3). Es oportuno recordar que los conflictos positivos de jurisdicción entre dos o más estados han sido bien escasos –inexistentes, en rigor- en lo que al juzgamiento de crímenes de derecho internacional se refiere: los Estados tienden a rehuir el juzgamiento de estos crímenes, habida cuenta de las presiones políticas de que suelen ser objeto.

²⁰ Considerando tercero, *in fine*, Razonamientos jurídicos, Sentencia de 13 de Diciembre de 2000.

D. El fallo del Tribunal Supremo en el asunto “Guatemala”.²¹

Frente a la anterior sentencia de la Audiencia Nacional un grupo de organizaciones no gubernamentales recurrió la misma ante el Tribunal Supremo. El 25 de Febrero de 2003 la Sala Penal de este tribunal dictó sentencia en el recurso que le fuera interpuesto, confirmando el rechazo de la jurisdicción española en el asunto. Desde el punto de vista de Amnistía Internacional la sentencia dictada en el caso, adoptada por el voto de ocho de sus Magistrados contra siete, incurre en diversos errores de interpretación de los deberes que, bajo el derecho internacional, España debe observar.

En primer término, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, desecha con razón la idea de la “subsidiariedad” española introducida por la Audiencia Nacional, esto es, que la jurisdicción española en materia de persecución del genocidio cometido en país extranjero solamente estaría justificada en defecto de las jurisdicciones inicialmente competentes según la Convención. Sin embargo, el Tribunal Supremo descarta ese criterio no porque carezca de fundamento convencional o consuetudinario alguno, sino en razón de un motivo que carece de sustento jurídico. Dice el fallo:

Determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano.

En primer lugar, en este caso, de un Estado soberano con el que España mantiene relaciones diplomáticas normalizadas. Una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado.²²

Pese a lo expuesto por el Tribunal Supremo, el derecho internacional convencional a menudo impone formular un juicio de valor sobre la vigencia y respeto a los derechos humanos en un estado extranjero, lo que conlleva, de manera inevitable, que ese juicio comprenda algunas veces una valoración sobre el modo en que los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero ejercen su competencia.

²¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia N°327/2003, de 25 de Febrero de 2003, Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Disponible en www.poderjudicial.es/tribunalsupremo

²² Sentencia N°327/2003, considerando sexto.

El Estado español, por ejemplo, se encuentra obligado, merced las disposiciones de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, a no proceder a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que ella estaría en peligro de ser sometida a tortura.²³ Asimismo, España se ha comprometido, en virtud de lo dispuesto por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, a no expulsar o devolver a un refugiado a un territorio donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones política.²⁴ Determinar dichos extremos, inexcusablemente, obligará a formular juicios de valor sobre el respeto a los derechos humanos en un tercer estado, lo que en más de una oportunidad comprenderá también hacerlo sobre el modo en que los derechos humanos fundamentales son protegidos por los órganos jurisdiccionales del Estado requirente.

En segundo lugar, pese a la disposición expresa del Artículo 23 (4) LOPJ que, como dijimos anteriormente, sólo restringe el principio de jurisdicción universal en los casos en que el presunto delincuente haya sido ya absuelto, indultado o penado en el extranjero, la sentencia del Supremo exige ahora que se demuestre:

(...) la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal. Se une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes.²⁵

²³ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Artículo 3. Res.39/46 de la AG de la ONU, de 10 de Diciembre de 1984; entró en vigor el 26 de Junio de 1987. España es un Estado Parte de la misma desde el 21 de Octubre de 1987. Ver, igualmente, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Artículo 8 (2), Res.47/133 de la AG ONU, de 12 de Febrero de 1993.

²⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Artículo 33 (1). Adoptada el 28 de Julio de 1951. Entrada en vigor: 22 de Abril de 1954. España es un Estado Parte desde el 14 de Agosto de 1978.

²⁵ Sentencia N°327/2003, considerando décimo.

Estas novedosas adiciones que establece la fórmula de la mayoría de los magistrados en la sentencia, calificada expresamente por la minoría como “*contra legem*”, desnaturaliza por completo la jurisdicción universal.²⁶ Si algo caracteriza a este tipo de jurisdicción es, precisamente, la desconexión con el interés nacional: de ahí su calificación de universal. Dada la naturaleza tan especial de los crímenes que ameritan esta clase de jurisdicción todos los Estados deben actuar como agentes de la comunidad internacional en su conjunto y, haciéndolo, no obran porque un interés particular de un Estado haya sido afectado, sino porque un interés esencial de la humanidad en su conjunto ha sido agraviado. La jurisdicción fundada en el “interés nacional” de los Estados es un principio diferente: el principio denominado “real” o “de defensa” o “de protección”, que está contemplado en todas las legislaciones nacionales –incluso en España, como expusimos anteriormente– y protege la afectación de bienes fundamentales para el Estado, pero que en modo alguno puede confundirse con la persecución de ciertos crímenes que afectan a la humanidad en su conjunto. Más aún, la jurisdicción universal no debe ser “modulada” o compatibilizada con el principio de no intervención, que es ajeno por completo al asunto. La jurisdicción universal debe ser aplicada según se cumplan o no los extremos que imponen el derecho internacional y la LOPJ. La pretendida “modulación” del principio de jurisdicción universal parece en realidad añadir a la sentencia aspectos ajenos a lo jurídico.

Los temores que aseguraban que con esta sentencia el Tribunal Supremo pretendía desalentar la promoción futura de procesos similares al presente en España parece hallar confirmación más adelante en el fallo. Dice el mismo aludiendo al Artículo 23 (4) LOPJ que:

Una previsión tan general como la contenida en este precepto suscita ciertos interrogantes.

En el ámbito del funcionamiento de los Tribunales nacionales españoles, este artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima.²⁷

²⁶ Ver voto particular de la minoría, considerando sexto. También Gil Gil, op.cit. p.397 (“La Sentencia del TS en el caso Guatemala también resulta insatisfactoria, pues, como se ha comentado, desvirtúa absolutamente el principio de justicia universal (...”).

