

DERECHOS HUMANOS, CRÍMENES DE GUERRA Y GLOBALIZACIÓN DE LA JUSTICIA (1)

Dr. Jorge Pueyo Losa
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Santiago de Compostela

I. CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES Y MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Resulta patente que el Derecho internacional humanitario, y sobre todo las cuestiones relacionadas con sus mecanismos de aplicación han recobrado un alto valor e interés desde fundamentalmente el periodo de la posguerra fría. En la historia reciente de las relaciones internacionales jamás se había apelado tanto al derecho de los conflictos armados como hoy en día; nunca, como se ha dicho, este cuerpo normativo había estado tan presente no sólo en el discurso doctrinal, sino también en los medios diplomáticos (2).

Obviamente, esta renovada atención hacia las reglas que integran el Derecho Internacional Humanitario, y por tanto, dada su estrecha vincula-

(1) Premio «José Francisco de Querol y Lombardero», 2004, del Ministerio de Defensa.

(2) CONDORELLI, L.: «L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du Droit international humanitaire », en *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du Droit international*, Paris, 1998, p.127. Ver también en este sentido las reflexiones de BOISSON DE CHOUZERNES, L. y CONDORELLI, L.: «Common article 1 of the Geneva Conventions revisited: protecting collective interests», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol.82, nº 837, 2000, p.71.

ción, hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (3), no puede ser sino consecuencia lógica del trágico panorama de conflictos armados que se viven en el actual escenario internacional; conflictos, de naturaleza internacional, pero sobre todo de carácter interno, en los que se producen gravísimas vulneraciones de las elementales normas de humanidad.

Y es que, sin duda, la sociedad internacional atraviesa un alarmante periodo de contradicciones e incertidumbres profundas. Los tiempos de exaltación y júbilo que se vivieron a comienzos de la década de los noventa, sobre todo en Europa, por razón del nuevo orden internacional que parecía avecinarse, se verían rápidamente ensombrecidos por la alarmante espiral de violencia que recorre todos los continentes. La gravísima escalada de conflictos armados que se observa en el medio internacional, y la brecha cada vez mas honda que separa a los Estados desarrollados de aquellos con escandalosos índices de pobreza, no puede por menos que causar perplejidad en un momento en el que el mundo parece que habría comenzado a prestar la debida atención a los problemas globales de la Humanidad.

Durante el periodo de guerra fría han sido muchos e intensos, por supuesto, los conflictos armados que se han padecido en muy distintos teatros regionales, pero en el periodo de posguerra fría no solo buena parte de estos conflictos antiguos y seculares siguen subsistiendo, sino que, además, a ellos han venido a sumarse otros nuevos, en los que la violencia resulta, si cabe, aun mas cruenta.

La realidad es que —en palabras de PEREZ GONZALEZ— las violaciones a gran escala de los derechos humanos en no pocos países, la exacerbación de actitudes nacionalistas, y la persistencia de situaciones generalizadas de injusticia social en vastas regiones del mundo —perpetuadas en buena parte gracias a la política egoísta e interesada de los países desarrollados— son causa directa o indirecta del estallido de situaciones de violencia en las que el ingrediente ideológico se ve sustituido por factores sociales, económicos o religiosos (Grandes Lagos, los Balcanes, el Caucazo...) (4).

Los conflictos armados actuales por su naturaleza y características particulares se nos presentan como escenarios especialmente abocados a

(3) Cfr. PEREZ GONZALEZ, M.: «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho de Derecho Internacional, Vol.I, 1997, pp. 315— 393.

(4) PEREZ GONZALEZ, M.: *op.cit.*, p.324.

generar un más intenso y dramático índice de violaciones de las normas humanitarias, sobre todo porque de forma premeditada las partes en conflicto buscan atentar contra uno de los sectores más especialmente protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, es decir la población civil.

Si en situaciones de conflicto que podríamos calificar de clásicas o convencionales el quebrantamiento de las normas humanitarias resulta casi consustancial al propio escenario de su aplicación, hay que enfatizar el hecho de que los conflictos armados actuales nos ofrecen un balance todavía más alarmante de violaciones masivas y generalizadas de las normas humanitarias; y es que la naturaleza de los conflictos ha cambiado. La disminución del número de guerras libradas por ejércitos regulares ha ido acompañada de un aumento de las guerras intestinas libradas por fuerzas irregulares, en las que, especialmente en conflictos con un componente de odio étnico o religioso, los civiles afectados suelen no ser víctimas fortuitas de esas nuevas fuerzas irregulares sino su principal blanco (5).

Tal como se ha venido destacando repetidamente desde los círculos doctrinales y políticos, en muy buena parte de los conflictos armados de nuestros días la razón de ser, el objetivo primario y último, el blanco decisivo del conflicto es atentar contra la población civil; vulnerando así de forma gravísima las más elementales normas de protección contenidas tanto en el Derecho Internacional Humanitario, como en el Derecho Internacional de los derechos humanos; lo que nos sitúa ante un dramático panorama de limpieza étnica, hambre, refugiados....

El amplio elenco de violaciones de las normas humanitarias tipificadas como infracciones graves o crímenes de guerra en los Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 50, 51, 130 y 147) y en el Protocolo I de 1977 (artículo 85.3 y 4) — y de forma ya más sistematizada y renovada en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal internacional (6)—, van a encontrar su más viva, amplia y trágica plasmación en los escenarios de conflicto armado de estos tiempos.

El Secretario General de Naciones Unidas en su *Informe sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 1999, procedía a constatar el hecho de que, aun habiendo sido aprobados en los últimos cincuenta años diversos Convenios relativos al Derecho internacional humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos, «raro es el día

(5) Cfr. *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 30 de marzo de 2001 (S/2001/331) (punto 3).

(6) Ver *infra* aptdo. III.1 de este trabajo.

que no recibimos pruebas de actos de intimidación y represión brutal, de tortura y de matanzas de civiles inocentes en los conflictos armados. Ya se trate de mutilaciones en Sierra Leona o de genocidio en Rwanda, de depuración étnica en los Balcanes o de desapariciones en América Latina, las partes en los conflictos han mostrado una indiferencia deliberada ante dichos Convenios. Las facciones rebeldes, los combatientes de la oposición y las fuerzas de los gobiernos continúan atacando a civiles inocentes con una frecuencia alarmante» (7).

En definitiva, debido, por un lado, a que las partes en los conflictos no respetan las normas y, por otro, a que no hay suficientes mecanismos eficaces para hacer que se cumplan, se ha producido una situación en la que los civiles sufren de una manera desproporcionada, y que la comunidad internacional parece incapaz de prevenir ; y ello tal lo demuestra la propia evolución de los acontecimientos, en la medida en que no parecen vislumbrarse signos de cambio y recesión demasiado esperanzadores (8).

(7) *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 8 de septiembre de 1999 (S/1999/957) (punto 2). Ciertamente, en muchos de estos conflictos armados, las *víctimas civiles* y la *destrucción de la infraestructura civil* no son simples secuelas de la guerra sino el resultado de ataques deliberados contra no combatientes; los combatientes atacan a los civiles para expulsar o erradicar a sectores de la población o bien para acelerar la rendición militar. En la guerra moderna, especialmente en los conflictos internos, muchas veces se toma como objetivo a los civiles en tanto que parte integrante de una estrategia política. En la actualidad hay más de 30 millones de *personas desplazadas*, y las *mujeres* y los *niños* representan la mayor proporción de civiles afectados por los conflictos. En el último decenio han muerto 2 millones de niños como consecuencia directa de los conflictos armados, y más de 300.000 menores de 18 años han sido cruelmente explotados como soldados de fuerzas armadas de gobiernos o de grupos armados de oposición; las mujeres y las niñas son especialmente vulnerables a la violencia relacionada con el sexo y a la explotación sexual, incluidas las *violaciones* y la *prostitución forzada*. Los combatientes buscan restringir el acceso de los civiles a los alimentos u otras formas de *asistencia humanitaria* e incluso dejan morir de *hambre* a los civiles deliberadamente. El *personal humanitario y de mantenimiento de la paz* se ha convertido crecientemente en el blanco directo de la violencia organizada. Y — de entre una larga lista de violaciones sistemáticas que podríamos seguir refiriendo— la utilización generalizada de *minas terrestres antipersonal* ha tenido consecuencias importantes en el alcance y nivel de la violencia que afecta a las poblaciones civiles; el legado mortal de más de dos docenas de guerras incluye millones de minas terrestres antipersonal y otras municiones de bajo costo sin detonar, lo que no sólo genera que miles de civiles mueran o resulten mutilados cada año, sino que también impide que se utilice la tierra para la agricultura y que se preste la asistencia humanitaria y la ayuda para el desarrollo, alterando o retrasando, además, el reasentamiento y la reintegración de los desplazados internos y los refugiados que regresan a sus hogares (Sobre esta larga lista de infracciones graves que de forma generalizada se constatan en los conflictos armados modernos ver el *Informe del Secretario General de 1999*, cit, puntos 6 y ss).

(8) Lamentablemente, reconocía de nuevo el Secretario General de Naciones Unidas en su segundo *Informe sobre la protección de los civiles en los conflictos armados* presen-

A la vista de un panorama como este, se advierte, obviamente, que el mundo sigue acosado por innumerables escenarios de conflicto —de muy distinta naturaleza y alcance—, resultando, cada vez más, convulsionado por las graves fracturas que padecen numerosos grupos sociales; trascendiendo en todo este panorama de fragmentación y descomposición un fenómeno de extrema violencia contra el ser humano —tanto en tiempo de guerra como de paz—, y por ello una especial preocupación (no exenta, muchas veces, de una actitud farisaica) del medio social internacional por procurar la formalización o fortalecimiento de los instrumentos capaces —además de prevenir— de reprimir tales actos de inhumanidad y barbarie.

Y si bien la necesidad de articular mecanismos de cooperación internacional capaces de reprimir, desde la responsabilidad internacional no solo del Estado —o de las partes en el conflicto— sino también del individuo, la comisión de ciertos hechos delictivos que interesan y afectan a la comunidad internacional en su conjunto, y en particular los graves atentados que se producen contra los más elementales principios de dignidad del ser humano, representa un objetivo que ha venido ocupando —de manera destacada y casi como una constante histórica— la atención de la comunidad de Estados, su interés y preocupación por alcanzar formulas de cooperación conducentes tanto a hacer cesar el daño que se esta produciendo a la población civil, como a evitar el humillante panorama que resulta de la impunidad, aflora con especial intensidad — como es lógico— siempre que el medio internacional resulta azotado de forma particularmente trágica por gravísimas violaciones de los derechos humanos. Por ello, una vez mas, los tiempos que corren han sido y son desgraciadamente idóneos para intentar dar forma o reafirmar y potenciar las dinámicas de cooperación destinadas a exigir no solo la responsabilidad internacional de las partes en conflicto sino también la responsabilidad internacional de los individuos de cara a un efectivo enjuiciamiento y castigo de los culpables de tales crímenes internacionales.

En este contexto se explica el renovado interés que desde los círculos doctrinales y diplomáticos ha vuelto a adquirir la operación de determi-

tado en 2001, la realidad para las poblaciones afectadas no ha variado: el reclutamiento y la utilización de niños soldados, la proliferación de las armas pequeñas, el uso indiscriminado de minas terrestres, los desplazamientos forzados en gran escala y la depuración étnica, así como el hecho de que las mujeres y los niños sean blanco de sevicias, la denegación de los derechos humanos más básicos y la impunidad generalizada de quienes cometen atrocidades, siguen siendo características harto comunes de la guerra. *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 30 de marzo de 2001, *cit.* (punto 2).

nar el significado y alcance de la obligación para todos los Estados de «respetar» y «hacer respetar» las normas humanitarias que se proclama en el art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra, y en el art.1.1 del Protocolo I (9), con el fin de precisar los mecanismos —además de carácter preventivo y de control— de índole represiva que se habrán de poner en marcha para procurar el debido y adecuado cumplimiento de las normas humanitarias. Se trata, al decir de BOISSON DE CHAZOURNES y CONDORELLI, de una «obligación doble», en virtud de la cual mientras «respetar» significa que el Estado tiene la obligación de hacer todo lo que pueda para garantizar que sus órganos y todos los que estén bajo su jurisdicción respeten las normas, «hacer respetar» implica que los Estados, estén o no en situación de conflicto, tienen que tomar todas las medidas posibles para garantizar que todos, en particular las partes en conflicto, respeten las normas (10).

Y aunque la dimensión más básica de la obligación contenida en el artículo 1 común, es decir la obligación de «respetar», resulta consustancial al propio juego de las relaciones jurídicas contractuales que generan los Convenios de Ginebra, y por ello sigue manteniendo todo su valor la obligación que se impone a todos los Estados, y por tanto a las partes en conflicto, de activar y acatar los mecanismos preventivos, de control y represivos que se articulan en los instrumentos convencionales de cara a procurar un eficaz cumplimiento del DIH (11), nos interesa, sin embargo, centrarnos fundamentalmente ahora en el análisis de las consecuencias jurídicas que se derivan de la *obligación de «hacer respetar»* tales normas.

Pues, la realidad de los conflictos armados actuales nos permite constatar que la obligación que se impone a todos los Estados de «respetar» las normas humanitarias resulta demasiado *frágil e inoperativa*, toda vez que

(9) Respecto a esta obligación de respetar y hacer respetar, hay que recordar que el Protocolo I procede a matizar, además, que las partes contratantes y en conflicto «adoptaran sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben « y «darán las ordenes e instrucciones oportunas para garantizar el respeto de los Convenios y del presente Protocolo y velaran por su aplicación» (art.80).

(10) BOISSON DE CHAZOURNES y CONDORELLI, *op.cit.*, p.69

(11) Para una valoración de los distintos mecanismos de aplicación del Derecho internacional humanitario, ver, de entre una amplísima bibliografía, y en la doctrina española: PEREZ GONZALEZ, M.: «Consideraciones sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario con especial referencia a su aplicación en el orden interno», *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, Vol. II, Bruxelles, 1997, p. 1087-1113; *id.* : « El Derecho internacional humanitario en busca de su eficacia », *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, 2001, pp.331— 355 ; JORGE URBINA, J.: *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario. Valencia, 2000, pp. 204 y ss.

van a ser las propias partes en conflicto las que o bien manifiestan una expresa voluntad de transgredir los más elementales principios humanitarios —haciendo, muchas veces, de tal trasgresión la razón misma del conflicto— o bien demuestran una incapacidad absoluta para controlar y reprimir dichas violaciones.

