



ESPAÑA

EJERCER LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL
PARA ACABAR CON LA IMPUNIDAD

15 de octubre de 2008

España

**Ejercer la jurisdicción
universal para acabar
con la impunidad**

**AMNISTÍA
INTERNACIONAL**



Amnesty International Publications
Publicado originalmente en 2008 por Amnesty International Publications
International Secretariat
Peter Benenson House
1 Easton Street
London WC1X 0DW
Reino Unido
www.amnesty.org

© Amnesty International Publications 2008

Índice: EUR 41/017/2008

Publicado originalmente en español por Amnistía Internacional, Secretariado Internacional, Reino Unido.

Todos los derechos reservados. Esta publicación tiene derechos de autor, si bien puede ser reproducida por cualquier medio, sin pago de tasas, con fines educativos o para llevar a cabo acciones de protección y promoción de los derechos humanos, pero no para la venta. Los titulares de los derechos de autor solicitan que se les comuniquen los usos mencionados con el fin de evaluar sus efectos. Para la reproducción de este texto en cualquier otra circunstancia, su uso en otras publicaciones o su traducción o adaptación, deberá obtenerse el permiso previo por escrito de la editorial, y podrá exigirse el pago de una tasa.

Fotografía de la portada: Rocío Cameros.

Amnistía Internacional es un movimiento mundial formado por 2,2 millones de personas en más de 150 países y territorios que hacen campaña para acabar con las violaciones a los derechos humanos.

Nuestra visión es la de un mundo en el que todas las personas disfrutan de todos los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otras normas internacionales de derechos humanos.

Somos independientes de todo Gobierno, ideología política, interés económico o credo religioso. Nuestro trabajo se financia en gran medida con las contribuciones de nuestros miembros y con donativos.

AMNISTÍA
INTERNACIONAL



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. MARCO LEGISLATIVO.....	2
3. LEGISLACIÓN SOBRE JURISDICCIÓN PENAL EXTRATERRITORIAL (EXCLUYENDO LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL).....	5
4. LEGISLACIÓN SOBRE JURISDICCIÓN UNIVERSAL.....	7
4.1. Delitos ordinarios o comunes.....	10
4.2. Delitos de trascendencia para la comunidad internacional.....	10
4.3. Crímenes o delitos de derecho internacional.....	17
5. JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN MATERIA CIVIL.....	32
5.1 La acción civil en procesos penales.....	32
5.2. La acción civil ejercida por las víctimas.....	33
5.3. Límites y desafíos de la jurisdicción universal en materia civil.....	34
6. OBSTÁCULOS AL EJERCICIO EFECTIVO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL.....	35
6.1. Ausencia de tipificación como delito o definiciones típicas no ajustadas al derecho internacional.....	35
6.2. Presencia requerida del imputado durante la fase de instrucción y apertura de juicio oral.....	37
6.3. Plazos de prescripción aplicables a los delitos de derecho internacional.....	38
6.4. Doble incriminación.....	40
6.5. Inmunidad.....	41
6.6. Amnistías, indultos y otras medidas similares.....	43
6.7. Irretroactividad de la ley penal interna. Principio de legalidad. 'Nullum crimen, nulla poena sine lege'.....	45
6.8. Cosa Juzgada. Principio "ne bis in idem".....	47

6.9. Actuación del Ministerio Fiscal.....	49
6.10. Carga de la prueba.....	49
6.11. Interpretaciones judiciales restrictivas. Investigación imparcial.....	51
6.12. Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional: un límite temporal para los casos basados en jurisdicción universal.....	54
7. COOPERACIÓN INTERNACIONAL: EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL.....	57
7.1. La extradición.....	58
7.2. Cooperación y asistencia judicial internacional.....	69
8. UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACIÓN.....	71
9. CASOS.....	71
10. RECOMENDACIONES.....	72

ESPAÑA:

EJERCER LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL PARA ACABAR CON LA IMPUNIDAD

1. INTRODUCCIÓN¹

La impunidad de crímenes especialmente ultrajantes para la conciencia de la humanidad además de desafiar el régimen de derecho construido internacionalmente para proteger los derechos humanos y de socavar el imperio de la ley, representa el máximo desprecio por los derechos de las víctimas y crea condiciones para que sea posible que tales actos vuelvan a repetirse.

Según el derecho internacional, todo Estado tiene el deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos, lo que exige que se adopten medidas eficaces para luchar contra la impunidad. Ello incluye a su vez "la aprobación o la enmienda de la legislación interna, que sean necesarias para permitir que los tribunales ejerzan la competencia universal con respecto a delitos graves de conformidad con el derecho internacional, de acuerdo con los principios aplicables del derecho consuetudinario y del derecho de los tratados".²

El 16 de octubre de 1998 con la detención de Augusto Pinochet en Londres, en base a una orden de búsqueda y captura internacional emitida por un juez español con fines de extradición por crímenes que la legislación española reconocía de competencia de sus

¹ El presente documento ha sido redactado por Lydia Vicente, miembro del Grupo de Trabajo sobre Justicia Internacional de Amnistía Internacional. Alicia Moreno Pérez y Giulia Tamayo, de la sección española de Amnistía Internacional, colaboraron con ella. La revisión final y aprobación del documento estuvo a cargo del Programa de derecho internacional y organizaciones internacionales (ILOP) del Secretariado Internacional en Londres. Amnistía Internacional desea agradecer especialmente a José Luis Galán, Manuel Ollé Sesé, Fernando Pignatelli y Meca, José Luis Rodríguez-Villasante y Susan Kemp por sus valiosos comentarios y críticas al documento. También a todos aquellos abogados que generosamente han colaborado con la aportación de fuentes documentales. La organización ha procurado cerciorarse de la exactitud de todas sus afirmaciones y de la información brindada. Sin embargo, si el lector advirtiere algún error se agradecerá así se le informe a la siguiente dirección electrónica: "ijp@amnesty.org".

² Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de Principios para la Lucha contra la Impunidad. Principio 21. Medidas para reforzar la eficacia de los principios jurídicos internacionales relativos a la competencia universal e internacional. UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

tribunales, cobró realidad a los ojos del mundo la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal. Aunque la entrega a España de Augusto Pinochet se viera finalmente frustrada por alegación de “razones humanitarias” por parte de las autoridades británicas, el principio de jurisdicción universal saldría afirmado con consecuencias muy relevantes en la persecución de crímenes atroces.

A diez años de tales hechos que marcaron un hito en la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal, España exhibe una experiencia acumulada en su ejercicio que la distingue respecto de otros países. El camino recorrido permite identificar obstáculos y amenazas, incluida la adopción en sede legislativa de disposiciones restrictivas incompatibles con las normas internacionales. Pero también se deben señalar los avances e impactos positivos en la lucha para poner fin a la impunidad y hacer realidad los derechos de las víctimas y sus familiares.

En el presente documento se analizarán los obstáculos que a todos los niveles estatales – legislativo, judicial y ejecutivo - dificultan una efectiva aplicación de la jurisdicción universal en España. Se formularán, además, recomendaciones diversas sobre esta cuestión, y sobre otras carencias de la legislación española, íntimamente ligadas a la lucha contra la impunidad. Se propondrán asimismo medidas que abarcan el establecimiento y fortalecimiento de mecanismos de cooperación judicial que permitan a los órganos jurisdiccionales ejercer su deber de investigar y juzgar de conformidad con las obligaciones que bajo el derecho internacional pesan sobre España.

2. MARCO LEGISLATIVO

El sistema legal de España se inscribe dentro de aquellos denominados de “derecho civil”, que sigue la tradición romano-germánica o de derecho continental europeo, donde prima el derecho escrito. La ley suprema de España es su Constitución, adoptada el 27 de diciembre de 1978.³

El artículo 10(2) de la Constitución española determina que:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

El artículo 96(1) dispone que:

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la

³ B.O.E. núm.311, de 29 de diciembre de 1978 (cuyo texto puede encontrarse en http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229)

forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”⁴

No obstante, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), en la que España es un Estado parte, y que refleja en muchas de sus disposiciones el derecho internacional consuetudinario, establece el correcto orden de prelación, dentro del ordenamiento jurídico, entre el derecho interno de los Estados propiamente dicho y el derecho internacional, una vez que este último es incorporado por un Estado.⁵

El artículo 26 de la Convención de Viena recuerda el principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual:

“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”

El artículo 27 por su parte añade que:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”

Por tanto, todo tratado, convenio, convención, pacto o acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, cualquiera que sea su forma o denominación jurídica, debidamente ratificado o aprobado por España, constituye una norma de jerarquía superior a toda disposición de la ley interna, incluida la Constitución española.⁶

De igual modo se desprende del artículo 95(1) de la Constitución española, que declara que: “La celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.”

⁴ Ver Audiencia Nacional, sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª, de 18 de mayo de 2006, relativa a la aplicación del Convenio de doble imposición hispano-alemán, de 5 de diciembre de 1966. La Audiencia Nacional señaló que: “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España forman parte del ordenamiento interno y la normativa contenida en los mismos prevalece sobre la normativa nacional, de tal forma que las normas del IRPF deben aplicarse respetando los compromisos que el Estado asume en el desarrollo de las relaciones internacionales según como hayan quedado precisados en los Convenios y Tratados ratificados por España” (FJ 5º). Ver Fernando Santaolalla López, Los Tratados como Fuente del Derecho en la Constitución, trabajo presentado a las Jornadas de estudio sobre la Constitución española y las fuentes del Derecho, 1979, p.15.

⁵ Adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Entrada en vigor, 27 de enero de 1980. España accedió a la Convención el 16 de mayo de 1972. B.O.E. núm.142, el 13 de junio de 1980.

⁶ Annemie Schaus, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Olivier Corten & Pierre Klein (dir.), Bruxelles, Bruylant-Centre de droit international-Université Libre de Bruxelles, 2006, article 27, p.1136 (« *L'article 27 de la Convention de Vienne, quant à lui, prescrit certainement, dans l'ordre juridique international, la primauté du droit international sur le droit interne* »). En sentido similar, Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 1994, p.135 (“De otro lado, los tratados deben observarse aunque sean contrarios al Derecho Interno de alguno de los Estados partes”).

La propia Constitución española sitúa a los tratados y a las normas generales del derecho internacional como normas jerárquicamente superiores a la interna. Ello se colige del propio artículo 96(1) de la Constitución española.⁷ No obstante lo expuesto, los Tribunales de justicia españoles se muestran con frecuencia reacios a la aplicación directa del derecho internacional, en tanto no se encuentre éste materialmente incorporado al derecho interno mediante una ley. Algunas veces los tribunales acuden a las normas de derecho internacional sólo como una fuente de interpretación del derecho interno. Esta resistencia a la que aludimos se encuentra, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*, donde se concluyó que:

“(...) ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales (...). En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. (...) La vigencia del principio de legalidad, tal como antes fue expuesto, impide, pues, la aplicación directa del derecho internacional penal consuetudinario como única norma aplicable al caso”⁸

Debe tenerse presente que esta limitación es propia del derecho interno español y que no le es impuesta a España por el derecho internacional. De ello se desprende que este proceder de los tribunales españoles no debería en rigor constituir un obstáculo a la aplicación directa del derecho internacional.

Órganos jurisdiccionales en el orden penal

En España el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales,⁹ donde lo es el Tribunal Constitucional.¹⁰ El Tribunal Supremo está compuesto por cinco Salas, siendo la Segunda de ellas la de competencia en materia penal. En esta materia el Tribunal Supremo conoce,

⁷ Así lo ha entendido Ortiz de la Torre, al declarar que “puede sostenerse que hay en nuestra Constitución un reconocimiento tácito de las normas generales del Derecho internacional y de su primacía sobre las normas internas. En efecto, si según el artículo 96.1 hay una superioridad de los tratados sobre las leyes internas” y dado que las normas generales del Derecho internacional tienen “poder sobre los tratados, son también superiores a las leyes internas en cuanto normas subordinados a éstos”. Ortiz de la Torre, J.A., “El Derecho internacional público en la Constitución española de 1978” en *Lectura sobre la Constitución española*, II, UNED, Madrid, 1978, página 178.

⁸ Tribunal Supremo, sentencia nº 798/2007, de 1 de octubre, fundamento jurídico 6º. Ver Ward N. Fedinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, Asser Press, p.257.

⁹ Artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

¹⁰ Artículo 161 de la Constitución española.

básicamente, de los recursos de casación y revisión contra sentencias - a los efectos que aquí nos interesan - de la Audiencia Nacional.

La Audiencia Nacional, como Sala de lo penal, es un tribunal especializado fundamentalmente por razón de las materias de las que conoce, con jurisdicción en toda España y sede en Madrid.¹¹ El artículo 65(1)(e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece que corresponde a la Audiencia Nacional la instrucción a través de los Juzgados Centrales de Instrucción¹² y el enjuiciamiento, por parte de su Sala de lo Penal, dividida en Secciones, de “los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales Españoles”, entre otros.¹³

El Ministerio Fiscal, como se define en la Constitución española, tiene por fin promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. El Ministerio Fiscal tiene autonomía funcional respecto al Poder Judicial, con órganos propios que se rigen por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.¹⁴

3. LEGISLACIÓN SOBRE JURISDICCIÓN PENAL EXTRATERRITORIAL (EXCLUYENDO LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL)

La legislación española consagra el principio de territorialidad del derecho penal, en virtud del cual compete a sus órganos jurisdiccionales el enjuiciamiento de los delitos cometidos en territorio español, con independencia de la nacionalidad de los presuntos autores.¹⁵ No obstante, la propia LOPJ extiende más allá los límites de la competencia de

¹¹ Tales como, por ejemplo, falsificación de moneda, tráfico de drogas o estupefacientes, delito de terrorismo; así como de la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, del procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega y de los procedimientos judiciales de extradición pasiva. Ver artículo 65 de la LOPJ, así como Real Decreto-Ley 3/1977, de 4 de enero, sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo.

¹² Existen seis Juzgados Centrales de Instrucción presididos cada uno de ellos por un juez de instrucción.

¹³ La Sala de lo Penal se divide en Secciones: actualmente cuatro. Normalmente se hallan compuestas por un panel de tres jueces. Una vez concluida la fase de instrucción – o investigación, acopio de pruebas para acreditar hechos y basar indicios - se podrá producir la apertura de la fase de juicio oral o audiencia. Por otro lado, la Sala de lo Penal conoce además de los recursos de apelación contra las resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción.

¹⁴ Artículo 124 de la Constitución española. Asimismo ver, artículo 541 de la LOPJ.

¹⁵ Artículo 23(1) de la LOPJ: “En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte”.

la jurisdicción española. Ello, sobre la base de tres principios de extraterritorialidad, que se explican a continuación.

Principio de personalidad activa. Según la LOPJ la jurisdicción española conocerá de los delitos que, aunque cometidos fuera del territorio de España, hayan sido perpetrados por españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, siempre que concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito; b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles; y c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.¹⁶

Principio de personalidad pasiva. La LOPJ no contempla el principio de personalidad pasiva, es decir, aquel que permitiría dar inicio a una acción judicial cuando, habiéndose cometido el delito en el extranjero, la víctima fuese de nacionalidad española o residente en España. No obstante, este principio ha sido utilizado algunas veces por los Tribunales españoles como un “punto de conexión legitimante”, expresión extensiva del principio real o de protección de intereses, para establecer y justificar la jurisdicción universal (ver sección 6.11, infra).¹⁷ El principio de personalidad pasiva se halla reconocido – como facultad o potestad, no como obligación – en numerosas convenciones internacionales.¹⁸

Cuando se utiliza este criterio para justificar o avalar el ejercicio de la jurisdicción universal, dada su omisión en la legislación española, se desnaturaliza aquella, que precisamente se desliga de toda conexión con un estado concreto para asegurarse de que no queden impunes ciertos crímenes.

Amnistía Internacional considera que la falta de reconocimiento de dicho principio extraterritorial en la normativa española puede dar lugar algunas veces a impunidad por delitos graves. Por ejemplo, porque el Estado de la nacionalidad del presunto autor de un delito cometido fuera de España contra un español o un residente, decide amparar a aquél; o porque los procedimientos judiciales en el Estado del territorio donde el delito ha sido perpetrado no son independientes o imparciales o porque, como ocurre algunas veces, se busca sustraer al autor de su responsabilidad penal internacional.

¹⁶ Artículo 23(2) de la LOPJ.

¹⁷ Ver, por ejemplo, Tribunal Supremo, caso *Cousa*, sentencia nº829/2006, de 11 de diciembre, FJº 12.

¹⁸ Entre otras, ver: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 5(1)(c); Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 9 (1)(c); Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, artículo 5 (1)(d); Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, artículo 5(1)(d). Ver también: Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad (Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973), artículo 2.

Por ello, la organización estima que sería recomendable incorporar de forma expresa este principio en las disposiciones de la LOPJ con relación a los crímenes de derecho internacional y las graves violaciones a los derechos humanos.

Principio real, de defensa o de protección de intereses nacionales. La LOPJ establece que la jurisdicción española conocerá de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando se afectaren intereses políticos o financieros del estado español. La Ley establece un listado taxativo de tales delitos.¹⁹

4. LEGISLACIÓN SOBRE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

A los fines de este documento se denomina jurisdicción universal a la potestad o, en algunos casos, la obligación de los tribunales de justicia de cualquier Estado para investigar y juzgar a las personas responsables de delitos o crímenes cometidos fuera de su territorio, o fuera de los territorios sometidos a su jurisdicción, aún cuando las víctimas o quienes hayan cometido el ilícito no posean la nacionalidad de ese Estado, y aún cuando el delito o crimen no haya afectado en absoluto los intereses de dicho Estado.

La jurisdicción universal constituye una regla del derecho internacional, de origen consuetudinario, que también se halla recogida en tratados y otros instrumentos internacionales y en la legislación nacional de la mayor parte de los Estados.²⁰ La misma ha sido consagrada también en la jurisprudencia de tribunales internacionales y nacionales. La jurisdicción universal puede aplicarse tanto a crímenes de derecho internacional como a delitos ordinarios de trascendencia para la comunidad internacional o a delitos ordinarios propiamente dichos. Cuando un tribunal nacional ejercita esta clase de jurisdicción sobre las dos primeras categorías de crímenes o delitos mencionados lo hace en definitiva como agente de la comunidad internacional.

El principio de jurisdicción universal no debe ser confundido con la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), con la que se halla relacionado. Esta obligación, consignada en no menos de una veintena de convenciones internacionales,

¹⁹ Artículo 23(3) de la LOPJ: "Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

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

²⁰ Ver análisis de Amnistía Internacional en 125 países, *Universal Jurisdiction, the duty of States to enact and implement legislation*, September 2001, IOR 53/003/2001.

establece que cuando una persona que se supone ha cometido un crimen derecho internacional o un crimen de trascendencia para la comunidad internacional es hallada en el territorio de un Estado, o en un territorio sometido a su jurisdicción, debe ser sometida a un procedimiento penal, a menos que dicho Estado decida extraditarla a otro Estado o la entregue a un tribunal internacional. Naturalmente, cuando esa persona sea un extranjero que ha cometido el delito fuera del territorio del Estado contra personas extranjeras, el ejercicio de la jurisdicción por parte de ese Estado se llevará a cabo sobre la base del principio de jurisdicción universal.

De ello se deriva que el principio de jurisdicción universal – en cualquiera de sus formulaciones - puede desempeñar un papel fundamental en la lucha contra la impunidad de las violaciones a los derechos humanos. Aunque España es parte de tratados internacionales que contienen el principio de jurisdicción universal desde 1930, la incorporación efectiva de dicho principio en su ordenamiento legal sólo tuvo lugar en 1985, a través de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, de 1 de julio (LOPJ).²¹

La LOPJ establece, en su artículo 23(4),²² el principio de jurisdicción universal en los siguientes términos:

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

- a. Genocidio.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Falsificación de moneda extranjera.
- e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.²³

²¹ LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (B.O.E. núm.157, de 2 de julio de 1985, corrección de errores B.O.E. núm.264, de 4 de noviembre). El texto actualizado de dicha ley puede encontrarse en www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords

²² Todos los delitos comprendidos en los apartados a) a h) del artículo 23(4) de la LOPJ encuentran su antecedente en tratados internacionales. Así, el delito de genocidio en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948; el delito de terrorismo, en el Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo de 1977; el delito de falsificación de moneda extranjera de la Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda de 1929; el delito de prostitución y corrupción de menores o incapaces, en el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena; el delito de tráfico ilegal de drogas, en el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971; el delito de mutilación genital femenina en la Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; y el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire de 2000. En cuanto a aquellos delitos que entrarían en el apartado i), ver los tratados listados –con carácter ilustrativo- en la sección 4.2, *infra*.

²³ Supuesto introducido en virtud del número 2 de la Disposición Final Única de la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal. La redacción original: “los delitos relativos a la prostitución” pasó a denominarse: “los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces” (B.O.E., núm.104 de 1/5/1999).

- f. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.²⁴
- h. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.²⁵
- i. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”

Cabe resaltar la falta de inclusión expresa – al menos en la literalidad de la ley – de ciertos delitos o categorías de delitos en las previsiones del artículo 23(4) de la LOPJ (ver sección 4.3, infra). En efecto, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura, la desaparición forzada de personas y las ejecuciones extralegales no se hallan incorporados – en principio – al texto legal, aunque algunos de ellos si pueden estar reconocidos, en alguna de sus formas y de manera parcial, en virtud del apartado (i) de la norma.

Amnistía Internacional considera que, no obstante la omisión señalada, en virtud de la supremacía del derecho internacional, si una convención u otro instrumento vinculante contuviere en su texto la obligación del ejercicio de la jurisdicción universal o la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) España se hallará compelida a dar cumplimiento a tal deber. Las carencias de su legislación interna, sea por omisión, o por defectuosa o parcial incorporación del principio, no pueden ser obstáculo para el cumplimiento de una obligación internacional.

Asimismo, nada impide que un Estado atribuya a sus tribunales de justicia jurisdicción universal sobre conductas cuya prohibición tiene atribuida la jerarquía de norma imperativa de derecho internacional.²⁶ En efecto, la prohibición de genocidio, de sometimiento a esclavitud, de apartheid, de tortura y de desaparición forzada de personas constituyen normas de *jus cogens* y, por ello, se acepta que se hallen sometidas a jurisdicción universal.²⁷

²⁴ Supuesto introducido en virtud de la LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (B.O.E., núm. 278, de 20 de noviembre de 2007).

²⁵ Apartado introducido en virtud del artículo único de la LO 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (B.O.E núm. 163, de 9 de julio de 2005).

²⁶ Artículo 53 de la Convención de Viena (“[P]ara los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”). Ver también artículo 64 (“Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”). Sobre las normas de *jus cogens* ver: Oppenheim’s International Law, ninth ed., R. Jennings and A. Watts, ed., Volume 1, p.7. Pierre-Marie Dupuy, *Normes Internationales Pénales et Droit Impératif (jus cogens)*, en *Droit International Pénal*, Ascencio, Decaux et Pellet, ed., Pedone, p.71. Antonio Cassese, *International Law*, second edition, Oxford, p.201. Rosario Besné Mañero, *El Crimen Internacional*, Universidad de Deusto, p.60.