²⁷ Sentencia N°327/2003, considerando octavo. Véase también, sobre el particular, la opinión vertida dos años antes del fallo por el Magistrado Enrique Bacigalupo Zapater, integrante de la mayoría, en su artículo “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el

El principio de jurisdicción universal no impone a los Estados la apertura indiscriminada de diligencias penales ante la mera noticia de la comisión de crímenes de derecho internacional. A todo evento, las autoridades judiciales siempre pueden desechar un asunto cuando el mismo sea inverosímil o infundado, pero cuando se le han suministrado pruebas suficientes, concordantes y admisibles de la comisión de crímenes de derecho internacional su deber consiste –efectivamente– en investigar y, en su caso, perseguir a los presuntos responsables. Más que desalentar el ejercicio de la jurisdicción universal, España, y muchos otros países, deberían adoptar las medidas necesarias para procurar la aplicación de la jurisdicción universal por un número creciente de Estados. De dicho modo, se contribuiría a atemperar las interferencias de naturaleza política a las que suele estar sujeto este principio cuando son pocos los estados que la ejercen.²⁸

En tercer lugar, la sentencia formula una interpretación errónea sobre el alcance conferido en instrumentos convencionales a la jurisdicción aplicable a la protección de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, al sostener que:

En los tratados internacionales suscritos en orden a la persecución de delitos que afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, se plasman criterios de atribución jurisdiccional (...) Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución.²⁹

Tal afirmación es errónea. En primer lugar, porque omite mencionar, llamativamente, el ejemplo prototípico de jurisdicción universal, que es la disposición contenida por igual en

extranjero”, Revista Española de Derecho Militar (2001), No.77, p.262. En dicho artículo el Magistrado sostiene, con referencia al Artículo 23 (4) LOPJ, que: “Esta disposición admite el principio universal, pero es técnicamente defectuosa y teóricamente desafortunada, pues revela que el legislador tomó decisiones sobre cuyo objeto no tuvo conceptos claros”.

²⁸ A este respecto véase el estudio de Amnistía Internacional sobre las disposiciones sobre jurisdicción universal contenidas en la legislación de 125 países: Amnesty International, Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Enforce Legislation, AI Index: IOR 53/002-018/2001, September 2001, sólo disponible en inglés en disco compacto (ijp@amnesty.org).

²⁹ Sentencia N°327/2003, considerando duodécimo.

los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, de los que España es un Estado Parte y que se ha comprometido a respetar, los que afirman:³⁰

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes”.³¹

Desafortunadamente, la transcripción de este artículo formulada más adelante en la sentencia añade -entre corchetes- la expresión “en su territorio” a continuación del término “buscar”, que no se encuentra en el original de los Convenios y que puede inducir a error. Asimismo, la afirmación del tribunal es igualmente errónea porque el principio de jurisdicción universal se puede realizar a través de la regla *aut dedere aut judicare* (o juzgas o extraditas) según la cual el Estado en cuyo territorio se encuentra una persona

³⁰ Bassiouni, M. Cherif, Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p.517, “(...) el lenguaje de las Convenciones alienta la jurisdicción universal” (trad. libre). Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, Fifth Edition, Oxford, 1998, p.308 (“Ciertamente la universalidad con respecto a los crímenes de guerra encuentra su expresión en los Convenios de Ginebra de 1949”) (trad. libre). Jennings, Robert y Watts, Arthur, Oppenheim’s International Law, Ninth Edition, Volume 1, London, 1999, dicen: “En la actualidad hay muy pocos autores que niegan absolutamente el derecho de un Estado de castigar extranjeros por crímenes cometidos fuera de su territorio”, p.467, nota al pie 9 (trad. libre). De La Pradelle, Gérard, La Compétence Universelle, en Asencio, H., Decaux, E., y Pellet, A., (eds.), Droit International Pénal (Paris, Pédone, 2000), p.907 (“...las cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 prevén, todas, que la represión de las denominadas «graves infracciones» deben ser aseguradas por la atribución de una competencia universal a los estados que ellas obligan») (trad. libre). Kitichaisaree, Kriangsak, International Criminal Law, Oxford, 2001, p.138 (“Las graves infracciones son crímenes de guerra que están sujetas a la jurisdicción universal de todos los estados”) (trad. libre). Reydam, Luc, Universal Jurisdiction, Oxford, 2004, p.55 (“La disposición común sobre jurisdicción contenida en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I son acertadamente considerados como ejemplos de jurisdicción universal”) (trad. libre).

³¹ Ver Artículo 49, I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; Artículo 50, II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; Artículo 129, III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra; Artículo 146, IV Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra. Todos en vigor desde el 21 de Octubre de 1950; España es Parte desde el 4 de Agosto de 1952.

presuntamente responsable de un crimen de derecho internacional tiene el deber ineludible de enjuiciarlo en su territorio por ese crimen o de extraditarlo a otro Estado que quiera ejercer su jurisdicción o transferirlo a un tribunal internacional para su juzgamiento. Además de ser un principio reconocido del derecho internacional, varias convenciones internacionales de las que España es parte prevén expresamente esta disposición³², como también los fallos de tribunales internacionales³³ y pronunciamientos de organizaciones de las Naciones Unidas.³⁴