Si, tal como nos lo demuestra la experiencia histórica, los mecanismos de aplicación que obligan a las propias partes en conflicto resultan incluso en cuanto tales demasiado *frágiles* en el terreno de lo que venimos en calificar como de conflictos clásicos o convencionales, trasciende hoy, además, su clara *inoperatividad* en el contexto de los conflictos armados que de forma más generalizada se desarrollan en el escenario internacional de nuestros días. Y es que, como acabamos de apreciar, los tipos de conflictos más comunes en la actualidad ya no se libran por medio de ejércitos regulares, sino que son de índole interna e implican una proliferación de grupos armados y otras facciones irregulares, que a menudo tienen objetivos políticos, económicos y estratégicos dispares o inciertos, y que se colocan deliberadamente al margen de la normativa internacional establecida (12).

Si la aplicación del DIH se confía fundamentalmente a la autoridad del Estado, hay que destacar que buena parte de los conflictos armados actuales se van a caracterizar por la gravísima circunstancia de que la autoridad estatal ha desaparecido, o se muestra absolutamente incapaz de asegurar la aplicación de estas normas, por tratarse de Estados absolutamente desestructurados y faltos de todo tipo de control; mostrando además las partes en el conflicto una especial predisposición y una premeditada voluntad de vulnerar las más elementales normas de humanidad.

Es por ello que la inoperancia de los *mecanismos de orden preventivo* —es decir de la obligación que tienen los Estados de difundir, de dar conocer, las normas de Derecho internacional humanitario con el fin evitar que se produzca su incumplimiento— resulta patente. Muchos grupos armados no han formulado una doctrina militar propia ni tampoco han incorporado en su *modus operandi* los principios reconocidos del Derecho internacional humanitario. Siendo igualmente predicable esta inoperatividad por relación a los *mecanismos de control* —destinados a supervisar, a través fundamentalmente de los mandos militares, la actuación de las tropas y el uso de las armas, verificando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes — y de carácter *represivo* —con el fin de reprimir y san-

(12) Cfr. *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 30 de marzo de 2001, *cit.* (punto 5).

cionar, por medio de las acciones disciplinarias o penales oportunas, a los infractores (13)—, por que son, como decimos, las propias partes, y sus propias organizaciones, las que premeditadamente tienen como principal objetivo del conflicto la trasgresión de las más básicas normas de humanidad que integran el Derecho de los conflictos armados; lo que determina, en suma, que el control y eventual represión de los presuntos culpables en el orden interno no se produzca operativamente, al constatarse una falta de voluntad o incapacidad de las partes involucradas para enjuiciar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, generando, así, alarmantes espacios de impunidad. Ciertamente, si, de manera flagrante, los grupos armados que son partes en el conflicto hacen caso omiso del Derecho internacional humanitario, no sólo atacando deliberadamente a la población civil, sino también mostrando, por ejemplo, una escasa o nula disposición a hacer frente a sus responsabilidades en materia de iniciación, organización, coordinación y prestación de asistencia humanitaria dentro de su territorio, consecuentemente ocurrirá que, con demasiada frecuencia las autoridades nacionales dejarán impunes las violaciones generalizadas y sistemáticas del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

Pues bien, si el Estado que normalmente tiene jurisdicción sobre estos actos delictivos es bastante improbable que los persiga eficazmente, en la medida en que el propio aparato estatal estará estrechamente vinculado a la perpetración de los mismos, amparando y alentando, así, el fenómeno de impunidad, va a ser, en definitiva, a los terceros Estados (no partes en el conflicto) —y aun a la comunidad internacional en su conjunto— a los que corresponda, ante un escenario de conflictos de esta naturaleza, la misión de hacer efectiva la obligación de «hacer respetar» las normas humanitarias, aplicando, ante todo, los mecanismos que los propios ins-

(13) Aunque, como dice PEREZ GONZALEZ, una responsabilidad especial en orden a asegurar la estricta aplicación de las reglas del Derecho internacional humanitario recae sobre los jefes militares en el doble aspecto de la prevención y represión de las infracciones, «en el orden general es el Estado, es decir, el conjunto de las instituciones estatales, el responsable de velar por el respeto de esas reglas, lo que supone que al Estado en cuanto tal le corresponde, sobre todo a través de la actuación del legislador y de los órganos judiciales, la tarea de definir y reprimir las violaciones de dichas reglas («El Derecho internacional humanitario en busca de su eficacia», *cit.*, pp.340-431). De ahí que adquiriera una especial relevancia la obligación que se impone a los Estados, en los cuatro Convenios de Ginebra y en el Protocolo I, de adoptar las medidas internas necesarias para enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables, y en particular, como vamos a ver, el alcance de la misma desde la perspectiva de su cumplimiento por vía del principio de jurisdicción universal.

trumentos convencionales articulan para exigir —además de la responsabilidad internacional del Estado, o de las partes en el conflicto— la responsabilidad internacional de los individuos, a través, fundamentalmente, como vamos a ver, del enjuiciamiento y castigo de los mismos conforme al *principio de justicia universal*. Circunstancia esta a tenor de la cual se va a poder confirmar, además, como desde los últimos tiempos no solo tienden a recuperar todo su valor y significado los ya viejos instrumentos de cooperación descentralizada cimentados, como decimos, en el principio de jurisdicción universal, sino también como la Comunidad internacional ha buscado avanzar en la formulación de mecanismos más eficaces, dando forma a las no menos viejas aspiraciones de cooperación institucionalizada por medio de la articulación de una *jurisdicción penal internacional*.

II. LA REPRESIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA DESDE LA OBLIGACIÓN PARA TODOS LOS ESTADOS DE «HACER RESPETAR» LAS NORMAS HUMANITARIAS. EL PAPEL DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE JURISDICCION UNIVERSAL.

1. EL VALOR RENOVADO DE LA OBLIGACIÓN PARA TODOS LOS ESTADOS DE «HACER RESPETAR» EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

Sin duda hay que admitir que el valor del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra trasciende hoy, en el marco de los conflictos armados actuales, desde la perspectiva de la obligación que se impone a todos los Estados, y por tanto a todos aquellos que no son parte en el conflicto, de «hacer respetar» las normas humanitarias.

La obligación de «hacer respetar» resulta claramente expresiva de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones que integran el Derecho internacional humanitario; unas obligaciones que, como es bien sabido, al tutelar intereses fundamentales de la comunidad internacional —y, en particular, al expresar el interés esencial que representa el ser humano en el medio social internacional— son asumidas frente a todos los Estados —frente a la comunidad internacional en su conjunto—, lo que determina que cada miembro de la sociedad internacional tenga un «interés jurídico» en su observancia, y por consiguiente el derecho legítimo a exigir el respeto de dichas obligaciones. Se trata de una obligación que recae sobre todos y cada uno de los Estados de la sociedad internacional sean o no partes en los Convenios de Ginebra, en la medida en que encuentra su

reconocimiento no solo en el Derecho internacional convencional sino también el Derecho internacional consuetudinario, lo que implica que todos los Estados tienen el deber, como decimos, de interesarse por las violaciones que se produzcan, y tomar medidas apropiadas para hacerlas cesar y reprimir (14) .

Nos encontramos ante una regla que, aunque desde 1949 permaneció durante varias décadas en la sombra, ha terminado por adquirir, como dice CONDORELLI, una densidad y un peso cada vez más grande en el debate jurídico y diplomático (15). Desde la perspectiva tradicional de los mecanismos de aplicación del DIH, la obligación de «hacer respetar» ha tenido, ciertamente, una escasa relevancia; todavía a comienzos de la década de los noventa, SANDOZ estimaba, como expresión de la interpretación hasta ese momento dominante, que «el sentido de esta obligación no es transparente y fue largamente discutido...», y aunque se admita la existencia de esta obligación, falta todavía por definir, escribía, su contenido (16). Pero es, sin embargo, esta dimensión de la obligación contenida en el artículo 1 común, la de «hacer respetar», la que, por el contrario mayor valor y trascendencia va a adquirir en el contexto de los conflictos armados actuales.

Y es que la dimensión y magnitud de las violaciones del DIH que se vienen produciendo en los conflictos armados del periodo de la posguerra fría, parece haber contribuido más que nunca a remover la conciencia pública internacional, urgiéndose la necesidad de una reacción de todos los Estados de la sociedad internacional, y aun de la comunidad internacional en su conjunto, en orden no sólo a sofocar y reprimir la dramática violencia que padece la población civil en estos escenarios de conflicto, sino también a incriminar y sancionar a los presuntos culpables de tales críme-

(14) La naturaleza *erga omnes* y el alcance consuetudinario de la obligación de «hacer respetar» ha sido reiteradamente enfatizado, además de por la doctrina, por la jurisprudencia internacional: así, por ejemplo, el TIJ —en su sentencia en el *asunto de Nicaragua (ICJ, Reports, 1986, parr.220)*; en su *opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares (ICJ, Reports, 1996, parr.79)*—, el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, en su sentencia, entre otras, de 14 de enero de 2000 en el *asunto Kupreskic (Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others. ICTY Trial Chamber Judgement, 14 January 2000, parr.517 a 520)*... En este sentido, BOISSON DE CHAZOURNES Y CONDORELLI han afirmado que «Indeed, over the last half century the practice of States and international organizations, buttressed by jurisprudential findings and doctrinal opinions, clearly supports the interpretation of common article 1 as a rule that compels all States, whether or not parties to a conflict, not only to take active part in ensuring compliance with rules of international humanitarian Law by all concerned, but also to react against violations of that Law» (*op. cit.*, pp. 69-70).

(15) CONDORELLI, L., *op. cit.*, p.129.

(16) SANDOZ, Y., *op.cit.*, p.259-260.....

nes internacionales, evitando así su impunidad. Lo que a todas luces determina y justifica este *renacimiento* del artículo 1 común desde la perspectiva de la obligación que impone a todos los Estados de tomar las medidas necesarias para no solo controlar que las partes en conflicto respeten las normas humanitarias, sino también para reaccionar frente a sus posibles violaciones, promoviendo tanto —desde la responsabilidad internacional del Estado, o de las partes en el conflicto— la cesación del daño que se esta produciendo, como —desde la responsabilidad internacional del individuo— el enjuiciamiento y castigo de los culpables de la comisión de crímenes de guerra y otros crímenes contra la humanidad.

Y tal efecto, no hay que olvidar que ya el propio Derecho de Ginebra nos ofrece ciertos mecanismos capaces de dar cumplimiento a la obligación de «hacer respetar» del artículo 1 común. Ciertamente en los Convenios de Ginebra y el Protocolo I se contienen «indicadores», al menos teóricamente valiosos, que no habría que desaprovechar —sino impulsar, reforzar y revisar— para, de forma complementaria y conjugada, procurar una supervisión del cumplimiento de las normas humanitarias, y sobre la base de una constatación de la comisión de graves infracciones proceder a su represión (17).

Pero, centrándonos, sobre todo, en los mecanismos de carácter represivo, junto a las posibilidades que se abren —desde la perspectiva de la responsabilidad internacional del Estado— por la vía del art. 89 del Protocolo I, nos interesa fundamentalmente ahora destacar la obligación que —desde la responsabilidad internacional del individuo— se impone a todos los Estados de perseguir y sancionar a los acusados de crímenes de guerra por medio de la aplicación del principio de justicia universal que se reconoce en el Derecho de Ginebra .

2. REPRESIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA Y COMPETENCIA UNIVERSAL DE LAS JURISDICIONES NACIONALES. JURISDICCIÓN UNIVERSAL LEGISLATIVA Y COERCITIVA.

La progresiva afirmación en el Derecho internacional consuetudinario y en el Derecho internacional convencional del *principio de justicia universal* —tal como se reconoce en los Convenios de Ginebra, y posteriormente en un amplio abanico de instrumentos internacionales en los que se

(17) Sobre los mecanismos ordinarios articulados en el propio Derecho de Ginebra, y la necesidad de proceder a su revisión y enriquecimiento, ver la bibliografía citada *supra* nota 10.

tipifican otros crímenes internacionales— ha representado un paso extraordinariamente significativo, aunque, como vamos a ver, no suficiente de cara a la represión de crímenes de guerra, entre otras conductas criminales.

El principio de universalidad, en virtud del cual se atribuye a todos los Estados —a cualquier Estado— la capacidad de reprimir la comisión de estos crímenes, con independencia de la nacionalidad de su autor y del lugar donde se hallan cometido, expresa un alto grado de cooperación jurídica internacional destinada a evitar la existencia de espacios de impunidad en el mundo. Ciertamente, el valor que ante todo encierra el principio de jurisdicción universal se manifiesta en el hecho de que su ejercicio no se fundamenta en la existencia de ningún vínculo clásico con el Estado (territorio, nacionalidad, protección de sus intereses...), sino en la inexistencia de todo nexo, toda vez que es la defensa y protección de intereses que afectan a la comunidad internacional en su conjunto lo que determina su reconocimiento. Es, en efecto, por razón de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones que dimanar de las normas jurídicas por las que se reconoce y exige la represión de aquellas infracciones que trasciende el derecho, y aun la obligación, que se reconoce a todos los Estados de la sociedad internacional (a cualquier Estado) de exigir el cumplimiento de tales compromisos jurídicos, y reprimir, en su caso, las violaciones que se puedan cometer, por medio, en particular, del ejercicio de su jurisdicción con base en el principio de universalidad.

El principio de justicia universal aparece ya claramente formulado en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, al disponerse, en los respectivos artículos 49, 50, 129, y 146 (segundo párrafo), que

«...Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes».

Se proclama en efecto una *competencia universal obligatoria* para todos los Estados parte en los Convenios en orden a buscar y juzgar a las personas acusadas de la comisión de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, tal como igualmente se reconoce en la mayoría de los instrumentos convencionales que posteriormente vendrían a tipificar

otros crímenes o hechos delictivos de carácter internacional —y que hoy integran el Derecho internacional penal—, y en los que se dispone, conforme a una fórmula que casi podríamos calificar de estándar, que cada Estado Parte *tomara las medidas necesarias* para «establecer» su *jurisdicción* sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado —de acuerdo con el principio *aut dedere aut iudicare*— no conceda la extradición a ningún otro Estado Parte que haya establecido su jurisdicción conforme a los criterios fijados en dichos Convenios (18).