Otra característica saliente del principio de jurisdicción universal en España es que el mismo no requiere para la iniciación del proceso judicial la presencia física del presunto autor del delito en territorio español. Es pues posible – como lo fue en el caso *Pinochet* y en el caso *Cavallo* – que el Estado español solicite la extradición de una persona a un tercer Estado, con el fin de celebrar el proceso judicial (juicio oral), a la vista de la acertada prohibición de llevar a cabo un proceso *in absentia*. Otros Estados han adoptado recientemente la misma aproximación que España.²⁸

4.1. DELITOS ORDINARIOS O COMUNES

A los efectos de precisar el alcance de algunos términos utilizados en este documento, distinguiremos tres categorías principales de delitos o crímenes (la doctrina formula un sinnúmero de categorías diversas).

Una primera categoría, propia del derecho nacional de los Estados, son los “delitos o crímenes comunes u ordinarios”, tales como el homicidio, las lesiones, el secuestro, el robo, etc., que constituyen ilícitos que afectan preponderantemente al orden interno del Estado donde han sido cometidos. Como consecuencia, la investigación y sanción de este tipo de delitos, y las demás consecuencias jurídicas de tales conductas, quedan sujetas – en principio – a la normativa interna de dichos Estados.

Los delitos ordinarios no parecen dar lugar a la jurisdicción universal en la legislación española.

4.2. DELITOS DE TRASCENDENCIA PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Los delitos de trascendencia para la comunidad internacional son aquellos para los que el derecho internacional no impone directamente una responsabilidad penal – como si es en el caso de los crímenes de derecho internacional –, sino que obliga a los Estados a penalizar determinadas conductas.²⁹ Estos delitos se hallan enumerados en tratados que,

²⁷ Ver, por ejemplo, la reciente ley de los Estados Unidos de América, *Genocide Accountability Act*, que confiere jurisdicción universal a sus tribunales sobre el delito de genocidio.

²⁸ Ver el nuevo Código Penal de Panamá (2007), artículo 19 (Es aplicable la ley penal panameña, aunque se hayan cometido en el exterior, a los delitos contra la Humanidad [que comprende al genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, ver Título XV], contra la Personalidad Jurídica del Estado, contra la Salud Pública, contra la Economía Nacional y contra la Administración Pública, así como a los delitos de desaparición forzada de personas, trata de personas, y falsedad de documentos de crédito público panameño, de documentos, sellos y timbres oficiales, de la moneda panameña y demás monedas de curso legal en el país, siempre que, en este último caso, se hayan introducido o pretendido introducir al territorio nacional). Código Penal de Costa Rica (2003), según la reforma introducida por la Ley 8272, artículo 7 (“Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y de la nacionalidad del autor, se penará, conforme a la ley costarricense, a quienes cometan actos de piratería o actos de genocidio; falsifiquen monedas, títulos de crédito, billetes de banco y otros efectos al portador; tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños; se ocupen del tráfico de estupefacientes o de publicaciones obscenas; asimismo, a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, previstos en los tratados suscritos por Costa Rica o en este Código”). A contrario, demandando la presencia física del sospechoso en el territorio del Estado, Ley de Adaptación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de Corea (artículo 3); Senegal, *Loi modifiant le Code de la procedure pénal relative à la mise en oeuvre du Traité de Rome instituant la Cour Pénale Internationale*, artículo 66g.

²⁹ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, 2005, p.93.

por un lado, obligan a los Estados parte a adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como infracción penal la conducta prohibida, así como a sancionarlos con penas adecuadas a su gravedad; y por otro lado establecen normas sobre jurisdicción, entre las que se encuentra la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) o la jurisdicción universal, propiamente dicha.

España es un Estado parte en numerosos tratados internacionales de esta índole, como se verá a continuación (el listado no es exhaustivo).

4.2.1. Piratería

España es parte tanto de la **Convención sobre Alta Mar**, de 29 de abril de 1958, como de la **Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar**, de 10 de diciembre de 1982.³⁰ Al cometerse el delito en un espacio no sometido a la jurisdicción de ningún Estado – alta mar - el Estado que efectúe la captura podrá ejercer su jurisdicción penal.³¹ El delito de piratería marítima ha desaparecido como tal del derecho penal español. No obstante, los tribunales españoles pueden conocer y perseguir la piratería no sólo porque su legislación interna les otorga jurisdicción universal sobre el mismo –artículo 23(4)(c) de la LOPJ- sino en virtud del propio derecho internacional que resulta de aplicación directa.³²

4.2.2. Apartheid

España no ha ratificado la **Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid**, de 30 de noviembre de 1973.³³ La legislación española no incluye de forma expresa el crimen de *apartheid* dentro del catálogo de delitos perseguibles universalmente, pero podría ampararse en el apartado (i) del artículo 23(4) de la LOPJ. Tampoco se encuentra tipificado en su Código Penal. No obstante, podría aplicarse el tipo residual relativo a la discriminación (“de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución española”) del artículo 510 del Código Penal. En todo caso, la pena prevista no sería acorde a la gravedad del delito de *apartheid*.³⁴

³⁰ España accedió a la primera el 25 de febrero de 1971 y ratificó la segunda el 15 de enero de 1997.

³¹ El principio de jurisdicción universal se recoge en el artículo 19 (Alta Mar) y los artículos 100 y 105 (Derecho del Mar).

³² El derecho interno asume por tanto las definiciones del delito de piratería (actos que constituyen piratería) recogidas en ambas convenciones. Ver sección 2, *supra*.

³³ Las reglas de atribución de la jurisdicción se recogen en los artículos IV y V.

³⁴ Asimismo, como se verá en la sección 4.3.2, *infra*, en el contexto de los delitos de lesa humanidad previstos en el artículo 607 bis del Código Penal, en la medida en que la persecución, el *apartheid* o la esclavitud (apartado 1, 1º) no produzcan los resultados previstos en el apartado 2º, quedarían impunes.

4.2.3. Falsificación de moneda

El 28 de abril de 1930, España ratificó el **Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda**, de 20 de abril de 1929.³⁵ La legislación española incluye la falsificación de moneda extranjera entre los delitos que llevan aparejada la jurisdicción universal (artículo 23(4)(d) de la LOPJ) y su Código Penal lo tipifica expresamente en los artículos 386 a 389 (de la falsificación de moneda y efectos timbrados).

4.2.4. Mercenarios

La **Convención de Naciones Unidas contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios**, de 4 de diciembre de 1989, no ha sido ratificada por España.³⁶ La legislación española no incluye de forma expresa dicho delito entre aquellos que llevan aparejada la jurisdicción universal y tampoco se encuentra tipificado en el Código Penal como tal.

Terrorismo

La legislación española incluye de forma expresa el terrorismo dentro del catálogo de delitos que llevan aparejada la jurisdicción universal (artículo 23(4) (b) de la LOPJ). El Código Penal español regula los delitos de terrorismo en el capítulo V del Título XXII (artículos 571 a 580) dentro de los denominados "Delitos contra el orden público", disposiciones que tipifican una serie de actos de terrorismo previstos en las Convenciones internacionales en la materia.³⁷ A ellos se hace extensiva, por tanto, la norma sobre jurisdicción universal contenida en la LOPJ.

4.2.5. Represión de actos ilícitos de violencia cometidos a bordo de aeronaves

España es parte del **Convenio de Tokio sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves**, de 14 de septiembre de 1963.³⁸ La legislación española no incluye de forma expresa estas conductas dentro del catálogo de

delitos perseguibles universalmente, pero podría ampararse en el apartado (i) del artículo 23(4) de la LOPJ.³⁹

³⁵ Los artículos 9 y 10 obligan a perseguir y juzgar y, en su caso, a extraditar.

³⁶ Los artículos 5(3), 9, 10(1) y 12 contienen las reglas de atribución de la jurisdicción, incluida la de extraditar o juzgar.

³⁷ Existe toda una serie de convenciones internacionales para la supresión de diversos "actos de terrorismo" que abarcan un amplio abanico de actividades. Ver <http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>

³⁸ Ratificado por España el 20 de febrero de 1969. Ver artículos 13(2) y 15(1) sobre el deber de extradición o procesamiento.

³⁹ De igual forma, no existe una tipificación concreta en la legislación española de las conductas castigadas en el Convenio, y habrá que remitirse a cualquier conducta tipificada como delito común en el Código Penal.

4.2.6. Apoderamiento ilícito de aeronaves

España es un Estado parte en la **Convención de La Haya para la supresión del apoderamiento ilícito de aeronaves**, de 16 de diciembre de 1970, desde el 30 de octubre de 1972.⁴⁰ El tipo delictivo piratería aérea o apoderamiento ilícito de aeronaves ha desaparecido como tal del Código Penal.

4.2.7. Delitos contra personas internacionalmente protegidas

La **Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos**, de 1973, fue adherida por España el 8 de agosto de 1985 (publicada en el B.O.E. de 7 de febrero de 1986).⁴¹ La legislación española no incluye de forma expresa estas conductas dentro del catálogo de delitos perseguibles universalmente, pero podría ampararse en el apartado (i) del artículo 23(4) de la LOPJ. El Código Penal castiga los delitos contra estas personas en los artículos 605 y 606 ("delitos contra el derecho de gentes").

4.2.8. Actos ilícitos contra la aviación civil

Las mismas previsiones se contienen en el **Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional**, suscrito el 23 de setiembre de 1971, ratificado por España el 10 de octubre de 1972 y publicado en el BOE de 10 de enero de 1974.⁴² No existe delito propio en el Código Penal pero podría caber su persecución bajo el tipo genérico de estragos ("delitos contra la seguridad colectiva").⁴³ Asimismo, cabe recordar que tiene la consideración de crimen de guerra la destrucción o daño de "buque o aeronave no militares".⁴⁴ En tanto que delitos de terrorismo serían perseguibles universalmente conforme las disposiciones del artículo 23(4) (b) de la LOPJ.

⁴⁰ Los artículos 4 y 7 establecen las disposiciones relativas a la jurisdicción, que incluyen el principio *aut dedere aut judicare*. Publicada en el B.O.E el 15 de enero de 1973.

⁴¹ Los artículos 3(2), 6(1) y 7 establecen las disposiciones relativas a la jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

⁴² Los artículos 5(2), 6(1), 6(2) y 7 establecen las disposiciones relativas a la jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

⁴³ El artículo 346 castiga a los que "provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos (...)" (en relación con el artículo 571 "los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (...)").

⁴⁴ Artículo 611(2) del Código Penal.

4.2.9. Toma de rehenes

La **Convención internacional contra la toma de rehenes**, de 17 de diciembre de 1979, fue adherida por España el 26 de marzo de 1984.⁴⁵ El concepto de rehén no existe en la legislación española como delito común. Si aparece, como un crimen de guerra, bajo el título de "delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado".⁴⁶ No obstante, la toma de rehenes podría encontrar cabida por analogía – que como veremos en la siguiente sección, no es un modo aconsejable – en el capítulo denominado "Delitos de detención ilegal y secuestros" en los artículos 163 a 168 del Código Penal.

4.2.10. Actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima

La **Convención para la supresión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima**, de 10 de marzo de 1988 fue ratificada por España y publicada en el B.O.E. el 24 de septiembre de 1992.⁴⁷ Las conductas previstas en esta Convención no se encuentran específicamente tipificadas en el Código Penal.⁴⁸

4.2.11. Robo de material nuclear

La **Convención sobre la protección física de los materiales nucleares**, de 26 de octubre de 1979, fue ratificada por España el 6 de Septiembre de 1991 y publicada en el B.O.E. el 25 de octubre de ese mismo año.⁴⁹ Esta conducta no se encuentra específicamente tipificada en el Código Penal, salvo lo relativo a la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (artículo 563 a 570 del Código Penal en relación con el artículo 573 - de los delitos de terrorismo). En tanto que delitos de terrorismo serían perseguibles universalmente (artículo 23(4) (b) de la LOPJ).

4.2.12. Delitos contra el personal de Naciones Unidas

La **Convención sobre la seguridad del personal de Naciones Unidas y el personal asociado** de 1994 fue ratificada por España el 13 de enero de 1998 y publicada en el B.O.E. el 25 de mayo de 1999.⁵⁰ Tras la reforma introducida en el Código Penal en el 2003, el artículo 608 ("De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de

⁴⁵ Ver artículos 3(2), 5, 6(1), 7 y 8(1), que incluyen el principio *aut dedere aut judicare*.

⁴⁶ Artículo 611(4) del Código Penal.

⁴⁷ Los artículos 6(4), 7(1), 7(2) y 10 establecen las disposiciones relativas a la jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*. Asimismo, el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, complementario a la Convención, establece reglas de jurisdicción similares y, en la medida que fuera posible, las disposiciones de la Convención que regulan la jurisdicción se aplican *mutatis mutandis*.

⁴⁸ En todo caso, ver artículo 346 (delito de estragos) relacionado con el artículo 571 (de los delitos de terrorismo) del Código Penal.

⁴⁹ Los artículos 8(1), 8(2) y 10 consagran las normas sobre jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

conflicto armado”) extiende la protección, en el contexto de conflicto armado, a “el personal de Naciones Unidas y personal asociado”, así como a cualquier otra persona que tenga la condición de protegida en virtud de “cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte” (ver sección 4.3.1, infra). Sin embargo, la conducta no parece estar tipificada para aquellos casos en que no sea cometida en el marco de un conflicto armado.

4.2.13. Atentados terroristas con bombas

La **Convención de Nueva York para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas**, de 15 de diciembre de 1997, fue ratificada por España el 30 de abril de 1999 y publicada en el B.O.E. el 12 de junio de 2001.⁵¹ A este respecto, habrá que estar a lo dispuesto para los delitos de tenencia de explosivos y terrorismo en general (artículos 565 y siguientes del Código Penal). Precisamente, en tanto que delitos de terrorismo, serían perseguibles universalmente (artículo 23(4) (b) de la LOPJ).

4.2.14. Financiación del terrorismo

El **Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo**, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, fue ratificado el 9 de abril de 2002 y publicado en el B.O.E. de 23 de mayo de ese mismo año.⁵² Los delitos enumerados en el Convenio se encuentran regulados en los artículos 575 y 576 del Código Penal. En tanto que delitos de terrorismo son perseguibles universalmente (artículo 23(4) (b) de la LOPJ).

4.2.15. Terrorismo nuclear

La **Convención Internacional para la supresión de actos de terrorismo nuclear** de 13 de abril de 2005 fue ratificada por España el 22 de febrero de 2007 (B.O.E. de 19 de junio 2007).⁵³ Esta conducta no se encuentra específicamente tipificada en el Código Penal, salvo lo relativo a los delitos de terrorismo en general. Precisamente, en tanto que delitos de terrorismo serían perseguibles universalmente (artículo 23(4) (b) de la LOPJ).

Sobre crimen organizado

4.2.16. Tráfico ilícito de estupefacientes

España es un Estado parte en la **Convención sobre sustancias psicotrópicas**⁵⁴ (Viena, 21 de Febrero de 1971) desde que accediera a ella el 20 de julio de 1973 y la **Convención de**

⁵¹ Los artículos 9, 10 y 14 establecen las disposiciones relativas a la jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

⁵² Los artículos 6 a 8 contienen las disposiciones relativas a la jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

⁵³ Los artículos 4, 7, 8.1 y 10 contienen normas sobre jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

⁵⁴ Los artículos 5, 9, 10.2 y 11 establecen las disposiciones relativas a la jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988) desde que ratificara dicho instrumento el 13 de agosto de 1990.⁵⁵ La legislación española incluye el tráfico ilegal de estupefacientes dentro del catálogo de delitos que llevan aparejada la jurisdicción universal (artículo 23(4) (f) de la LOPJ). Es uno de los delitos que el Código Penal tipifica con más detalle (artículos 368 a 378 del Código Penal).

4.2.17. Delincuencia organizada transnacional

La **Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional** de 2000 fue ratificada por España el 1 de marzo de 2002.⁵⁶ Con independencia de los delitos que cometa el grupo o la organización, la legislación española castiga las asociaciones ilícitas (tales como aquellas que tengan por objeto cometer algunos delitos, las bandas armadas, las organizaciones o grupos terroristas, las de carácter paramilitar, así como aquellas que promuevan la discriminación, el odio o la violencia).⁵⁷ Asimismo, a los jefes, administradores o encargados de las organizaciones, el Código Penal les aplica una pena más elevada.⁵⁸

Dos instrumentos adicionales complementan la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, ambos de 15 de diciembre de 2000. El primero, el **Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños** y el segundo el **Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire** (ambos ratificados por España mediante instrumentos de 21 de febrero de 2002), se interpretarán juntamente con la Convención -y las disposiciones de la misma se aplicarán *mutatis mutandis* a ambos Protocolos-, incluyendo las reglas sobre jurisdicción.

La legislación española no prevé expresamente la jurisdicción universal para el delito de trata, pero recientemente incorporó “el tráfico ilegal o inmigración clandestina” en el texto del artículo 23(4) apartado (g) de la LOPJ. El delito de trata no se encuentra tipificado en la legislación española (ver sección 4.3, infra) y el de tráfico ilegal se recoge en el artículo 318 bis del Código Penal (“Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”).

El tercer **Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones**, de 31 de mayo de 2001, fue adherido por España mediante instrumento de 25 de enero de 2007. Los delitos en él enumerados se encuentran tipificados en los artículos 563, 566 y 567 del Código Penal (“De la tenencia,

⁵⁴ Ver artículo 22(2) (IV), sobre la obligación de extraditar o juzgar.

⁵⁵ Ver artículo 4, sobre las disposiciones relativas a la jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

⁵⁶ Los artículos 15, 16.9 y 16.10, sobre jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

⁵⁷ Artículo 515 del Código Penal.

⁵⁸ Por ejemplo, ver artículo 318 bis) apartado 5º. Asimismo ver artículos 516 y 517 del Código Penal.

tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”). En tanto que relacionados con los delitos de terrorismo, serían perseguibles universalmente (artículo 23(4) (b) de la LOPJ).

4.2.18. Corrupción

La **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** de 31 de octubre de 2003, fue ratificada por España el 19 de junio de 2006.⁵⁹ La regulación de estos delitos – en tanto que ordinarios o comunes - se encuentra propiamente en el Título XIX “Delitos contra la Administración Pública” (artículos 404 a 444) así como en el Título XX “Delitos contra la Administración de Justicia” (artículos 446 a 471 bis).

4.3. CRÍMENES O DELITOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Los llamados crímenes de derecho internacional son los ilícitos o infracciones que conllevan responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional.⁶⁰ Dentro de esta categoría se suele incluir al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura, la desaparición forzada de personas y las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

Existe en general acuerdo en que estos crímenes son considerados como tales con independencia de que un Estado los haya o no tipificado en su legislación nacional, pues afectan a la comunidad internacional en su conjunto y no a la sociedad en cuyo seno han tenido lugar. A este tipo de delitos se refiere el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando recuerda que: “[n]ada (...) se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.⁶¹ De tal modo, la represión de estos crímenes representa un deber para todos los Estados, como agentes de aquella comunidad.

4.3.1. Crímenes de guerra

España es un Estado parte en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, así como de sus dos Protocolos Adicionales de 1977 y también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que incluyen en sus respectivos textos un extenso listado de crímenes de guerra.⁶²

⁵⁹ El artículo 42 establece el alcance de la jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

⁶⁰ Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, p. 25 (“*Crimes under international law are all crimes that involve direct individual criminal responsibility under international law*”). Antonio Cassese otorga una definición muy similar pero con relación a los crímenes internacionales (“*International crimes are breaches of international rules entailing the personal criminal liability of individuals concerned*”) en *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p.23. Ver también Bassiouni, M. Ch., “Internacional Crimes: *Jus cogens* and *Obligatio Erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, nº 4, *Accountability for international Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights* (1996) y Ollé Sesé, M., “Justicia Universal para Crímenes Internacionales”, Ed. La Ley (2008).

⁶¹ Artículo 15(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. España es un Estado Parte desde el 27 de julio 1977.

⁶² Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I); Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos

El Código Penal español define y reprime los “delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” en el Capítulo III, dentro del Título XXIV, denominado “Delitos contra la Comunidad Internacional”⁶³. Este Título fue introducido en el Código Penal de 1995.⁶⁴

El Código Penal español fue parcialmente modificado en 2003 para adaptar sus disposiciones a las exigencias contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁶⁵ En tal virtud, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, incorporó algunos crímenes de guerra que no se habían contemplado en la reforma de 1995.⁶⁶ Es importante subrayar que desde su originaria redacción de 1995 el Capítulo III del Código Penal no distingue – acertadamente – si las conductas criminales se han producido en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional. No obstante, según el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja (CEDIH), la reforma del Código Penal de 2003 no fue en absoluto exhaustiva y no ha tipificado todas las conductas que el derecho internacional convencional califica como crímenes de guerra.⁶⁷ Algunas de esas omisiones tan importantes como la comisión de actos de violencia sexual en personas protegidas y el reclutamiento o alistamiento de menores de 18 años para participar directamente en hostilidades.⁶⁸

de las fuerzas armadas en el mar (II); Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III); Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (IV). Todos ellos adoptados el 12 de agosto de 1949 y ratificados por España el 4 de agosto de 1952. Asimismo, Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), ambos adoptados el 8 de junio de 1977 y ratificados por España el 21 de abril de 1989. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 fue ratificado por España el 24 de octubre de 2000, B.O.E. núm.126, de 27 de mayo de 2002.

⁶³ Artículos 608 a 614 del Código Penal (B.O.E. núm.281 de 24 de noviembre de 1995, disponible en www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1995/25444

⁶⁴ Hasta entonces, la regulación relativa a la guerra pertenecía exclusivamente a las leyes penales militares. Por eso, aún hoy, debe tenerse en cuenta lo previsto en el Código Penal Militar de 1985 (delitos contra las leyes y usos de guerra). Para un estudio metódico del tema ver: Pignatelli y Meca, F., La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español, Ministerio de Defensa, 2003.

⁶⁵ La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (B.O.E. nº 283, de 26-11-2003, disponible en www.boe.es/boe/dias/2003/11/26/pdfs/A41842-41875.pdf).

⁶⁶ Se añadió un nuevo apartado al artículo 608 (personas protegidas), se modificó el artículo 610 y se introdujeron dos párrafos nuevos (4º y 5º) al artículo 611; se modificó también los párrafos 1º, 2º y 3º del artículo 612, el párrafo 1º del artículo 613 y el artículo 614 bis.

⁶⁷ CEDIH, Propuesta de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en Revista Española de Derecho Militar, nº 78, 2001; y José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, La Reforma del Código Penal Español por Ley Orgánica 15/2003: Un paso al frente en la “criminalización de la barbarie”, en Revista Española de Derecho Militar, nº 82, 2003. Asimismo, Manuel Ollé considera que “se ha perdido una ocasión de implementar en el ordenamiento español todas las exigencias derivadas del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en “Justicia Universal para Crímenes Internacionales”, op. cit, página 202.