³² Así por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Artículo 5, 2); los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I, contienen también disposiciones similares. Ver también el Artículo 9 de Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Asimismo: Bassiouni, M. Cherif, *La Represión de Crímenes Internacionales: Jus Cogens y Obligatio Erga Omnes*, en Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario (sistemas romano germánicos), Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999 (“Los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra, así como la tortura son crímenes internacionales que pertenecen a la categoría de *ius cogens* (...). Está establecido que son inderogables las medidas de protección para estos crímenes, así como el deber de enjuiciar o de extraditar a las personas acusadas de haberlos cometido, independientemente del lugar donde residan, ya que se aplica el principio de la jurisdicción universal). Ratner, Steven R., and Abrams, Jason S., Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, Oxford, 2001, p.162; de La Pradelle, op. cit., p.914. Broomhall, op. cit., p.109, (“La jurisdicción universal, a través de la de la obligación de juzgar o extraditar, fue reconocida un año después en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que obligan a todos los estados parte a castigar las “graves infracciones” a los mismos”) (trad. libre). Para un estudio más profundo del tema ver Bassiouni, M. Cherif, and Wise, Edward M., Aut Dedere Aut Iudicare: The Duty to Try or Prosecute in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

³³ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, en *Prosecutor vs. Zejnir Delalic et al*, Case No.: IT-96-21-T, para.200, de 16 de Noviembre de 1998 (“El sistema de jurisdicción universal compulsiva sobre aquellos crímenes descritos como “graves infracciones” por los Convenios [de Ginebra] requiere de todos los Estados el juzgamiento o la extradición de los presuntos responsables de tales conductas”) (trad. libre).

³⁴ La Resolución 1999/1 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/RES/1999/1) sobre la situación de Derechos Humanos en Sierra Leona, de 23 de Abril de 1999, afirma: “Recuerda a todas las facciones y fuerzas de Sierra Leona que en todo conflicto armado, incluidos los conflictos armados que no tienen carácter internacional, la toma de rehenes, el asesinato y la tortura o el tratamiento inhumano deliberado de personas que no participan activamente en las hostilidades constituyen una grave violación del derecho internacional humanitario, y que todos los países tienen la obligación de perseguir a las personas que supuestamente hayan cometido o hayan ordenado que se cometan esas graves violaciones y de hacerlas comparecer, independientemente de su nacionalidad, ante sus propios tribunales” (para.2).

En cuarto lugar, no es cierto tampoco, como afirma la sentencia, que la costumbre internacional haya impuesto limitaciones a la jurisdicción universal fundada en la necesidad de un punto de vinculación o conexión con el interés nacional. La cita que efectúa en apoyo de su criterio del asunto *República Democrática de Congo v. Bélgica* ante la Corte Internacional de Justicia, más conocida como el caso *Yerodia*, induce otra vez a error al lector. Es bien sabido que en dicho pronunciamiento la Corte invalidó una orden de detención emitida por un juez belga contra un ministro de relaciones de exteriores de Congo en ejercicio de su cargo. Dicha resolución fue adoptada en razón de la inmunidad que el tribunal interpretó gozaba dicha persona, pero omitió pronunciarse sobre el alcance de la jurisdicción universal.³⁵ Ante ese silencio, hay quienes interpretan que el Tribunal sólo pudo haber concluido la inmunidad del ministro de relaciones exteriores sólo si previamente Bélgica tenía reconocida jurisdicción –universal, en el caso- para emitir dicha orden de detención.

No obstante lo expuesto, el Tribunal Supremo entendió en el caso que:

No se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes. Aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico.³⁶

La exigencia de conexión con el interés nacional ignora expresamente la jurisprudencia que unos años antes acuñara la Corte Internacional de Justicia en el asunto sobre *Genocidio*, en el que sostuvo:

³⁵ Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Arrest Warrant of 11 April 2000, (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (“46. As a matter of logic, the second ground should be addressed only once there has been a determination in respect of the first, since it is only where a State has jurisdiction under international law in relation to a particular matter that there can be any question of immunities in regard to the exercise of that jurisdiction. However, in the present case, and in view of the final form of the Congo’s submissions, the Court will address first the question whether, assuming that it had jurisdiction under international law to issue and circulate the arrest warrant of 11 April 2000, Belgium in so doing violated the immunities of the then Minister for Foreign Affairs of the Congo”). Disponible en: www.icj-cij.org/icjwww/idocuments/idecisions.htm. Sobre la ambigüedad de este fallo ver O’Keefe, Roger, *Universal Jurisdiction, Clarifying the Basic Concept*, en *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2004, p.735-760.

³⁶ Sentencia N°327/2003, considerando undécimo.

“(…) de ello se sigue que los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*. La Corte advierte que la obligación que cada estado tiene de prevenir y castigar el genocidio no se halla territorialmente limitada por la Convención”.³⁷

Sin embargo, con base en lo dispuesto por el Artículo 23 (4) (g) LOPJ y en las disposiciones de la Convención contra la Tortura, el Tribunal Supremo decidió declarar solamente la jurisdicción de los Tribunales españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos cometidos contra ciudadanos españoles en la Embajada Española en Guatemala el día 30 de enero de 1980 y los hechos cometidos en perjuicio de cuatro ciudadanos españoles, desechando aquellos casos que versaban sobre víctimas guatemaltecas o de otro origen.

Amnistía Internacional considera que el voto de la mayoría formula una interpretación equivocada del principio de jurisdicción universal, tal como se encuentra permitido o exigido, según los casos, por el derecho internacional convencional y consuetudinario, de un modo tal que ello representa en la práctica su abrogación en España.

E. El fallo del Tribunal Supremo en el asunto “Fujimori”.³⁸

En una sentencia dictada el 20 de Mayo de 2003 por un panel de tres de sus jueces, el Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación contra el Auto dictado previamente por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en un asunto que versaba sobre presuntos hechos constitutivos de los crímenes de genocidio, terrorismo, torturas y detención ilegal cometidos en el Perú desde 1986 hasta ese entonces. En esa causa se hallaban imputados los ex Presidentes Alan García y Alberto Fujimori, el ex General Vladimiro Montesinos y otros altos oficiales de las Fuerzas Armadas del Perú.