(18) Ver en este sentido, y sólo a título de ejemplo, el *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970*, en cuyo art.4.2 se dispone que «...cada Estado contratante tomara las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo»; fórmula que casi en idénticos términos se emplea también en: *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971* (art.5.2); *Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas inclusive los agentes diplomáticos de 1973* (art. 3.2); *Convención sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid de 1973* (art.IV); *Convención contra la toma de rehenes de 1979* (art. 5.2); *Convenio contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes de 1984* (art.5.2); *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental, de 1988* (art.6.4); *Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 1994* (art. 10.4); *Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997* (art. 6.4); *Convenio de la OUA sobre la prevención y lucha contra el terrorismo* (art. 6.4); *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999* (art. 7.4) (en este mismo sentido el *Consejo de Seguridad* en la polémica *Resolución 1373(2001) de 28 de septiembre de 2001* decide que todos los Estados: «Aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y aseguren que, además de cualesquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos de terrorismo queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo —aptdo.2.e); *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000* (art. 15.4)...

Bien es cierto que en algunos instrumentos convencionales en los que se tipifican ciertas conductas criminales no se formula el principio de justicia universal, tal como es el caso de la *Convención para la prevención y la sanción de delito de genocidio de 1948*, en cuyo art.6 —con independencia de la posible creación y actuación de un Tribunal Penal Internacional— sólo se reconoce una jurisdicción obligatoria para los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido; pero no hay que dejar de advertir que en orden a la represión de este crimen el principio de jurisdicción universal encuentra un firme reconocimiento en el Derecho internacional consuetudinario, tal como vendría a admitirlo el TIJ en su sentencia de 1996 , al estimar que «los derechos y obligaciones consagrados por el Convenio son derechos y obligaciones *erga omnes* y que la obligación de cada Estado de prevenir y sancionar el crimen de genocidio no esta limitado territorialmente por el Convenio» (*CII, Recueil 1996, p.616*)

Ahora bien, aunque teóricamente el valor, como decimos, del principio de justicia universal resulta a todas luces innegable, tradicionalmente en la práctica su operatividad ha resultado frustrada, y, por tanto, decepcionante.

Los Estados, más allá de sus proclamaciones retóricas y aun de los compromisos jurídicos adquiridos, han venido contraviniendo de forma bastante generalizada y permanente sus obligaciones internacionales en este ámbito, mostrando profundas recelos a la hora de aplicar el juego de las reglas jurídicas por las que se afirma el principio de universalidad; el temor —centrado en intereses políticos y económicos— siempre presente a «invadir» espacios de soberanía (ajenos) ha venido a desvirtuar (cuando no a contradecir) en la práctica cualesquiera concepciones teóricas sobre los límites que se habrían impuesto al Estado soberano por la vía del reconocimiento y protección de los derechos humanos en el orden internacional. El principio de justicia universal no ha encontrado, en efecto, una debida aplicación práctica porque los Estados no han cumplido las obligaciones que les impone el Derecho internacional para dar efectivo cumplimiento al mismo.

Pues, aunque el principio de justicia universal encuentra, sin duda, su fundamento en el propio ordenamiento jurídico internacional, se exige hacer efectiva la obligación de los Estados de reconocer y ejercer su jurisdicción universal respecto de los crímenes internacionales, mediante la adopción en sus respectivos ordenamientos internos de las medidas necesarias a las que se refieren la generalidad de los instrumentos convencionales en la materia, garantizando no sólo que esa jurisdicción se refleje apropiadamente en las respectivas legislaciones nacionales, sino también que la operación de persecución y enjuiciamiento de los presuntos culpables sea practicada realmente mediante la apertura de los oportunos procedimientos penales, siempre y cuando conforme al principio *aut dedere aut iudicare*, no se hubiese producido la extradición de estos criminales a otro Estado.

El principio de justicia universal genera, así, una doble tipo de obligaciones de carácter legislativo y coercitivo para los Estados —cuya naturaleza y alcance ha venido suscitando, es cierto, interpretaciones divergentes y una amplio debate doctrinal—.

Ante todo hay que admitir, ciertamente, que en orden a procurar una represión efectiva de estas conductas criminales, los Estados habrán de proceder no solo a reconocer en su legislación interna, y desde una perspectiva procedimental, la jurisdicción de sus Tribunales para conocer conforme al principio de justicia universal de todos y cada uno de los delitos

y crímenes internacionales tipificados en los distintos tratados internacionales en los que son partes (19), sino también, y al mismo tiempo, a incorporar en su ordenamiento interno, desde un punto de vista sustantivo, los tipos penales internacionales en orden, concretamente, a fijar las sanciones penales que hayan de aplicarse (20). La no incorporación de los tipos penales internacionales al orden interno, impediría que, aun siendo posible aplicar por vía consuetudinaria o convencional el principio de jurisdicción universal, la competencia en este caso pudiera resultar efectiva, ante la indeterminación, por ejemplo de las penas aplicables. Además, el sentido tan riguroso desde el que se concibe en el orden interno el principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), viene a reforzar la necesidad de contar con una legislación interna que haya producido el efecto de incorporar las normas internacionales en el Derecho interno.

Ciertamente, la mayor o menor operatividad del principio de justicia universal, y por tanto la capacidad del Juez para ejercer su jurisdicción en orden a reprimir la comisión de crímenes internacionales dependerá del

(19) Aunque, frente a aquellos instrumentos internacionales en los que se prevé, como acabamos de advertir, el reconocimiento de una competencia universal para los Estados Partes pero no de forma directa, sino mediante la obligación para los mismos de «establecer» en su orden interno dicha jurisdicción, en los cuatro Convenios de Ginebra se reconoce directamente una competencia universal obligatoria para los Estados, no requiriéndose, por tanto, al menos teóricamente, la adopción en el orden interno de ninguna medida de incorporación o ejecución; la práctica, sin embargo, nos permite confirmar que se hace necesario reconocer de forma expresa en el orden interno del Estado la competencia universal de los Tribunales nacionales para conocer por crímenes de guerra.

(20) A la vista de que el Derecho internacional penal cuando define ciertos crímenes internacionales no fija las penas aplicables, es cierto que debe ser adoptada en el orden interno una legislación penal que comporte las sanciones oportunas, a fin de que sea respetado el principio *nulla poena sine lege*. Hay que recordar que los propios Convenios de Ginebra obligan a fijar en el orden interno las *penas* específicas que hayan de ser aplicadas. Así, en el primer párrafo de los artículos 49, 50, 129, y 146 correspondientes respectivamente a los cuatro Convenios de Ginebra se dispone que: «*Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio...*».

Desde la doctrina se ha repetidamente enfatizado la necesidad de procurar un adecuado cumplimiento de estas obligaciones con el fin de permitir un efectivo ejercicio del principio de justicia universal; ver, por ejemplo, STERN, B.: «*Better interpretation and enforcement of university jurisdiction*», *reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa Conference 17-21 september 1998*. Nouvelles Études Pénales. Association Internationale de Droit Pénal, 1998, p.183; WOLFRUM: «*The decentralized prosecution of international offences through national courts*», en *War Crimes in International Law* (Dinstein, Y.; Tabory, M. eds), The Hague, 1996, pp. 241 y ss.

modo en como estas conductas delictivas hayan sido incorporados al ordenamiento interno.

Los Estados deberán realizar una escrupulosa y definida transposición de las normas convencionales al orden interno, mediante la promulgación de las disposiciones de carácter procedimental y sustantivo que sean necesarias para que sus tribunales puedan ejercer su jurisdicción con base en el principio de universalidad.

Pero el principio de justicia universal, tal como se reconoce en los Convenios de Ginebra, y en todos aquellos instrumentos internacionales en los que se tipifican distintas categorías de delitos o crímenes internacionales, genera también para los Estados la obligación de ejercer efectivamente su jurisdicción (universal), mediante la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de la comisión de crímenes internacionales (21).

En particular, en el segundo párrafo de los artículos 49, 59, 129 y 146 correspondientes a los cuatro Convenios de Ginebra se dispone, como ya hemos visto, que «cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas...».

Se viene así a afirmar el carácter obligatorio del ejercicio de la jurisdicción universal a la hora de perseguir y enjuiciar a los presuntos responsables de crímenes de guerra, tal como por otra parte se establece, según acabamos de apuntar, en la mayoría de los tratados internacionales que tipifican distintas categorías de delitos o crímenes internacionales; aunque normalmente restringida —esta obligación de perseguir y enjuiciar— a aquellos supuestos en que los presuntos criminales se encuentren en su territorio.

En casi todos estos instrumentos convencionales junto a la obligación, como ya hemos visto, que se formula para cada Estado Parte de tomar las

(21) En este sentido se manifiesta un importante sector doctrinal, aunque no hay que silenciar que la cuestión de determinar la naturaleza facultativa u obligatoria del principio de justicia universal, sigue suscitando posiciones e interpretaciones divergentes. Ver al respecto, por ejemplo —y por centrarnos en la doctrina citada en este trabajo—, STERN, B: «La compétence universelle...», *cit.*, p. 283; id.: «Better interpretation and enforcement of university jurisdiction», *cit.*, p.179; BENVENUTI : «The repression of crimes against humanity, war crimes, genocide through national Courts», en *Ius. Rivista di Scienze Giuridiche*. Vol.XLVI, 1999, nº 1 —*Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*—, pp. 148 y ss. Y en la doctrina española, MARTIN MARTINEZ. M.: «Jurisdicción Universal y crímenes internacionales», en *Nuevos Retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea* (A. Salinas de Frias, coord.), Málaga, 2000, pp. 151 y ss.

medidas necesarias para establecer su jurisdicción (universal) sobre estos delitos, se dispone, en efecto, que el Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, sino procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido cometido o no en su territorio (22)

Se trata, en todo caso, del ejercicio de lo que se ha venido en denominar una «jurisdicción universal territorial», es decir de la obligación de ejercer la jurisdicción universal cuando el presunto culpable se encuentre en su territorio (23)

(22) Ver, por ejemplo, el *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970*, en cuyo art. 7 se dispone: «El Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio...». Entre otros Convenios en los que se encuentran disposiciones similares, cuando no idénticas: *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971* (art.7); *Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas inclusive los agentes diplomáticos de 1973* (Art. 7); *Convención contra la toma de rehenes de 1979* (art. 8.1); *Convenio contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes de 1984* (art. 7.1); *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental, de 1988*.(Art. 10); *Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997* (art. 8); *Convenio de la OUA sobre la prevención y lucha contra el terrorismo* (art. 8.4); *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999* (art. 10.1) ...Es cierto que en algunos instrumentos convencionales en los que se tipifican ciertas conductas criminales o bien no se formula el principio de justicia universal, o bien se reconoce con un alcance meramente facultativo, tal como es el caso de la *Convención contra el Apartheid de 1973*, al disponer en su art.5 que «las personas acusadas del crimen de apartheid pueden ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado parte en la Convención el cual puede adquirir jurisdicción sobre la persona del acusado o por un tribunal penal internacional» (las cursivas son nuestras).

(23) Ahora bien, frente a este tipo de «jurisdicción universal territorial», parece que en los Convenios de Ginebra el alcance de esa obligación fuese mucho más amplia y general toda vez que, como acabamos de advertir, en el segundo párrafo de los artículos 49, 59, 129 y 146 correspondientes, nada se dice —al menos de forma expresa— por relación a la condición de que los acusados se encuentren en el territorio del Estado. De tal forma que la formula empleada en estos instrumentos convencionales podría, en efecto, ser interpretada en el sentido de que cada Estado parte estaría obligado a poner en marcha la maquinaria de la justicia para conocer de todos y cada uno de los crímenes de guerra que son cometidos en todas y cada una de las partes del mundo, mediante, por tanto, una persecución *urbi et orbis*.

Sin embargo, sería esta una interpretación tan irrazonable como inoperativa; pues aunque una obligación con un alcance tan general como este aseguraría, sin duda, como dice STERN, una mejor represión a nivel internacional, «constituerait certainement un fardeau irréaliste et trop lourde pour les Etats» («A propos de de la competence universelle...», *cit* p.749).

3. LA APERTURA DE PROCEDIMIENTOS PENALES *IN ABSENTIA*
(JURISDICCIÓN UNIVERSAL FACULTATIVA)... QUE ALCANZAN A LOS
REPRESENTANTES ESTATALES ACUSADOS DE CRÍMENES DE GUERRA: UNA
VALORACIÓN POLÉMICA. EL ASUNTO YERODIA ANTE EL TIJ.

Ahora bien, el Derecho internacional aunque por vía convencional sólo obliga a los Estados a ejercer su jurisdicción universal en aquellos supuestos en que el presunto culpable se encuentra en su territorio, no impide que los tribunales internos de un Estado inicien la instrucción de un proceso aun sin contar con la presencia del culpable en su territorio (jurisdicción universal facultativa); lo que encuentra su firme reconocimiento en el Derecho internacional consuetudinario, y aun en todos aquellos instrumentos convencionales en los que se tipifican distintas conductas delictivas, cuando al formular los distintos criterios o vínculos conforme a los cuales los Estados podrán fundamentar su jurisdicción se afirma —desde una perspectiva amplia y permisiva— que no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.

No hay que silenciar, sin embargo, que para un cierto sector doctrinal el requisito relacionado con la presencia del presunto culpable en el territorio del Estado es interpretado como una condición que limita siempre y en todo caso el ejercicio de la jurisdicción universal (24). Se trata sin embargo de una interpretación que, a nuestro juicio, resulta sumamente restrictiva, y que desde luego viene a ensombrecer —cuando no a cercenar— la esencia misma del principio de universalidad.

Bien es cierto que los Estados son libres de determinar las condiciones conforme a las cuales podrán ejercer su jurisdicción universal, pudiendo establecer, con carácter general, el criterio de la presencia del presunto culpable en el territorio del Estado; pero otra cosa es mantener que es el pro-

Se impone, así, el ejercicio de lo que se puede calificar una «jurisdicción universal territorial», en la medida en que la obligación de perseguir y enjuiciar a los culpables se limita a aquellos supuestos en que el presunto delincuente se halle en el territorio del Estado que busca ejercer su jurisdicción; es decir, es este el sentido restringido —basado en esta limitación de carácter territorial— desde el que estimamos hay que interpretar también las obligaciones que al respecto se contienen en los cuatro Convenios de Ginebra.

(24) En este sentido, y concretamente y en el ámbito de la doctrina penalista española ver DIEZ SÁNCHEZ: *El Derecho Penal Internacional. Ámbito espacial de la Ley Penal*. Madrid, 1990, p.179; y también en el sector iusinternacionalista ABAD CASTELOS: «La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y Chile: un paso adelante desandando la impunidad», *Revista da Faculdade de Direito de Universidade da Coruña*, 1998, pp.55-56; y de la misma autora y en esta línea: *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho Internacional*. Madrid, 1997, pp.157 y ss.

pio Derecho Internacional el que prohíbe tal ejercicio cuando los culpables no están en el territorio. En efecto, aun sin dejar de reconocer la libertad de que disponen los Estados en orden a limitar o condicionar el ejercicio de la jurisdicción universal facultativa, hay que admitir, tal como así se reconoce por otro destacado sector doctrinal, que el derecho internacional autoriza a los Estados a iniciar la instrucción de un proceso y a tomar todas las medidas destinadas a conducir a los presuntos autores de las violaciones hacia su territorio —a través de acciones judiciales centradas, por ejemplo, en una solicitud de extradición, o de asistencia judicial—, con el fin de juzgarlos. Lo que sin duda resulta particularmente evidente por relación a la represión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, a tenor como ya hemos visto de la formulación más abierta que se contiene en los artículos 49, 59, 129 y 146 correspondientes.