⁶⁸ Artículos 8(2)(b)(xxii) y (xxvi) así como 8(2)(e)(vii) del Estatuto de Roma.

Las previsiones generales del artículo 614, que reprime toda infracción o acto contrario "a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado" constituye una aproximación positiva al tema.

También cabe observar que no se haya modificado la LOPJ para incluir, de forma expresa, a los crímenes de guerra *per se* como sujetos al principio de jurisdicción universal. Es verdad que, como dijimos antes, el inciso i) del artículo 23(4) de la LOPJ, permite extender la jurisdicción universal a cualquier otro delito o crimen comprendido en un tratado que deba ser perseguido en España. Pero es bien sabido que sólo las llamadas "graves infracciones" definidas en los Convenios de Ginebra y el Protocolo I – la categoría más grave de crímenes de guerra - obligan al ejercicio de la jurisdicción universal, mientras que los crímenes de guerra que no constituyen graves infracciones – por ejemplo, aquellos cometidos en un conflicto armado de carácter no internacional - no conllevan, necesariamente, en el derecho convencional, la obligación de ejercer aquella.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en su estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, ha concluido que constituye una norma consuetudinaria el derecho de los Estados a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra.⁶⁹ El voluminoso estudio añade además que: "las legislaciones nacionales apoyan ampliamente el derecho de los Estados a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra".⁷⁰

En este sentido, con acierto, la jurisprudencia española ha concluido en algún caso que los crímenes de guerra, por extensión, se hallan implícitamente comprendidos en las previsiones del artículo 23(4) de la LOPJ.⁷¹

4.3.2. Crímenes de lesa humanidad

El Código Penal español define los delitos de lesa humanidad en el artículo 607 bis, dentro del Capítulo II bis del Título XXIV. El mismo fue introducido en la reforma del Código Penal de 2003.

A este respecto la represión de los delitos o crímenes de lesa humanidad en el Código Penal no se halla en plena armonía con las obligaciones convencionales de España. El listado del artículo 607 bis, que define a los crímenes de lesa humanidad, es más restringido que aquel recogido en el artículo 7 del Estatuto de Roma – "Crímenes de lesa

⁶⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, Volumen 1, p.683, Norma 157.

⁷⁰ *Supra* 69, p.684.

⁷¹ Tribunal Supremo, caso *Scilingo*, Sentencia núm.798/2007, de 1 de octubre, FJº 7º.

humanidad" - y varias de sus definiciones no parecen concordar con aquellas establecidas en el derecho internacional.

En efecto, inicialmente el artículo 607 bis parece imponer como condición previa para la configuración de los delitos o crímenes de lesa humanidad, la circunstancia de: "[l]a pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional". Esta exigencia no se halla contenida en el Estatuto de Roma, salvo en lo que atañe al crimen de persecución, en cuyo caso tal condición es una parte de la definición de la conducta. Demandar esta condición o exigencia previa para todos los demás delitos o crímenes de lesa humanidad es una restricción indebida. Además, esta condición trae aparejada el efecto de la imposibilidad de someter a proceso en España casos que, conforme las obligaciones convencionales que pesan sobre España, deberían serlo sin más.

También la definición por el legislador español de la desaparición forzada de personas y tortura, en tanto que delitos de lesa humanidad, no parecen amoldarse por completo a la definición de tales conductas en el Estatuto de Roma.⁷²

El Código Penal tampoco contempla el crimen de lesa humanidad consagrado en el artículo 7(1)(k) del Estatuto de Roma, "otros actos inhumanos". En virtud de esta norma se podría perseguir, por ejemplo, la persecución fundada en la orientación sexual de las personas – extremo no contemplado en la letra del artículo 7(1)(h), que define la persecución propiamente dicha –. Numerosas leyes de adaptación del Estatuto de Roma en otros países han incluido esta disposición, incluso en aquellos de tradición romano-germánica.⁷³

Amnistía Internacional recuerda que los Estados tienen la obligación de reprimir mediante sanciones adecuadas a la gravedad de las conductas aquellos delitos a cuya persecución se han obligado en virtud de un instrumento internacional vinculante. La legislación española debe castigar, cuanto menos, todas aquellas conductas que se hallen prohibidas por un tratado o convención en la que sea parte España. Como podría predicarse de cualquier otro Estado, España no tiene la potestad de elegir a su conveniencia qué conductas sanciona, sino que, en el caso de los tratados internacionales, debe castigar las conductas prohibidas en tales instrumentos. Naturalmente, España podría adicionar otras conductas a su normativa penal, como aquéllas que sólo están recogidas en declaraciones u otros instrumentos internacionales aún no vinculantes. Pero, en todo caso, no tiene la potestad, en aplicación de la regla *pacta sunt servanda*, de excluir la sanción de conductas a cuya represión se ha comprometido mediante un instrumento convencional. Si la razón de dicho incumplimiento fuera una cláusula constitucional o alguna otra norma que impidiera la

⁷² Ver artículo 607 bis, apartado 2, 7º y 8º del Código Penal.

⁷³ Argentina, Ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma (artículo 9); Bélgica, *Code Pénal*, article 136ter; Costa Rica, Ley 8272, artículo 379; Países Bajos, *International Crimes Act*, section 4(1)(k); Portugal, *Lei penal relativa às violações do Direito Internacional Humanitário*, artículo 9(k); República de Congo, *Loi 8-98, du 31 Octobre 1998*, article 6(k); Uruguay, Ley 18.026, artículo 18.

realización de la obligación internacional, las mismas, indefectiblemente, deberían ser modificadas para permitir dar satisfacción a la obligación asumida bajo el derecho internacional.

La legislación española tampoco contempla de forma expresa los delitos de lesa humanidad como conductas ilícitas que, de manera genérica, den lugar a la jurisdicción universal. No obstante, la aplicación de esta ha sido reconocida por los tribunales de justicia en ciertos casos.⁷⁴ Uno de los casos más representativos a este respecto es el caso *Adolfo Scilingo*, donde el Tribunal Supremo afirmó:

“La condena por los Tribunales españoles no podría utilizar formalmente el nomen iuris "crímenes de lesa humanidad" como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis del Código Penal, ni imponer las penas previstas en esa norma, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal, que, por sus circunstancias constituyen internacionalmente, o constituirían según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la Humanidad (...)”

“En principio no parece razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los Tribunales internos respecto de los crímenes contra la Humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos”⁷⁵

4.3.3. Genocidio

El delito de genocidio se incluyó en el Código Penal español como consecuencia de la adhesión de España a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (Convención contra el Genocidio),⁷⁶ mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. En tal virtud se incluyó el entonces artículo 137 bis como uno de los “Delitos contra el Derecho de Gentes”. En la actualidad se encuentra regulado en el artículo 607, del Capítulo II (“de los delitos de genocidio”), dentro del Título XXIV del Código Penal.

⁷⁴ Por ejemplo, el caso *Tibet* (ampliación de la querrela admitida a trámite el 5 de agosto de 2008), la querrela presentada por supervivientes de campos de concentración nazis (admitida a trámite el 17 de julio de 2008) y auto de procesamiento en el caso *Ruanda* (de 6 de febrero de 2008).

⁷⁵ Tribunal Supremo, sentencia núm.798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ 7º.

⁷⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. España es un Estado parte desde el 13 de septiembre de 1968.

La actual definición del delito de genocidio en la legislación española parece comprender todas las posibles conductas ilícitas previstas tanto en la Convención contra el Genocidio como en el Estatuto de Roma, aunque posee una redacción que difiere de la contenida en aquellos instrumentos.⁷⁷ Algún sector doctrinal concluye que la legislación española comprende incluso modalidades de comisión no contempladas en la Convención contra el Genocidio.⁷⁸

La doctrina también ha coincidido en observar que aunque la letra expresa de la Convención contra el Genocidio no contempla de manera expresa la jurisdicción universal, no puede negarse que de su texto, su contexto y su objeto y fin se desprende la potestad de todos los Estados de ejercerla.⁷⁹ En igual sentido se ha pronunciado M. Cherif Bassiouni, quien sostiene que: “El hecho de reconocer ciertos crímenes internacionales como pertenecientes a la categoría de *jus cogens* conlleva el deber de enjuiciar o extraditar, la imprescriptibilidad y la universalidad de la competencia sobre tales crímenes, independientemente del lugar donde se hayan cometido, de la identidad de su autor (incluidos los jefes de Estado), de la categoría de las víctimas y del contexto en que se perpetraron (tiempo de guerra o tiempo de paz).”⁸⁰

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, en el caso relativo a la Aplicación de la Convención contra el Genocidio, sostuvo que:

“[...] De ello se sigue que los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*. La Corte advierte que la obligación de cada Estado de prevenir y castigar el crimen de genocidio no se encuentra limitado territorialmente por la Convención”⁸¹

⁷⁷ Ver artículos II y III de la Convención contra el Genocidio y artículo 6 del Estatuto de Roma.

⁷⁸ Gil Gil, Alicia., El genocidio y otros crímenes internacionales, Colección Interciencias, 1999, p.170.

⁷⁹ Por ejemplo, Eric David en *Principes de Droit des Conflits Armés*, deuxième édition, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.666 (“¿Se limitará la Convención a prever solamente una competencia de tipo territorial? Esa interpretación privaría en gran medida a la Convención de su alcance y utilidad. En realidad, esa restricción no significa que otros estados no puedan conocer del crimen: ella confiere solamente una competencia prioritaria al tribunal del estado donde el crimen ha sido cometido, pero no excluye la competencia de otros estados”); William A. Schabas, en *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p.367 (“La práctica de los estados, la doctrina y las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales sugieren una creciente voluntad de aceptar la jurisdicción universal e ir más allá de los términos del Artículo VI de la Convención »); Bruce Broomhall en *International Justice and the International Criminal Court*, Oxford, 2003, p.112 (“Lo que puede afirmarse con certeza es que el derecho internacional consuetudinario autoriza a los estados a ejercer jurisdicción universal sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra y que ésta autorización podría estar evolucionando hacia una obligación”); Nina Jorgensen en *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, 2003, p.35 (“(...) Estas discusiones han sido superadas por el derecho consuetudinario, que define al genocidio como un crimen sujeto a jurisdicción universal”).

⁸⁰ M. Cherif Bassiouni, en “Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998, p.30.

⁸¹ Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina vs. Yugoslavia), Objeciones Preliminares, Sentencia de 11 de Julio de 1996, para.31.

Los Tribunales españoles se han manifestado en numerosas ocasiones sobre su competencia para investigar y juzgar este delito. Así, en 1998, la Audiencia Nacional estableció en el caso *Pinochet* que:

“[s]ería contrario al espíritu del Convenio – que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave - tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende”⁸²

El Tribunal Constitucional, por su parte, en el caso *Guatemala*, reafirmó la tesis anteriormente expuesta, al sostener que:

“resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre el genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran [principio de evitación de la impunidad], que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos”.⁸³

4.3.4 Tortura

El Código Penal español regula el delito de tortura en el artículo 174, agrupándose bajo la rúbrica del Título VII (“de la tortura y otros delitos contra la integridad moral”), dentro del Libro II.⁸⁴ Pese a que la tortura es siempre un delito de derecho internacional y, algunas veces, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra e, incluso, puede ser parte de una práctica genocida, el Código Penal la sitúa en la parte de los delitos ordinarios o comunes.

La definición contenida en el Código Penal no ha incorporado dos aspectos importantes de la definición prevista en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y

⁸² Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sumario 1/98, auto de 5 de noviembre de 1998, FJ2.

⁸³ Tribunal Constitucional, sentencia núm. 235/2005, de 26 de septiembre, FJ 5º.

⁸⁴ La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo una modificación al apartado (1), en el sentido de hacer referencia a la tortura por “cualquier razón basada en algún tipo de discriminación”. Con ocasión de la reforma del Código Penal en 2003, Amnistía Internacional publicó un informe titulado “España: Medidas para combatir la Tortura y la Impunidad. Recomendaciones de Amnistía Internacional al Proyecto de Reforma del Código Penal”, junio de 2003 (www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/esp_junio2003.pdf).

otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura).⁸⁵ En primer lugar, el Código Penal no reprime a todos los sujetos que, según la Convención contra la Tortura, podrían ser posibles partícipes del delito. El Código Penal sólo contempla como posibles autores a “la autoridad o funcionario público”, excluyendo a “cualquier otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia”. En segundo lugar, la finalidad con la que debe ser cometido el delito de tortura en el Código Penal es más limitada que la establecida en la Convención, pues no reconoce aquél la de “intimidar o coaccionar a esa persona u otra”.

Además, la definición de tortura en la legislación española no hace mención a que se considera tortura, expresamente, la violación sexual cometida bajo custodia. Amnistía Internacional recuerda que la violación o agresión sexual u otras formas de violencia sexual pueden constituir, bajo ciertas condiciones, tortura, un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o ser parte de un genocidio (ver sección 4.3.7, infra).⁸⁶ Así pues, la violación es tortura cuando es cometida por agentes del Estado o terceras personas cuando el Estado no ha actuado con la diligencia debida para prevenir o castigar el delito.⁸⁷ Así lo han declarado los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda⁸⁸ y la antigua Yugoslavia⁸⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁰ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁹¹

La legislación española tampoco contempla de forma expresa el delito de tortura dentro de la categoría de delitos que dan lugar *per se* a la jurisdicción universal. Los Tribunales españoles han conocido, sin embargo, de casos de tortura en virtud del principio de jurisdicción universal. No obstante, dado que la Convención contra la Tortura

⁸⁵ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987. España es un estado parte desde el 21 de octubre de 1987.

⁸⁶ Hampson, Françoise, cuestiones relativas a la tipificación como delito, la investigación y el castigo de los actos de violencia sexual grave E/CN.4/Sub.2/2004/12. Asimismo, Amnistía Internacional, “Cómo utilizar el derecho penal internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género”, de 13 de mayo de 2005 (índice AI IOR 40/007/2005, disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/info/IO40/007/2005>).

⁸⁷ Cabría el concurso de delitos entre la violación como delito de tortura y violación como delito de agresión sexual (artículo 179 del Código Penal).

⁸⁸ Caso ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, 2 de septiembre de 1998, párs.597-598), *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (“[a]l igual que la tortura, la violación se usa con el objetivo de intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar controlar o destruir a una persona. Tal como ocurre con la tortura, la violación vulnera la dignidad personal, y, de hecho, la violación constituye tortura cuando se inflige por funcionario público, u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, o haber actuado por instigación, o con consentimiento o aquiescencia suya”.

⁸⁹ Caso IT-95-17/1, Judgment of Trial Chamber II, 10 de diciembre de 1998, pár.182-184, *Prosecutor v. Furundzija*. Asimismo, ver Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, E/CN.4/Sub.2/1998/18.

⁹⁰ Sentencia del TEDH de 25 de septiembre de 1997 en el caso *Aydin v. Turquía* (Caso nº 57/1996/676/866,

⁹¹ Caso 10.970, *Mejía v. Perú*, de 10 de marzo de 1996, informe final de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos nº 5/96, sección 3 (análisis), apartado (a), disponible en

recoge expresamente en su texto la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), España, como todo Estado Parte en dicho instrumento, tiene el deber de ejercer su jurisdicción cuando una persona sospechosa de haber cometido actos de tortura se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no conceda la extradición de dicha persona a otro Estado o la entrega a un tribunal internacional.⁹²

En igual sentido el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha sostenido que:

“(...) a nivel de la responsabilidad penal, se advierte que una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* atribuida por la comunidad internacional a la prohibición de tortura radica en que cualquier Estado está facultado para investigar, procesar y castigar o extraditar a las personas acusadas de dicho crimen que se encuentren en un territorio sujeto a su jurisdicción. Más aún, sería inconsistente por un lado prohibir la tortura con una extensión tal que limite a los Estados soberanos su potestad de celebrar tratados y por el otro impedir a los mismos procesar y castigar a los torturadores que se han visto envueltos en tan odiosa práctica en el extranjero”⁹³

Por su parte, el Comité contra la Tortura en ocasión del examen del cuarto Informe presentado por España en 2002 afirmó que: “[e]l Comité acoge con satisfacción que la Convención, en virtud del artículo 96 de la Constitución española, forme parte del ordenamiento jurídico interno y pueda ser invocada directamente ante los tribunales” (ver sección 2, *supra*).⁹⁴

4.3.5. Ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

Las ejecuciones extralegales son homicidios deliberados e ilegítimos perpetrados por orden o con la complicidad o aquiescencia de un gobierno.⁹⁵ El delito de ejecución extralegal no se encuentra expresamente tipificado como tal en el Código Penal español.

Este delito de derecho internacional, ausente en la legislación española, podría asimilarse en España al delito común de asesinato u homicidio agravado, tal como se

⁹² Artículos 5(2), 6 y 7 de la Convención contra la Tortura. Ver, en este sentido, la nueva Ley 26.200 de Argentina, que dispone que: “Cuando se encuentre en territorio de la República Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción una persona sospechada de haber cometido un crimen definido en la presente ley y no se procediera a su extradición o entrega a la Corte Penal Internacional, la República Argentina tomará todas las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de dicho delito”. Ver también el Código penal de Portugal, artículo 5(1)(b).

⁹³ *Prosecutor v. Anto Furundzija*, p.156.

⁹⁴ Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, 29º período de sesiones, CAT/C/CR/29/3, 23 de diciembre de 2002.

⁹⁵ Ver “Programa de 14 puntos de Amnistía Internacional para prevenir las ejecuciones extrajudiciales”, en *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa*. Madrid. Amnistía Internacional, 1994. pp. 294 a 296. Asimismo, ver www2.ohchr.org/spanish/law/prevencion.htm

halla previsto en el artículo 139, en relación con el 140 del Código Penal. No obstante, Amnistía Internacional observa que tal asimilación de conductas es inconveniente y debería evitarse. Las ejecuciones extralegales deberían tipificarse de manera autónoma e independiente, dentro de los capítulos relativos a los crímenes o delitos de derecho internacional. Por otra parte, la regulación actual, por vía de asimilación, hace abstracción de uno de los elementos esenciales de la ejecución extralegal, como lo es que el autor del delito sea un funcionario público o cualquier otra persona que actúe con carácter oficial o a su instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla.

La comunidad internacional ha reconocido que todos los Estados deberían poner en manos de la justicia a los responsables de ejecuciones extralegales, dondequiera que estas hayan tenido lugar, promoviendo por tanto la universalidad. En este sentido el Artículo 18 de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, establece que:

“[L]os gobiernos velarán por que sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas a juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, de su nacionalidad, y del lugar en el que se cometió el delito”⁹⁶

Dichos Principios también añaden que: “no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”.⁹⁷ Por ello, Amnistía Internacional considera que la falta de tipificación de esta conducta en la normativa española y su consiguiente subsunción en otros tipos penales, podría dar lugar a la aplicación –indebidamente- de la eximente o atenuante de “cumplimiento del deber”. No obstante, una adecuada interpretación del derecho internacional llevaría seguramente a su rechazo por parte de los órganos judiciales.⁹⁸

⁹⁶ Artículo 18 de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, adoptados por el ECOSOC mediante Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989 y acogidos por la Asamblea General por Res. 44/159, de 15 de diciembre de 1989. Ver Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2000/31 de 20 de abril de 2000, párrafo 4. Asimismo, Amnesty International, “Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Enforce Legislation”, Chapter 11, 2001..

⁹⁷ Artículo 19 de los Principios.

⁹⁸ Artículo 20(7) del Código Penal (motivos de exención de la responsabilidad criminal). Conforme a la jurisprudencia española, para la aplicación de esta eximente es necesario que concurren una serie de requisitos (ver, por ejemplo, la Sentencia 1633/2001, de 18 de septiembre del Tribunal Supremo). Cabe recordar que en la sentencia núm 16/2005 de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2005 por crímenes de lesa humanidad contra Adolfo Scilingo, el Tribunal desestimó la alegación de la defensa como eximente de responsabilidad la obediencia debida. Así el Tribunal entendió que “[s]obre la obediencia debida existe consenso general de que no puede ser validamente invocada como eximente de la responsabilidad penal en la comisión de crímenes contra la humanidad. No puede admitirse que exista exención de responsabilidad penal en esta clase de delitos frente a los crímenes cometidos como consecuencia del cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico”. FJ 1º A) Calificación.

4.3.6. Desapariciones forzadas

El delito de desaparición forzada de personas no se encuentra tipificado como tal en el Código Penal español.

Según la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Convención contra las Desapariciones Forzadas), en la que España es un Estado signatario pero no parte aún, se entenderá por tal delito:

“el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”⁹⁹

El artículo 4 de la Convención obliga a los Estados Parte a tipificar dicha conducta como delito en sus legislaciones internas. Es oportuno recordar que esta obligación pesa sobre los Estados Parte de dos maneras diferentes. Una primera, ya satisfecha parcialmente por España, cuando la desaparición forzada sea cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y, por tanto, constituya un crimen de lesa humanidad.¹⁰⁰ Y una segunda, cuando la desaparición forzada de personas no constituya un crimen de lesa humanidad, por ejemplo, porque es llevada a cabo de manera esporádica o aislada. Este segundo extremo, donde la desaparición forzada constituye un delito o crimen de derecho internacional pero no un crimen de lesa humanidad, no se halla aún contemplado en el derecho español.

La correcta tipificación de la desaparición forzada de personas – y no su aplicación por vía de analogía como delito ordinario de detención ilegal o secuestro –, por un lado, daría satisfacción a una parte de las exigencias del instrumento convencional y por otro, evitaría una posible aplicación de la eximente de “cumplimiento del deber”.¹⁰¹ Este extremo es rechazado en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que establece que:

“[n]inguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla”¹⁰²

⁹⁹ Artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Adoptada el 20 de diciembre de 2006 mediante la Res.61/177. Doc.A/61/488. España es un Estado signatario desde el 27 de septiembre de 2007.

¹⁰⁰ Artículo 607 bis (2)(6) del Código Penal.

¹⁰¹ Ver sección 4.3.5, *supra*.

¹⁰² Artículo 6 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Por otra parte, en tanto que delito ordinario en el ordenamiento español, los tribunales nacionales no parecerían tener jurisdicción basada en el principio de jurisdicción universal. Distinto sería el caso una vez que España se convierta en Parte de la Convención contra las Desapariciones Forzadas pues, en tal caso, podrían aplicársele las previsiones del ya citado inciso i) del artículo 23(4) de la LOPJ (ver *supra*, sección 4.1 y 4.3.5) o la vía de la aplicación directa de las normas sobre jurisdicción extraterritorial contenidas en ella, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*.

