

**LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES
POR LOS TRIBUNALES ESTATALES: EL PRINCIPIO DE
UNIVERSALIDAD**

ANTONIO REMIRO BROTONS*

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo responde sustancialmente al Capítulo XXX (párrafo CLII) de la obra *Derecho Internacional*, de la que es autor principal, objeto de una nueva edición en 2007 (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia).

Los crímenes frente a los jueces estatales

Los crímenes de Derecho Internacional (agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) responden a tipos que cabe entender consolidados en la actualidad. El punto puede ser debatido por lo que se refiere a la agresión, pero tratándose de los otros cabe afirmar que la Comisión de Derecho Internacional, al elaborar un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996, arts. 16-18 y 20), y la Conferencia de Roma, al adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998, arts. 5-10) y, luego, al perfilar los elementos del crimen, realizaron un extraordinario trabajo de codificación y desarrollo normativo que ha acabado inspirando la acción legislativa en numerosos países cuyos tipos criminales se han adaptado a los del Estatuto, materialmente o por referencia.

Después de instruir la acción legislativa, las normas internacionales permanecen como parámetros de interpretación de los tipos penales y facilitan la aplicación del principio de equivalencia entre los tipos incorporados por los diferentes ordenamientos estatales. Sólo así cabe, por ej., sostener la condena en España de A. F. Scilingo como autor de un delito de lesa humanidad en Argentina (Audiencia Nacional, s. num. 16/2005). El delito de lesa humanidad se tipifica como tal en el Derecho español en el art. 607 bis del CP que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 y no figura mencionado expresamente entre los susceptibles de persecución universal por el art. 23.4 de la LOPJ (1985). La imputación original había sido por genocidio (delito sí incluido en la relación del art. 23.4), que la Audiencia descarta por estimar que, una vez tipificado el delito de lesa humanidad, el genocidio “queda reducido ahora a situaciones muy específicas que estima el Tribunal que no se dan en el presente caso”. La Audiencia Nacional explica que con anterioridad había que acudir a “una interpretación amplia del delito de genocidio” para paliar la inexistencia de una tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento español, “ajustando el concepto técnico primitivo superrestringido que se contenía en la Convención sobre Genocidio a la evolución que se había producido posteriormente en el seno de la sociedad internacional”. Desde el punto de vista de la persecución universal cabe estimar que los crímenes contra la humanidad, una vez tipificados en el Derecho español y siendo España parte además en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, no han de ser ahora de peor condición que cuando se subsumían en una interpretación amplia del genocidio o acudiendo a los tipos del terrorismo y las torturas. La asunción del principio de persecución universal por el Tribunal Constitucional es lo suficientemente enfática para considerar que no ha de endosar posturas muy formalistas cuando está en juego la defensa de valores fundamentales de la humanidad. Hasta aquí la Audiencia Nacional. No obstante, no parece plausible que el legislador haya asumido la modificación del art. 23.4 de la LOPJ en julio de 2005, para someter al principio de persecución universal los delitos relativos a “la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España” (LO 3/2005) y no se haya hecho otro tanto con los crímenes de lesa humanidad.

A. REMIRO BROTONS

Que los jueces del Estado en que se ha cometido el crimen gozan de competencia es indudable. El principio de territorialidad lo avala. El *locus delicti* es la conexión más natural de la jurisdicción penal. Tampoco se discute la competencia de los jueces del país de nacionalidad o residencia de los sujetos presuntamente responsables (basada en el principio de personalidad activa) y también cuenta con adeptos, aunque es más discutida, la competencia de los jueces del país de nacionalidad o residencia habitual de las víctimas (basada en el principio de personalidad pasiva).

Sin embargo, si lo que se plantea es la competencia de los jueces de un Estado cuando los hechos se han producido en el extranjero y los sujetos implicados, activos o pasivos, carecen de conexión con el foro la respuesta no es pacífica. Con otras palabras, ¿es conforme con el Derecho Internacional en vigor una competencia fundada en el principio de persecución universal? Antes de dar una respuesta conviene distinguir este principio de la regla *aut dedere aut iudicare* con la que, en ocasiones, se confunde.