Además, la práctica legislativa y judicial de algunos Estados también viene a confirmar estas reflexiones. Es el caso, por ejemplo, de la Ley belga de 16 de junio de 1993 relativa a la represión de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 —modificada por Ley de 10 de febrero de 1999 relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario— en cuyo art.7 se prevé la competencia de los Tribunales belgas para conocer de las infracciones previstas en esa Ley, independientemente del lugar donde se hayan cometido, sin precisar que las infracciones solo puedan ser perseguidas cuando la persona sospechosa se halle en su territorio, procediendo además en la exposición de motivos a manifestar de manera explícita que las jurisdicciones belgas pueden ejercer sus competencia universal «aun cuando el presunto autor de la infracción no se encuentre sobre el territorio belga» (25); y también de la legislación española, cuando en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nada se dice expresamente por relación a la condición de que la jurisdicción universal solo pueda resultar de aplicación cuando el presunto culpable se encuentre en territorio español; aunque sin desconocer que nuestro ordenamiento, si bien no impide iniciar la fase judicial instructora sobre la base del principio de justicia universal, exige, sin embargo, la presencia del acusado en etapas posteriores del procedimiento, en tanto se prohíben los juicios penales en rebeldía. Bien es cierto, como vamos a tener ocasión de analizar más adelante, que las instancias judiciales tanto belga como española han tenido ocasión, durante estos últimos años, de realizar una interpretación de estas disposiciones legislativas conforme a

(25) Sobre esta Ley y su reciente revisión ver infra aptdo. IV. 2.

una doctrina no siempre constante y uniforme, y expresiva, en algunos supuestos, de tendencias claramente regresivas; En todo caso, parece oportuno recordar también en este punto como —junto a la práctica judicial de algunos Estados en la materia— el TIJ en su sentencia, de 14 de febrero de 2002, en el asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica) (26) —suscitado con motivo de la orden de detención dictada por un juez de instrucción belga contra el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdula-ye Yerodia Ndombasi, acusado de la comisión de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario—, aunque no se pronuncie de forma expresa sobre la cuestión del alcance de la competencia universal de los tribunales belgas, limitándose a resolver que Bélgica no podía dictar dicha orden porque, a su juicio, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario los Ministros de Asuntos Exteriores, al igual que los Primeros Ministros y los Jefes de Estado, gozan durante el ejercicio de su cargo de inmunidad ante la detención ordenada por Tribunales extranjeros, aun siendo acusados de la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (27), hay que admitir que indirectamente se vendría a reconocer la competencia de Bélgica en la materia al manifestar que las cuestiones relativas a la «inmunidad» sólo podrían ser resueltas una vez que se hubiese hecho una determinación con relación a la existencia de jurisdicción universal, « ya que sólo cuando un Estado tenga jurisdicción conforme al Derecho internacional en relación a un asunto particular puede plantearse una cuestión de inmunidad con respecto al ejercicio de esa jurisdicción» (28) , siendo así que si el Tribunal procedió a tomar una decisión sobre la cuestión de la inmunidad daba por sentado que Bélgica sí tenía jurisdicción.

Pero es que además, aunque en esta sentencia el TIJ no se pronuncie expresamente, como decimos, sobre el alcance de la competencia universal,

(26) ICJ, Judgment 14 february 2002, *Case concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (<http://www.icj-cij.org>).

(27) Esta sentencia del TIJ ha sido objeto de numerosa críticas, tanto desde la perspectiva de la decisión del Tribunal de no entrar en el examen de la competencia universal, como en cuanto a su fallo sobre el régimen de inmunidades, por el carácter ambiguo y confuso de su pronunciamiento. Así, y entre otros autores: HENZELIN, M.: «La compétence penale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia», *RGDIP*, 2002-4, pp. 819– 854; CASESSE, A.: «Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux ? A propos de l'affaire Congo c/Belgique », *Rev. sc. crim*, 2002-3, pp. 479– 499; SASSOLI, M.: «L'Arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du Droit International», *RGDIP*, 2002-4, pp. 791– 818.

(28) Sent. cit, parr. 45 y 46.

una buena parte de los Jueces manifestaron en sus opiniones separadas que los Fiscales y Jueces de instrucción de un Estado tienen competencia para investigar sobre crímenes internacionales cometidos en el extranjero, aun cuando el sospechoso no se encuentre presente en el territorio de dicho Estado en el momento de la investigación (29). Hay que admitir, por todo lo expuesto, que el ejercicio por los Tribunales de un Estado de la jurisdicción universal es posible aun cuando los presuntos culpables se hallen fuera de su territorio (jurisdicción universal facultativa); pudiendo, en este sentido los Fiscales y Jueces de instrucción abrir una investigación, dictar un acta de acusación formal y solicitar la extradición de aquellas personas sospechosas de haber cometido delitos en otros países sin vinculación con el Estado del foro; realizando, en suma, *in absentia* todos los actos correspondientes a la fase preliminar de un procedimiento penal previo al juicio, es decir al periodo de instrucción de la causa.

Una competencia de los Tribunales nacionales que alcanza —no hay que dejar de apuntarlo— a cualesquiera individuos acusados de la comisión de crímenes de guerra —y otros crímenes internacionales—, incluidos los representantes de un Estado —Jefe de Estado, de Gobierno, Ministros...— que ya hayan abandonado el ejercicio de su cargo.

Bien es cierto que, durante el tiempo en que los representantes estatales se encuentran en ejercicio, ningún Tribunal extranjero podría, por medio, en particular, de su jurisdicción universal, dictar una orden de detención respecto de esta categoría de personas, en la medida en que se encuentran amparadas por el principio de inmunidad personal (*ratione personae*) reconocido por el Derecho internacional consuetudinario (30),

(29) Ver, en este sentido, y entre otras, las opiniones de los Jueces *Higgins, Kooijmans y Buergenthal y Van den Wyngaert*.

(30) En este sentido se sigue pronunciando un sector doctrinal mayoritario, y una relevante práctica judicial interna. Así, por ejemplo, en el ámbito doctrinal: BASSIOUNI, M. CH.: *Crimes Against humanity in international Law*. La Haya-Londres-Boston, 1999, p. 508; DOMINICE, C.: «Quelques observations sur l'immunité de jurisdiction pénale de l'ancien chef d'Etat», *RGDIP*, vol. 103, 1999, p. 301; REMIRO BROTONS, A.: *op.cit.*, pp. 117 y 121-122; COSNARD, M.: «Les immunités du chef d'Etat», en *Le chef d'Etat et le Droit international*. SFDI, Colloque de Clermont (juin 2001), p. 24. En cuanto a la *Resolución sobre «Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del jefe del Estado o de Gobierno en Derecho internacional»* adoptada por el *Instituto de Derecho Internacional* (en su sesión de Vancouver) en 2001, ver: TORRES BERNÁRDEZ, S.: «Acercas de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en Derecho Internacional y de sus límites», en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI*. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa. Madrid. 2002, pp.639-685; también FOX, H.: «The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government», *ICLQ*, Vol. 51, 2002, pp. 119 y ss).

tal como así vendría a afirmarlo, según acabamos de avanzar, el TIJ en la referida sentencia de 14 de febrero de 2002, en el asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000 (Republica Democrática del Congo c. Bélgica) (31); pero no es no es menos cierto que a partir del momento en que estas personas han cesado en el ejercicio de sus funciones, y por tanto ya no disfrutaban de inmunidad personal, podrán ser objeto de actos de investigación, persecución y enjuiciamiento ejercidos por Tribunales de otro Estado acusados de la comisión de crímenes internacionales, toda vez que la inmunidad funcional (*ratione materiae*) que les ampara por los actos oficiales realizados durante el desempeño de su cargo, encuentra hoy en día una clara excepción en el Derecho internacional consuetudinario por relación a la comisión de tales conductas criminales (32).

En definitiva, aun tratándose de antiguos representantes estatales que durante el ejercicio de sus funciones hayan cometido crímenes internacionales, es posible afirmar, como ya lo hacíamos más atrás con carácter general, que los Tribunales de un Estado extranjero, con independencia de la nacionalidad de su autor y del lugar donde se hallan cometido los actos, podrán iniciar todos los actos correspondientes a la fase preliminar de un procedimiento penal, aun cuando los presuntos culpables se hallen fuera de su territorio (jurisdicción universal facultativa). Trascendiendo sobre todo aquellos supuestos en los que la investigación y búsqueda de los culpables se inicia a instancia de las denuncias presentadas por aquellas víctimas que han buscado o encontrado refugio en el territorio de dicho Estado, a cuyo efecto bien es cierto que el Juez habrá de apreciar, conforme a los más elementales criterios de razonabilidad, las posibilidades que existen de conducir al delincuente a su presencia, y de reunir todas las pruebas necesarias para realizar las imputaciones oportunas. Siendo de relevante interés en este punto atender, entre otros instrumentos internacionales, a los principios de cooperación internacional en la identificación, detención,

(31) El TIJ vendría a estimar —con base, sin embargo, en razonamientos poco fundados y a veces demasiado ambiguos— que «in international Law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal.» (cit, parr. 51).

(32) Sobre los distintos elementos que han venido contribuyendo a consagrar por vía consuetudinaria esta excepción —y también sobre las confusas reflexiones vertidas al respecto por el TIJ en el asunto Yerodia— ver nuestro trabajo: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, Tribunales Internos y Corte Penal Internacional», en la obra colectiva *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en transición*, Cruz Roja Española-Torculo Edicions. Santiago de Compostela. 2002, pp.135 y ss.

extradición, y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad ya enunciados en la Resolución 3074 (XXVIII) de la AGNU, de 3 de diciembre de 1973 (33).

4. SOBRE LA PRÁCTICA TRADICIONAL EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL: UNA ESCASA Y DEFICIENTE ADAPTACIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES AL DERECHO INTERNO, Y UN EVIDENTE VACÍO JUDICIAL.

En todo caso, a la vista de los criterios, límites y condiciones que modulan el ejercicio del principio de universalidad y que generan para los Estados, como acabamos de apreciar, un doble tipo de obligaciones de carácter legislativo y coercitivo, hay que admitir que la práctica que ya hoy podríamos calificar como de tradicional en la materia — a la vista, como vamos a examinar más adelante, de los significativos avances que en este ámbito se vienen produciendo desde estos últimos tiempos— pone claramente de relieve la actitud tan profundamente recelosa desde la que los Estados se han acercado al principio de justicia universal. Pues se trata, ciertamente, de un conjunto de obligaciones que los Estados han venido incumpliendo con harta frecuencia.

La práctica nos demuestra, en efecto, que el principio de jurisdicción universal, aun encontrando un firme asentamiento en importantes normas consuetudinarias y convencionales del Derecho internacional, ha resultado muy poco operativo, dada no sólo la escasa, y aun a veces incorrecta, traducción que del mismo se ha realizado en las legislaciones internas de los Estados —expresión de una inequívoca falta de voluntad política en orden a procurar su ejercicio—, sino también a la vista de la escueta experiencia judicial existente al respecto (34). Así, y en particular por lo que

(33) En esta Resolución, después de afirmar que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, cualquiera que sea el lugar y el momento en que se hayan cometido, serán objeto de investigación, debiendo las personas contra las que existan pruebas *prima facie* de culpabilidad en la comisión de tales crímenes ser buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, se dispone que los Estados cooperaran bilateral o multilateralmente para prevenir y reprimir estos crímenes, prestándose mutua ayuda a los efectos de la búsqueda, detención y enjuiciamiento de estas personas, así como en todo lo relativo a la extradición de las mismas.

(34) A la vista de la escasa actividad legislativa y judicial de los Estados en este ámbito, ya desde tiempo atrás un destacado sector doctrinal ha venido denunciando reiteradamente la frágil operatividad del principio de justicia universal. En la doctrina más reciente, ver, entre otros, CASSESE, A.: «Better interpretation and enforcement of university jurisdiction», *cit.*, pp. 177-178; M. CHERIF BASSIOUNI : «Searching for peace and achieving.

se refiere a los crímenes de guerra, es posible advertir que aun aquel sector, que podríamos considerar minoritario, de Estados que han reconocido el principio de justicia universal o bien no han procedido siempre a tipificar todas las infracciones graves o bien simplemente no han establecido incriminaciones específicas al estimar expresa o implícitamente que las mismas pueden tener lugar por la vía del Derecho penal común —aunque también es posible descubrir legislaciones que habiendo procedido a realizar las tipificaciones oportunas no reconocen el principio de justicia universal—.

Del análisis de esta práctica estatal cabe destacar, por un lado, aquellas legislaciones en las que el principio de justicia universal aparece —o aparecía— reconocido casi exclusivamente por relación a aquellas infracciones que integran el núcleo duro de los crímenes internacionales, y entre ellos fundamentalmente los crímenes de guerra. Es el caso, sobre todo, de aquellos ordenamientos que pertenecen al sistema del *common law*, en los que normalmente se han adoptado normas específicas para regular los crímenes internacionales, definiéndose en ellas tanto el ámbito jurisdiccional como material de la infracción (35). Y junto a estos supuestos, aquellos otros Estados, fundamentalmente basados en sistemas jurídicos codificados, en los que se reconoce el principio de justicia universal por relación a un catálogo más amplio —y veces abierto— de infracciones internacionales. Se trata de legislaciones en las que normalmente se recoge una relación expresa de las conductas delictivas sujetas a la competencia universal de los Tribunales internos por la vía del principio de universalidad; lista o

Justice: The Need for Accountability», en *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*, cit., p. 53; LA PRADELLE, G.: *op.cit.*, p. 917; SHABAS, W. A.: «Follow up to Rome: Preparing for entry into force of the International Criminal Court Statute», *Human Rights Law Journal*, Vol. 20, N° 4-6, 1999, p.160; RANDALL, K.: «Universal Jurisdiction Under International Law », *Texas Law Review*, 791, 1988, p.66; BENVENUTTI, P.: «The repression of crimes against humanity, war crimes, genocide through national Courts», en *Ius. Rivista di Scienze Giuridiche*. Vol. XLVI, 1999, n° 1 —*Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*—, p.155; WOLFRUM, R.: *op.cit.*, p. 242.