4.3.1. Crímenes de índole sexual

El Código Penal español define el delito de violación como un atentado contra la libertad sexual, ejercida con violencia o intimidación, y consistente en el “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”.¹⁰³ La definición es neutra en cuanto al género y queda patente que la conducta es forzada y no consentida al calificarse de atentado contra la libertad sexual, con violencia o intimidación.¹⁰⁴ Pero si además la violencia o intimidación revistieran un carácter particularmente degradante o vejatorio, la víctima fuese especialmente vulnerable, el autor se hubiera prevalido de una relación de superioridad o parentesco o hubiera utilizado medios peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones, se agravará la responsabilidad criminal del autor de un delito de violación.¹⁰⁵

La **violación** asimismo se encuentra definida en el Estatuto de Roma como un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra.¹⁰⁶ Por otro lado, y tal y como se ha explicado en la sección 4.3.4 anterior, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales también la han considerado, en ciertas circunstancias, como constitutiva de un delito de genocidio y de tortura.¹⁰⁷

Si bien el Código Penal español reconoce y tipifica la violación como un delito de lesa humanidad, omite toda referencia a los actos de violencia sexual dentro del capítulo relativo a los “delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto

Adoptada por la Asamblea General de la ONU, Res. 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

¹⁰³ Artículo 179 (violación) en relación al 178 (agresión sexual) del Código Penal. Si no hay invasión del cuerpo (pero si violencia o intimidación) se calificará el delito como agresión sexual y en caso de no mediar violencia o intimidación y sin que medie consentimiento será abuso sexual (artículos 181 y 182), ambos delitos con penalidad inferior al delito de violación. Todos estos delitos se incluyen bajo el título “De los delitos contra la Libertad e indemnidad Sexuales” (Título VIII del Código Penal), que fue modificado por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril y Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por las que se modificó el Código Penal.

¹⁰⁴ Si bien la coacción ha de tener un significado más amplio que el de la simple fuerza física. Ver casos *Furundzija*, pár.185 y *Akayesu*, pár.686.

¹⁰⁵ Artículo 180 del Código Penal.

¹⁰⁶ Artículos 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del Estatuto de Roma.

¹⁰⁷ Caso *Akayesu*, pár.507-508), Caso *Delalic* (nº IT-96-21, ICTY Trial Chamber II, de 16 de noviembre de 1998, párrafos 943 y 965), Caso *Furundzija*, pár.264-269).

armado" (ver sección 4.3.1, anterior)¹⁰⁸. Tampoco se configura como un delito de genocidio ni de tortura (ver sección 4.3.4, anterior).¹⁰⁹

El delito de **esclavitud sexual** no se encuentra expresamente tipificado como tal en el Código Penal español. Lo más cercano es el delito relativo a la prostitución que, a diferencia del de esclavitud sexual propiamente dicha, tiene necesariamente carácter comercial o lucrativo.¹¹⁰ En su informe de 2000 la Relatora Especial sobre Formas Contemporáneas de la Esclavitud declaró que "es innecesario e inoportuno exigir que intervenga algún elemento de transacción comercial para que un acto pueda calificarse de crimen de esclavitud sexual".¹¹¹ Conforme a la Relatora existen indicios de esclavitud sexual cuando se hayan ejercido todos o alguno de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona y se haya hecho que esa persona realizara uno o más actos de naturaleza sexual.¹¹²

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es el primer Tratado internacional que incluye expresamente la esclavitud sexual como un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra. El Código Penal español castiga a los que "trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima" como un crimen de lesa humanidad.¹¹³ No obstante, tal regulación restringe el concepto de esclavitud al optar por sólo uno de los elementos de tal delito, que es diferente a que sólo sea necesario que se " ejerza" alguno de los elementos para que exista el delito. Al igual que ocurre con la violación, la esclavitud sexual no figura dentro de la categoría de crímenes de guerra prevista en el Código Penal.

La **esclavitud**, comprendida la trata de personas - en particular de mujeres y niños -, tampoco se encuentra definida como delito en el Código Penal español, a pesar de que

¹⁰⁸ Si bien pudiera caber dentro del artículo 614, la sanción prevista no sería en absoluto acorde con la gravedad del delito. Ver Propuesta del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, Borrador de un anteproyecto de modificación del Código Penal español, en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, enero 2007.

¹⁰⁹ Si bien el artículo 607 incluye como un acto constitutivo de un delito de genocidio la agresión sexual, que conforme al Código Penal no entraña invasión corporal, y por tanto no es una violación.

¹¹⁰ Artículos 187 ("[e]l que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz") y 188 ("[e]l que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella" así como "el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.") del Código Penal.

¹¹¹ Relatora Especial sobre Formas Contemporáneas de la Esclavitud, Informe sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, 52ª período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. UN E/CN.4/Sub.2/2000/21, de 6 de junio de 2000, párrafo 29.

¹¹² Relatora Especial, op .cit., párrafos 8 y 29. Ver asimismo, Amnesty International. Cómo utilizar el derecho penal internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género. AI Index IOR 40/007/2005.

¹¹³ Artículo 607 bis, apartado 2, 9º, segundo párrafo del Código Penal.

España es parte del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños¹¹⁴ y, recientemente, ha firmado el Convenio Europeo de lucha contra la trata de seres humanos.¹¹⁵

Amnistía Internacional recuerda que España tiene la obligación de tipificar como delito en su derecho interno dicha conducta, adoptando la definición contenida en el Protocolo, y sancionarla de forma acorde con la gravedad del delito.¹¹⁶ Por otro lado, el Código Penal español sí incluye el delito de esclavitud como constitutivo de un crimen de lesa humanidad, si bien no incluye de forma expresa mención alguna a la trata de personas en su definición, que queda limitada al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona.¹¹⁷ Como ocurre con la violación y la esclavitud sexual, la esclavitud tampoco figura dentro de la categoría de crímenes de guerra contemplados en el Código Penal.

El **embarazo forzado** tampoco se encuentra tipificado en la legislación penal española como un delito ordinario. El Código Penal, reproduciendo el Estatuto de Roma, ha incluido el embarazo forzado “con intención de modificar la composición étnica de la población”, como un crimen de lesa humanidad.¹¹⁸

No obstante, Amnistía Internacional considera que cualquier acto de confinamiento de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, como consecuencia de su violación, y sin más limitaciones, debe considerarse un delito. El delito de embarazo forzado, como ocurre en general con los crímenes por motivos de género, no constituye un delito contra las personas protegidas en caso de conflicto armado en la legislación española.

En cuanto al delito de **esterilización forzada**, el Código Penal en su artículo 149(1) castiga al que “causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”. No obstante este tipo no contiene todos los elementos del delito de esterilización forzada, a saber, la intención de causar la esterilización, como privación de la capacidad reproductiva, y que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico ni se haya llevado a cabo con el libre consentimiento de la víctima.

¹¹⁴ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por resolución de la Asamblea General el 8 de enero de 2001, A/RES/55/25. Fue ratificada por España el 21 de febrero de 2002. En vigor desde el 25 de diciembre de 2003.

¹¹⁵ El Consejo de Europa adoptó el Convenio Europeo de Lucha contra la Trata de Seres Humanos (CETS No. 197) el 16 de mayo de 2005. Entró en vigor el 1 de febrero de 2008. España firmó el mismo el 9 de julio de 2008, aunque aún no ha ratificado dicho Convenio.

¹¹⁶ Artículo 5 del Protocolo.

¹¹⁷ Artículo 607 bis) apartado 2, 10º del Código Penal.

¹¹⁸ Artículo 607 bis) apartado 2, 5º del Código Penal.

El Código Penal sí incluye el delito de esterilización forzada como constitutivo de un crimen de lesa humanidad. No obstante, al remitirse a “las lesiones del artículo 149” dicho precepto, adolece de los mismos defectos que se han señalado para el tipo ordinario. La regulación relativa a los delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado no hace mención explícita a la esterilización forzada. Cabría entender la esterilización forzada como una conducta que pone “en grave peligro la salud o la integridad de cualquier persona protegida” o “la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas”.¹¹⁹

No obstante, Amnistía Internacional recomienda una definición más clara y ajustada al derecho internacional para evitar la imprecisión que supone la remisión a la regulación de los delitos ordinarios. Por último, la legislación española considera como un acto de genocidio producir “alguna de las lesiones previstas en el artículo 149”,¹²⁰ aunque igualmente podría caber como una de las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno de un grupo.¹²¹

El Código Penal tipifica otras formas de violencia sexual así como la mutilación genital, en tanto que delito de lesiones.¹²² El artículo 607(1)(2) del Código Penal establece que uno de los actos que constituyen genocidio es la agresión sexual, así como la mutilación genital. Estas dos conductas se encuentran igualmente incluidas entre los delitos de lesa humanidad.¹²³

Además de la necesidad de tipificar los delitos de violencia por motivo de género y adecuar las definiciones al derecho internacional, es igualmente importante que las normas procedimentales aseguren la protección y rehabilitación de las víctimas. En España, la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, incorporó en el ordenamiento jurídico una serie de “medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”.¹²⁴ Amnistía Internacional recomienda adoptar medidas similares, teniendo en cuenta las provisiones comprendidas en el Estatuto de Roma así como las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, para la protección de las víctimas de delitos de violencia por motivo de género.¹²⁵

¹¹⁹ Artículo 609 del Código Penal.

¹²⁰ Artículo 607(1)(2) del Código Penal.

¹²¹ Artículo 607(1)(4) del Código Penal. En este sentido, ver caso Akayesu, pár.506.

¹²² Tales como los delitos relativos a la prostitución, la agresión sexual, abusos sexuales, exhibicionismo y provocación sexual (todos ellos como ‘Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales’ del Título VIII), artículos 178 a 190 del Código Penal.

¹²³ Artículo 607 bis) apartado 2, 2º y 3º del Código Penal.

¹²⁴ Artículos 61 a 69 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹²⁵ Artículos 68 y 69 del Estatuto de Roma.

5. JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN MATERIA CIVIL

El derecho internacional permite y, en ocasiones, obliga a los estados a establecer recursos civiles para las víctimas de delitos de derecho internacional cometidos fuera del territorio del Estado donde ocurrieron los hechos por personas de nacionalidad diferente y respecto de víctimas también de nacionalidad distinta. Así, se han adoptado ciertos instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las víctimas a interponer recursos legales y a obtener reparación por los daños derivados de delitos o crímenes de derecho internacional.¹²⁶

Es lo que se ha venido en denominar la “jurisdicción universal civil” o la “jurisdicción universal en materia civil”, como mecanismo de reparación de violaciones graves a los derechos humanos.¹²⁷

El ejemplo más significativo de ejercicio de esta jurisdicción civil lo representa la legislación de Estados Unidos de América. La ley estadounidense sobre indemnización civil por daños extracontractuales causados a extranjeros (*Alien Tort Claims Act*, de 1789, denominada ATCA o ATS), otorga competencia a los tribunales estadounidenses para conocer de casos en que un extranjero reclame violaciones al derecho internacional o a los tratados internacionales en que Estados Unidos de América es parte. Asimismo, la Ley de Protección de Víctimas de Tortura (*Torture Victim Protection Act* de 1992, denominada TVPA), autoriza a cualquier individuo, nacional o extranjero, para reclamar civilmente los daños derivados de la comisión de actos de tortura o ejecuciones extralegales ocurridas en el extranjero, siempre y cuando no hayan tenido un adecuado remedio en el lugar de comisión de tales acciones. No obstante, la jurisdicción sólo podrá ejercerse sobre entidades no estatales. En el caso en que la demanda se dirija contra un Estado extranjero o entidades relacionadas, la cuestión de la jurisdicción se regiría por la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera (*Foreign Sovereign Immunity Act* de 1976, denominada FSIA).¹²⁸

5.1 LA ACCIÓN CIVIL EN PROCESOS PENALES

En España no existe en el orden civil una disposición equivalente al artículo 23(4) de la LOPJ. Las normas que regulan la responsabilidad civil derivada del delito se contemplan en el Código Penal en los artículos 109 a 117. En España, toda responsabilidad penal lleva aparejada responsabilidad civil, aunque la víctima o perjudicado puedan optar por exigirla

¹²⁶ Entre otros, Convención contra la Tortura (artículo 14), Estatuto de Roma (artículo 75), los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones y el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

¹²⁷ Ver Amnesty International: *Universal Jurisdiction: The scope of universal civil jurisdiction*, 1 de julio de 2007, Al Index: IOR 53/008/2007, (www.amnesty.org.ru/library/Index/ENGIOR530082007?open&of=ENG-385). Y también Mauricio Iván del Toro Huerta, La Jurisdicción Universal en materia civil y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 315-349

¹²⁸ Ver Natalino Ronzitti, *Humanitarian Law and Access to Justice for Victims of War*, in European University Institute, Academy of European Law, 16th Session. Human Rights Law, 2005, p.38-40.

ante la jurisdicción civil.¹²⁹ Salvo renuncia expresa del perjudicado, los Tribunales deben declararla y el Ministerio Público instarla.¹³⁰ Así, por ejemplo, en el caso *Cavallo*, donde las víctimas no ejercitaron la acción civil en el proceso penal, el juez instructor decretó que:

“[E]n orden a la responsabilidad civil, resulta clara su procedencia (...). Las razones que la justifican se hallan en el daño inferido a la víctimas directas en el caso de su supervivencia; a los familiares afectados, herederos legítimos, o aquellos que sufran la desaparición tanto por daño moral inferido, como por los perjuicios económicos producidos como consecuencia de las sustracciones y apoderamientos de bienes y enseres en el momento de la detención.”¹³¹

Toda vez que la responsabilidad penal es declarada y sancionada previamente por un tribunal penal, se origina una responsabilidad civil, pero siempre como consecuencia de la responsabilidad penal pre-existente y, por tanto, condicionada a la del responsable penal.¹³² La legislación española permite el ejercicio de la acción civil ex delicto en procedimientos basados en la jurisdicción universal en materia penal para hacer valer el derecho de las víctimas a la reparación del daño causado.

La legislación española determina que la responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.¹³³

5.2. LA ACCIÓN CIVIL EJERCIDA POR LAS VÍCTIMAS

La víctima y los perjudicados por el delito son los titulares de la acción civil, para reclamar el resarcimiento de los daños causados o la indemnización por el delito cometido. Éstos pueden ejercitarla o no (conjuntamente con la penal u optando por acudir con posterioridad a la jurisdicción civil); y, para exigirla, se deben mostrar como partes en el proceso penal, como acusación particular. Según la ley española las acusaciones populares no pueden reclamar indemnización, pues no ostentan la cualidad de víctimas o perjudicados por el delito, y su intervención en el proceso obedece a otros fines.¹³⁴ Si las víctimas no solicitan la reclamación en la denuncia o querrela, el Ministerio Fiscal, deberá

¹²⁹ Artículo 109 del Código Penal.

¹³⁰ Ver, artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Así, durante la instrucción - cuando no se requiere la presencia física del autor del delito - el juez puede decretar medidas cautelares tales como la congelación de bienes. En el caso *Pinochet* el Juzgado Central de Instrucción nº 5 decretó el 19 de octubre de 1998 el embargo de los bienes de Augusto Pinochet en el Banco Riggs. También se ordenó embargar cuentas en el Hong Kong & Shanghai Banking (HSBC) y en certificados a nombre de Schell Security GmbH. El Juzgado Central de Instrucción nº 1 también ha ordenado el embargo preventivo de los bienes y el bloqueo de las cuentas bancarias de Ríos Montt, Mejía Víctores y otros imputados en el caso *Guatemala*.

¹³¹ Juzgado de Instrucción nº 5, auto de procesamiento dictado el 1 septiembre 2000, razonamientos jurídicos, 14º.

¹³² Artículo 1092 del Código Civil.

¹³³ Artículo 110 del Código Penal.

solicitar una indemnización para los perjudicados por el delito y los tribunales deberán acordarla, si correspondiere, salvo renuncia expresa por parte de aquéllas.¹³⁵

Cabe recordar que los tribunales tienen el deber de informar a las partes de los derechos que les asisten.¹³⁶ En igual sentido, en los procesos iniciados *ex officio*, las víctimas que se personen en el proceso y ejerciten la acción penal tendrán asimismo derecho a ejercer la acción de responsabilidad civil. Sin embargo, hasta donde llega el conocimiento de Amnistía Internacional, no ha habido en España ningún procedimiento de jurisdicción universal penal iniciado a instancia de la Fiscalía en ejercicio de la acción pública.

Por otra parte es de señalar que el ejercicio de la acción de responsabilidad civil es potestativo de su titular, pues la víctima puede renunciar a la misma. En este sentido, cabe resaltar que en el caso *Pinochet* las víctimas ejercitaron la acción civil y penal como acusación particular.¹³⁷ Asimismo, la víctima podrá optar por exigir la responsabilidad derivada del delito en la vía penal, siendo cuantificada o determinada por el juez en la sentencia que ponga fin al procedimiento penal, o por la vía civil, en cuyo caso será necesario ejercer una nueva acción ante los tribunales civiles.¹³⁸

5.3. LÍMITES Y DESAFÍOS DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN MATERIAL CIVIL

El hecho originador de la acción de responsabilidad civil es la infracción penal. Sin la existencia del delito mismo (juicio penal previo para establecer la responsabilidad penal) o ante una sentencia absolutoria, carece de viabilidad el ejercicio de tal acción civil. Asimismo, los Tribunales españoles carecen de competencia para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en cuyo territorio se cometió el delito por no haber prevenido o impedido actos constitutivos de un delito comprendido en el derecho internacional (incumplimiento del deber de garante de los Estados que genera responsabilidad internacional para el mismo).

En este contexto, Amnistía Internacional entiende que uno de los desafíos futuros en España en la materia residirá en extender la jurisdicción universal en materia civil a la posible responsabilidad de Estados extranjeros o empresas transnacionales, por su

¹³⁴ La acusación particular se refiere a los afectados, víctimas o perjudicados; la popular, a la sociedad civil a través de asociaciones, sindicatos, partidos políticos, etcétera. Ver asimismo, sección 6.9, *infra*.

¹³⁵ En cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 108 de la LECr.

¹³⁶ Artículo 109 de la LECr.

¹³⁷ Ver auto de 25 de febrero de 2005 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, D.P 40/2005 (se puede encontrar en www.elclarin.cl/pdf/p_250205.pdf).

¹³⁸ Artículo 111 de la LECr señala que "las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 de este Código."

posible responsabilidad en la comisión de violaciones a normas de derecho internacional convencional o consuetudinario.¹³⁹

Por otra parte Amnistía Internacional considera que la Convención sobre Inmunities Jurisdiccionales y de los Bienes de los Estados no debería ser ratificada ni adherida por España, hasta que dicho instrumento no cuente con un protocolo adicional conteniendo excepciones en caso de violaciones a los derechos humanos.¹⁴⁰

6. OBSTÁCULOS AL EJERCICIO EFECTIVO DE LA JURISDICCIÓN

UNIVERSAL

Amnistía Internacional ha identificado una serie de obstáculos que dificultan y, en algunos casos, impiden el ejercicio efectivo de la jurisdicción universal.¹⁴¹ A continuación se analizarán/ algunos de ellos.

6.1. AUSENCIA DE TIPIFICACIÓN COMO DELITO O DEFINICIONES TÍPICAS NO AJUSTADAS AL DERECHO INTERNACIONAL

Como se ha indicado en la sección 4.3 anterior, España ha incorporado como delitos en el Código Penal la generalidad de los delitos o crímenes de derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura. No obstante, salvo la definición del delito de genocidio y de algunos crímenes de lesa humanidad y de guerra, las demás definiciones no parecen ser completamente ajustadas al derecho internacional.

6.1.1. Principios subjetivos en materia de derecho penal

El Código Penal español consagra el principio de que “no hay pena sin dolo o imprudencia”.¹⁴² Se entiende el dolo como la conciencia y la voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. El artículo 19 del Código Penal establece que “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes”. Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado, sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber de cuidado del autor, equivalga a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción cuando exista una específica obligación de actuar, y cuando, el quien ha omitido una conducta haya creado una

¹³⁹ Ver el reciente informe de la Comisión Internacional de Juristas, panel de expertos Corporate Complicity & Legal Accountability, 2008 (disp. en www.business-humanrights.org/Updates/Archive/ICJPaneloncomplicity).

¹⁴⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunities Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2004, adoptada la Res.A/59/38. Ver declaración interpretativa formulada por Noruega.

¹⁴¹ Ver: Amnistía Internacional, “España: El deber de respetar las obligaciones de derecho internacional no puede eludido, Índice AI: EUR 41/003/2005 (disponible en: www.amnesty.org/es/library/info/EUR41/003/2005/es).

¹⁴² Artículo 5 del Código Penal.

ocasión de riesgo mediante una acción u omisión precedente. Las acciones y omisiones imprudentes sólo se castigarán si expresamente así lo dispone la ley.

En España son punibles el delito consumado y la tentativa. También lo son la conspiración y la provocación para cometer un delito, aunque éstas sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley.¹⁴³ Se entiende por conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo; en cuanto a la proposición, existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Lo mismo sucede con la provocación (incitar a la perpetración de un delito), que sólo se castiga en los casos en que la ley así lo prevea. La apología sólo será delictiva como forma de provocación, si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.¹⁴⁴ Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.¹⁴⁵

Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.¹⁴⁶ Son autores los que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También son autores los que inducen directamente a otros a ejecutar el delito y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.¹⁴⁷ Son cómplices los que, hallándose comprendidos en el artículo 28, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.¹⁴⁸

La ya citada reforma del Código Penal de 2003 introdujo en el artículo 615 bis la responsabilidad penal de jefes y otros superiores por delitos "contra la Comunidad Internacional", en concordancia con el artículo 28 del Estatuto de Roma. Así pues, el Código Penal español castiga ahora al jefe o superior por actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo o su autoridad y control efectivo, siempre que aquél no hubiere adoptado las medidas a su alcance para evitar la comisión de tales crímenes o no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los mismos.

Por otro lado, dicha reforma también introdujo el artículo 616 bis, que impide aplicar la eximente de responsabilidad penal de cumplimiento de un deber en los casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad. Esta norma es exigua, pues excluye de la prohibición a los crímenes de guerra y se inspira en la defectuosa redacción del artículo 33 del Estatuto de Roma, que considera una circunstancia eximente a las órdenes del

¹⁴³ Artículo 17(1) del Código Penal, en relación con los artículos 141 y 142 (en cuanto al homicidio) y el artículo 615 del Código Penal (común a los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).

¹⁴⁴ Se entiende por apología, la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor (artículo 18(2) del Código Penal).

¹⁴⁵ Artículo 18 del Código Penal.

¹⁴⁶ Artículo 27 del Código Penal.

¹⁴⁷ Artículo 28 del Código Penal.

¹⁴⁸ Artículo 29 del Código Penal. Ver asimismo, artículos 25 (responsabilidad penal individual) y 30 (elemento de intencionalidad) del Estatuto de Roma.

superior con relación a los crímenes de guerra. Este último extremo no está admitido por el derecho internacional consuetudinario.¹⁴⁹ Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda contienen también una prohibición absoluta al respecto.¹⁵⁰

Amnistía Internacional ha manifestado ya que las circunstancias eximentes incluidas en el derecho interno no deben ser más amplias que las que permite el Estatuto de Roma y, en algunos casos, deben ser incluso más restringidas a fin de que resulten compatibles con el derecho internacional consuetudinario.¹⁵¹

En consecuencia, Amnistía Internacional considera que el artículo 616 bis debería ser modificado de modo tal que excluya de la eximente de responsabilidad de obediencia debida a los “delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.