La apelación ante el Supremo atacaba en esa oportunidad la “subsidiariedad” que la Audiencia Nacional había entendido aplicable al Artículo 23 (4) LOPJ. El Tribunal Supremo, luego de desestimar la “subsidiariedad”, por las mismas razones invocadas en el asunto “Guatemala” por la mayoría, sostiene la prioridad competencial de la

³⁷ Corte Internacional de Justicia, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections*, Sentencia, 11 July 1996, at para.31 (trad. no oficial).

³⁸ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, No. de resolución: 712/2003 de 20 de Mayo de 2003, Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón, Sentencia. Ver el análisis de Roht Arriaza, *op. cit.*

jurisdicción territorial cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de jurisdicción universal.³⁹ Sin embargo, a ese criterio, que – reiteramos– no encuentra fundamento convencional alguno, añade una nueva condición que impone al querellante, esto es, las víctimas o sus familiares, la inversión de la carga de la prueba de un extremo harto difícil de demostrar. En efecto, dice el fallo que:

Para la admisión de la querrela resulta exigible, en esta materia, lo mismo que se exige en relación con los hechos supuestamente constitutivos del delito universal. 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".⁴⁰

Y de ello concluye el Tribunal Supremo que:

(...) en el caso actual, existen datos, 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 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.

Nada dice la sentencia de si esos procesos que se han iniciado recientemente en el Perú, contra los mismos querrellados, versan sobre los mismos e idénticos hechos; o si se les han aplicado a dichos procesos las leyes de amnistía dictadas en el Perú y, por ende, pese a la iniciación formal esos casos judiciales los mismos tendrán una duración efímera. Nada dice la sentencia de si a esos procesos, pese a versar sobre crímenes de lesa humanidad, se les aplican las normas sobre prescripción contenidas en la legislación peruana, que darán por tierra con cualquier proceso judicial que verse sobre hechos del pasado.⁴¹ Cabe bien

³⁹ Sentencia 712/2003, considerando sexto, para. segundo.

⁴⁰ Sentencia 712/2003, Fundamentos de Derecho, sexto.

⁴¹ Téngase presente que el Perú accedió a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (Resolution 2391 (XXIII), Official Records of the General Assembly, Twenty-third Session, Supplement No.18 (A/7218), p. 40) el 11 de Agosto de 2003, formulando al tiempo la declaración merced la cual pretende que dicha imprescriptibilidad sea aplicable sólo a los

preguntarse si se podrá luego (la sentencia dice “en el momento actual”), porque las causas ante los tribunales peruanos han prescrito o han sido amnistiadas o porque después de años de un proceso inconducente no ha habido progreso alguno, recurrir a la jurisdicción española.

No existe fundamento convencional o consuetudinario alguno que imponga dejar de lado una investigación o proceso judicial ya iniciado –como era el presente caso- cuando un nuevo proceso judicial se inicia posteriormente en el Estado del territorio, pretendiendo de esa manera retrotraer todas las actuaciones judiciales a cero.

Amnistía Internacional afirma que esa interpretación del Tribunal Supremo, que invierte la carga de la prueba en perjuicio de las víctimas, contraviene las obligaciones convencionales asumidas por España de investigar y castigar a los responsables de violaciones a los derechos humanos.⁴²

F. El fallo del Tribunal Supremo en el asunto “Scilingo”.⁴³

El 15 de Noviembre de 2004 la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo dictó una nueva sentencia sobre el alcance de la jurisdicción universal en España. En esta oportunidad, en el asunto del ex marino argentino Adolfo Francisco Scilingo, acusado de actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y terrorismo cometidos en Argentina entre 1976 y 1983. Dicha sentencia reiteró, en lo esencial, una vez más, el criterio asumido en el caso “Guatemala”, esto es, la necesidad de demostrar la existencia de un punto de conexión

crímenes cometidos con posterioridad a esa fecha, en abierta contravención con el Artículo 1 de ese Tratado. Va de suyo que los crímenes perpetrados con anterioridad a esa fecha son pasibles de prescripción.

⁴² Ver Castresana, Carlos, La Jurisdicción Universal en la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Revista del Poder Judicial, No.73, 2004 (“La doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de febrero de 2003, confirmada luego por la de 20 de mayo de 2003, restringe extraordinariamente la interpretación y consecuencias de las previsiones respecto del principio de jurisdicción universal del Artículo 23, 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hasta el punto –como señala el voto particular incorporado a la primera—de constituir una verdadera derogación *de facto* del precepto”). Ver también Olásolo, Héctor, Spain, in The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol II: International Cooperation and Judicial Assistance, Kress, K./Lattanzi, F., (Eds.), Nomos/Il Sirente, (de próxima publicación).

⁴³ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, No. de resolución: 1362/2004 de 15 de Noviembre de 2004, Ponente: Carlos Granados Pérez, Sentencia.

directo con los intereses nacionales españoles para la aplicación de la jurisdicción universal.

Dijo el Tribunal Supremo al respecto:

En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede - como ha quedado dicho- contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales.⁴⁴

El Tribunal Supremo interpretó en la sentencia que tal conexión con los intereses de España ya existía en el asunto “Scilingo” y, en consecuencia, era dable aplicar las previsiones del Artículo 23 (4) LOPJ. El presunto responsable de los crímenes se había presentado voluntariamente ante la justicia española tiempo atrás y algunas de las víctimas eran de nacionalidad española.

El pronunciamiento del Tribunal sostuvo que:

(...) en este caso [se refiere al Artículo 23 (4)] y respecto a los delitos de los que se acusa al recurrente, es compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, ya que los delitos de genocidio, torturas y terrorismo afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, y si a ello añadimos que el presunto culpable se haya en territorio español, que existe un punto de conexión directo con intereses nacionales en cuanto aparecen víctimas de nacionalidad española y que no consta que se encuentre encausado por estos mismos hechos en Argentina.