(35) Su atención, como decimos, se ha venido centrado, fundamentalmente, en los crímenes de guerra —y aun en el crimen de genocidio (y en los crímenes contra la humanidad)—, a través de la adopción de las denominadas *Leyes relativas a los Convenios de Ginebra (Geneva Conventions Act)* adoptadas por más de veinte países de la *Commonwealth*: pudiendo destacar, de entre ellas, por ejemplo la *U.K. Geneva Conventions Act* de 1957 que incorpora las infracciones graves por vía de remisión expresa a los Convenios de Ginebra; la *Geneva Conventions Act 1957* (enmendada por la *Geneva Conventions Amendment Act 1991*) de *Australia*, la *Geneva Conventions Act 1965* (enmendada en 1991) de *Canada*... Sobre la práctica legislativa de estos Estados ver las direcciones recogidas *infra* nota 50.

catálogo de infracciones en las que, si bien a veces se incluyen expresamente los crímenes de guerra, en términos generales se descubren también importantes vacíos, que en ciertos casos resultan paliados mediante la introducción de una cláusula general final en virtud de la cual se establece que la legislación penal del Estado será aplicable no sólo a aquellos supuestos delictivos expresamente referenciados sino también a todos aquellos otros hechos tipificados en tratados internacionales que obliguen al Estado en cuestión, lo que representa, por tanto, una fórmula o modelo de catálogo abierto

En esta línea destacan, por ejemplo —y sólo por centrarnos en el entorno europeo—, las legislaciones de Alemania, Austria, Portugal, España y Francia (36). En cuanto, en particular, a España, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ.) prevé en su artículo 23.4 la competencia de los tribunales españoles «...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 relativos a la prostitución, f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España». Por medio de esta disposición se afirma, en efecto, la jurisdicción universal de nuestros Tribunales por relación a un catálogo de infracciones que si bien representa un catálogo abierto adolece de muy importantes vacíos e imperfecciones. Bien es cierto que conforme al inciso g) de este artículo también deberán ser perseguidas en España, por ejemplo, las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, objeto —en nuestro caso— de una amplia —pero no completa y rigurosa— regulación sustantiva en el Título XXIV del Libro II del Código Penal español, en cuyo Capítulo III («Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado») se definen, ante todo, las personas protegidas (art.608), tipificándose, a continuación las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, en cualquier clase de conflictos armados, sean de carácter internacional o no internacional (arts. 609 a 614) (37).

Siendo así que, aun aquellos Estados que establecieron en sus legislaciones internas el principio de justicia universal pero han aplicado un

(36) Sobre estas legislaciones ver nuestro trabajo: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, Tribunales Internos y Corte Penal Internacional», *cit.*, pp. 89-219.

(37) Sobre la reciente reforma de nuestro Código Penal *ver infra* Apto. IV, 2

modelo de catálogo abierto mediante el recurso a esa cláusula general de remisión en blanco a otras infracciones internacionales, no permitirán probablemente un ejercicio efectivo de la jurisdicción universal en la medida en que para cualesquiera de estos otros posibles supuestos delictivos —crímenes de guerra— no existan las correspondientes y necesarias medidas incriminatorias y represivas a nivel interno (como, por ejemplo, es o era el caso de las legislaciones de Alemania, Austria, Portugal, Francia...) (38).

El incumplimiento por los Estados de sus compromisos internacionales en el ámbito del Derecho internacional penal, como consecuencia de la no adopción en su orden interno de las medidas necesarias para, en particular, establecer su jurisdicción universal respecto de todos y cada uno de los tipos penales internacionales, vendría a incapacitar a los órganos judiciales para perseguir y enjuiciar a los presuntos responsables de crímenes internacionales. Pero, además, es posible constatar, en cualquier caso, el papel tan inactivo que, en claro incumplimiento de los compromisos internacionales del Estado, ha jugado tradicionalmente, el poder judicial; hasta mediados de la década de los 90 la práctica de los Tribunales internos en aplicación del principio de jurisdicción universal por la comisión de crímenes internacionales se ha reducido casi exclusivamente a algunos asuntos relacionados con criminales de guerra nazis (39).

(38) Si bien desde ciertas posiciones doctrinales y estatales se considera que la persecución y enjuiciamiento de ciertos crímenes internacionales, y en particular de los actos que constituyen infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, se podría realizar sin necesidad de establecer en el orden interno medidas incriminatorias y represivas especiales, aplicando, por tanto, el Derecho penal común —en la medida en que la mayor parte de los Códigos Penales sancionan una serie de conductas que pueden abarcar algunas de las infracciones (en particular graves) de los Convenios de Ginebra, como ocurre en el caso de los ataques ilícitos a los derechos fundamentales de la persona humana (atentados a la vida, la salud, la integridad física y psíquica, y la libertad personal o la propiedad)—, esta técnica, tal como ha sido destacado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, tiene, sin embargo, sus inconvenientes, como por ejemplo y fundamentalmente el hecho de que las imputaciones del Derecho penal nacional no abarcan totalmente las del Derecho Internacional Humanitario; el DIH, por ejemplo, considera infracciones algunas conductas que se vinculan estrechamente a la conducción de las hostilidades y que la legislación penal nacional o por lo menos el Código penal común suele ignorar; además las modalidades y condiciones punitivas previstas en el Derecho penal nacional no siempre son conformes a los requisitos del DIH, así como tampoco las penas previstas se adaptan siempre al contexto de los conflictos armados.

(39) Ver, entre otros, los asuntos *Polyukhovich* (*Polyukhovich v. Commonwealth*, High Court of Australia, 14 august 1991) (*Australia*), *Sawoniuk* (*R. v. Sawoniuk*, Court of Appeal (Criminal Division), 10 february 2000) (*Reino Unido*)...en Base de datos del CICR: <http://www.icrc.org/ihl-nat>

III. LA REPRESIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA FUNDADA EN EL JUEGO DE UN EQUILIBRIO ENTRE LA JUSTICIA UNIVERSAL Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

1. CRÍMENES DE GUERRA, JUSTICIA UNIVERSAL Y JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. ¿UNA DINÁMICA DE ALTERNATIVA O COMPLEMENTARIEDAD?

Pues bien, si por la vía de aplicación del principio de justicia universal hay que admitir que los resultados alcanzados —al menos hasta estos últimos tiempos— han sido sumamente exiguos, y en todo caso poco operativos —tal como lo demuestra el dramático fenómeno de impunidad que de forma permanente y generalizada ha dominado en el escenario internacional—, las dificultades que suscita la represión descentralizada de crímenes internacionales, se han buscado paliar mediante la configuración de mecanismos institucionalizados centrados en la creación de una jurisdicción penal internacional.

Durante largo tiempo, tanto a nivel doctrinal como de la práctica diplomática, las propuestas tendentes a articular un mecanismo efectivo capaz de reprimir y sancionar la comisión de estas infracciones internacionales se han polarizado en torno a dos tendencias expresivas de soluciones claramente alternativas: o bien confiar en el papel de las jurisdicciones nacionales (cooperación descentralizada), o bien apostar por la creación de un tribunal penal internacional (cooperación institucionalizada).

Ahora bien frente a una dinámica de alternativa como la expuesta (cooperación descentralizada/cooperación institucionalizada), ha habido que aceptar que no se trata de soluciones excluyentes, sino de formulas absolutamente complementarias (40). En esta línea, el Estatuto de la Corte

(40) Entre otros autores que se han venido pronunciando desde una perspectiva como esta, ver BENVENUTI (*op.cit.*, p.146); GRAEFRATH (« Universal criminal Jurisdiction and an International Criminal Court», *EJIL*, Vol.1, nº 1, 1990 p. 82). Ya la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en sus trabajos conducentes a la elaboración tanto de un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad como de un Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional vendría a reconocer que el sistema de represión de los crímenes internacionales debería encontrar su configuración conforme a un régimen de complementariedad entre ambos mecanismos (Ver al respecto nuestro trabajo. «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en *Cooperación Jurídica Internacional*. Colección Escuela Diplomática, nº 5. Madrid 2001, pp.147 y ss).

Penal Internacional, adoptado en Roma en 1998 —y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2002—, reconoce abiertamente el importante papel que junto a la Corte deberán seguir jugando los Estados a través de sus Tribunales internos en orden a la represión de los crímenes internacionales.

Sin duda, una de las coordenadas más relevantes y originales del diseño global en torno al que se estructura el funcionamiento de la CPI es la relativa al *principio de complementariedad* desde el que se modula el juego de las relaciones entre la CPI y las jurisdicciones nacionales. La Corte, reza el artículo 1 del Estatuto, «...tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales...» (41), y aun una complementariedad asentada en el carácter *subordinado* de la competencia de la Corte, y por tanto en la *primacía* de las jurisdicciones nacionales; y ello toda vez que, conforme a lo dispuesto en el art.17.1 del Estatuto, la CPI tendrá que resolver la inadmisibilidad de un asunto, y por tanto, no podrá ejercer su competencia: cuando el asunto este siendo objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él; cuando el asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate; o cuando la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia (además de cuando el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte).

A todas luces el Estatuto de Roma no descarga en lo más mínimo a los Estados de su responsabilidad primaria en materia de represión de los crímenes internacionales. Y, desde luego, la jurisdicción de un Estado para perseguir y enjuiciar a presuntos responsables de crímenes internacionales, podrá (o deberá) encontrar su fundamento —además de en cualesquiera otros vínculos (territorialidad, personalidad...)— en el principio de justicia universal, sin que el Estatuto de Roma, a tenor del principio de complementariedad sobre el que se asienta, hubiera podido afirmar otra cosa, toda vez que partiendo, efectivamente, del presupuesto de que la CPI no tiene competencias exclusivas en la materia, no se pueden desconocer los derechos y obligaciones que por la vía de normas consuetudinarias y /o convenciona-

(41) Ya en el propio Preámbulo (párrafo décimo) del Estatuto se destaca «que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales».

les se crean para los Estados de cara al ejercicio de una jurisdicción universal (42).

Se mantiene vivo el papel de las jurisdicciones nacionales, pero con la diferencia ahora de que su voluntad y capacidad de actuación resultara controlada, y en su caso absorbida, por la maquinaria de la Corte Penal Internacional. Lo que fundamentalmente significa que ante la inactividad o inoperatividad de los Tribunales internos, el camino para la represión de los crímenes internacionales ya no conduce hacia un callejón sin salida, ya no nos deja en una vía muerta, sino que ante una situación como esta la Corte estará siempre atenta (43) para declarar la admisibilidad de una causa y ejercer su competencia; contribuyendo así, y en cualquier caso, este nuevo esquema y modelo de cooperación internacional a ir estrechando cada vez más los espacios de impunidad que existen en el mundo.

Conforme al Estatuto de Roma, o bien la intervención de las jurisdicciones nacionales resulta fiable y operativa, o bien, ante su incapacidad o falta de voluntad real (indisponibilidad) para actuar, la Corte podrá determinar la admisibilidad de la causa y ejercer su competencia (44). Es decir, o intervienen las jurisdicciones nacionales o lo hace la Corte Penal Internacional, pero en todo caso —y este es un aspecto de extraordinaria trascendencia— es a esta última institución a la que le corresponde valorar, y por tanto garantizar,

(42) Sobre el sentido tan restrictivo desde el que, en ciertos círculos doctrinales, se busca interpretar algunas cláusulas básicas del Estatuto —por ejemplo, los art. 17.1 y 18.1—, con el fin de limitar las posibles jurisdicciones competentes a la del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen, o a la del Estado del que sea nacional el acusado, ver nuestro trabajo: «Hacia un nuevo modelo de cooperación internacional...», *cit.*, pp. 151-152. Frente a planteamientos como estos, destaca, por ejemplo, recientemente, la posición defendida por la Juez Van den Wyngaert en su opinión disidente en la sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002, en el *asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000 (Republica Democrática del Congo c. Bélgica*, *cit. supra* nota 25, parr. 64 y 65),

(43) Bien por razón de que un Estado ha remitido al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte [artículos 13.a) y 14)], o bien porque el Fiscal ha iniciado de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte (artículos 13.c) y 15). La Corte podrá ejercer también su competencia cuando «el Consejo de seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes» (art.13.b).

(44) Tal como se desprende del art. 17. 1 del Estatuto de Roma, aun cuando un asunto este siendo o ya haya sido investigado o enjuiciado en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, la Corte podrá determinar la admisibilidad de ese asunto para someterlo a su competencia cuando el Estado en cuestión no esta dispuesto o no puede realmente llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o aun cuando, habiendo sido ya enjuiciada la persona de que se trate, el proceso haya obedecido o se hubiera desarrollado con la intención de impedir que el acusado haga frente a su responsabilidad penal (art. 20.3).

que los órganos judiciales internos tienen capacidad y disponibilidad para ejercer su jurisdicción, y por tanto para investigar y enjuiciar el asunto (45).

Pero, en todo caso, el fin último del Estatuto de Roma no es conseguir que los crímenes de su competencia sean procesados ante la Corte; el presupuesto del que se parte y conforme al que se concibe la existencia de la CPI es el contrario, es decir se confía en que la jurisdicción será ejercida normalmente a través de los Tribunales nacionales. Más bien, como se ha dicho, el fin último del Estatuto es el proveer una fuente de normas y criterios y un incentivo a las autoridades nacionales para la investigación y enjuiciamiento de esos crímenes .

Y desde esta perspectiva, si un Estado busca ejercer su jurisdicción sobre los autores de crímenes de guerra, genocidio, o crímenes contra la humanidad, paralizando, así, el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional, deberá contar, ante todo, con los instrumentos técnicos, legislativos y judiciales, necesarios para demostrar que el ejercicio de su jurisdicción es realmente posible —desde un punto de vista tanto procedimental como sustantivo—, siendo, concretamente, capaces los Tribunales internos de realizar las imputaciones oportunas de conformidad con los tipos y definiciones de crímenes contenidos en el Derecho internacional penal. En particular, las definiciones y principios contenidos en el Estatuto de Roma han de encontrar su adecuado reflejo en las legislaciones internas de los Estados, toda vez que cuando —conforme, como ya hemos visto, al principio de complementariedad— la Corte haya de determinar si un asunto es o no admisible, procediendo, por tanto, a apreciar, concretamente, la «disponibilidad» y/o «capacidad» del Estado que dice estar ejerciendo su jurisdicción para conocer eficazmente del mismo, se habrá de valorar no sólo si los Tribunales internos tienen competencia (principio de justicia universal), sino

(45) La Corte habrá de realizar su valoración sobre la *indisponibilidad y/o incapacidad* de los Tribunales internos, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, a la luz de elementos y circunstancias como los siguientes: que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; que el proceso no haya sido o no este siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o este siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia (art.17.2.a, b y c); y aun desde la perspectiva de la incapacidad para investigar o enjuiciar, se examinara si el Estado (debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella), no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no esta por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio (art.17.3).

también si la legislación del Estado permite incriminar debidamente al presunto culpable y llevar a acabo de forma operativa el acto de enjuiciamiento, lo que implica, concretamente, que el derecho material —y en particular la definición y contenido de los tipos penales— se ajuste, como mínimo, a lo establecido en el propio Estatuto de Roma (46).