6.2. PRESENCIA REQUERIDA DEL IMPUTADO DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y APERTURA DE JUICIO ORAL

De conformidad con la legislación española, nada impide que se inicien investigaciones sin que el acusado se encuentre físicamente en España. Una vez incoado un procedimiento, la denuncia o querrela será notificada a los presuntos inculcados tan pronto sea posible. Todo acusado tiene derecho a intervenir en el procedimiento, pues ello forma parte de las garantías del debido proceso.¹⁵²

Ahora bien, para poder estar representado en el proceso, y tener asistencia legal, la ley española exige que el acusado esté a disposición del tribunal. En este sentido, la comparecencia personal del acusado en el proceso es un deber - desde que se le comunique la existencia de un procedimiento en su contra -, pero también un derecho, pues nadie puede ser acusado sin haber sido oído sobre los hechos que se le imputan. No obstante, la ausencia del imputado no impide en el derecho español que se practiquen las “diligencias previas”, es decir, aquellas encaminadas a la investigación de los hechos y de las circunstancias de su comisión, así como sobre la participación en los mismos de sus presuntos responsables.

Es desde la imputación formal cuando el procedimiento no puede continuar sin que el acusado se encuentre a disposición del Juez. A partir de ese momento, su ausencia

¹⁴⁹ Como refleja el artículo 8 de la Carta del Tribunal de Núremberg. En respuesta a la defensa argüida por algunos acusados el Tribunal de Núremberg, sostuvo que: “Las previsiones del artículo [8] se encuentran en conformidad con el derecho de las naciones. Que a un soldado le haya sido ordenado matar o torturar en violación del derecho internacional de la guerra nunca ha sido admitido como excusa valedera para tales actos; no obstante, la Carta determina que el cumplimiento de dicha orden puede ser tenida en cuenta para mitigar la sanción”, en *International Law Commission Report, 1996, Capítulo II, comentario al artículo 5, para.1-4.*

¹⁵⁰ Artículos 7(4) y 6(4), respectivamente.

¹⁵¹ Ver Amnistía Internacional: “Corte Penal Internacional: Lista de requisitos para la aplicación efectiva del Estatuto de Roma”, Índice AI: IOR 40/011/2000, ps.4-5 (www.amnesty.org/es/library/asset/IO40/011/2000/es/dom-IO400112000es.pdf).

¹⁵² Artículo 118 de la LECr.

determinará su declaración en rebeldía, ordenando su busca y captura para su puesta a disposición del Juez o Tribunal, con suspensión de la tramitación de la causa (a su respecto) hasta que fuese hallado. Para la detención y entrega del inculpado rebelde que fuese hallado fuera del territorio nacional, existe el instrumento de la extradición, o de la euro-orden en el ámbito europeo.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de septiembre de 2005 en el caso *Guatemala* al declarar que:

“La presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de juicios *in absentia* en nuestra legislación. Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afecten a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito sine qua non para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución.”¹⁵³

6.3. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN APLICABLES A LOS DELITOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Aunque España no es un Estado parte en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad,¹⁵⁴ la acción penal y la sanción correspondiente al delito de genocidio son imprescriptibles, según lo determina el Código Penal desde 1995.¹⁵⁵ Asimismo, la reforma operada en el Código Penal en 2003 ha consagrado con acierto la imprescriptibilidad de la acción y la pena correspondiente a los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.¹⁵⁶

En cambio, los delitos de tortura, ejecuciones extralegales y desapariciones forzadas, en tanto sean cometidos de un modo que no permita calificarlos de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, se hallan sujetos a plazos de prescripción, que varían entre períodos de 10 a 20 años.¹⁵⁷

¹⁵³ Tribunal Constitucional, sentencia núm.237/2005, de 26 de septiembre, FJº 7.

¹⁵⁴ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

¹⁵⁵ Artículos 131(4) y 133(2) del Código Penal, introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal. Ver asimismo el artículo 29 del Estatuto de Roma y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y de los Crímenes de Guerra, adoptada por el Consejo de Europa el 25 de enero de 1974.

¹⁵⁶ Artículo 131(4) (“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”).

¹⁵⁷ Artículo 131 del Código Penal.

Aunque no existe en el derecho convencional aplicable a España una norma que imponga la imprescriptibilidad de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas – en tanto no alcancen la categoría de crímenes de lesa humanidad – tal principio es aconsejable a la vista de la condición de crímenes de derecho internacional que ambas conductas ostentan. Más aún, no parece haber otra posibilidad que sea conforme al derecho internacional, dado que la prohibición de tortura y de desaparición forzada de personas tienen la jerarquía de normas de *jus cogens*.

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha considerado en el caso *Furundzija* que la prohibición de tortura tiene reconocida el carácter de norma perentoria del derecho internacional (*jus cogens*) y deriva de ello su carácter imprescriptible.¹⁵⁸

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Barrios Altos* consideró que las “violaciones graves de derechos humanos” son imprescriptibles. Así sostuvo la Corte que:

“(…) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.¹⁵⁹

Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones,¹⁶⁰ dispone en relación con la prescripción que: “[c]uando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional”.¹⁶¹

Por ello, Amnistía Internacional recomienda a España que garantice que no se pondrá ningún plazo de prescripción a la obligación de juzgar a las personas responsables de crímenes de derecho internacional, incluyendo todo acto de tortura, desaparición forzada de personas y homicidios o ejecuciones extralegales.

¹⁵⁸ *Prosecutor v. Anto Furundzija*, paras.155-157 (“It would seem that other consequences include the fact that torture may not be covered by a statute of limitations, and must not be excluded from extradition under any political offence exemption”).

¹⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de Marzo de 2001, para.41. (www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf).

¹⁶⁰ Aprobados por la Asamblea General de la ONU el 21 de marzo de 2006 (A/60/509/Add.1).

¹⁶¹ Artículo IV (6) de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho

6.4. DOBLE INCRIMINACIÓN

El requisito de la doble incriminación de la conducta prohibida es irrelevante para el ejercicio de la jurisdicción universal en España. Así, la jurisdicción española será competente en virtud del artículo 23(4) de la LOPJ con independencia de que la conducta esté prohibida o no en el lugar de ejecución.¹⁶² Este requisito tan sólo es exigido por la LOPJ para el caso de aplicación del principio de personalidad activa, es decir, cuando el autor de delito sea un nacional español, "salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito."¹⁶³

Asimismo, el requisito de la doble incriminación está íntimamente relacionado con el procedimiento de extradición. En el caso de España constituye una de las condiciones exigibles para la concesión de la misma, excepto en el caso de la orden europea de detención y entrega (ver sección 7, *infra*).

Por tanto, España podrá ejercer su jurisdicción para investigar y juzgar a las personas presuntamente responsables de graves violaciones de derechos humanos, sobre la base del principio de jurisdicción universal, aunque el Estado en cuyo territorio se cometió el delito o el Estado de la de nacionalidad de la víctima o del autor del mismo no haya reconocido como ilícita la conducta, ya sea porque no hubiera ratificado o adherido al instrumento internacional donde se reprime la conducta, o porque ha omitido tipificar el delito en su legislación interna.¹⁶⁴

¹⁶² La LOPJ sólo condiciona el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción española, en virtud del artículo 23(3), principio real o de protección de intereses, y 23(4), jurisdicción universal, a la inexistencia de cosa juzgada (ver sección 6.8, *infra*).

¹⁶³ El artículo 23(2) de la LOPJ somete la competencia fundada en la personalidad activa a otros dos requisitos adicionales: (i) la acción penal sólo puede ser ejercida por el Ministerio Fiscal y las víctimas (es decir, se excluye la acción popular) y (ii) la inexistencia de cosa juzgada.

¹⁶⁴ Principios de derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núrnberg y su Sentencia, Principio II. Redactado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU ("El hecho de que el derecho interno de un Estado no imponga una sanción por un acto que constituya un crimen de derecho internacional no exime a la persona que lo ha cometido de su responsabilidad bajo el derecho internacional"). Para los comentarios sobre el mismo ver: *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, para. 97.

6.5. INMUNIDAD

En el derecho interno español, la Constitución determina que “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”.¹⁶⁵

En el derecho internacional la Convención sobre las Misiones Especiales hace extensiva a los jefes de estado o de gobierno la inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor, cuando participen en misión especial¹⁶⁶. La Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluidos los Agentes Diplomáticos, reprime ciertos delitos cuando se lleven a cabo contra las personas protegidas, como los jefes de estado, los jefes de gobierno, los ministros de asuntos exteriores, los agentes diplomáticos y los agentes de las organizaciones internacionales.¹⁶⁷ Estas personas no pueden ser objeto de ningún procedimiento ante la jurisdicción española, conforme determina el artículo 21(2) de la LOPJ, que dispone: “se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público”.

Por su parte, recientemente, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Djibouti v. Francia*, ha recordado que la regla establecida en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas - “La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto” - es una norma de derecho internacional consuetudinario que necesariamente debe aplicarse a los jefes de estado.¹⁶⁸

Sin embargo, el derecho internacional también parece imponer algunas excepciones a estas reglas cuando se trata de crímenes o delitos de derecho internacional. Por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio dispone en su artículo IV que:

“Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”

¹⁶⁵ Artículo 56, párrafo 3º.

¹⁶⁶ Convención sobre las Misiones Especiales, Nueva York, 8 de diciembre de 1969. Artículo 21 (“1). El Jefe del Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho internacional a los Jefes de Estado en visita oficial. 2). El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado, cuando participen en una misión especial del Estado que envía, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho internacional.”). Ver también artículo 31. España adhirió a la misma el 31 de mayo de 2001. Asimismo, la Convención de Viena de 1961 ha codificado aspectos como la inmunidad de las misiones diplomáticas y la Convención de Viena de 1963, sobre la inmunidad de las misiones consulares.

¹⁶⁷ Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, Nueva York, 14 de diciembre de 1973, artículo 1. España adhirió a esta Convención en 1985, publicada en el B.O.E. de 7 de febrero de 1986. (Ver sección 4.2, *supra*).

¹⁶⁸ Corte Internacional de Justicia, Case concerning certain questions of mutual assistance in criminal matters (*Djibouti v. France*), Judgment, 4 June 2008, para.174.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece de manera coincidente que:

“Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I [genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra], las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”¹⁶⁹

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional afirma por su parte que:

“El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá e responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena”¹⁷⁰

Los Tribunales españoles han dictado - sin mayor argumentación - una serie de resoluciones consagrando la doctrina de la inmunidad absoluta de los jefes de estado extranjeros en ejercicio, sin formular la excepción en aquellos casos de crímenes o delitos de derecho internacional.¹⁷¹ Por ejemplo, recientemente, en el caso *Ruanda*, el juez de instrucción, basándose en los “precedentes judiciales que han analizado la materia”, llega a la conclusión de la incompetencia de jurisdicción de los tribunales españoles para juzgar al Presidente de Ruanda, Paul Kagame. Ello, a pesar de encontrar el juez indicios fundados para atribuirle responsabilidad penal individual en actos de genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, integración en organización terrorista y actos terroristas.¹⁷² El auto manifiesta que:

“De lo actuado se desprenderían indicios para imputarle [a Paul Kagame] su participación en los delitos comprendidos en los apartados A), B), C), D, E) y F) del apartado anterior. No obstante, dada la condición de Presidente de la

¹⁶⁹ Artículo II.

¹⁷⁰ Artículo 27(1) del Estatuto de Roma.

¹⁷¹ Así el 23 de diciembre de 1998, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 estimó la inmunidad del Rey de Marruecos, Jefe de Estado, aunque los hechos supuestamente delictivos eran genocidio, terrorismo y torturas. El mismo día se estimaba la inmunidad del Presidente de la República de Guinea Ecuatorial, Teodoro Obiang Ngnema y otros miembros de su gobierno, aunque los hechos supuestamente delictivos eran de asesinato, detenciones ilegales y prácticas caníbales. Por último, el 4 de marzo de 1999, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó la inmunidad del Presidente de Cuba, Fidel Castro, aunque los hechos supuestamente delictivos eran genocidio, terrorismo y torturas.

¹⁷² Juzgado Central de Instrucción Nº4, auto de 6 de febrero de 2008. Sumario 3/2008, razonamiento jurídico 4º.

República, esta resolución no podrá acordar dirigir acciones penales contra el mismo, dado que el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determina la extensión y límites de la jurisdicción española establece que, entre los supuestos de los que sería competente, "Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público"

Nuevamente, la existencia de una norma de derecho interno, el artículo 21 LOPJ, que no consagra excepción alguna al principio de inmunidad, limita erróneamente el alcance de la competencia de los Tribunales españoles. En opinión de Amnistía Internacional el órgano jurisdiccional español debió haber aplicado de manera directa el ya citado artículo IV de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.¹⁷³

En lo que respecta a graves violaciones de derechos humanos que constituyen delitos de derecho internacional, los Estados deben garantizar que sus tribunales tengan competencia para investigar y juzgar a toda persona responsable de haber cometido tales delitos, cualquiera que sea el cargo o posición oficial que la persona ostentara en el momento de la comisión del delito o en cualquier otro momento ulterior. La ausencia de inmunidad es un corolario de la naturaleza misma de la prohibición de cometer tales delitos como norma imperativa y "una de las piedras angulares de la noción de responsabilidad individual por crímenes comprendidos en el derecho internacional que, por su naturaleza y magnitud, exigen habitualmente un cierto grado de participación de parte de los funcionarios públicos de alto nivel".¹⁷⁴

6.6. AMNISTÍAS, INDULTOS Y OTRAS MEDIDAS SIMILARES

La Constitución española impide la concesión de indultos generales.¹⁷⁵ En coherencia a este precepto, el Código Penal ha suprimido la amnistía como forma de extinción de la

¹⁷³ Una aproximación bien distinta a la española adopta el Nuevo Código Penal de Panamá, que en su artículo 22 determina que:

"La ley penal panameña se aplicará sin distinción de personas, con excepción de:

1. Los jefes de Estado extranjero.
2. Los agentes diplomáticos de otros Estados y demás personas que gocen de inmunidad, según las convenciones internacionales vigentes en la República de Panamá.
3. Los casos previstos en la Constitución Política y las leyes.

Las excepciones establecidas en este artículo no se aplicarán cuando se trate de los delitos contemplados en el Título XV del Libro Segundo de este Código [genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra], y del delito de desaparición forzada de personas."

¹⁷⁴ Virginia Morris y Michael P. Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Irvington-on-Hudson, Nueva York, Transnational Publishers, Inc, 1997, p.249. Ver asimismo, artículo 7 de la Carta del Tribunal de Núremberg; artículo 6 de la Carta del Tribunal de Tokio; artículo 7(2) del Estatuto del TPIY; artículo 6(2) del Estatuto del TPIR.

¹⁷⁵ Artículo 62, apartado (i) de la Constitución española ("Corresponde al Rey (...) i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales").

responsabilidad penal.¹⁷⁶ No obstante, las amnistías y los indultos no han desaparecido por completo de la esfera procesal al seguir manteniéndose como 'artículo de previo pronunciamiento'. Ello puede llegar a producir el efecto del sobreseimiento libre y archivo del procedimiento por falta de hecho punible.¹⁷⁷ Además, tal y como se analizará en la sección 6.8, infra, la única limitación expresa que la LOPJ establece al ejercicio de la jurisdicción universal es "que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena."

En la práctica, los Tribunales españoles han considerado de manera reiterada que las amnistías, así como cualquier otra medida análoga, concedidas por terceros Estados para crímenes de derecho internacional, no son vinculantes y por tanto carecen de validez en España. En efecto, en el caso de las leyes de amnistía dictadas en Argentina, se determinó que:

"[l]as leyes denominadas de Punto Final y obediencia debida (...) No puede[n] vincular a la Justicia española, habida cuenta que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe los indultos generales"¹⁷⁸

Asimismo, en el caso *Pinochet* la autoridad judicial española se basó en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzosas, en cuanto a que los presuntos autores de tales actos "no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal",¹⁷⁹ para concluir que se mantenía la competencia de la jurisdicción española para la instrucción del procedimiento.¹⁸⁰

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmó en su entonces la jurisdicción de España para conocer de los crímenes cometidos durante la dictadura chilena, al sentenciar que:

"Dicho Decreto-Ley [2.191 de 1978, de amnistía] no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política, de modo que su aplicación no se incardina en el caso del imputado absuelto o indultado en el extranjero (...), sino en el caso de conducta no punible - a virtud de norma despenalizadora posterior - en el país de ejecución del delito (...), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos

¹⁷⁶ Ver artículo 130 del Código Penal.

¹⁷⁷ Ver artículos 666(4) y 675 de la LECr. Los tribunales se encontrarían, pues, en una situación de incapacidad para castigar.

¹⁷⁸ Juzgado Central de Instrucción No.5, auto de 25 de marzo de 1998, confirmando la jurisdicción española, FJº 15.

¹⁷⁹ Ver artículo 18(1), A/Res/47/133, de 12 de febrero de 1993.

¹⁸⁰ Juzgado Central de Instrucción No.6, caso *Pinochet*, auto de 20 de septiembre de 1998, manteniendo la competencia de la jurisdicción española, FJº 1.

de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación de los principios de protección y de persecución universal (...)¹⁸¹

En términos similares se pronunció la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional – en el caso *Scilingo* - al confirmar la jurisdicción de España para conocer de los crímenes cometidos durante la dictadura argentina.¹⁸²

En resumen, el derecho internacional impone a los Estados el deber de investigar y perseguir los crímenes de derecho internacional y las graves violaciones a los derechos humanos. En consecuencia ni el indulto ni la amnistía - ni ninguna otra medida de similares efectos - pueden ser aplicados a personas responsables de crímenes de derecho internacional, hasta tanto se haya celebrado un proceso judicial independiente e imparcial en que se haya dilucidado plenamente la verdad de los hechos y dirimido las responsabilidades penales correspondientes.¹⁸³

6.7. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL INTERNA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ‘NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE’

España es un Estado Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que establece en sus disposiciones el alcance del principio de legalidad en el derecho internacional. El PIDCP determina de forma expresa que:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse,

¹⁸¹ Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, rollo de apelación 173/98, sumario 1/98, auto de 5 de noviembre de 1998, FJº 8.

¹⁸² Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sumario 19/97, FJº 8, caso Adolfo *Scilingo*, auto de 4 de noviembre de 1998. Estos argumentos se reproducen en el auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, de procesamiento de Miguel Cavallo, de 1 de septiembre de 2000, así como en el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sumario 19/97, resolutorio de la cuestión de previo pronunciamiento en el juicio oral en el caso *Scilingo*.

¹⁸³ Prosecutor v. Anto Furundzija, ya citado, para.155 (“It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void ab initio, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition”). En igual sentido, la Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Prosecutor v. Moinina Fofana, 25 de Mayo de 2004, Decision on preliminary motion on lack of jurisdiction: illegal delegation of jurisdiction by Sierra Leone, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), (“El Tribunal encuentra fundamento para sostener que existe cristalizada una norma de derecho internacional que impide a los gobiernos conceder amnistías por serios crímenes de derecho internacional”).

fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.¹⁸⁴

Una cláusula similar contiene el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH).¹⁸⁵ Ambos instrumentos convencionales de derecho internacional forman parte del derecho interno español, con la jerarquía que ya hemos explicado antes (sección 2, *supra*).

En el plano interno, la Constitución española garantiza el principio de legalidad y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.¹⁸⁶ Además, en su artículo 25.2 dispone que “[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. En igual sentido se expresa el Código Penal.¹⁸⁷

Sin embargo, si la interpretación que se hiciera por los tribunales de justicia españoles concluyera en la imposibilidad de someter a proceso a una persona por una conducta que fuere considerada por el derecho internacional como delito o crimen al tiempo de su comisión, y la misma no se hallara tipificada y penalizada en su Código Penal en aquel momento, tal omisión o defecto no debería poder constituir un obstáculo para la persecución de tal conducta. Si tal fuera el caso, impidiéndose la realización del proceso, por ejemplo, porque la ley española no tipificaba como tal a la conducta al tiempo de su comisión, España contravendría sus obligaciones convencionales bajo el derecho internacional.

Según parece, en España, el debate sobre la interpretación del principio de legalidad no está aún definitivamente resuelto. En el caso *Scilingo*, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso del acusado, declarando que los hechos que le eran imputados no eran constitutivos de un delito de lesa humanidad, por no estar previsto el mismo en el Código Penal español al tiempo de su comisión.¹⁸⁸ Por el contrario en el caso del campo de concentración de *Mauthausen* el juez de instrucción, en el auto de admisión a trámite, reproduce lo afirmado por el Fiscal en el sentido que:

“[L]a categoría de los crímenes contra la humanidad es una categoría de preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario (...). El principio de legalidad aplicable a los delitos internacionales tales como los crímenes contra la humanidad no es el interno, sino el internacional,

¹⁸⁴ Artículo 15 (1) y (2) del PIDCP.

¹⁸⁵ Artículo 7(2) del CEDH. El CEDH fue ratificado por España el 4 de octubre de 1979.

¹⁸⁶ Artículo 9(3) de la Constitución española.

¹⁸⁷ Artículo 2 del Código Penal.

¹⁸⁸ Tribunal Supremo, sentencia número 798/2007, de 1 de octubre, que anuló parcialmente la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005 (que sí había condenado al acusado por un delito de lesa humanidad). Ver sección 2, *supra*.

contenido del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (...). El CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conducta anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificadas en el CP español (...). El crimen de lesa humanidad (prohibida por norma de *ius cogens*) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal¹⁸⁹

6.8. COSA JUZGADA. PRINCIPIO “NE BIS IN IDEM”

El principio de la cosa juzgada no aparece regulado de forma expresa en la Constitución. De acuerdo con la jurisprudencia, se estima implícitamente comprendido en el artículo 25(1) de la Constitución, en cuanto integrado en el principio de legalidad, con el que está relacionado, así como en el artículo 24(2), derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto ambos contribuyen al principio de seguridad jurídica enunciado en el artículo 9(3). En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), contempla la excepción de cosa juzgada a la hora de abordar los artículos de previo pronunciamiento.¹⁹⁰

La LOPJ establece – lo hemos dicho ya - como única limitación para el ejercicio de la jurisdicción universal “que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena”, es decir, la excepción de la cosa juzgada.¹⁹¹

En la jurisprudencia española se distinguen “los efectos de la cosa juzgada”, que sólo los tendrán las resoluciones firmes, del “*ne bis in idem*” o “*non bis in idem*”, como es más conocido en los países de tradición romano-germánica, como garantía mínima fundamental integrada en el derecho a un debido proceso, en virtud del cual nadie puede ser sometido a un nuevo proceso penal, por los mismos hechos, si ya ha sido absuelto o condenado por una sentencia firme.

El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que el alcance del principio *ne bis in idem* se encuentra circunscrito a los procesos judiciales celebrados en un mismo país y no tiene validez para los procesos celebrados en el extranjero.¹⁹² Tal parecer se basa en las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que:

¹⁸⁹ Juzgado Central de Instrucción Nº2, Diligencias Previas 211/09 L, auto de 17 de julio de 2008, Hechos, 2º.

¹⁹⁰ Artículo 666(2) de la LECr.