La regla ‘aut dedere aut iudicare’

Si el Estatuto de la Corte Penal Internacional parte de la complementariedad de la Corte con los jueces estatales (v. supra) el curso de la cooperación internacional en este ámbito se ha orientado en el sentido de obligar a los Estados a afirmar y ejercer su jurisdicción cuando en ellos se concreta una conexión territorial o personal con el crimen (v., por ej, Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984, art. 5.1).

Avanzando en esta línea los tratados internacionales han llegado a forzar al juez del lugar en que el presunto responsable del crimen ha sido detenido -el *iudex apprehensionis*- a administrar por sí mismo justicia en el caso de que, por una u otra razón, rehúse la extradición solicitada por uno de los países cuya competencia se considera obligatoria (Convenio contra la Tortura..., 1984, art. 5.2).

Esta regla *aut dedere aut iudicare* (*aut punire* decía Grocio en tiempos menos atentos a la presunción de inocencia) –entregar o juzgar- está hoy tan generalizada que la Comisión de Derecho Internacional la ha incluido (2005) en su programa de trabajo; pero no debe confundirse con el principio de jurisdicción universal.

La regla *aut dedere*...parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen, por ser el lugar de comisión de los hechos, o de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa, de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado, al que solicita la extradición.

Para evitar la impunidad en estos casos se ha tejido una tupida red de tratados en que las partes se obligan a perseguir en el foro a las personas reclamadas por otro Estado cuya extradición, por una u otra causa, no se conceda (principio de

sustitución). Se trata, pues, de garantizar la universalidad en la represión dentro de un marco de jurisdicción no universal. La consecuencia es que si no hay petición de extradición (o si se deniega a un solicitante cuya competencia no es según el mismo tratado obligatoria) no hay obligación de juzgar.

Sobre esta base cabría proponer que si la práctica convencional relativa a la regla *aut dedere...* hubiese originado ya una norma general, el *iudex apprehensionis* de un presunto responsable de genocidio o de crímenes contra la Humanidad estaría obligado en todo caso, incluso a falta de tratados, a aplicarla.

En este sentido cabe interpretar el art. 9 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), que codifica la regla *aut dedere aut iudicare*.

Dicho esto, ¿qué hay del principio de universalidad, de la competencia universal sobre crímenes internacionales?

La competencia universal, un principio facultativo

Lo primero que cabe afirmar es que no existe, por ahora, una norma internacional general que obligue a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal a sus leyes.

Sólo en este sentido es útil el debate sobre el art. 6 de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio (1948) y sus trabajos preparatorios. Las iniciativas para incorporar el principio de persecución universal fracasaron; pero la mención de los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido como alternativa a una eventual corte penal internacional (que no llegó entonces a constituirse) no confirió al *iudex loci delicti commissi* una competencia exclusiva, sino sólo una competencia obligatoria, concurrente con la otros países que, atendiendo a otras conexiones o incorporando el principio de persecución universal a sus leyes en ejercicio discrecional de su soberanía, afirmen su competencia sobre el crimen.

Más recientemente, el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) parece sugerir (art. 8) un desarrollo progresivo del Derecho Internacional en cuya virtud se impondría a los Estados la asunción del principio de persecución universal. Pero sería excesivo afirmar que los Estados están ya obligados por una norma imperativa (*ius cogens*) a hacer tal cosa y cabe también interpretar la regla propuesta –si atendemos al comentario de la misma Comisión de Derecho Internacional– como una expresión de la facultad que se reconoce a los Estados para ejercer su jurisdicción sobre los presuntos responsables de crímenes internacionales que se hallen en su territorio “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores” (*iudex apprehensionis*).

A. REMIRO BROTONS

Con la misma rotundidad debe decirse que tampoco existe norma internacional general que prohíba a los Estados incorporar el principio de jurisdicción universal a sus leyes en relación con los más graves crímenes internacionales, al menos mediando determinadas circunstancias.

En *Prosecutor c. Anto Furundzija* (1998) el TPIY afirma: “A nivel individual, esto es, de responsabilidad penal, parecería que una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* atribuido por la comunidad internacional a la prohibición de la tortura es la de que cualquier Estado puede investigar, perseguir y castigar o extraditar a individuos acusados de tortura que se encuentran en un territorio bajo su jurisdicción”.