(46) Resulta a todas luces patente que este instrumento internacional, mas allá de su naturaleza básicamente procedimental, representa una importante contribución a la regulación material de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Sin duda, no pasa en modo alguno desapercibido el hecho de que en el mismo se contienen muy importantes disposiciones sustantivas relativas a los más relevantes tipos penales internacionales, procediendo no sólo a fijar las definiciones y el contenido de cada una de estas figuras sino también a establecer los principios generales, las circunstancias eximentes, y aun las penas. Ciertamente, el valor del Estatuto de Roma radica, ante todo, en el hecho de que procede por primera vez a codificar y desarrollar de forma sistemática los más graves crímenes internacionales, contribuyendo, así, no sólo a superar la dispersión instrumental que hasta el momento regia su regulación, sino también la indefinición e inconcreción que en cuanto a su contenido generaba el carácter meramente consuetudinario de alguna de estas figuras. En particular, y en cuanto a los *crímenes de guerra*, si bien en su regulación es posible detectar, como ha sido ampliamente destacado por la doctrina, muchas «sombas», también son muchas las «luces» que de la misma se desprenden. Sobre todo, mediante la fijación de cuatro grandes categorías de crímenes de guerra —infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados no internacionales—, se ha producido un extraordinario esfuerzo de sistematización y esclarecimiento de todas estas actividades criminales; trascendiendo, además, de forma particularmente relevante, el reconocimiento que, conforme al camino ya marcado por los Tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, se realiza sobre la responsabilidad por crímenes en los conflictos armados no internacionales. Aunque tampoco hay que desconocer que si bien los crímenes de guerra que enumera el Estatuto de Roma en su artículo 8 comprenden las más importantes conductas así reconocidas dentro de dichas categorías delictivas, estas no alcanzan, sin embargo, a cubrir todos los comportamientos calificados como tales por el Derecho internacional humanitario. Ciertamente, algunas de las definiciones del Estatuto de Roma reflejan la evolución que ha experimentado el Derecho internacional humanitario desde la adopción de los primeros instrumentos internacionales que regulan dicho ámbito normativo, pero aun así se descubren ciertos vacíos, al tiempo que se advierte como ciertas definiciones son menos progresistas y no alcanzan los estándares más recientes adoptados por otros instrumentos internacionales. Para un análisis sobre la definición de los crímenes de guerra contenida en el Estatuto de Roma ver, en particular, JORGE URBINA, J: «Sobre la noción de crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Hacia una Justicia Internacional*. XXI Jornadas de Estudio (9 a 11 de junio de 1999). Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Madrid. 2000, pp. 635-654; GUTIERREZ ESPADA, C.: «La contribución del Estatuto de Roma (1998) sobre la Corte Penal Internacional a la consolidación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario», en *Derecho y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año V, num. 9, julio-diciembre 2000, pp. 322 y ss; PIGNATELLI Y MECA, F.: «Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados* (Ramón Chornet, coord.).

Hay que admitir, por todo ello, que el Estatuto de Roma, la puesta en funcionamiento de la CPI, va a servir de *estimulo*, de *aliento*, a los Estados para dotarse de las herramientas jurídicas capaces de permitirles ejercer eficazmente su jurisdicción —con base, concretamente, en el principio de justicia universal—, procediendo, así, a adaptar y desarrollar plenamente sus legislaciones internas conforme a los compromisos internacionales derivados del Derecho internacional penal, y a las disposiciones de carácter sustantivo que, sobre todo en materia de definición de los crímenes se contienen en el propio Estatuto de Roma. Los Estados han de proceder, por tanto, a ajustar sus ordenamientos jurídicos a las disposiciones sustantivas contenidas en el Estatuto de Roma, asegurando que el Derecho interno prohíbe, como mínimo, la misma gama de conductas; lo que determina que este instrumento se presente como un importante parámetro de referencia para la *armonización* de la legislaciones internas, y por tanto como el motor de arranque de una práctica legislativa que habrá de servir al mismo tiempo para generar —de forma rápida y acelerada, y con base en la *opinio iuris* de los Estados ya expresada con motivo de la propia adopción del Estatuto de Roma— una significativa evolución del Derecho consuetudinario en la materia —y ello con independencia de que ciertos elementos o conductas que integran estas definiciones respondan ya al Derecho consuetudinario que el Estatuto de Roma (desde su adopción) ha contribuido a declarar o cristalizar— (47)

2. LA ACTUACIÓN DE LAS JURISDICCIONES PENALES NACIONALES (CONFORME AL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL) COMO LA ÚNICA OPCIÓN PARA LA REPRESIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS EN TERCEROS PAÍSES.

Además, la intervención de las jurisdicciones nacionales (a través del principio de justicia universal) no sólo se nos revela como una alternativa

Valencia. 2002, pp.237— 317; PELLANDINI, C.: «Los crímenes de guerra», en *La Justicia Internacional: una perspectiva iberoamericana*. (Yáñez-Barnuevo, coord.) Madrid, 2001, pp. 115-126; y nuestro trabajo: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, Tribunales Internos y Corte Penal Internacional», *cit.*, pp. 168 y ss.

(47) En este sentido advierten B. SIMMA y A. PAULUS que, si bien el Estatuto de la CPI precisa de forma expresa que sus definiciones de crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, no valen mas que ‘a los efectos del Estatuto’, «ceci ne modifie en rien le fait que les de définitions du Statut auront une grande influence sur le développement du Droit international pénal coutumier» («Le rôle relatif des différentes sources du Droit International Pénal (dont les principes généraux de Droit)», en *Droit International Pénal*, (Ascensio H., Decaux E., Pellet A., dir), *cit.*, p. 60.

(de carácter preferente) a la competencia de la CPI, sino que en algunos supuestos y en ciertas circunstancias se presenta como la única opción posible para enjuiciar a los presuntos culpables de crímenes de guerra (así como de otros crímenes internacionales).

Ante todo no podemos olvidar que una de las más estrictas limitaciones que se imponen en el Estatuto de Roma a la capacidad de actuación de la CPI radica en el hecho de que la competencia de la Corte sólo podrá ser ejercida —salvo en el supuesto de que la remisión del asunto haya sido efectuada por el Consejo de Seguridad— si el Estado en cuyo territorio se hayan cometido los crímenes o el Estado del que sea nacional el acusado del crimen son partes en el Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte respecto del crimen de que se trate, mediante declaración depositada en poder del Secretario (48). El Estatuto de Roma no consagra, así, como algunos hubieran deseado, el ejercicio de la competencia de la Corte con base en una jurisdicción universal (49); lo que determina que ante la parálisis a la que forzosamente se verá sometida en estos supuestos la CPI, habrá que seguir confiando como hasta ahora en el papel de las jurisdicciones nacionales, y fundamentalmente en la intervención de Tribunales internos actuando conforme al principio de universalidad, toda vez que muy presumiblemente el Estado del territorio en el que se ha cometido el crimen o el Estado de la nacionalidad del acusado —en la medida en que han decidido no ser parte en el Estatuto, y llegado el momento no prestar, tampoco, su consentimiento a favor de la competencia de la Corte— están claramente avocados a representar trágicos escenarios de impunidad.

Nos encontramos, por tanto, ante un conjunto de limitaciones de orden competencial a las que además hay que sumar las derivadas del *principio de irretroactividad* que expresamente reconoce el Estatuto de Roma en su art.11.1, al disponer que la Corte tendrá competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor

(48) Artículo 12.2 y 3) del Estatuto, donde se fijan las condiciones previas para el ejercicio de la competencia.

(49) La competencia de la Corte es automática, en la medida en que según se dispone en el art.12.1 «El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el art.5», pero no es universal conforme a lo previsto, según vimos, en el art.12.2 y 3. Sólo cuando haya sido el Consejo de Seguridad el que, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido un crimen internacional (de los que son objeto de competencia de la Corte) (art.13.b), la Corte dispondrá de una competencia universal (según se deduce del art. 12.2). Tampoco hay que olvidar que en la misma medida en que el Consejo de Seguridad puede asegurar la competencia de la Corte, también puede paralizar su actuación (art.16).

del Estatuto (50). Sólo igualmente la intervención de los Tribunales nacionales, por medio fundamentalmente del principio de jurisdicción universal, permitirá asegurar la represión de todos aquellos crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto, salvando así cualquier frustrante sentimiento de impotencia frente a la impunidad. Pero es más, incluso a partir de la entrada en vigor (general o particular) del Estatuto, el art. 124 permite a las partes excluir durante un periodo de siete años la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio, lo que, una vez más, va a determinar la necesidad de seguir confiando en el ejercicio de una jurisdicción universal de cara a la persecución y enjuiciamiento de estos crímenes.

A la vista, en definitiva, de las tan importantes restricciones en torno a las que se diseña el Estatuto de Roma, y que de forma tan estricta van a encorsetar la capacidad de actuación de la CPI, es posible reafirmar que la actividad de los Tribunales internos por medio del ejercicio del principio de justicia universal parece seguir concibiéndose como un mecanismo de singular interés en orden a la represión de los crímenes internacionales.

IV. LOS EFECTOS DINAMIZADORES DEL ESTATUTO DE ROMA: LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA EN LA RECIENTE PRÁCTICA LEGISLATIVA Y JUDICIAL DE LOS ESTADOS. TENDENCIAS PROGRESISTAS...PERO TAMBIÉN REGRESIVAS.

1. LOS AVANCES EN LA PRÁCTICA LEGISLATIVA Y JUDICIAL DE LOS ESTADOS. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR RELACIÓN A UN CADA VEZ MÁS AMPLIO ELENCO DE CRÍMENES INTERNACIONALES.

El Estatuto de la CPI va a servir, en efecto, a los Estados de *aliciente* para adaptar debidamente sus legislaciones a sus compromisos jurídico internacionales, tanto desde la perspectiva de las adaptaciones legislativas sustantivas, como en cuanto al establecimiento de su capacidad competen-

(50) Precizando a su vez el art. 11.2 que si un Estado se hace Parte en el Estatuto después de su entrada en vigor «la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado...» Disponiendo a su vez, y desde la perspectiva de la no retroactividad *ratione personae*, el art. 24.1 que «nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

cial por la vía del principio de justicia universal. Ciertamente el proceso de implementación del Estatuto de Roma en el Derecho interno va a ofrecer una excelente oportunidad a los Estados para proceder a acomodar sus ordenamientos jurídicos a las categorías criminales tipificadas en dicho instrumento, incorporando, así, las destacadas innovaciones que, en particular, y además de los crímenes contra la humanidad, se aprecian en la regulación de los crímenes de guerra, aunque también atendiendo a otras conductas delictivas que si bien encuentran su reconocimiento en diversos instrumentos del Derecho Internacional Humanitario, no han sido plenamente incorporadas a las definiciones del Estatuto de la CPI.

Y en esta línea ya es posible descubrir una reciente y progresiva práctica legislativa en virtud de la cual los Estados, reconociendo el principio de justicia universal, han procedido —o están en vías de hacerlo— a incorporar o ajustar estos tipos penales conforme, como mínimo, a las definiciones y principios contenidos en el Estatuto de Roma; lo que, sin duda, viene a demostrar los efectos dinamizadores que suscita este importante instrumento internacional. Los Estados vienen acompañado el proceso de ratificación del Estatuto de la CPI con normas internas de implementación, en virtud de las cuales al tiempo que se sancionan numerosas normas nacionales de cooperación con la Corte (relativas a todas las etapas de la investigación y el enjuiciamiento), también se procede a incorporar a sus leyes nacionales los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma, recurriendo a una doble técnica legislativa: bien mediante una tipificación expresa de las distintas conductas punibles, o mediante una fórmula de remisión al orden jurídico nacional, de los crímenes previstos en el Estatuto.

En todo caso, como expresión de ese importante activismo legislativo practicado, durante estos últimos años, por un ya amplio número de Estados pertenecientes a muy distintos escenarios regionales, cabría destacar aquí —y sólo a modo de muestreo— las disposiciones legislativas —ya aprobadas o en vías de tramitación parlamentaria— de África del Sur, Alemania, Argentina, Australia, Ecuador, Estonia, Finlandia, Holanda, Italia, Nueva Zelanda, República Democrática del Congo, Uruguay... (51).

(51) Sobre esta práctica estatal ver las Bases de Datos e Informes elaborados, entre otras, por las siguientes organizaciones:

Coalition for the International Criminal Court (<http://www.iccnw.org/resource-tools/ratimptoolkit.html>);

Human Rights Watch (<http://www.hrw.org/campaigns/icc/implementation.htm>);

Amnesty International (<http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/implementation>); (ver también su Informe sobre «*Universal jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*» IOR 53/002-018/2001);

Esta reciente práctica legislativa nos demuestra, ante todo, una progresiva tendencia de los Estados a concebir el valor del Estatuto de Roma desde esa dinámica de complementariedad entre la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, en virtud de la cual el alumbramiento de la CPI antes que producir un efecto de desactivación o arrumbamiento del papel de las jurisdicciones nacionales en la represión de crímenes internacionales (crímenes de guerra) viene por el contrario a reafirmar y fortalecer (desde un compromiso, sin duda, de cooperación con la Corte) la responsabilidad primaria de los Tribunales internos para conocer de la comisión de tales hechos delictivos por la vía del principio de justicia universal. Advirtiéndose también un mayor activismo judicial, tal como, fundamentalmente, se viene apreciando a partir de mediados de las 90 por parte de Jueces y Tribunales de distintos países; y de lo que da buena prueba no sólo el arresto de criminales de guerra ordenados por los Tribunales de la exYugoslavia y Ruanda, sino también los procesamientos iniciados por los propios Tribunales nacionales de Alemania (asuntos Djajic, Sokolovic, Kusljic, Jorgic...), Dinamarca (asuntos Saric, Nizar al-Khazraji...), Suiza (asunto Niyonteze), Austria, Bélgica, Holanda,... (52); trascendiendo, como ya advertimos más atrás, la necesidad de superar los graves obstáculos que muchas veces paralizan la capacidad de intervención judicial por efecto, entre otras razones y circunstancias, de la falta de cooperación entre los Estados en materia de investigación y asistencia judicial

2. TENDENCIAS TAMBIÉN REGRESIVAS...PERO NO CONSOLIDADAS

No hay que silenciar, sin embargo, que las prácticas revisionistas desarrolladas ya por un amplio número de Estados, si bien, como acabamos de advertir, son expresivas en su mayoría de una dinámica *progresista* por la que se busca afianzar —en consonancia con los parámetros y principios

Council of Europe (<http://www.legal.coe.int/criminal/icc>);

The International Committee of the Red Cross (ICRC) <http://www.icrc.org/ihl-nat>

Sobre esta reciente práctica legislativa ver nuestro trabajo: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, Tribunales Internos y Corte Penal Internacional», en la obra colectiva *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en transición*, Cruz Roja Española-Torculo Edicions. Santiago de Compostela. 2002, pp. 89-219.