¹⁹¹ En este caso la ley expresamente requiere que la resolución judicial sea firme. Cabe resaltar como en la sentencia del caso del 11-M, la Audiencia Nacional instruyó la causa y juzgó, para luego absolver a uno de los imputados por haber sido juzgado en Italia por los mismos hechos; si bien la sentencia del Tribunal de Milán no era aún firme, al estar pendiente de recurso. El artículo 23(5) de la LOPJ requiere que la resolución sea firme para que la cosa juzgada actúe como límite a la jurisdicción universal.

¹⁹² A.P. v. Italy, Supplement No. 40 (A/43/40), annex VIII.A, communication No. 204/1986.

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”¹⁹³

Y también el Protocolo 7º al CEDH establece en sentido coincidente que:

“[L]as disposiciones del párrafo precedente [principio de cosa juzgada] no será obstáculo para la reapertura del caso de conformidad con la ley y el procedimiento penal del Estado interesado, si hay pruebas de nuevos o recientemente descubiertos hechos, o si ha habido un defecto fundamental en los procedimientos anteriores, lo que podría afectar el resultado del caso”¹⁹⁴

En igual sentido, los Estatutos de los Tribunales Penales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona contienen una disposición sobre la materia.¹⁹⁵ En todos los casos estos Tribunales internacionales pueden iniciar un nuevo proceso cuando el que se llevó a cabo ante otro tribunal de justicia hubiere obedecido al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de derecho internacional o no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las garantías del debido proceso reconocidas por el derecho internacional.

Asimismo, la Comisión de Derecho Internacional ha declarado que si un sistema judicial nacional no ha funcionado independiente o imparcialmente o si los procedimientos han tenido por objeto eximir al acusado de responsabilidad penal internacional, “no se debe exigir a la comunidad internacional que reconozca una decisión adoptada como resultado de tan grave transgresión del proceso de la justicia penal”.¹⁹⁶

La legislación española debería, por tanto, contemplar aquellos casos en que personas responsables de crímenes de derecho internacional han sido objeto de procesos judiciales en el extranjero que han constituido meras parodias de procesos judiciales. A este respecto, los Tribunales de justicia españoles deberían poder contar con un mecanismo que les permitiera – de manera independiente – desechar tales pronunciamientos, por lo menos en casos que versen sobre crímenes de derecho internacional.

¹⁹³ Artículo 14(7) del PIDCP.

¹⁹⁴ Artículo 4(2) del Protocolo 7º al CEDH. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1988. España no es un Estado parte aún.

¹⁹⁵ Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, artículo 10; Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda, artículo 9; Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, artículo 9; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 20 (“cosa juzgada”).

¹⁹⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo de 26 de julio de 1996, doc A/51/10, sup 10, página 67. Es lo que se ha venido a denominar cosa juzgada “fraudulenta” o “aparente”.

6.9. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

En opinión de Amnistía Internacional si un tribunal de justicia cuenta con elementos de juicio para considerar que han tenido lugar hechos que podrían ser constitutivos de crímenes o delitos de derecho internacional debe investigarlos, sin excepción alguna.

En el sistema español, el ejercicio de la acción penal entraña la petición al órgano jurisdiccional de que se actúe en un asunto en particular, petición que puede hacer el Ministerio Público (fiscal) o un particular. La Constitución y legislación española asimismo reconocen a todos los ciudadanos el derecho a ejercer la acción popular en defensa de intereses colectivos legítimos.¹⁹⁷ Por otro lado, según el artículo 124 de la Constitución española es función del Ministerio Fiscal “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. No obstante ello, ninguno de los procesos de jurisdicción universal en España, que tienen por objeto defender intereses de inapreciable valor para la comunidad internacional, se han iniciado a instancias del Ministerio Fiscal. La figura de la acusación popular, por tanto, ha jugado un papel esencial en la lucha contra la impunidad, en el contexto de los procesos de jurisdicción universal.

Si bien el Ministerio Fiscal es un órgano autónomo, éste se rige por instrucciones y circulares internas que, en algunos casos, no son públicas y que pueden reflejar la postura del Gobierno sobre un caso particular y concreto. La postura del Ministerio Fiscal en los casos de jurisdicción universal ha sido cambiante en el curso del tiempo. En casos recientes, la Fiscalía se ha mostrado en general contraria a las querellas basadas en el principio de universalidad. Ejemplo de ello son los casos *Tíbet*, *Falun Gong*, *Couso* y *Atenco*.

Amnistía Internacional reitera su demanda de que las actuaciones y decisiones judiciales sean adoptadas de manera independiente, en base –exclusivamente– a consideraciones jurídicas, sin injerencias políticas de ninguna naturaleza.

6.10. CARGA DE LA PRUEBA

A pesar de las obligaciones convencionales de España respecto de la persecución de los crímenes de derecho internacional y lo expresamente dispuesto en el artículo 23(4) de la LOPJ, los Tribunales españoles han manifestado en varias ocasiones su reticencia a la jurisdicción universal. Ello, según se ha afirmado, por temor a una avalancha de procesos basados en tal principio.

Con el objeto de limitar tales procesos, algunos tribunales han trasladado sobre las víctimas de aquellos crímenes o sus familiares la dificultad adicional de tener que aportar pruebas más allá de lo exigido por la ley, a fin de apoyar sus peticiones. Así, en el

¹⁹⁷ El artículo 125 de la Constitución española, así como los artículos 20(3) de la LOPJ y 101 a 270 de la LECr. No obstante, las acusaciones populares no pueden ejercer la acción de responsabilidad civil para reclamar daños y perjuicios. Tampoco tiene acceso a la justicia gratuita y tienen que prestar fianza para poder ejercer la acción penal (artículos 280 y 281 de la LECr). Por último, tampoco se permite la acción popular para reclamar a la justicia que persiga delitos cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho (artículo 23(2)(b) de la LOPJ).

“Acuerdo no jurisdiccional para unificar criterios en materia de jurisdicción universal”, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró que:

“[c]onstatando que se cumplen los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la comunidad internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos o lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”¹⁹⁸

La *ajeneidad* a la que se refiere la Audiencia Nacional es precisamente una de las características del principio de jurisdicción universal, que no necesita de vínculos o puntos de conexión con el territorio nacional de ningún Estado (ver sección 4, *supra*). Calificar de “abuso de derecho” a una iniciativa tendente a investigar la comisión de delitos o crímenes de derecho internacional es sin lugar a dudas una manera de limitar el acceso a la jurisdicción, lo que vulnera el derecho de las víctimas a obtener justicia.

En igual sentido, la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Falun Gong, si bien declaró la competencia de los Tribunales españoles, también hizo alusión al “riesgo de abuso” de la jurisdicción universal. El Tribunal manifestó que:

“[e]n esta discusión es conveniente tener presente que incluso cualificados juristas que propugnan concepciones amplias de la jurisdicción universal en la doctrina, señalan que el principio de la jurisdicción universal encierra “ciertos peligros futuros que no pueden ser totalmente excluidos” y que “la apertura del ámbito jurídico estatal a la intervención de Estados terceros encierra un considerable potencial de arbitrariedades”, reconociendo que estas consecuencias, particularmente las concernientes al *forum shopping*, no permiten pensar que el principio de la jurisdicción universal sea una “solución ideal”. Estos peligros de abuso son los que actualmente inducen a la comunidad jurídica a reflexionar precisamente sobre la necesidad de requerir “puntos de contacto adicionales”, que limiten el alcance del principio”¹⁹⁹

Por otro lado, pareciera que la Audiencia Nacional hace abstracción de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso *Guatemala*, al retomar el criterio de exigir a las víctimas la carga de acreditar la inactividad de los órganos jurisdiccionales del Estado del territorio en donde se hubiese cometido el crimen, para así dar lugar a la competencia supletoria de los tribunales españoles. Esto es, precisamente, lo que el Tribunal Constitucional calificó en su entonces como *probatio diabolica*.²⁰⁰

¹⁹⁸ Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional relativo a la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre *Guatemala* de fecha 2 de noviembre de 2005, apartado 4º. Disponible en: www.derechos.org/nizkor/espana/doc/interp.html

¹⁹⁹ Tribunal Supremo, Sala II, sentencia núm. 645/2006, de 20 de junio, FJ 2º, apartado 10º.

²⁰⁰ Tribunal Constitucional, sentencia núm. 237/2005, de 26 de septiembre (“Así el Auto de la Audiencia Nacional reclama a los actores una prueba que no está prevista legalmente y que se proyecta sobre hechos

Otro ejemplo en igual sentido parece constituirlo el auto de inadmisión de la querrela en el caso *Atenco*. En esta causa el juez de instrucción parece darse por satisfecho de la actividad jurisdiccional en México solamente en virtud de un oficio remitido por las autoridades judiciales mexicanas informando que se encuentran abiertas causas judiciales, en base a los hechos objeto de imputación.²⁰¹

Respecto de la falta de análisis de la situación en la que se encuentra un Estado en orden a apreciar la imposibilidad de actuación de la jurisdicción territorial, el Tribunal Constitucional en el caso *Falun Gong* llamó la atención sobre el hecho de que:

“[e]n efecto, en el Auto del Juzgado Central de Instrucción no se hace ni una mención ni una referencia a las cuestiones planteadas en relación con las específicas circunstancias fácticas y jurídicas en las que se funda la querrela y, más en concreto, la imposibilidad de aplicar el principio de jurisdicción territorial en China y el conocimiento de los delitos denunciados por parte de la Corte Penal Internacional (...). Pues bien, ninguna de las consideraciones expuestas [en la querrela] han sido tenidas en cuenta por las resoluciones judiciales recurridas, manifestando incluso la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que esos aspectos son irrelevantes”.²⁰²

Por tanto es motivo de preocupación para Amnistía Internacional el alto grado de discrecionalidad de los tribunales de justicia a la hora de apreciar el abuso o al admitir la actividad de la jurisdicción territorial en donde se cometieron los hechos delictivos, sin criterios claros ni transparentes, que pueden colocar a las víctimas en una situación de indefensión.

6.11. INTERPRETACIONES JUDICIALES RESTRICTIVAS. INVESTIGACIÓN IMPARCIAL

Amnistía Internacional considera que tanto la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso *Guatemala*, de 26 de septiembre de 2005, como su confirmación en el caso *Falun Gong*²⁰³ por el mismo Tribunal en 2007, dejan claro que el ejercicio de la jurisdicción

negativos, una probatio diabólica cuya exigencia, en consecuencia, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (...)” (apartado 8º).

²⁰¹ Juzgado Central de Instrucción Nº3, diligencias previas 27/08, auto de 2 de julio.

²⁰² Tribunal Constitucional, sentencia 2núm. 27/2007 de 22 de octubre, antecedentes, ap.3º. El Tribunal Constitucional estimó la demanda en amparo, declarando vulneración del artículo 24(1) de la Constitución española.

²⁰³ Dijo el Tribunal Constitucional que “(...) pues las resoluciones judiciales recurridas han acordado la inadmisión de la querrela o la confirmación de dicha decisión aplicando una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que la STC 237/2005 desautorizó de modo contundente. En ella este Tribunal, por las razones que se transcribirán a continuación, ha declarado que la exigencia de vínculos o elementos de conexión para la entrada en juego de la regla jurisdiccional del art. 23.4 LOPJ, expresada en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (...) Además, concluimos: “el exacerbado rigorismo con que tales criterios son aplicados ...” (...) La aplicación de la precedente doctrina constitucional conduce en este caso a estimar que la decisión de inadmisión de la querrela interpuesta por los recurrentes en amparo ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.” (FJ 3º a 6º). Sentencia del Tribunal Constitucional 227/2007, de 22 de octubre de 2007.

universal no admite los criterios restrictivos que pretendieran introducir en algunos casos la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Ministerio Público. No obstante, queda aún abierto el debate en relación con la “conurrencia” de jurisdicciones, ligada a la excepción de cosa juzgada, y a través de la cual se podría dar cabida a interpretaciones anteriores a las sentencias del Tribunal Constitucional en *Guatemala* y *Falun Gong*.

Entre otros criterios restrictivos de la jurisdicción universal, en España se han esbozado los siguientes:

Criterio de necesidad. Se recogió en el caso *Fujimori*.²⁰⁴ Además de sostener la prioridad de la jurisdicción territorial – lo que carece de fundamento en el derecho internacional - se exigía a las víctimas la aportación de indicios serios y razonables de que los delitos no habían sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por el Estado del territorio donde los delitos habían sido cometidos, invirtiendo por tanto la carga de la prueba en perjuicio de las víctimas (ver sección 6.10, *supra*). Así, los Tribunales españoles sólo podrían actuar cuando hubiera “necesidad” de intervención judicial.²⁰⁵

Criterio de subsidiaridad. Aducido por la Fiscalía en los casos de *Argentina*, *Chile* y *Guatemala*. Parte del principio que si bien la jurisdicción universal no está expresamente reconocida en las convenciones internacionales que sancionan los delitos graves de derecho internacional -afirmación que es por otra parte errónea-, tampoco se halla prohibida por las mismas. Así, el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Tribunales españoles debería ser subsidiario de aquella que corresponde a los tribunales del estado del territorio donde el delito ha sido cometido o de la de los tribunales internacionales que pudieran tener competencia.²⁰⁶

Criterio de conexidad con intereses nacionales. Utilizado en los casos *Guatemala*, *Scilingo*, *Couso* y *Falun Gong*.²⁰⁷ Se trata de un criterio más restrictivo aún, pues requiere acreditar la existencia de un punto o vínculo de conexión con España para dar lugar a la

²⁰⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo, 327/2003, de 20 de mayo, zanjó la falta de competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos relatados en la querrela.

²⁰⁵ Ver, Amnistía Internacional, “España: El deber de respetar las obligaciones de derecho internacional no puede ser eludido”, págs.12 y 13.

²⁰⁶ Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 (“Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículo 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional”). El Tribunal Supremo, en recurso, desechó este argumento al considerar que la inactividad de la jurisdicción territorial implica un juicio de valor que no corresponde a los tribunales. Ver sentencia núm. 327/2003, considerando 6º. Dicha interpretación, para Amnistía Internacional, es igualmente errónea.

²⁰⁷ Sentencias del Tribunal Supremo 327/2003 (*Guatemala*, inadmitiendo la jurisdicción española); Sentencia 1362/2004 (*Scilingo*, admitiéndola); Sentencia de 11 de diciembre de 2006 (FJ 8º) (*Couso*, admitiendo la jurisdicción española); y Sentencia 345/2005, de 18 de marzo (*Falun Gong*, desestimó la jurisdicción).

jurisdicción de los Tribunales españoles. En la práctica, lo que venía a exigirse era la nacionalidad española de la víctima, como en *Couso*,²⁰⁸ o la presencia del presunto culpable en territorio español, como en el caso *Scilingo*.

El Tribunal Supremo, en el caso *Guatemala*, se refirió por su parte a lo que denominó un criterio de “efectividad práctica”, que por otro lado añade un aspecto no jurídico al asunto, al afirmar que: “[e]sta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a (...) garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula (...)”.²⁰⁹ (Ver sección 7.2.3, infra).

Criterio de concurrencia. Es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecida por las sentencias en los casos *Guatemala* y *Falun Gong*, en virtud de la cual el ejercicio de la jurisdicción universal española es concurrente con el resto de las jurisdicciones nacionales. Lo que al fin y al cabo se trata de establecer – aunque incorrectamente – es “una regla de prioridad”, para no vulnerar el “*ne bis in idem*”.²¹⁰ El Tribunal Constitucional resalta el alcance absoluto del principio de jurisdicción universal en la legislación española, pero añade, de manera un tanto confusa, que sería legítimo exigir ciertos criterios limitativos.²¹¹

Criterio de razonabilidad. Este criterio presta especial atención a evitar el “exceso o abuso de derecho” en la presentación de denuncias (ver sección 6.10, *supra*). Es decir, una vez constatada la inactividad del Estado en cuyo territorio se cometió el delito, se ejercerá la jurisdicción universal sólo si no se aprecia abuso de derecho. Pareciera que este criterio encierra el de territorialidad.

Ya hemos explicado anteriormente que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional adoptó un acuerdo no jurisdiccional que fijó un criterio no acorde con los términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que parece alinearse con la

²⁰⁸ Ver Sánchez Patrón, J.M, La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso *Couso*, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales (2007) páginas 16 y 17. La nacionalidad española de la víctima actuaría como “elemento legitimador que justificaría también” la jurisdicción española.

²⁰⁹ Tribunal Supremo, sentencia núm. 327/2003, de 25 de febrero, FJ 11º.

²¹⁰ Con lo que discrepa el Tribunal Constitucional es con la aplicación del criterio por la Audiencia Nacional para afirmar la prioridad del principio de subsidiariedad (en realidad, vinculado a la preferencia del criterio de territorialidad). La Audiencia Nacional igualmente priorizó la jurisdicción territorial concurrente en el caso *Cavallo*, tras haber venido asumiendo y ejerciendo la jurisdicción durante todo el procedimiento “en aras de evitar la duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio ‘ne bis in idem’”. Sala de lo Penal, Sección 3ª, de la Audiencia Nacional, auto de 20 de diciembre de 2006, Fundamento de Derecho 3º, sobre esta base la Audiencia Nacional declinó, antes de la apertura del juicio oral, su competencia a favor de la jurisdicción argentina.

²¹¹ Tribunal Constitucional, sentencia núm. 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 3º. : (“(...) lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación”).

postura del Tribunal Supremo en su sentencia del caso *Guatemala*.²¹² La Audiencia Nacional aplicó este criterio en el caso *Tibet*, donde afirmó que al no apreciar un ejercicio abusivo de parte de los querellantes, en vistas a la inactividad del Estado chino, acordó la admisión a trámite de la querella.²¹³

Sin embargo, el Juzgado Central de Instrucción número 2 en un reciente auto de 17 de julio de 2008 ha concluido que “de lo que se trata de evitar es única y exclusivamente que se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho y no de que los hechos objeto de la denuncia, el delito denunciado o el país en el que tales hechos ocurran estén o no alejados del nuestro”,²¹⁴ atendiendo a los principios establecidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia del caso *Guatemala*.

Asimismo, cabe resaltar que a raíz de dicho Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se ha detectado una tendencia de algunos Jueces de Instrucción de recurrir a la apertura de diligencias previas “indeterminadas” incluso antes de acordar la admisión a trámite.²¹⁵ Se trataría de una praxis admitida en los hechos, pero no regulada en la LECr.²¹⁶

6.12. LEY ORGÁNICA 18/2003 DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN LÍMITE TEMPORAL PARA LOS CASOS BASADOS EN JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Amnistía Internacional ya ha expresado públicamente varias objeciones a la citada Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional y se limitará en este punto a reproducir un resumen de sus preocupaciones.²¹⁷

²¹² Ya en 2003, en el “caso *Guatemala*”, el Tribunal Supremo había declarado que “[l]a aplicación del criterio de razonabilidad anteriormente enunciado puede permitir a un tribunal nacional que tenga atribuida con carácter general competencia extraterritorial en estos supuestos denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción (...). Esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expandido de este tipo de procedimientos, y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional (...)” (FJ 11º).

²¹³ Audiencia Nacional, auto de 10 de enero de 2006, diligencias previas 237/2005.

²¹⁴ Juzgado Central de Instrucción nº2, diligencias previas 211/08 L, auto de 17 de julio de 2008 admitiendo a trámite la querella en el caso de los supervivientes del campo de concentración de *Mauthausen*, razonamiento jurídico 3º.

²¹⁵ En los casos Sahara (Diligencias Previas 362/2007) y campos de concentración nazis (Diligencias Previas 211/2008 L) se acabaron transformando en sumarios ya que fueron posteriormente admitidas a trámite. En el caso Atenco (Diligencias Previas 27/2008), al inadmitir a trámite la querella, el juez solicitó el archivo de las actuaciones judiciales. Y, por último, en el caso de la querella en el caso Palestina (Diligencias Previas 157/2008), aún no se ha producido la admisión a trámite formal, habiéndose librado una comisión rogatoria a las autoridades del Estado de Israel por medio de auto de fecha 25 de agosto de 2005.

²¹⁶ Artículos 259 y siguientes de la LECr. Por otro lado y de conformidad con el procedimiento legalmente previsto, el Juzgado Central de Instrucción número 1, admitió a trámite la ampliación de la querella en el caso *Tibet* si bien se ordena a los querellantes la subsanación *a posteriori*—durante la instrucción— de determinados defectos (auto de fecha 5 de agosto de 2008, Diligencias Previas 242/2008-10).

²¹⁷ Ver “España: el deber de respetar las obligaciones de derecho internacional no puede ser eludido”, *supra*.

6.12.1. La Ley Orgánica de Cooperación

Todo el sistema jurisdiccional de la Corte Penal Internacional (CPI) se encuentra estructurado sobre la base del llamado “principio de complementariedad”. Este principio consagra que, de cometerse alguno de los crímenes de competencia de la CPI – genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra - en el territorio de un Estado parte o por algunos de sus nacionales, no corresponderá a la CPI intervenir en primera instancia, sino que es un deber de los Estados parte ejercer en primer término su propia jurisdicción penal.

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

Una disposición de la Ley de Cooperación consagra la regla opuesta a la establecida en el Estatuto de Roma e impone una limitación temporal al ejercicio de la jurisdicción universal. En efecto, el artículo 7(2) de la citada Ley dispone que:

“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”

Como hemos dicho, en virtud del principio de complementariedad son los Estados los que deben proceder en primer lugar al enjuiciamiento de los presuntos responsables de haber cometido los crímenes que enumera el Estatuto de Roma. Como se advierte, la Ley de Cooperación invierte dicho principio, desligándose de antemano de casos judiciales que deberían ser atendidos por sus propios tribunales en primer término, derivándolos al Fiscal de la Corte. Ese principio consagrado por la Ley de Cooperación es, precisamente, el opuesto al consagrado por el Estatuto de Roma y constituye una clara violación al mismo.²¹⁸

²¹⁸ Contrasta la disposición bajo análisis con la contenida en el Artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1994, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia que predica: “1. Cuando los Tribunales españoles de la jurisdicción ordinaria militar fueran competentes, de acuerdo con sus respectivas normas orgánicas y procesales, para juzgar hechos comprendidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Tribunal

Asimismo, cabe advertir que conforme a los términos del referido artículo los órganos estatales que menciona la norma deben abstenerse de todo procedimiento, salvo el de informar al solicitante la posibilidad de acudir al Fiscal de la CPI, aún en el caso de que los supuestos responsables de dichos crímenes se encontraran en territorio sometido a la jurisdicción de España. Es de señalar que el Artículo 7 establece la vía aludida para todos los “hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores nos sean españoles”, lo que parece haber derogado incluso –implícitamente- la disposición contenida en el Artículo 23 (4) de la LOPJ. Además, esa disposición viola expresamente distintas obligaciones convencionales que España se ha comprometido a respetar, como los Convenios de Ginebra de 1949 o la Convención contra la Tortura, que consagra una obligación bien distinta de la establecida en el texto de la Ley de Cooperación.²¹⁹

A modo de ejemplo, adviértase que mientras la Convención contra la Tortura obliga a todo Estado a tomar las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción sobre las personas responsables de actos de tortura –sean éstos aislados o esporádicos, o generalizados o sistemáticos y, por tanto, bajo la competencia complementaria de la CPI- cuando tales personas se hallen en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no se conceda su extradición, la Ley de Cooperación hace que en España sólo “se informe al denunciante” de la posibilidad de acudir ante el Fiscal de la Corte. El ejercicio de la jurisdicción penal española en los casos aludidos por la Convención contra la Tortura no constituye una facultad o potestad de la que las autoridades españolas puedan decidir discrecionalmente. Se trata de una obligación convencional, propia del derecho internacional, que España debe cumplir de buena fe y no eludir. La Convención Internacional contra la toma de rehenes²²⁰ y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,²²¹ contienen una disposición de similar tenor, que resulta igualmente violada en virtud del citado Artículo 7 (2).