Es importante recordar ahora, como se expuso al inicio, que el Artículo 23 LOPJ no incluye el principio de “personalidad pasiva”, es decir, aquel que autorizaría a iniciar un proceso judicial cuando un nacional español haya sido objeto de un crimen en el extranjero. Según la visión del Tribunal Supremo, la existencia de víctimas españolas demostraría que existe un “interés español” agraviado en el asunto y, por ende, habilitaría la aplicación de la jurisdicción universal en el caso.

Ya lo hemos señalado anteriormente y lo reiteramos: la exigencia de una conexión con el “interés nacional” de los estados desnaturaliza la jurisdicción universal, que sólo demanda la perpetración de ciertos crímenes que afectan al género humano en su conjunto. No obstante lo expuesto, en la sentencia sobre el fondo del asunto, dictada por la Audiencia

⁴⁴ Sentencia 1362/2004, Fundamentos de Derecho, sexto.

Nacional el 19 de Abril de 2005, en la que se condenó a prisión a Adolfo Scilingo como autor responsable de delitos de lesa humanidad, se alude de manera tangencial en reiteradas oportunidades a la jurisdicción universal como una consecuencia obligada del carácter internacional de ciertos crímenes, pero sin referir en absoluto la necesidad de una “conexión española”.⁴⁵

Es de esperar que esta última interpretación, más acorde con las obligaciones de España ante el derecho internacional, termine por imponerse y ponga fin a los vaivenes que desde el año 2000 han apartado a España de sus obligaciones convencionales en lo que al punto se refiere.

II. LA LEY ORGÁNICA 18/2003 DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR ESPAÑA EN EL ESTATUTO DE ROMA Y OTROS TRATADOS.

A. El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional.

Todo el sistema jurisdiccional de la Corte Penal Internacional (CPI) se encuentra estructurado sobre la base del llamado “principio de complementariedad”.⁴⁶ Este principio consagra que, de cometerse alguno de los crímenes de competencia de la Corte⁴⁷

⁴⁵ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, Sumario 19/1997, Rollo de Sala 139/1997, Juzgado Central de Instrucción No.5, Sentencia No.16/2005, de 19 de Abril de 2005. Ponente: José R. de Prada Solaesa. Disponible en www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/sentencia.html. Esta sentencia por la Audiencia Nacional habría sido objeto de apelación ante el Tribunal Supremo por la defensa de Adolfo Scilingo.

⁴⁶ Para un estudio detallado del principio de complementariedad ver Holmes, John T., Complementarity: National Courts versus the ICC, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Cassese, Antonio, Gaeta, Paola, and Jones, John R.W.D., ed., Volume I, p.667 y también del mismo autor: *The Principle of Complementarity, The International Criminal Court, (The Making of the Rome Statute)*, edited by Lee, Roy S., Kluwer Law International, p.41-78. Ver también Triffterer, Otto, Domésticos de Ratificación e Implementación, en *La Nueva Justicia Penal Supreancional*, (ed. Kai Ambos), Tirant lo Blanch, p.31-43 y Jones, John R.W.D. y Powles, Steven, *International Criminal Practice, Third Edition*, Oxford, p.387-395.

⁴⁷ Artículo 5. Crímenes de la competencia de la Corte.

en el territorio de un Estado Parte o por algunos de sus nacionales, no corresponde a la Corte intervenir en primera instancia, sino que es un deber de los estados parte del Tratado ejercer en primer término su propia jurisdicción penal. Adviértase que el Estatuto de Roma dice que se trata de un deber y no de una mera facultad o potestad que pueda ser discrecionalmente ejercitada. Dice su Preámbulo al respecto:

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales⁴⁸

También el Artículo 1 del Estatuto contiene una referencia explícita sobre este principio rector de la Corte.⁴⁹ Es que el Estatuto determina que sólo cuando un estado no pueda o no quiera ejercitar su jurisdicción, podrá la Corte –si se dan los demás extremos que exige el Estatuto- intervenir en el caso. Pero es claro que si un estado se encuentra juzgando un asunto de conformidad con las exigencias del debido proceso bajo el derecho internacional, la CPI debe abstenerse de intervenir.⁵⁰ Más adelante, el Estatuto, al consagrar en su texto el principio de “cosa juzgada”, reafirma la obligada abstención de la Corte cuando un proceso judicial justo e imparcial haya ya tenido o esté teniendo lugar ante tribunales nacionales.⁵¹

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los Artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

⁴⁸ Preámbulo, considerando sexto.

⁴⁹ Artículo 1. (...) La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (...).”.

⁵⁰ Artículo 17, Estatuto de Roma.

⁵¹ Artículo 20. Cosa Juzgada. (...) 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los Artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma

Este principio de complementariedad es característico y privativo de la Corte Penal Internacional y se encuentra en los orígenes mismos del texto de Estatuto.⁵² Por el contrario, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda consagran la primacía de dichos tribunales internacionales en relación a las jurisdicciones nacionales. En dicha virtud, éstas deben ceder toda vez que aquéllos les demanden la remisión de un caso, aún en el extremo de que se encuentren ejerciendo efectivamente su propia jurisdicción penal en plena conformidad con el derecho internacional.⁵³

El principio de complementariedad es sin duda razonable y lógico: los tribunales de los estados y no la Corte Penal Internacional son los que, en general, se encuentran en mejor posición para juzgar un caso, pues disponen habitualmente de los mejores medios de prueba. Sólo se justificaría la intervención de un tribunal internacional si aquellos fueran reuentes a poner en práctica sus propios mecanismos jurisdiccionales o si lo hicieran de un modo incompatible con sus obligaciones bajo el derecho internacional. Más aún, sería irrazonable que la Corte Penal interviniera en primer término, pudiendo hacerlo los estados, pues se trata de un tribunal compuesto sólo por 18 jueces y un Fiscal y mal podría atender todos los casos de graves violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario que tienen lugar en los 98 Estados Parte del Estatuto de Roma.⁵⁴ Como bien se ha dicho, si todos los estados cumplieran de buena fe con su obligación de hacer comparecer ante sus tribunales a los presuntos responsables de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional la Corte no llegaría nunca a ejercer su propia competencia, lo que por cierto no es el caso.