(52) Ver sobre estos casos la Base de datos del CICR: : <http://www.icrc.org/ihl-nat>. Para un análisis doctrinal de estos casos, ver en general: VAN ELST: *op. cit.*, pp. 830, 841-842, y 851-852.

sobre los que se asienta el Estatuto de Roma— el reconocimiento del principio de jurisdicción universal en su aplicación a un cada vez más amplio elenco de conductas criminales tipificadas como crímenes internacionales, también nos permiten descubrir otras experiencias que, por el contrario, representan tendencias de signo marcadamente *regresivo*, incluso por relación al sentido y alcance que el principio de universalidad ya habría encontrado en las propias legislaciones internas de estos Estados. Se trata de experiencias y tendencias (de carácter judicial y legislativo) que, aunque minoritarias, son practicadas por Estados que, como Bélgica y España, han venido siendo considerados, al menos hasta ahora, como referentes claves en la aplicación del principio de jurisdicción universal; aunque bien es cierto, como vamos a ver, que mientras Bélgica trata de restringir o limitar a condiciones o requisitos más estrictos la aplicación de su jurisdicción universal, España se podría estar encaminando por una alarmante senda de desarticulación y negación del principio de universalidad.

A. Los altibajos e incertidumbres de la práctica belga en torno a la jurisdicción universal facultativa. Del asunto Yerodia... al asunto Sharon... y más allá...

La Ley belga de 1993, relativa a la represión de las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949 y a los Protocolos I y II de 1977, modificada por la Ley de 10 de febrero de 1999, relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario, en la que, además de los crímenes de guerra, se tipifican los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, se ha venido presentando durante estos últimos años como un referente básico en el escenario internacional en materia de jurisdicción universal, al reconocerse la competencia de los Fiscales y Jueces de instrucción belgas para investigar y conocer de todos aquellos asuntos relativos a la comisión de este tipo de crímenes internacionales con independencia de que el sospechoso se encuentre o no en territorio belga, mediante por tanto una regulación y aplicación amplia del principio de universalidad (art.7) (53); de lo que da buena prueba el importante activismo judicial

(53) Ciertamente, en el art. 7 de la *Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions* (Chapitre II.— De la compétence, de la procédure et de l'exécution des peines) se dispone « Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises... » (*Moniteur belge*, n° 157, 5 August 1993, p. 17751).

que han venido desplegando los Tribunales belgas durante estos últimos años, a través de un amplio número de investigaciones, persecuciones y procedimientos judiciales abiertos, incluso, contra representantes estatales en ejercicio o antiguos Jefes de Estados, de Gobierno, Ministros... (54), sin que, durante largo tiempo, ninguna instancia judicial o política hubiese puesto en duda la regularidad de tales actuaciones .

Pero sin duda la sentencia del TIJ, de 14 de febrero de 2002, en el *asunto Yerodia*, aunque, como ya hemos visto, no se ha pronunciado sobre la competencia universal de los Tribunales belgas, vendría a ejercer una influencia *perversa y tergiversada* sobre las posiciones de los Jueces belgas (e incluso, como vamos a ver, sobre los Tribunales de otros Estados, como España); iniciándose así una práctica judicial regresiva —aunque afortunadamente no consolidada—, por la cual los Tribunales, basándose en una remisión extraviada al pronunciamiento del TIJ, buscaron defender la imposibilidad de iniciar una investigación *in absentia* contra presuntos culpables de la comisión de crímenes internacionales —conforme, por lo demás, a su juicio, al propio sentido y espíritu de la Ley belga en materia de jurisdicción universal— (55).

(54) En el art. 5.3 de esta Ley se disponía que: «L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente Loi», de ahí que entre los numerosos asuntos que conocen los Tribunales belgas por la comisión de crímenes internacionales, destaquen aquellos en los que los acusados son antiguos representantes estatales o incluso Jefes de Estado, de Gobierno, Ministros..en ejercicio (p.e., Presidente de Mauritania Maaouya ould Sid'Ahmed Taya; Presidente de Irak Saddam Hussein; Primer Ministro israelí Ariel Sharon; Presidente de Costa de Marfil Laurent Gbagbo; Presidente de Ruanda Paul Kagame; Presidente de la República del Congo Denis Sassou Nguesso; antiguo Presidente de Chad Hissène Habré...).

(55) Ciertamente, tras esta sentencia del TIJ, la *Sala de Acusación del Tribunal de Apelaciones de Bruselas*, examinando el caso del ex ministro de Asuntos Exteriores Yerodia, decidió el 16 de abril de 2002 que, el Juez de instrucción no tenía competencia para continuar investigando al acusado ni para dictar una nueva orden de detención por considerar que un examen de la historia legislativa de la Ley de 1993, tal como se había reformado al promulgar la ley de 1999, demostraba, en su opinión, que el Parlamento pretendía que los Tribunales belgas sólo pudieran iniciar una investigación criminal por conductas realizadas en el extranjero si el inculcado se hallaba presente en Bélgica (*Arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles, Chambre des Mises en Accusation*, 16 de abril de 2002). Y en esta línea, también en el denominado *asunto Sharon, Yaron y otros*, después de que el *Tribunal de Primera Instancia de Bruselas* admitiese a trámite la querrela presentada, el 18 de junio de 2001, por víctimas de los crímenes cometidos en 1982 en los campos de refugiados de Sabra y Chatila, contra Ariel Sharon, entonces ministro de Defensa de Israel y ahora Primer Ministro, así como contra Amos Yaron, en aquel tiempo general al mando de las fuerzas israelíes, y otros miembros del ejército de Israel y de la milicia cristiana falangista libanesa, por considerarlos responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, la *Sala de Acusación del Tribunal de Apelaciones de Bruselas*, declaraba, el 26 de junio de 2002, inadmisibles las querrelas por considerar que el Parlamento no había pre-

Sin embargo, a la vista de estas decisiones judiciales, la adopción de una Ley interpretativa del artículo 7 de la Ley de 1993 por la que se venía a confirmar que la intención del Parlamento en el momento de aprobar la Ley de 1993 había sido permitir que se realizaran investigaciones de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos fuera de Bélgica, incluso no hallándose el sospechoso en el país (56), resultaría determinante para que el Tribunal de Casación en su sentencia de 12 de febrero de 2002 en el asunto Sharon, Yaron y otros —rechazando los argumentos del Fiscal General fundamentados, una vez más, en el hecho de que los acusados no se encontraban presentes en territorio belga, y revocando (parcialmente) la decisión de 26 de junio de 2002 del Tribunal de Apelaciones—, permitiese continuar la investigación y enjuiciamiento, si bien distinguiendo entre los casos de Amos Yaron y otros acusados y el de Ariel Sharon, en el sentido de que siendo éste último, Primer Ministro de Israel, disfruta de inmunidad personal durante el tiempo en que ocupe el cargo, lo que impide proseguir la acción criminal contra el acusado por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, inmunidad de la que, por el contrario no disfrutaban los demás acusados, no requiriéndose, por tanto, para continuar las acciones judiciales la presencia de los mismos en el territorio belga (57).

Ahora bien, en última instancia, aunque los poderes legislativo y judicial belgas han querido ser fieles al sentido que inspira la Ley de 1993 (1999) en materia de jurisdicción universal, hay que reconocer que progresivamente ha ido calando en los círculos políticos y gubernamentales un espíritu reformista con el fin de sujetar a condiciones más estrictas el ejercicio de la jurisdicción universal por crímenes internacionales cuando el sospechoso no se encuentre en territorio del Estado; de lo que da buena prueba la adopción, el 23 de abril de 2003, de una nueva *Ley por la que se*

tendido otorgar competencias a los fiscales y jueces de instrucción para investigar crímenes internacionales no hallándose el acusado presente en Bélgica (Ver estas decisiones judiciales —incluidos informes y comentarios a las mismas— en las direcciones: <http://www.indictsharon.net>).

(56) *Artículo 2: «L'article 7, alinéa 1^o, de de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du Droit international humanitaire doit être interprété comme s'appliquant sans considération du lieu où l'auteur présumé du crime peut être trouvé». Ver esta Ley en: <http://www.senat.be>*

(57) Esta sentencia del Tribunal de Casación vendría a permitir activar otros asuntos pendientes ante tribunales belgas, entre los que fundamentalmente podríamos destacar el de Hissene Habre, antiguo Presidente de Chad —exiliado en Senegal— (<http://www.hrw.org/justice/habre/>)

modifica la Ley 1993 (58), en virtud de la cual, si bien se sigue reconociendo que las jurisdicciones belgas son competentes para conocer de las infracciones previstas en la presente Ley, con independencia del lugar donde ellas hayan sido cometidas y de si el autor no se encuentra en Bélgica, se impide, sin embargo, que, como hasta ahora, las víctimas puedan presentar una denuncia directamente ante un juez de instrucción, en la medida en que la acción publica no podrá ser entablada más que a requerimiento del Fiscal General cuando: la infracción no haya sido cometida en el territorio del Reino; el presunto culpable no es belga; el presunto culpable no se encuentra en el territorio del Reino; y la víctima no es belga o no reside en Bélgica desde hace al menos tres años (art.7) (59).

B) Las alarmantes tendencias revisionistas en la práctica española.

Pero sin duda resultan más alarmantes las prácticas revisionistas que se detectan en nuestro país, tanto por la vía de la más reciente doctrina sentada por el Tribunal Supremo, como por efecto de las medidas legislativas adoptadas con el fin de proceder a la implementación del Estatuto de Roma.

Aunque el art. 23.4 de la LOPJ ha sido interpretado en reiteradas ocasiones, como ya hemos visto, en el sentido de que atribuye a nuestros tribunales jurisdicción universal para conocer de aquellos asuntos relacionados con ciertos crímenes internacionales, aun cuando los presuntos culpables no se encuentren en territorio español (jurisdicción universal facultativa), la práctica judicial española parece mostrar, como decimos, evidentes signos de retroceso en la interpretación y aplicación del principio de justicia universal, sobre todo cuando en el denominado *asunto de Guatemala* —aunque relacionado fundamentalmente con la comisión de crímenes de genocidio—, tras el auto, de 13 de diciembre de 2000, dictado por el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el se declaraba el archivo de la denuncia presentada por víctimas de los hechos

(58) Ver «*Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du Droit international humanitaire*» en <http://www.senat.be>)

(59) Se procede igualmente a reformar el art.5.3 de la Ley de 1993 en el sentido de matizar, ahora, que la inmunidad internacional vinculada a la calidad oficial de una persona no impide la aplicación de la presente Ley mas que conforme a los límites establecidos por el derecho internacional , con el objetivo, obviamente, de reconocer la inmunidad personal de los jefes de Estado, de Gobierno y Ministros extranjeros durante el tiempo que ocupan su cargo.

acaecidos en Guatemala, entre 1978 y 1980 —calificados como constitutivos de delitos de genocidio, terrorismo y torturas— alegando, en virtud del «criterio de subsidiariedad», «que no procede el ejercicio *en este momento* de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos...» (la cursiva es nuestra), el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de febrero de 2003 (60), sentaba una doctrina extraordinariamente *restrictiva* sobre el principio de justicia universal, realizando una interpretación *contra legem* del art. 23.4 de la LOPJ, al estimar que no sólo hace falta algún nexo o vínculo de conexión con un interés nacional que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción (cuando las víctimas del genocidio sean españolas) sino también que los presuntos culpables se encuentren en territorio español (61).

La sentencia, tal como se pondría de manifiesto, por un amplio número de magistrados de la Sala de lo Penal en su voto particular (62), mantiene, efectivamente, una *doctrina excesivamente restrictiva* en la aplicación del principio de justicia universal, toda vez que no respeta lo establecido para la persecución penal extraterritorial del delito de genocidio en el artículo 23.4º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «...Los rigurosos límites establecidos por la resolución mayoritaria para la aplicación de la jurisdicción universal en materia de genocidio son, a nuestro entender, incompatibles con el tratamiento de este grave crimen contra la humanidad en nuestra legislación interna y

(60) *Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia N.º: 327/2003 Recurso de Casación N.º: 803/2001*. Una vez recurrido, el 28 de mayo de 2002, el auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, el Tribunal Supremo en esta sentencia, aunque estima parcialmente el recurso, limita la admisión de la querrela exclusivamente al ámbito de los delitos de tortura y solamente contra ciudadanos españoles, por lo que en lo que se refiere al crimen internacional de genocidio contra la población maya, base de la querrela, la resolución del recurso desestima la posibilidad de aplicación de la jurisdicción española no sólo «por el momento», como decía el auto recurrido, sino de forma definitiva.

(61) De ahí que conforme a estos dos criterios el Tribunal procede a afirmar no sólo que «...no consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición. El ejercicio de la jurisdicción respecto de los hechos denunciados no podría basarse en estos datos» sino también 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» (F.D. undécimo).

(62) VOTO PARTICULAR que formulan los Excmos. Sres Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Marañón Chavarri, D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez en el Recurso de casación núm 803/2001 (Genocidio maya).

en el derecho internacional» (63). Bien es cierto que se trata de una línea argumental que el propio TS no volvería a aplicar pocos meses más tarde en su sentencia de 20 de mayo de 2003 sobre el *caso Perú por genocidio* (64) —asunto suscitado por la querrela interpuesta, el 20 de noviembre de 1998, por el Comité de Solidaridad con el Perú de Cataluña, amparada en el principio de jurisdicción universal, por los delitos de genocidio, terrorismo, torturas y detención ilegal supuestamente cometidos por varias personalidades peruanas (Presidentes Alan García y Alberto Fujimori, Vladimiro Montesinos y por otros altos cargos civiles y militares), desde 1986 hasta la actualidad (65)—.