El artículo 7(2) de la Ley de Cooperación, no solo invierte la regla de complementariedad establecida sabiamente en Estatuto de Roma sino que, además, se desliga de antemano de todos los potenciales casos basados en la jurisdicción universal que pudieran ser de competencia de la Corte Penal Internacional.

Por estas razones y por aquellas que Amnistía Internacional ha explicado en detalle anteriormente, las autoridades española deberían adoptar las medidas necesarias para derogar los apartados 2 y 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 18/2003.

Internacional, iniciarán o continuarán las actuaciones, en tanto no sean requeridos de inhibición por el Tribunal Internacional (...).”

²¹⁹ Dice el Artículo 5 de la Convención contra la Tortura que: “(...) 2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición (...).”

²²⁰ Artículo 5(2).

²²¹ Artículo 9(2).

7. COOPERACIÓN INTERNACIONAL: EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL

La Constitución española establece que la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un Tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad.²²² La LOPJ establece que los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón del principio de la reciprocidad.²²³ La LOPJ igualmente regula el procedimiento de transmisión de solicitudes de cooperación judicial internacional formulados por autoridades españolas.²²⁴

Existen tratados multilaterales en materia de extradición y referidos a determinados delitos de derecho internacional cuyas normas sirven de base para solicitudes de extradición bajo el principio *aut dedere aut judicare*. En el ámbito Europeo, los convenios más destacables en los que España es parte son:

- a) Convenio europeo de extradición de París (CEEX), de 13 de diciembre de 1957, del Consejo de Europa y sus Protocolos Adicionales²²⁵;
- b) Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959;
- c) Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000;²²⁶
- d) Convenio de Estrasburgo sobre traslado de personas condenadas, de 21 de marzo de 1983;²²⁷
- e) Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, de 19 de julio de 1990;²²⁸

²²² Artículo 13(3).

²²³ Artículo 277 de la LOPJ.

²²⁴ Artículo 276 de la LOPJ.

²²⁵ En vigor para España desde 1982 (B.O.E. núm.136, de 8 de junio de 1982). Los Protocolos fueron ratificados por España mediante Instrumento de 18 de febrero de 1985 (B.O.E. de 11 de junio de 1985).

²²⁶ El Convenio de 1959 fue ratificado por España el 14 de julio de 1982.

²²⁷ Publicado en el B.O.E. de 19 de julio de 1985.

²²⁸ Establece medidas para la ejecución de solicitudes de asistencia judicial internacional y en su artículo 68 se refiere a la ejecución de una condena de un nacional de un determinado Estado que se hubiere refugiado en otro Estado.

f) Convenio de Bruselas relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de 10 marzo de 1995;²²⁹

g) Convenio de Dublín relativo a la extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996;²³⁰ y

h) Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros (o "Euro-orden").

A partir del 1 de enero de 2004, la Euro-orden sustituyó el marco normativo previsto por los convenios dentro de la Unión Europea.²³¹ No obstante, aquellos convenios siguen aún en vigor, siendo aplicables a las relaciones de los Estados Miembros de la Unión Europea con terceros Estados. En el ámbito de los tratados bilaterales, España tiene celebrados un considerable número de tratados en materia de extradición y asistencia mutua en materia penal. En defecto de tratado o, habiéndolo, en aquellos aspectos no contemplados en el mismo, se aplica la Ley de Extradición Pasiva de 1985 (LEP)²³² y el principio de reciprocidad.

7.1. LA EXTRADICIÓN

Según sea España el Estado que solicite la extradición u otro Estado el que la solicite a España, se estará ante un supuesto de extradición activa o pasiva.²³³

La extradición activa. Se halla regulada en los artículos 824 a 833 de la LECr. El proceso tiene dos fases: la primera de carácter judicial y la segunda de carácter gubernativo. El Juzgado o Tribunal que esté conociendo de un asunto en que se halle procesado el imputado ausente será el competente para solicitar, de oficio o a instancia de parte, la extradición.²³⁴ Como regla general, de la solicitud de extradición se dará traslado al Gobierno (Ministerio de Justicia) para que este, a su vez, la comunique al Estado requerido. No obstante, dicha solicitud podrá cursarse directamente por el órgano judicial cuando así se prevea en un Tratado.

²²⁹ Ratificado por España el 21 de enero de 1999 y publicado en el B.O.E. de 14 de abril de 1999.

²³⁰ Publicado en el B.O.E. de 24 de febrero de 1998.

²³¹ El artículo 31.1 de la Decisión Marco dispone que sus disposiciones "sustituirán" a partir del 1 de enero de 2004 las disposiciones en materia de extradición contenidas en una serie de tratados celebrados en el seno del Consejo de Europa y otros en el de la Unión Europea, como el Convenio de 1957, sus dos protocolos de 1975 y 1978, las disposiciones relativas a la extradición del Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977, así como de los Convenios de 1995 y 1996.

²³² Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva.

²³³ Ver Sonia Calaza-Ramudo López, Cooperación Judicial Internacional. Extradición y Euroorden, iuset.com RGDP, nº 2, octubre 2003.

²³⁴ Los artículos 825 a 827 de la LECr establecen los requisitos que deben cumplirse para poder solicitar una extradición. Por ejemplo, que se haya dictado auto motivado de prisión o recaído sentencia firme.

La extradición pasiva. La regulación es más delicada pues se trata de la entrega de una persona a otro país, estando en juego el respeto de las garantías de la persona a un debido proceso. Este procedimiento tiene las siguientes fases: una primera en la que, recibida la solicitud de extradición, el Ministerio de Justicia comprobará la regularidad formal de la misma. El Ministerio de Justicia elevará al Gobierno una propuesta motivada sobre si procede o no conceder la extradición.²³⁵ El Gobierno adoptará su decisión y, de no hacerlo, lo hará el Ministerio de Justicia en su nombre.²³⁶ Sólo en los casos en que proceda denegar la extradición por razón de que la competencia para conocer de los hechos sea exclusiva de los Tribunales españoles, el Gobierno remitirá el expediente al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado.²³⁷ Si, por el contrario, el Gobierno acuerda la extradición, se remitirá el expediente al Juzgado Central de Instrucción (Audiencia Nacional) y, en su caso, se detendrá al reclamado para ponerlo a disposición del Juzgado.²³⁸

La segunda fase se llevará a cabo ante el órgano jurisdiccional competente. Corresponde al Poder Judicial verificar el cumplimiento de los requisitos y garantías legales, pero en ningún caso entrar en el fondo del asunto.²³⁹ La decisión que en definitiva se adopte será comunicada al Ministerio de Justicia para su notificación al Estado requirente. Si la extradición es denegada, una vez la decisión sea firme, no podrá concederse aquélla. Si, por el contrario, el órgano judicial la concede, todavía el Gobierno podrá denegarla. Por tanto, al contrario que en los procesos de extradición activa, la resolución judicial no será vinculante para el Gobierno. Contra la decisión del Gobierno no cabe recurso alguno.²⁴⁰ Esta es la última fase del procedimiento, que concluye, en su caso, con la entrega de la persona reclamada al Estado requirente. Si dicha persona tuviera causas pendientes en el Estado requerido, éste podría aplazar la entrega o acceder a la misma acordando la devolución del reclamado para que haga frente a los casos penales pendientes en el Estado requerido (ver el caso *Cavallo*).²⁴¹

²³⁵ Artículo 9.3 de la LEP. Ver también artículo 7 de la LEP.

²³⁶ Artículo 9.4 de la LEP.

²³⁷ Artículo 3.2 en relación con el 9.5 de la LEP. En el resto de casos denegatorios, la LEP (si los tratados no establecen otra cosa) simplemente establece que se pondrá en conocimiento del Estado requirente y, en su caso, al Juez que hubiera decretado la prisión, para acordar la libertad del reclamado.

²³⁸ Artículo 11 de la LEP.

²³⁹ Artículo 15 de la LEP y artículos 65.4 y 88 de la LOPJ.

²⁴⁰ Artículos 6 y 17. Denegación a partir de lista tasada: únicamente por razones de falta de reciprocidad, de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España.

²⁴¹ Artículo 19 de la LEP. Si la persona hubiera sido requerida en extradición por varios Estados, el Estado requerido resolverá teniendo en cuenta una serie de circunstancias, ver artículo 16 de la LEP. En el caso *Cavallo*, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional afirmó que "la jurisdicción española sería recuperada en caso de que *Cavallo* no sea enjuiciado o en el supuesto de que condenado en el proceso argentino no cumpliera la pena impuesta" (auto de 4 de abril de 2008, FJ 1º).

La Euro-orden. La figura de la extradición ha sido remplazada dentro de la Unión Europea por el mecanismo de la Euro-orden que agiliza la detención y entrega de personas.²⁴² Este sistema supera ciertos obstáculos de la extradición y redundante en una mayor eficacia de la cooperación judicial. Las disposiciones de la Euro-orden han sido adoptadas en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre orden europea de detención y entrega (Ley Euro-orden).²⁴³ El procedimiento de la extradición ha quedado reducido a un sencillo proceso de entrega, basado en un alto nivel de confianza entre los Estados miembros y el reconocimiento mutuo. Además se trata de un procedimiento esencialmente judicial, en virtud del cual la autoridad judicial emisora comunicará la Euro-orden directamente a la autoridad judicial de ejecución, que tramitará y ejecutará, en todo caso, con carácter de urgencia.

Entrega a Tribunales penales internacionales. Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establecen un procedimiento simplificado de entrega de personas sospechosas de haber cometido un ilícito penal.²⁴⁴ Tal procedimiento, por tratarse de tribunales de naturaleza internacional, difiere sustancialmente de los procesos de extradiciones – propios de las relaciones entre Estados. Frente a una solicitud de un tribunal internacional no cabe exigir doble incriminación de conductas, reciprocidad o rechazo de la solicitud formulada fundado en la prescripción, el carácter militar o financiero de los delitos involucrados o cualquier otra razón.

Las leyes españolas de cooperación con los tribunales internacionales adaptan en el orden interno las disposiciones contenidas en los respectivos Estatutos en la materia, estableciendo mecanismos de entrega a través de procedimientos simplificados.²⁴⁵

7.1.1. Obstáculos a la concesión de la extradición activa

Amnistía Internacional considera que existen en la legislación española, así como en la práctica, algunos obstáculos que dificultan, y en algunos casos impiden, las extradiciones.

²⁴² La Euro-orden se introdujo como parte de medidas adoptadas por la UE para luchar contra la amenaza global del terrorismo y crimen organizado transfronterizo. A pesar de ser un instrumento útil, plantea preocupaciones en áreas como las garantías en cuanto al derecho de defensa y acceso a recurso por tratarse de un procedimiento "sumario". Ver Amnesty International, "Human Rights Dissolving at the Borders? Counter-Terrorism and EU Criminal Law", 31 mayo de 2005, AI Index: IOR 61/013/2005 (Disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/info/IO61/013/2005>). Asimismo, Ángel Sánchez Legido, La Euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, páginas 42 y ss.

²⁴³ En cuanto al contenido de la Euro-orden, ver artículo 8.1 de la Decisión Marco (artículo 3 de la Ley Euro-

²⁴⁴ Artículo 28 del Estatuto del TPIR y artículo 29 del Estatuto del TPIY. Artículos 89 y 102, Estatuto de Roma.

²⁴⁵ Ver, por ejemplo, el artículo 6 de la LO 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la Ex-Yugoslavia. La Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda y la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional contienen disposiciones de similar tenor.

Y ello afecta, en definitiva, a la obligación de investigar y perseguir ciertos crímenes o delitos. No obstante, cabe señalar que tales obstáculos son comunes a muchas legislaciones nacionales.

7.1.1.1. Control político sobre la ejecución de las solicitudes de extradición

En los supuestos de extradición activa, como hemos visto, el Gobierno actúa como mero transmisor de las solicitudes de extradición al Estado requerido, pues se trata de un acto de relación entre dos Estados, regido en sustancia por un tratado. Sin embargo, cabe resaltar que en el 2005 la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo se pronunció sobre la falta de ejecución, por parte del Gobierno español, de solicitudes de extradición cursadas por la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo declaró en ese entonces que:

“[d]e la lectura de los preceptos citados no puede inferirse como pretende el Sr. Abogado del Estado que el Juez solo tenga capacidad de propuesta y que la facultad decisoria corresponda al Gobierno (...) A juicio de la Sala la decisión de solicitar la extradición corresponde de modo exclusivo y excluyente al Tribunal que conoce de la causa, mientras que la función de los órganos de la Administración del Estado no va más allá de trasladar a los órganos de la Administración del Estado requerido esa decisión judicial para que aquellos adopten la resolución que a ellos compete. (...) [L]a decisión de solicitar o no la extradición está exclusivamente confiada a los órganos jurisdiccionales, sin que el Consejo de Ministros en este caso pueda cuestionar en modo alguno la decisión. (...) [E]n consecuencia declaramos que el Consejo de Ministros, previa comprobación de que la solicitud de extradición que fue emitida por el Juzgado Central de Instrucción núm.5 reunía las condiciones legalmente exigidas, debe cursar la misma por vía diplomática al Gobierno de Argentina”²⁴⁶

Por su lado, la Euro-orden, limitada al contexto de la Unión Europea, elimina esta facultad del Gobierno de hacer caso omiso a una solicitud de extradición.

En febrero de 2008, en el caso *Ruanda*, el Juzgado Central de Instrucción número 4 dictó un auto de procesamiento contra 40 militares ruandeses en contra de los cuales consideró que existían “indicios racionales de criminalidad” de haber cometido genocidio, crímenes de lesa humanidad y terrorismo. Consecuentemente, el juez libró órdenes de detención a efectos de extradición contra los mismos.²⁴⁷

Amnistía Internacional recuerda al Gobierno español que debe cumplir y ejecutar las extradiciones solicitadas, así como no obstaculizar cualquier orden emanada de sus órganos jurisdiccionales.

²⁴⁶ Tribunal Supremo, sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de mayo de 2005.

²⁴⁷ Juzgado Central de Instrucción Nº4, Sumario 3/2008, auto de procesamiento de 6 de febrero de 2008.

7.1.1.2. Presencia física

La extradición es un mecanismo imprescindible para aquellos ordenamientos jurídicos que, como el español, no admiten, con acierto, el juicio en rebeldía o ausencia del acusado.

Los Tribunales españoles han dictado órdenes de detención con fines de extradición en numerosos casos, entre ellos en *Pinochet, Argentina, Guatemala, Cavallo, Couso y Ruanda*. Tan sólo en el caso *Cavallo*, que se encontraba en territorio mexicano al tiempo del libramiento de la orden, se obtuvo la extradición del procesado.²⁴⁸

7.1.2. Obstáculos a la concesión de la extradición pasiva

Habrá que estar en primer lugar a lo que establezcan los tratados, tanto multilaterales como bilaterales y, en su defecto, la Ley de Extradición Pasiva (LEP).

7.1.2.1. Control político sobre la concesión de solicitudes de extradición

En España la decisión judicial acordando la extradición de una persona no es vinculante para el Gobierno. Y no cabe recurso alguno contra las decisiones del mismo, sea concediendo o denegando la extradición.²⁴⁹ Por el contrario, este sistema cambia con la Euro-orden, al menos en lo que respecta al ámbito europeo. Los Estados Miembros, bajo el nuevo mecanismo introducido por la Decisión Marco, a partir del 1 de enero de 2004, tienen la obligación de ejecutar la solicitud emitida por los órganos jurisdiccionales de otro Estado. Así, las decisiones judiciales a nivel estatal se convierten en obligatorias para toda la Unión Europea.²⁵⁰ El órgano judicial es, por tanto, el único competente para decidir la transmisión y para adoptar la orden de entrega, así como para resolver si concurre alguno de los supuestos tasados para suspender o condicionar la entrega.²⁵¹ En todo caso, queda prácticamente eliminada toda intervención política.²⁵²

Amnistía Internacional es del parecer que la injerencia del Poder Ejecutivo tras una decisión final de la justicia es desaconsejable y añade un factor ajeno a la imparcialidad e independencia con que deben tomarse estas decisiones.

²⁴⁸ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª, auto de 14 de marzo de 2008.

²⁴⁹ Artículos 6 y 17 de la LEP. Sólo se denegarán si se da alguna de las razones expuestas en una lista tasada (artículos 4 y 5 de la LEP).

²⁵⁰ Ver, Corzo, Víctor & Ernesto, El Sistema Penal Internacional, Revista Mexicana de Justicia, Los nuevos desafíos de la Procuraduría General de la República, No. 13 (2006), pp. 21-23.

²⁵¹ Artículos 9 y 15 de la Decisión Marco.

²⁵² El artículo 16.3 de la Decisión Marco es el único que reserva al Gobierno la posibilidad de adoptar la decisión de entrega cuando concurra ésta con una solicitud de extradición presentada por un tercer Estado. Asimismo, el artículo 7 de la Decisión Marco prevé la designación de una autoridad central, no judicial, con funciones limitadas de auxilio (apoyo práctico y administrativo) a las órdenes de entrega y a tareas transmisión y

7.1.2.2. Nacionalidad

La legislación española no se inscribe dentro de aquellas que permiten denegar la extradición en base a la nacionalidad de la persona reclamada. En tal sentido la LEP prevé que: “[n]o se concede la extradición de españoles ni de extranjeros por delitos que corresponde conocer a la jurisdicción española”.²⁵³ La denegación se funda, en rigor, como se advierte, en razón de la materia y no de la nacionalidad. Es decir, España tiene la facultad de denegar la extradición de aquellas personas, sean nacionales o extranjeros, a quienes deba juzgar conforme a las leyes internas.

No obstante, la LEP establece que cuando se deniegue la extradición en estos casos, “si el Estado en que se hayan ejecutado los hechos así lo pidiere el Gobierno Español dará cuenta del hecho que motivó la demanda al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente” en contra del reclamado.²⁵⁴

Cabe recordar por otro lado que el Convenio de Dublín de 1996 establece que no se podrá denegar la extradición en razón de la nacionalidad de la persona requerida.²⁵⁵ España, no obstante, efectuó una reserva a dicha norma, condicionando la extradición de un nacional español a que el hecho que motiva la solicitud de extradición también sea constitutivo de delito en España y que el Estado requirente de garantías de que, en caso de condena, sea transferido a España para el cumplimiento de la misma.²⁵⁶

7.1.2.3. Doble incriminación

Otra exigencia de la legislación española en materia de extradición – común a muchas legislaciones nacionales - es la llamada doble incriminación de la conducta delictiva. De tal manera, la conducta que motiva la solicitud de extradición ha de estar tipificada como delito tanto en España como en el Estado requirente. Además, dicha conducta – para ser objeto de la extradición – deberá traer aparejada una sanción que “no sea inferior a un año de privación de libertad”, excluyéndose de tal modo las faltas o infracciones leves.²⁵⁷

La Ley Euro-orden establece como causa de denegación de la ejecución de la misma, entre otras: “cuando la orden europea contemple delitos que se hayan cometido fuera del

²⁵³ Artículo 3.1 de la LEP.

²⁵⁴ Artículo 3.2 de la LEP.

²⁵⁵ Artículo 7(1) del Convenio de Dublín.

²⁵⁶ Como se ha explicado, la Euro-orden sustituye, desde el 1 de enero de 2004, a las disposiciones correspondientes, entre otras, del Convenio relativo a la extradición en la Unión Europea de 1996, (Convenio de Dublín, que tiene por objeto completar las disposiciones entre otros, del CEEX). No obstante, cualquier Estado miembro puede hacer una declaración en la que se indique que seguirá tramitando con arreglo al sistema de extradición aplicable antes de 2004 las solicitudes relativas a los actos cometidos antes de una fecha que especifique. En fecha de 29 de junio de 2005, el Convenio sólo había entrado en vigor entre 12 Estados miembros.

²⁵⁷ Artículos 2.1 y 4.6 de la LEP y artículos 2.1 y 11 CEEX.

territorio del Estado de emisión y el ordenamiento español no permita la persecución de esos mismos hechos cuando se hayan cometido fuera del territorio español".²⁵⁸ Asimismo, la Euro-orden elimina el requisito de la doble incriminación para ciertas conductas graves, incluidas aquellas bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.²⁵⁹

Desde el punto de vista de Amnistía Internacional los Estados tienen la obligación de perseguir y enjuiciar o extraditar a las personas responsables de delitos de derecho internacional. La falta de tipificación de una conducta por un Estado – a los efectos de la doble incriminación- no debería constituir un obstáculo insalvable, en tanto la conducta, al tiempo de cometerse, fuera considerada como delictiva según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

7.1.2.4. Delitos políticos

El concepto de delito político no se haya definido por la ley española. Sin embargo, la LEP determina que la extradición podrá denegarse cuando se trate de delitos de carácter político. La LEP afirma que no se considerarán como tales: "los actos de terrorismo; los crímenes contra la Humanidad previstos por el Convenio para la Prevención y Penalización del Crimen de Genocidio (...) ni el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia."²⁶⁰ Esta redacción es confusa e incompleta y debería ser revisada de modo tal que quede absolutamente claro que todo delito o crimen de derecho internacional no constituye un delito político.

7.1.2.5. Delitos militares

La LEP determina que no se concederá la extradición "cuando se trate de delitos militares tipificados por la Legislación Española y sin perjuicio de lo establecido al respecto en los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por España".²⁶¹ Los delitos militares en sentido estricto son aquellos que exclusivamente afectan a la disciplina militar y que sólo pueden ser cometidos por militares.²⁶²

²⁵⁸ El artículo 12.2 h) de la Ley Euro-orden (Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega).

²⁵⁹ Ver artículo 9 de la Ley Euro-orden y artículo 2.2 de la Decisión Marco.

²⁶⁰ Artículo 4.1 de la LEP en relación con el artículo 13.3 de la Constitución española. Ver a este respecto, Amnistía Internacional, "Guatemala: La denegación de las extradiciones solicitadas por España por crímenes de derecho internacional", Índice AI: AMR 34/013/2008, págs.13 a 15.

²⁶¹ Artículo 4.2 de la LEP y 4 CEEX.

²⁶² Cezón González, C., "Derecho Extradicional", Dykinson, 2003, p.129-130. Según el autor, un delito previsto en la legislación especial militar que no estuviese tipificado por la legislación penal común y sea cometido por una persona que fuera militar, tendría la consideración de delito militar a efectos de la excepción extradicional.