Ahora bien, para que los Estados Partes del Tratado puedan ejercitar adecuadamente su propia jurisdicción sobre los crímenes que reprime el Estatuto es necesario que todos y cada uno de esos crímenes se encuentren reprimidos en la legislación interna. De otro

independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

⁵² Ver párrafo 4 del Preámbulo y Artículo 1 y sus respectivas notas explicativas del Proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional, Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, en *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session*, 2 May to 22 July 1994 (A/49/10), disponible en www.un.org/law/ilc/reporfra.htm

⁵³ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Artículo 9 (2) (disponible en www.un.org/icty/legaldoc/index.htm) y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Artículo 8 (2) (disponible en www.icttr.org/default.htm).

⁵⁴ Al 11 de Abril de 2005 98 Estados son Parte del Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional.

modo, los Estados estarán imposibilitados de hacer comparecer ante sus propios órganos jurisdiccionales a las personas responsables de tales conductas, pues no todos los crímenes enumerados en el Estatuto se encuentran tipificados en la legislación doméstica.⁵⁵

Sin embargo, el Tratado de Roma no sólo impone el deber de investigar y reprimir internamente ciertos crímenes, sino que también establece la obligación de los Estados de cooperar con la Corte Penal en aquellos requerimientos que ésta pueda formularle, como ser la producción de pruebas, la práctica de allanamientos y decomisos, la protección de víctimas y testigos o la entrega de personas a la Corte, entre otros numerosos actos.

Como es sabido, España suscribió el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional el 18 de Julio de 1998, siendo aprobado el mismo por las Cortes el 4 de Octubre de 2000, mediante Ley Orgánica 6/2000. El depósito del instrumento de ratificación se efectuó el 24 de Octubre de 2000. Tres años más tarde, el 10 de Diciembre de 2003, las Cortes aprobaron la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional, que pretendía dar satisfacción a la obligación asumida por España de cooperar con ese Tribunal, determinando de qué modo, qué autoridades y en qué plazos se daría cumplimiento con los pedidos de cooperación que le realice la Corte.

Amnistía Internacional ya ha hecho saber a las autoridades españolas los numerosos motivos de preocupación que tiene con relación al texto de la citada ley. Los mismos se encuentran explicados en un documento público de la sección española de Amnistía Internacional. Ello no obstante, Amnistía Internacional desea ahondar en una sola de esas preocupaciones: la referida al alcance de la jurisdicción reconocida a los tribunales de justicia de España por dicha norma, dada la vinculación que la misma tiene con la evolución jurisprudencial ya analizada.

⁵⁵ Sobre la implementación interna de los crímenes de guerra en la legislación española ver el minucioso estudio de Pignatelli y Meca, Fernando, La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español, Ministerio de Defensa de España, 2003.

B. La Ley Orgánica 18/2003: su ilegalidad desde la óptica del derecho internacional.

1. La “inversión” del principio de complementariedad.

Dispone la citada Ley Orgánica en su Artículo 7 que:

(...) 7.2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

Ya hemos referido anteriormente el principio de complementariedad, merced el cual son los estados los que deben proceder primeramente al juzgamiento de los presuntos responsables de haber cometido, u ordenado cometer, los crímenes que enumera el Estatuto. La ley española, por el contrario, invierte dicho principio, desligándose de antemano de casos judiciales que deberían ser atendidos por sus propios tribunales en primer término, derivándolos al Fiscal de la Corte Penal Internacional. Ese principio consagrado por la ley española es, precisamente, el inverso al consagrado por el Estatuto de Roma y constituye una clara violación al mismo.⁵⁶ Téngase presente que si todos los demás Estados Parte procedieran a implementar las disposiciones del Estatuto de Roma de la manera que se ha efectuado en España, la Corte Penal Internacional quedaría abarrotada de casos y, por ende, se tornaría inefectiva. Es, ciertamente, de manera manifiesta, el criterio puesto al establecido en el Estatuto de Roma. A título ilustrativo

⁵⁶ Contrasta la disposición bajo análisis con la contenida en el Artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1994, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia que predica: “1. Cuando los Tribunales españoles de la jurisdicción ordinaria o militar fueran competentes, de acuerdo con sus respectivas normas orgánicas y procesales, para juzgar hechos comprendidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Tribunal Internacional, iniciarán o continuarán las actuaciones, en tanto no sean requeridos de inhibición por el Tribunal Internacional (...)”.

téngase presente que la ley española es la primera y única en el orbe en establecer dicha “inversión” del principio de complementariedad.

Adviértase además que conforme los términos del mentado Artículo los órganos estatales que menciona la norma deben abstenerse de todo procedimiento, salvo el de informar al solicitante la posibilidad de acudir al Fiscal de la Corte, aún en el caso de que los supuestos responsables de dichos crímenes se encontraran en territorio sometido a la jurisdicción de España. En ese sentido, la Ley Orgánica va mucho más allá que lo establecido por el Tribunal Supremo en la interpretación del principio de jurisdicción universal: ni aún cuando los presuntos responsables del crimen se hallaren en territorio español –la mentada “conexión” con el interés nacional español en el asunto *Scilingo*– tendrán sus tribunales jurisdicción sobre tales hechos. Se llega por esa vía al absurdo, merced el cual, aún la interpretación formulada por el Tribunal Supremo en el asunto *Guatemala*, sobre el sentido atribuible a los Convenios de Ginebra de 1949, que según su entender autorizaría a buscar sólo “en su territorio” a los presuntos responsables de cometer las graves infracciones que define, es dado por tierra.