(63) *Id.*, F.D. primero. La necesidad de que las víctimas del genocidio sean españolas como requisito para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial resulta manifiestamente contraria a lo dispuesto en el art 23.4, pues es unánimemente reconocido que este precepto no se funda en absoluto en el principio de personalidad pasiva. Pero, aunque la regulación del principio de jurisdicción universal establecida en la LOPJ, no limita la aplicación de esta jurisdicción mediante la exigencia adicional de algún punto de conexión con un interés nacional, en la sentencia se recurre a argumentaciones fundamentalmente de *lege ferenda*, corrigiendo lo establecido en el art 23.4 a), al exigir la concurrencia de este requisito adicional: « La exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama. Pero únicamente será así si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla. Además, en cuanto a la necesaria presencia de los presuntos culpables en el territorio español, se advierte que los tratados internacionales establecen ordinariamente unas obligaciones internacionales de ejercicio de la propia jurisdicción en determinados supuestos, que constituyen un mínimo obligatorio y no un máximo, por ello no puede deducirse de los mismos una prohibición genérica de ejercicio de la jurisdicción universal frente a responsables que no se encuentren en el territorio nacional; la presencia de los responsables del delito en España sólo es necesaria para su enjuiciamiento, al no ser conforme al ordenamiento español el enjuiciamiento en rebeldía de estos crímenes: «... la presencia de los responsables en España no constituye una condición general para el ejercicio de la jurisdicción penal universal, sino un presupuesto de su practicabilidad, que puede alcanzarse mediante la extradición» (Ver F.D. séptimo, octavo y undécimo)

(64) *Tribunal Supremo. Sala de lo penal. Sentencia nº712/2003, de 20 de mayo de 2003, sobre el caso Perú por genocidio.*

(65) Con fecha 15 de junio de 2001 se dictó auto por el *Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional número 1*, en el que se rechaza la competencia para conocer de los hechos denunciados en el escrito de querrela presentada por la representación de la parte recurrente, interponiéndose recurso de reforma y subsidiario de apelación. Por el *Juzgado Central nº 1 de Instrucción* con fecha 20 de septiembre de dos mil uno, se dicta auto por el que se desestima el recurso de Reforma, remitiéndose la causa a la *Audiencia Nacional* para resolver la apelación. Con fecha 21 de enero de 2002 se dicta auto por el *Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*, por el que se desestima el recurso de apelación; procediendo, finalmente, la *Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo* a desestimar el recurso de casación interpuesto en *Sentencia nº 712/2003, de 20 de mayo.*

El TS en esta sentencia vendría a estimar la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles no por razón de un no reconocimiento del principio de justicia universal sino por el hecho de que la necesidad de la intervención jurisdiccional conforme a dicho principio queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país, pudiendo hablarse en este sentido —según su parecer— de «un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal», de tal forma que «la aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre esta y la que se ejercita sobre la base del principio de justicia universal» (66); siendo así que, al entender que «en el caso actual, existen datos... en el sentido de que el cambio político acontecido en el Perú ha determinado la iniciación de procesos penales contra varios de los querellados, alguno de los cuales se encuentra o ha encontrado en prisión y otros, muy relevantes, en situación de rebeldía», procedería a resolver expresamente que la no aceptación de la necesidad de intervención de la jurisdicción española en virtud del principio de jurisdicción universal viene referida al «*momento actual*», lo que implícitamente supone admitir la posibilidad de una reapertura, en su caso, del procedimiento por parte de los tribunales españoles conforme al principio de justicia universal (67).

Más, en todo caso, en esa misma línea de «desactivación» del principio de jurisdicción universal contenido en nuestra LOPJ, parece situarse también la recientemente aprobada *Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional* (68), a la vista, sobre todo, de los principios en los que se busca fundamentar el juego de la delimitación de jurisdicciones entre la Corte Penal Internacional y los órganos judiciales nacionales.

Esta Ley procede, nada menos, que a desarticular y vaciar de contenido —con el parecer favorable del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) (69)— el principio de justicia universal reconocido en el art. 23.4 de la LOPJ, al establecer en el artículo 7.2 que los órganos judiciales españoles se abstendrán de iniciar todo procedimiento en el caso de recibir querrela o denuncia —y en su caso proceder de oficio el Ministerio

(66) Ver Sentencia, *cit*, F.D Sexto.

(67) *Id.*

(68) *Ley Orgánica 18/2003, de 10 diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional* (BOE 11 diciembre 2003, núm. 296)

(69) Ver el Informe del *Consejo General del Poder judicial* al *Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, en: <http://www.poderjudicial.es/CGPJ>

Fiscal—, cuando se den tres condiciones: —Que los presuntos autores no sean nacionales españoles —Que se trate de hechos sucedidos en otros Estados, —Que los delitos sean de la competencia de la Corte (70). Este precepto viene, en efecto, a «matizar», como advertiría el propio CGPJ, el principio de persecución universal y la competencia en materia penal de los Tribunales españoles que de modo general se contiene en el artículo 23 LOPJ, lo que implica una estrecha restricción a la extraterritorialidad de la ley penal española, conforme, a nuestro juicio, a una interpretación infundada del principio de complementariedad sobre el que se asienta, como sabemos, la competencia de la CPI (71).

(70) Art. 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. 3. 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.

(71) Así, para el CGPJ «de acuerdo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y a diferencia de los tribunales *ad hoc* para la exYugoslavia y Ruanda, aquélla tiene *carácter complementario respecto de la jurisdicción del Estado en el que hubiere sido cometido el delito conforme al criterio del locus delicti*. Por lo tanto, el Tribunal Penal Internacional es una *institución complementaria* de la jurisdicción penal nacional, actuando *subsidiariamente* para el caso en que *el delito no fuere perseguido por el Estado en el que el delito se hubiere cometido*. De este modo, el principio de justicia universal, afirmado por los ordenamientos internos, no puede invocarse frente a la jurisdicción del Estado del lugar de comisión del delito internacional, que es en todo caso preferente; tampoco para el caso de que esté establecido un Tribunal Penal Internacional, al que habrán de cooperar los correspondientes Estados de la comunidad internacional». De acuerdo con un planteamiento como este la preferencia de la jurisdicción española frente a la de la Corte sólo podría invocarse en los casos en los que: —el hecho hubiese acaecido en territorio español (se trata de la aplicación del *principio de territorialidad*.— ostente el presunto responsable la nacionalidad española (principio de *personalidad activa* a menudo vinculado con la prohibición de extradición de nacionales). En los demás casos, presentada denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal en relación con hechos sucedidos fuera del territorio español cuyos presuntos responsables no sean nacionales españoles, la preferente jurisdicción de la Corte, en los casos en los que tenga competencia objetiva por razón de la materia, determina que los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal deban abstenerse de todo procedimiento y limitarse a remitir al denunciante al Fiscal de la Corte conforme al artículo 15 del Estatuto de Roma. Se evita, de esta forma, según el parecer del CGPJ, «la *indeseable* situación en la que un órgano judicial español pueda afirmar su jurisdicción preferente a la de la Corte invocando el principio de justicia universal y que este Estado sea utilizado para perseguir un hecho internacionalmente relevante, sustrayendo el conocimiento del asunto a la Corte Penal Internacional».

En cuanto, por otra parte, a las necesarias adaptaciones que debe experimentar nuestro Derecho sustantivo conforme, como mínimo, a las conductas criminales tipificadas en el Estatuto de Roma , hay que destacar también las cuando menos tímidas reformas que se contienen en la nueva *Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (72); pues aun cuando en su Exposición de motivos se afirma que «se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional», hay que señalar que más allá de este ejercicio de autocomplacencia, resulta a todas luces evidente que, frente al interés que, sin duda, encierra la inclusión de un nuevo artículo 607 bis (capítulo II bis) relativo a los «delitos de lesa humanidad» (pero que no alcanza a comprender todas las conductas delictivas recogidas en el art. 7 del Estatuto), las reformas que se introducen en el ámbito de los crímenes de guerra («De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», Capítulo III) se reducen, fundamentalmente, a la introducción de un nuevo artículo 614 bis que queda redactado como sigue: «Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior (73); detectándose así una respuesta sólo muy parcial por relación a las expectativas de adaptación de los artículos 608 a 614 de nuestro Código Penal a las conductas delictivas recogidas en el

Se trata, como decimos, de una interpretación del principio de complementariedad que no se ajusta al objeto y fin del Estatuto, y que ni siquiera podría encontrar su fundamento —aunque no lo aproveche el CGPJ al hilo de las tan frágiles argumentaciones que en este punto incluyen en su Informe— en el sentido tan restrictivo desde el que, como ya hemos visto , se busca a veces interpretar algunas cláusulas básicas del Estatuto, con el fin de limitar las posibles jurisdicciones competentes a la del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen, o a la del Estado del que sea nacional el acusado, tal como así se hace con relación por ejemplo al alcance de expresiones —de alcance tan genérico, a nuestro modo de ver— como las que se contienen en los artículos 17.1 («Estado que tiene jurisdicción») y 18.1 (Estados que «ejercerían normalmente la jurisdicción»).

(72) *Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 del Código Penal* (BOE 26 noviembre 2003).

(73) Básicamente las modificaciones principales se concentran en la introducción, en el marco del Capítulo IV (Disposiciones comunes) del Título XXIV, de dos nuevos artículos (615 bis y 616 bis) que atienden a las disposiciones contenidas en los artículos 28 (Responsabilidad de los jefes y otros superiores) y 33 (Ordenes superiores y disposiciones legales) del Estatuto de Roma. Además hay que destacar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 (Imprescriptibilidad) del Estatuto de Roma, se modifica el artículo 131.4 del Código Penal, de acuerdo con la redacción siguiente: «Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescribirán en ningún caso».

Estatuto de Roma (74)...Resulta a estos efectos muy ilustrativo comparar las reformas contenidas en la nueva Ley con las propuestas realizadas al respecto por el *Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española* mediante un informe sumamente detallado y definido en el que se propugnaba —de forma muy acertada— una modificación de las normas establecidas y conductas incriminadas, en particular, en los artículos 608 a 614 del Código Penal, atendiendo no sólo al Estatuto de Roma, sino también a otros instrumentos (ratificados igualmente por España) como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 26 de marzo de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección reforzada de los bienes culturales... (75).

(74) Entre otras y por ejemplo: dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados /art.8.2.b) iii, y e) iii); utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares» /art.8.2.b)xxiii/; dirigir intencionalmente ataques contra edificios y material sanitario, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho internacional /art.8.2.b) xxiv, y e)ii/; cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra /art.8.2.b)xxii, y e)vi/; hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra /art.8.2.b) xxv/; reclutar o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades /art.8.2.b)xxvi y e)vii/ (debiendo en este último supuesto elevarse de quince a dieciocho años la edad de participación, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo facultativo de la Convención de 1989 sobre los derechos de los niños relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000)....

(75) Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española: «Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, julio-diciembre 2001, pp. 87— 128. Ver también PEREZ GONZALEZ, M: «Un caso test en las relaciones entre el orden internacional y el interno: la adaptación de la legislación penal española a las exigencias del Derecho internacional humanitario», en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI*. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, *cit.*, pp. 533-544.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La importancia de combatir la impunidad adoptando todas las medidas necesarias para que los autores de las violaciones de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio respondan ante la justicia, ofreciendo, por tanto, a las víctimas la posibilidad de un proceso justo y equitativo mediante el cual puedan investigarse, repararse y hacerse públicas esas violaciones, parece ir calando de forma cada vez más profunda en la conciencia pública internacional.

Es por ello, tal como ya advertíamos en las primeras páginas de este trabajo, que ante la dimensión y magnitud de las violaciones que del DIH se vienen produciendo en los conflictos armados del periodo de posguerra fría, trasciende una especial preocupación del medio social internacional por dotarse de instrumentos capaces de reprimir tales actos de inhumanidad y barbarie, potenciando, así, las dinámicas de cooperación internacional destinadas a exigir no sólo la responsabilidad internacional de las partes en conflicto, sino también la responsabilidad internacional de los individuos de cara a un efectivo enjuiciamiento de los culpables de tales crímenes internacionales.

En este contexto va a recobrar todo su valor y alcance la misión de hacer efectiva la obligación de «hacer respetar» las normas humanitarias, aplicando, ante todo, los mecanismos que los propios instrumentos convencionales articulan para exigir —además de la responsabilidad internacional del Estado, o de las partes en el conflicto— la responsabilidad internacional de los individuos, a través, fundamentalmente, del castigo de los mismos en aplicación del *principio de jurisdicción universal*.

Y aunque no parece fácil superar los recelos que tradicionalmente ha venido suscitando la aplicación, viva y operativa, del principio de universalidad, por el temor de los Estados, siempre centrados en intereses políticos y económicos, a invadir espacios de soberanía ajenos, es posible comprobar como desde estos últimos tiempos los Estados parecen depositar mayores dosis de confianza en los mecanismos de represión descentralizada, atendiendo al nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal que tiende a consolidarse. La más reciente práctica legislativa nos demuestra, tal como hemos puesto de manifiesto, una progresiva tendencia de los Estados a concebir el valor del Estatuto de Roma desde esa dinámica de complementariedad entre la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, en virtud de la cual el alumbramiento de la CPI antes que producir un efecto de desactivación del papel de las jurisdicciones nacionales en la represión de crímenes internacionales.

les viene por el contrario a reafirmar y fortalecer (desde un compromiso, sin duda, de cooperación con la Corte) la responsabilidad primaria de los tribunales internos para conocer de la comisión de tales hechos delictivos por la vía del principio de justicia universal.

Además, el interés que encierra la reafirmación o reconocimiento que del principio de jurisdicción universal tiende a producirse de forma cada vez mas generalizada en las nuevas disposiciones legislativas de los Estados, hay que medirlo también desde la perspectiva del alcance de su ámbito de aplicación, en la medida en que la competencia para conocer de los tribunales internos por vía del principio de universalidad de los crímenes internacionales, no se limita a aquellas conductas delictivas tipificadas en los instrumentos convencionales en los que expresamente se afirma la regla *aut dedere aut iudicare*, sino que se extiende a todas aquellas otras categorías tipificadas y sistematizadas como tales en el Estatuto de Roma y aun, en términos más generales en el Derecho internacional penal. Lo que permite vislumbrar una evolución, por vía consuetudinaria, del alcance del principio de justicia universal en materia de represión de crímenes internacionales, como resultado de un proceso de armonización de las legislaciones estatales por el que se toma como parámetro de referencia básico o mínimo el Estatuto de Roma, y por tanto los crímenes de la competencia de la Corte.