7.1.2.6. Cosa juzgada. Principio 'ne bis in idem'

La LEP establece que España no concederá la extradición cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición. No obstante, la LEP determina que se podrá acceder a ésta "cuando se hubiere decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada".²⁶³ En términos similares se expresa la Ley Euro-orden.²⁶⁴

7.1.2.7. Irretroactividad. Principio de legalidad

Amnistía Internacional recuerda una vez más la imposibilidad de invocar como obstáculo para enjuiciar y castigar a los autores de crímenes o delitos de derecho internacional el hecho de que no estuvieran tipificados en las leyes internas en el momento en que fueron cometidos o previstos en los tratados de extradición. La prohibición de cometer tales delitos graves está basada generalmente en una norma de *jus cogens* (ver sección 6.7, *supra*) y los tratados de extradición no pueden ser opuestos para denegar una entrega por una conducta de tal naturaleza.

7.1.2.8. Prescripción

La LEP determina que no se concederá la extradición "cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal conforme a la Legislación Española o la del estado requeriente".²⁶⁵ Esta disposición podría llevar a pensar que la prescripción de la acción o de la pena correspondiente a un delito de derecho internacional podría constituir un obstáculo mayor en la concesión de una extradición. El Convenio de Dublín, por su lado, otorga prioridad, a efectos de determinar la prescripción, a las normas del Estado requirente - salvo que el Estado requerido sea competente para conocer de los hechos que motivan la solicitud de extradición de conformidad con su legislación interna.²⁶⁶

Un reciente pronunciamiento de la justicia española puede ilustrar el alcance de la prescripción. En 2007, la justicia Argentina solicitó a España la extradición de la antigua presidenta María Estela Martínez de Perón por su supuesta responsabilidad penal individual en detenciones ilegales y desapariciones cometidas por fuerzas paramilitares entre 1974 y 1976. La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó la extradición al considerar que – apartándose de la calificación legal que

²⁶³ Artículo 4.5 de la LEP. Ver artículos 8 (litispendencia) y 9 ("definitivamente sentenciada") CEEX.

²⁶⁴ Artículo 12.1 a) Ley Euro-orden establece que se "denegará" cuando la persona reclamada "ha sido juzgada definitivamente", siempre que en caso de condena la sanción haya sido ejecutada o en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena. En el apartado 2º, letras b), c), d) y e) del artículo 12 se establecen supuestos en los que España "podrá" denegar la ejecución.

²⁶⁵ Artículo 4(4) de la LEP. Ver asimismo artículo 12(2) (i) de la Ley Euro-orden.

²⁶⁶ Artículo 8 del Convenio de Dublín.

contenía el pedido de extradición - los delitos que se le imputaban no eran delitos de lesa humanidad y, por tanto, se hallaban prescritos.²⁶⁷ (ver secciones 4.3.2 y 6.3, *supra*).

Como se ha explicado anteriormente, sea porque la legislación española no contempla la desaparición forzada de personas como un delito autónomo de derecho internacional al que le son aplicables ciertas consecuencias, como es el caso de la imprescriptibilidad, sea porque la legislación española permite en ciertos casos la prescripción de la acción penal correspondiente a delitos comunes graves, el caso es que estas situaciones de impunidad no deberían hallar cabida en España. Aunque la organización no tiene parecer alguno sobre la presunta responsabilidad penal de la ex presidenta de Argentina por los crímenes que se le imputan, nada debería obstar a que tuviera lugar un proceso penal donde se dilucidara la verdad de los hechos.

7.1.2.9. Amnistías, indultos y otras medidas de impunidad similares

La Ley Euro-orden establece como una causa de denegación de la misma que la persona reclamada hubiera sido indultada en España de la pena impuesta por los mismos hechos en que se basa la Euro-orden y el delito fuera perseguible por la jurisdicción española.²⁶⁸ No obstante, la Ley Euro-orden prevé que si la persona requerida gozase de inmunidad en España, la autoridad judicial del Estado Miembro competente para ejecutar la Euro-orden solicitará la retirada de dicho privilegio.²⁶⁹ Ni la Decisión Marco ni la Ley Euro-orden distinguen entre que tipos de delitos dan lugar a la retirada de la inmunidad, por lo que dicha posibilidad podría abarcar a todos los delitos, incluyendo los crímenes o delitos de derecho internacional.

A este respecto, la legislación española debería prohibir la concesión de amnistías, indultos u otras medidas de similares efectos que puedan impedir una extradición solicitada por otro Estado a los fines de la celebración de procesos judiciales sobre crímenes o delitos de derecho internacional.

²⁶⁷ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, auto nº7/2008, de 28 de abril de 2008 ("Quinto... Llegados a este punto, estamos en condiciones de decir que, admitiendo que esa cooperación que se atribuye a la reclamada fuera constitutiva de algún tipo de delito, desde luego no sería de uno de Lesa Humanidad, sino, todo lo más de uno de asociación ilícita, que, si entendiéramos que es en su modalidad de banda armada y aún en el supuesto de que la considerásemos promotora o directora de la misma y no simple integrante o miembro activo (circunstancias de máxima agravación para este tipo de delito), conforme a los art. 173 y 174 del Código Penal de 1973, redactados según la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, le correspondería una pena de prisión mayor en su grado máximo (hasta 12 años), delito que, conforme el art. 113 del mismo texto legal, prescribe a los 10 años, los cuales, contados desde julio de 1989, fecha del segundo archivo de la causa por el fallecimiento de José López Rega, han transcurrido sobradamente hasta enero de 2007").

²⁶⁸ Artículo 12(1) c) de la Ley Euro-orden. Ver asimismo, sección 7.1.2.8, *supra*.

²⁶⁹ Artículo 20 Decisión Marco y artículo 29(1) de la Ley Euro-orden. Y en tanto se resuelve sobre la retirada de la inmunidad, la autoridad judicial de ejecución adoptará las medidas cautelares necesarias para garantizar una entrega efectiva (artículo 29(2)).

7.1.3. Salvaguardias para la protección de los derechos humanos

7.1.3.1. Juicio justo

La legislación española autoriza a denegar la solicitud de extradición “si se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones”.²⁷⁰ Tampoco se concederá la extradición cuando la persona reclamada deba ser juzgada por un Tribunal de excepción.²⁷¹

Asimismo, con acierto, la LEP establece que si la solicitud de extradición se basa en una sentencia dictada en rebeldía de la persona reclamada, solamente se concederá la misma si la Representación Diplomática del Estado requirente en España ofrece garantías suficientes de que dicha persona será sometida a nuevo juicio con todas las garantías necesarias para su defensa.²⁷² Por el contrario, no se concederá la extradición cuando el Estado requirente no de las garantías exigidas al respecto.²⁷³

7.1.3.2. Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes

España no concederá la extradición cuando el Estado requirente no de garantías de que la persona reclamada no será sometida a penas que atenten contra su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.²⁷⁴

Amnistía Internacional se opone al uso de “garantías diplomáticas” y ha expresado su preocupación porque las mismas han demostrado ser muy poco fiables y prácticamente imposibles de hacerse cumplir. Sobre todo, las garantías diplomáticas deberían rechazarse en circunstancias en que se pueda poner en peligro la prohibición internacional de la tortura y otros malos tratos. Amnistía Internacional recuerda que este tipo de garantías no exime a los Estados de las obligaciones que tienen contraídas en virtud del derecho internacional, en concreto, de la obligación absoluta e incondicional de no entregar a ninguna persona a un país en el que corra el riesgo de ser sometida a tortura o malos tratos (el principio de no devolución, conocido como *non-refoulement* previsto por el artículo 3 de la Convención contra la Tortura).²⁷⁵

²⁷⁰ Artículo 5(1) de la LEP. Ver asimismo, artículo 3(2) del CEEX.

²⁷¹ Artículo 4(5) de la LEP en relación con el Artículo 117(6) de la Constitución española.

²⁷² Artículo 2(3) de la LEP y artículo 3 del Segundo Protocolo Adicional al CEEX.

²⁷³ Artículo 4(7) de la LEP.

²⁷⁴ Artículo 4(6) de la LEP.

²⁷⁵ Asimismo, varios mecanismos de protección de los derechos humanos internacionales y regionales también se han posicionado en contra del uso de las garantías diplomáticas (por ejemplo, entre otros, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la Tortura, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa). Ver, Amnistía Internacional. Destinos Inconfesables, Obligaciones Incumplidas. España en la “guerra contra el terror”. Octubre 2008.

La Ley Euro-orden igualmente exige una serie de garantías cuando el delito en que se base la misma esté castigado con una pena privativa de libertad a perpetuidad. Así, la ejecución de la Euro-orden estará sujeta a la condición de que el Estado de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta, o la aplicación de medidas de clemencia, con vistas a la no ejecución de la pena.²⁷⁶

7.1.3.3. Pena de muerte

La Constitución española estableció la abolición de la pena de muerte, "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".²⁷⁷ No obstante, en 1995, con la aprobación de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, la pena de muerte en tiempo de guerra quedó suprimida también. Se completó así la abolición absoluta de la pena capital.²⁷⁸

De conformidad con este mandato constitucional, España tampoco concederá la extradición cuando el Estado requirente no de garantías de que la persona reclamada no será ejecutada.²⁷⁹ No obstante, la LEP no hace referencia alguna a la posibilidad de denegar la extradición en el caso de que el Estado requirente pudiera limitarse solamente a imponer la pena de muerte, sin ejecutarla. La LEP debería contemplar este extremo.

7.1.3.4. Razones humanitarias

La LEP no dice nada al respecto de forma expresa. La Ley Euro-orden establece que, excepcionalmente, se podrá suspender provisionalmente la entrega de la persona reclamada por motivos humanitarios graves, si bien ésta se llevará a cabo una vez que dichos motivos dejen de existir.²⁸⁰

7.1.3.5. Principio de especialidad

La legislación española establece que el Estado requirente ha de limitarse a perseguir o castigar el delito concreto por el que se ha concedido la extradición y, por tanto, la persona extraditada solo puede ser enjuiciada o condenada por los mismos hechos por los que se solicitó y concedió la extradición, sin que el enjuiciamiento pueda extenderse a hechos anteriores o distintos.²⁸¹

Sin embargo, existen dos excepciones a dicho principio de especialidad: (i) que el Estado requerido se muestre favorable y consienta, en cuyo caso se presentará una

²⁷⁶ Artículo 11(1) de la Ley Euro-orden.

²⁷⁷ Artículo 15 de la Constitución española.

²⁷⁸ Ver La pena de muerte y su abolición en España, Amnistía Internacional (ed.), 1995.

²⁷⁹ Artículo 4(6) de la LEP.

²⁸⁰ Artículo 20(3) de la Ley Euro-orden.

²⁸¹ Artículo 21 de la LEP, artículo 14(1) CEEX y artículo 24 de la Ley Euro-orden.

solicitud de autorización ampliatoria de la extradición concedida; y (ii) el consentimiento de la persona reclamada.

7.2. COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La efectividad de la jurisdicción universal y de otras formas de extraterritorialidad depende en gran medida de la cooperación judicial entre los Estados. Así, la obligación de cooperar resulta como corolario necesario de la obligación que el derecho internacional impone a los Estados de investigar y perseguir crímenes o delitos de derecho internacional.

Los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad de las Naciones Unidas consagran este deber al establecer que “[l]os Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir” tales delitos, tomando todas las medidas internas e internacionales necesarias a este fin; así como que los Estados “se prestarán mutua ayuda a los efectos de la identificación, detención y enjuiciamiento”, “cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición” y “cooperarán mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento” de los presuntos responsables.²⁸²

Los Estatutos de los Tribunales internacionales también contienen disposiciones sobre la cooperación judicial.²⁸³ Disposiciones que además se han incorporado en la legislación española a través de las correspondientes leyes de cooperación con dichos tribunales.²⁸⁴ Estas disposiciones son además completadas por los tratados multilaterales y bilaterales en materia de cooperación y asistencia judicial suscritos por España. Este marco normativo contiene, entre otras, medidas específicas en cuanto a la recuperación de bienes o activos, utilización de nuevas tecnologías para la toma de declaraciones (videoconferencia) o para la comunicación entre las autoridades centrales de los Estados (correo electrónico seguro).

7.2.1 Dificultades y desafíos en materia de asistencia judicial mutua

Entre los mayores problemas para una eficaz cooperación judicial internacional se pueden mencionar la ya referida injerencia o control por parte del ejecutivo (ver secciones 6.9 y 7.1.2.1 *supra*) y la falta de voluntad política de varios Estados de llevar a cabo la

²⁸² Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, artículos 3 a 6. Ver asimismo, Principios de Naciones Unidas de 1989 (Ejecuciones Extrajudiciales), resolución 1989/65, de 24 de mayo, artículo 18 y Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, A/RES/61/177, artículo 13.2

²⁸³ Arts. 86 a 102 del Estatuto de Roma, art.29 del Estatuto del TPIY y art. 28 del Estatuto del TPIR.

²⁸⁴ Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la Ex Yugoslavia; Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el TPIR y; Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

cooperación convenida en tratados de extradición, como ha sido el caso – notorio – en el asunto *Guatemala*.²⁸⁵

Ante estas dificultades, los Tribunales españoles que quieren hacer valer la jurisdicción universal en la lucha contra la impunidad se han visto abocados a recurrir o adoptar medidas innovadoras para vencer la falta de voluntad política y apoyo de los Estados. Así, por ejemplo, cabe recordar el auto dictado por el titular del Juzgado Central de Instrucción número 5, en 1997, en respuesta a la devolución por parte de las autoridades argentinas de una comisión rogatoria sin cumplimentar - desoyendo las previsiones del Tratado bilateral de cooperación judicial entre Argentina y España. El juez instructor tuvo que solicitar al Gobierno español que adoptase medidas en función del incumplimiento del dicho Tratado, expidiendo nuevas Comisiones Rogatorias.²⁸⁶ Otro ejemplo, ha sido la reacción del magistrado-juez central número 1 ante la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que dejó sin efecto las solicitudes de extradición emitidas por España. Mediante auto de 16 de enero de 2008, el Juzgado Central ofreció a las víctimas, perjudicados y testigos la posibilidad de seguir aportando información y testimonios para su incorporación a la causa.²⁸⁷

7.2.2. Impacto

A pesar de los obstáculos anteriormente descritos, es necesario recordar las consecuencias y el impacto que ha tenido el ejercicio de la jurisdicción universal a través de los mecanismo de los que se vale, sobre los presuntos responsables de delitos graves de derecho internacional. Así, por ejemplo, las restricciones a la libertad de movimiento (casos *Pinochet*, *Ruanda* e Israel), la cancelación de viajes, la congelación de fondos y la posibilidad de dar voz a las víctimas. Asimismo, la existencia de sistemas de información ágiles y la existencia de la Euro-orden en el ámbito europeo han hecho factible el arresto Jean Pierre Bemba, el 24 de mayo de 2008, en cumplimiento de una orden de detención y entrega emitida por la Corte Penal Internacional.

Amnistía Internacional insta a las autoridades españolas a que en los convenios de extradición que pudiera suscribir en el futuro se haga siempre referencia expresa a las obligaciones derivadas del derecho internacional, de forma tal que sus disposiciones sean vinculantes. Igualmente recomienda que los mismos prevean garantías en materia de protección de datos, el establecimiento de procedimientos ágiles y eficaces de entrega,

²⁸⁵ Juzgado Central de Instrucción No.1, auto de 16 de enero de 2008, d. previas ("En el curso de la investigación de los delitos (genocidio, torturas, asesinatos...) se ha solicitado por parte del Reino de España de las autoridades guatemaltecas la colaboración judicial procedente a través de las oportunas comisiones rogatorias. Ni una sola de ellas se ha cumplimentado, pese a los múltiples intentos por parte de España para ello; demostrándose, por parte del Estado guatemalteco, una clara actitud dilatoria en su cumplimentación, no sólo por la tardanza en su tramitación, sino por "problemas" de firma, apostilla, recursos de los imputados... Es más, una simple toma de declaración de testigos que se solicitó ha sido dilatada continuamente, haciendo incluso desplazarse a la comisión judicial española a *Guatemala*, para que una vez allí se suspendieran sine die las declaraciones.").

²⁸⁶ Juzgado Central de Instrucción número 5, dil. previas 108/98-L, auto de 26 de febrero de 1997.

²⁸⁷ Juzgado Central de Instrucción núm.1, Dil. previas 331/1999, auto de 16 de enero de 2008.

sin merma de garantías, que contengan cláusulas de jurisdicción universal y otros principios de extraterritorialidad y medidas concretas para facilitar el auxilio judicial.

8. UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACIÓN

A pesar del llamamiento hecho en el marco del Consejo de la Unión Europea a los Estados Miembros sobre la necesidad de crear "unidades especializadas, en el marco de sus órganos policiales y judiciales, responsables de investigar y, en su caso, enjuiciar" delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, España carece de tales órganos.²⁸⁸ Los abogados españoles que trabajan en casos de jurisdicción universal han manifestado su apoyo a la creación de fiscales especializados para la investigación de este tipo de casos. La existencia de tales unidades sin duda alguna fortalecería la eficaz persecución de los delitos graves de derecho internacional. Sin embargo, cabe apuntar como un logro la reciente designación del primer Fiscal Coordinador, en la Audiencia Nacional, para todos los casos de jurisdicción universal. Las unidades especializadas en temas de delitos de derecho internacional existen ya en varios países, como Canadá, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Noruega y Suecia.

9. CASOS

Tras 10 años desde que se presentaran las primeras denuncias en España, ni han supuesto un desbordamiento en la capacidad de la Audiencia Nacional ni han dado lugar a una avalancha de casos basados en el principio de jurisdicción universal. Todo ello evidencia lo infundado de los temores o necesidad de limitar la regulación actual de este instrumento valiosísimo en la lucha contra la impunidad. La opción entre Justicia o impunidad dependerá de cómo el poder judicial aplique el mecanismo de la jurisdicción universal así como de la voluntad del ejecutivo de no obstaculizar el pleno y eficaz ejercicio del principio de jurisdicción universal.

Hasta donde llega el conocimiento de Amnistía Internacional se han iniciado 17 causas judiciales basadas en jurisdicción universal. De ellas, seis querellas o denuncias no han sido admitidas a trámite (Fujimori (Perú), Colombia, Castro (Cuba), Obiang (Guinea Ecuatorial), Hassan II (Marruecos), Atenco (México)); once si han sido admitidas, sea en instrucción o con auto de procesamiento (Chile (*Pinochet* y otros), Argentina (extradición 40 personas), Cavallo, *Guatemala*, *Tibet*, *Falun Gong*, *Sáhara*, *Couso*, *Ruanda*, campos de concentración nazis, Palestina/Israel) y finalmente una sola ha alcanzado juicio oral y sentencia (*Scilingo*).

²⁸⁸ La Audiencia Nacional sí cuenta con unidades policiales adscritas a la misma si bien no están especializadas en la investigación y persecución de los delitos que nos ocupan.

10. RECOMENDACIONES

Por todo lo expuesto en el presente documento Amnistía Internacional formula las siguientes recomendaciones a las autoridades españolas.

Al Gobierno español

- Que adopte todas las medidas necesarias para que los tribunales de justicia puedan ejercer la jurisdicción universal, así como otras formas de jurisdicción extraterritorial, sobre todo crimen o delito de derecho internacional;
- Que las eximentes de responsabilidad penal reconocidas por la legislación española para los delitos o crímenes de derecho internacional no sean más amplias que aquellas permitidas por el derecho internacional consuetudinario;
- Que las inmunidades consagradas por la legislación española reconozcan como excepción los crímenes o delitos de derecho internacional;
- Que adopte las medidas necesarias para que aquellas sentencias dictadas en el extranjero que constituyan una burla o una simulación del ejercicio jurisdiccional con relación a graves violaciones a los derechos humanos puedan ser revisadas por la autoridad judicial española;
- Que se haga extensiva la prohibición de la prescripción a los actos de tortura, desaparición forzada de personas y ejecuciones extralegales, aún cuando los mismos – por las modalidades de su comisión – no alcancen la calificación de crímenes de lesa humanidad;
- Que se reconozca la imprescriptibilidad de la acción civil para la reparación que corresponda a todo delito que tenga a su vez reconocido el carácter de imprescriptible;
- Que se deroguen los apartados 2 y 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional;
- Que no se adhiera a la Convención sobre Inmunidades Jurisdiccionales y de los Bienes de los Estados, hasta que dicho instrumento no cuente con un protocolo adicional conteniendo excepciones en caso de violaciones a los derechos humanos;
- Que garantice que todo delito o crimen de derecho internacional y toda conducta reconocida como prohibida por el derecho internacional consuetudinario se halle tipificada y sancionada de conformidad con su gravedad en la legislación española. En especial:

- Se tipificará la tortura, la desaparición forzada de personas y las ejecuciones extralegales como crímenes o delitos de derecho internacional, de conformidad con las exigencias contenidas en los instrumentos convencionales o declarativos que los definen;
- Se tipificarán todos los crímenes de naturaleza sexual definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, según corresponda. Se hará lo propio con el delito de exterminio; y la prohibición del reclutamiento o alistamiento de menores de 18 años en las fuerzas armadas, como crimen de guerra;
- Que establezca una unidad especializada para la investigación y persecución de crímenes o delitos de derecho internacional, en el marco de sus instituciones policiales y judiciales;

Al Congreso

- Que en relación con todas aquellas recomendaciones al Gobierno que implican reformas legislativas, las promueva con prontitud y en los términos expresados en el presente documento;
- Que ejerza el correspondiente y debido control sobre el Gobierno en relación a posibles injerencias políticas en las actuaciones judiciales;
- Que apruebe con prontitud e incorpore en el derecho interno las siguientes convenciones internacionales:
 - Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas;
 - Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad;
 - Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional;
 - El Protocolo 7 del Convenio europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales;

Al Poder Judicial

- Que aplique directamente las normas de derecho internacional que sean vinculantes para España, aún sin mediar norma interna que incorpore materialmente las mismas;

- Que interprete la LOPJ de manera compatible con las obligaciones que tiene España de conformidad con el derecho internacional, de modo tal que el principio de jurisdicción universal allí consagrado no sea desvirtuado;
- Que ejercite su jurisdicción de manera imparcial e independiente, sin conceder privilegios e inmunidades a persona alguna fundado en su posición o cargo oficial, así como que no aplique eximentes de responsabilidad incompatibles con el derecho internacional cuando se trate de crímenes o delitos de derecho internacional;
- Que no aplique la excepción de cosa juzgada cuando tenga elementos de juicio para considerar que el sistema judicial de un Estado extranjero no ha celebrado el proceso de forma imparcial o independiente o si las actuaciones realizadas han tenido por objeto sustraer al acusado de su responsabilidad penal individual;

Al Ministerio Público

- Que actúe de oficio para la investigación y persecución de crímenes o delitos graves de derecho internacional;
- Que no se oponga de principio a los procesos basados en el ejercicio de la jurisdicción universal, a menos que fuera patente que el caso es infundado.