Es de señalar que el Artículo 7 establece la vía aludida para todos los “hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores nos sean españoles”, lo que parece haber derogado incluso –implícitamente– la disposición contenida en el Artículo 23 (4). Esa disposición viola expresamente distintas obligaciones convencionales que España se había comprometido a respetar, como los citados Convenios de Ginebra de 1949 o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de la que España es un Estado parte, y que consagra una obligación bien distinta de la establecida en texto de la Ley Orgánica.

Dice el Artículo 5 de aquella Convención que:

(...) 2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición (...)

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

De lo expuesto se advierte que mientras la Convención contra la Tortura obliga a todo Estado a tomar las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción sobre las personas responsables de actos de tortura –sean éstos aislados o esporádicos, o generalizados o sistemáticos y, por tal, bajo la competencia complementaria de la Corte Penal– cuando tales personas se hallen en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no se conceda su

extradición, la Ley Orgánica hace que en España sólo “se informe al denunciante” de la posibilidad de acudir ante el Fiscal de la Corte Penal Internacional.⁵⁷

El ejercicio de la jurisdicción penal española en los casos aludidos por la Convención, lo hemos dicho ya, no constituye una facultad o potestad de la que las autoridades españolas puedan decidir discrecionalmente.⁵⁸ Se trata de una obligación convencional, propia del derecho internacional, que España debe cumplir de buena fe y no eludir. La Convención Internacional contra la Toma de Rehenes⁵⁹, contiene una disposición de similar tenor, que resulta igualmente violada merced el citado Artículo 7 (2).

El derecho internacional impone la primacía de las normas contenidas en los Tratados por sobre las normas de derecho interno. De seguido, las disposiciones de la Ley Orgánica que violan el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional son contrarias al derecho internacional y deben ser interpretadas por los órganos de justicia españoles con sujeción

⁵⁷ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Case No.: IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Sentencia, 10 December 1998 (“156. Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States’ universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes”).

⁵⁸ Valiña, Liliana, El Margen de Apreciación de los Estados en la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ambito Interno, en *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Martín Abregú y Christian Courtis, compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p.173-197.

⁵⁹ Adoptada el 17 de Diciembre de 1979 en Nueva York mediante la Res.34/196 de la Asamblea General; 316 U.N.T.S. 205; en vigor desde el 3 de Junio de 1983. España es un Estado parte desde el 26 de Marzo de 1984 (Artículo 5 (2) Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 1 en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no acceda a conceder su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo. 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción criminal ejercida de conformidad con el derecho interno”).

y apego a la regla antes descrita, que está establecida convencionalmente y que obliga a todos los órganos estatales de España, incluidos sus tribunales de justicia.⁶⁰

2. Algunos interrogantes que plantea el Artículo 7 (2) de la Ley Orgánica.

La redacción del Artículo 7 (2) de la Ley Orgánica depara varios interrogantes. Dice éste que la información debe ser brindada toda vez que se denuncien “hechos sucedidos en otros Estados (...) y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte”.

La competencia actual de la Corte Penal Internacional, es sabido, está limitada a tres clases de crímenes, entre ellos, los crímenes de lesa humanidad. Estos son definidos en el Artículo 7 del Estatuto de Roma como ciertos actos que “se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. Así, por ejemplo, casos aislados o esporádicos de tortura, asesinato, sometimiento a esclavitud o violación no constituyen *per se* crímenes de lesa humanidad y sólo adquieren esa calificación cuando su comisión se lleva a cabo de manera generalizada o sistemática contra una población civil. La determinación fáctica de los extremos que ilustran esa definición –por ejemplo, si el ataque fue o no generalizado o sistemático, si efectivamente fue contra una población civil o contra combatientes, etc.- será materia de interpretación para la Corte Penal Internacional y objeto, en definitiva, de un proceso judicial ante la misma.

Por el contrario, en los términos de la Ley Orgánica, estará en manos de diversos órganos estatales españoles, no siempre judiciales (dice la Ley: “funcionarios judiciales o del Ministerio Público o de un departamento ministerial”), determinar que en la denuncia o querrela o solicitud que se le presenta “pudiera ser competente la Corte”. Y ante ello cabe preguntarse si un funcionario español, no necesariamente judicial, inaudita parte, podría efectivamente concluir que veinte casos de tortura en una determinada región de un país constituyen un ataque generalizado y, de seguido, informar al peticionante que debe acudir al Fiscal de la CPI, o si se trata, por el contrario, de actos aislados o esporádicos y, por ende, ajenos a la competencia de la Corte Penal. Cabría preguntarse además si esos funcionarios estarán en posición de determinar, por ejemplo, que el crimen de guerra que se les denuncia está o no comprendido dentro de la enumeración que formula el Artículo 8 del Estatuto de Roma o si, por el contrario, el crimen de guerra denunciado sólo se

⁶⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)).

encuentra definido en otro instrumento convencional y, por ende, es ajeno a la competencia de la Corte.

Más aún, bien podría presentarse el caso en que la denuncia que se pretende derivar en el Fiscal proviene, por ejemplo, de un estado que si ha reconocido la competencia de la Corte pero que al tiempo ha efectuado la reserva que autoriza el Artículo 124 del Estatuto de Roma, relativa a que no acepta la competencia de la misma con relación a crímenes de guerra por un período de 7 años.⁶¹ ¿Es que las autoridades españolas informarán al denunciante de su derecho de recurrir ante el Fiscal por los hechos que denuncie como crímenes de lesa humanidad y, habida cuenta de la incompetencia de la Corte Penal Internacional con relación a los crímenes de guerra en tal caso, iniciaran los pasos procesales para diligenciar la denuncia o querrela? ¿O si la denuncia es genérica y no califica a los crímenes, estará a cargo de aquellas autoridades establecer qué conductas se considerarán crímenes de guerra –y por lo tanto exentas de la competencia de la Corte- y cuáles no? ¿Y qué si la denuncia se refiere a una multiplicidad de crímenes ocurridos en fechas diversas, algunos anteriores y otros posteriores a la fecha de entrada en vigor del Tratado para el Estado, podrán las autoridades decidir cuales hechos se derivarán a la Corte y cuáles no? Ni qué decir si los hechos que se informan han sido cometidos en más de un Estado o perpetrados por nacionales de diversos estados, unos partes y otros no del Tratado. Los interrogantes que surgen de la redacción de la norma son innumerables.

De resultas de las hipótesis expuestas, es claro que la determinación de esos extremos demandará siempre un proceso judicial donde pueda debatirse la cuestión. Y ese es, precisamente, el proceso judicial que debe tener lugar en sede local y al que alude el Estatuto de Roma cuando consagra la complementariedad, y no una simple “información” proveída al denunciante o querellante, ante la cual no prevé la Ley Orgánica recurso alguno. Ha sido el mismo Tribunal Supremo quien recordó el alcance del derecho a la tutela judicial:

(...) el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución debidamente motivada como ha recordado también el Tribunal Constitucional, motivación que evita la arbitrariedad de la resolución, mostrando a las partes cuál es el fundamento racional, fáctico y jurídico, de la decisión judicial, y posibilitando su impugnación razonada, mediante los recursos procedentes.⁶²

⁶¹ Solo Francia y Colombia, entre los 98 Estados Parte, han efectuado dicha reserva.

⁶² Caso “Guatemala”, Fundamentos de Derecho, considerando segundo.

3. El Fiscal y la resolución de acordar la apertura de una investigación.

Dice la Ley Orgánica en su Art.7 (3) que:

No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación, o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes.

Conforme los términos del Estatuto de Roma, si el Fiscal llega a la conclusión de que la información que le ha sido suministrada no constituye fundamento suficiente para iniciar una investigación, luego de analizar la veracidad de la misma, a cuyo efecto puede recabar información de los Estados, de los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas, debe informar de ello a quienes la hubieren proporcionado.⁶³ Sin embargo, ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba fijan un plazo para ello. En consecuencia, bien puede ocurrir que el denunciante no reciba respuesta del Fiscal por un largo período de tiempo –mientras el Fiscal corrobora la información suministrada- y, por ende, no se encontrará habilitado para presentar nuevamente su caso ante las autoridades españolas. Más grave aún, durante todo ese período de tiempo, según la ley española, el Fiscal de la Corte sólo podrá adoptar –restrictivamente- las “primeras medidas urgentes”, concepto sobre el cual nada especifica la ley y que bien puede acarrear que importantes medidas probatorias –a primera vista no urgentes- desaparezcan o ya no estén disponibles más tarde para un proceso en sede local.

En segundo lugar, la Fiscalía de la Corte ha adoptado como metodología el responder todas las requisitorias que se le formulan en un lenguaje condicional, esto es, que no se encuentran dadas en ese momento las causales que habilita el Estatuto de Roma para dar inicio a una investigación, pero que nada obsta a reconsiderar el asunto nuevamente en el futuro.⁶⁴ No podría ser de otro modo habida cuenta los términos del Artículo 15 (6) del Estatuto de Roma, que siempre habilita a poner en conocimiento del Fiscal hechos o

⁶³ Estatuto de Roma, Artículo 15 (6) “Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación”.

⁶⁴ Ver el borrador de procedimiento adoptado por la Fiscalía de la Corte en http://www.icc-cpi.int/organs/otp/otp_docs.html, bajo el título de “Annex to the Policy Paper”.

pruebas nuevos que pueden hacer mudar de opinión a la Fiscalía sobre el anterior rechazo de una causa.

Si ese lenguaje condicional –en absoluto concluyente- puede ser interpretado como el rechazo al que se refiere la Ley Orgánica (“si el fiscal de la Corte no acordara...”) es algo que no está claro con la redacción de la norma y no alcanza para responder si el peticionante se encuentra ya en condiciones de volver a presentar su caso ante la justicia de España.

Todos estos interrogantes encuentran su origen en la indebida inversión del principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma.

III. RECOMENDACIONES DE AMNISTÍA INTERNACIONAL A LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS.

España, como todo Estado Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y otros instrumentos convencionales, se encuentra compelida a observar y respetar las obligaciones contenidas en los mismos. Y en el cumplimiento de esas obligaciones –tal como lo consagran la costumbre y las normas convencionales- debe proceder de buena fe.⁶⁵ Ello trae aparejado, entre otros deberes, que al adaptar su legislación interna a las exigencias del Tratado lo haga en plena armonía con las exigencias del derecho internacional y no a la medida tan sólo del interés nacional español. Igual consideración cabe con relación a las interpretaciones que sus máximas autoridades judiciales realizan del derecho internacional. Este obliga al Estado español en su conjunto, y no solamente a sus autoridades administrativas y legislativas.

En consecuencia, Amnistía Internacional recomienda a las autoridades administrativas, legislativas y judiciales de España lo siguiente, a saber:

- Interpretar la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de manera compatible con los deberes de España bajo el derecho internacional, de modo tal que el principio de jurisdicción universal allí consagrado no pueda quedar desvirtuado por una aplicación que exija una conexión con el interés nacional español para fines de establecer la existencia de la jurisdicción;

⁶⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 26.

- Enmendar la Ley Orgánica del Poder Judicial de modo tal que todos los crímenes de derecho internacional, en especial los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura, la desaparición forzada de personas y los homicidios extrajudiciales queden comprendidos bajo las previsiones de su Artículo 23 (4) y no solamente aquellos que la norma actualmente enumera;
- Enmendar la Ley Orgánica 18/2003 del modo en que ha sido sugerido por el documento de la Sección española de Amnistía Internacional antes referido y, especialmente, de modo tal que la jurisdicción de los tribunales españoles con relación a los crímenes de derecho internacional se ejercite siempre en primer término.