Con otras palabras, los Estados, en el estado actual del Derecho Internacional, estarían facultados para fundar en dicho principio la competencia de sus jueces en relación con estos crímenes cuando los presuntos responsables se encuentran en su territorio. Si y en que medida lo hagan dependerá de sus políticas al respecto, determinadas, *inter alia*, por la relevancia que concedan a la protección de los derechos humanos y la incidencia que la persecución de los crímenes sobre la base del principio de universalidad pueda tener en sus objetivos de política exterior.

Partiendo de esta facultad los Estados pueden obligarse mediante tratados a ejercerla y ese es el caso que puede predicarse respecto de los crímenes de guerra, pues los Convenios de Ginebra (1949) y los Protocolos (1977) implican la obligación de los Estados partes de juzgar a los presuntos criminales arrestados en un territorio bajo su jurisdicción, con independencia del lugar de comisión de los hechos, de las circunstancias personales de los implicados y de la existencia o no de una demanda de extradición (I, arts. 49/50; II, 50/51; III, 129/130; IV, 146/147; Protocolo I, 85).

Una forma de avanzar sería extender mediante tratados la jurisdicción del *iudex apprehensionis* a otros crímenes internacionales.

Pero, por ahora, lo que revela la práctica de los tratados, es una liberal y un tanto ambigua aceptación de cualquier otra jurisdicción ejercida de conformidad con las leyes nacionales (v., por ej., Convenio contra la Tortura, 1984, art. 5.3), entre las que no faltan las que (Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Suecia...) han hecho suyo, en mayor o menor medida, el principio de jurisdicción universal, legitimado por la defensa descentralizada de intereses y valores de la comunidad internacional en su conjunto, y no puramente estatales o particulares.

El principio de jurisdicción universal ¿es incompatible con la soberanía territorial y la igualdad soberana de los Estados?

Mientras la persecución universal se puso al servicio de los raros casos (*Attorney General of Israel v. Eichmann*, 1962, *Demjanjuk v. Petrovsky*, 1985) en que se daba caza a responsables de los campos de exterminio nazis, no se

PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES...

levantó la voz; pero una vez que, en la década de los noventa, estas leyes estatales han comenzado a ser seriamente aplicadas, urgidas sobre todo por ONG humanitarias que pasaban las cuentas de los viejos atropellos de las juntas militares y de los tiranos latinoamericanos, o de las tragedias más recientes, de los Balcanes a Ruanda y la región de los Grandes Lagos, el principio de jurisdicción universal ha sido puesto en entredicho por algunos gobiernos, conspicuos políticos y fabricantes más o menos interesados de opinión.

La primera llamada a rebato provino de Chile con ocasión del arresto en Londres del general Pinochet al efecto de su extradición a España (1998). Allí, el ministro de Relaciones Exteriores Insulza, socialista y exiliado durante años, afirmaba el carácter abusivo del ejercicio de la jurisdicción española, incompatible con el principio de soberanía territorial e igualdad soberana de los Estados.

En carta dirigida al Secretario General de Naciones Unidas el Canciller Insulza denuncia “una situación que importa un desconocimiento del Derecho Internacional en vigor y de los Propósitos y Principios de la Carta”, acusa a los jueces de otros países de arrogarse “una competencia que el Derecho Internacional no les ha conferido” y movido “únicamente” -afirma- por “la necesidad de defender ciertos principios básicos de Derecho Internacional”, sostiene que “la tendencia hacia la universalización de la justicia y los derechos humanos...no puede llevarse adelante en detrimento de la soberanía de los Estados y su igualdad jurídica”, advirtiendo que “de vulnerarse esos principios con acciones unilaterales, la universalidad de la jurisdicción penal se convertiría en un factor de anarquía internacional...” y proclamando que “la intervención de terceros Estados en asuntos de orden judicial que corresponde conocer al Estado en cuyo territorio se cometió el delito, importa un quebrantamiento del principio de la igualdad soberana de los Estados que consagra el art. 2.1 de la Carta”. No obstante, la anunciada defensa de esos principios en sede judicial, ante la Corte Internacional de Justicia, quedó en nada una vez que los obsequiosos médicos del Ministerio del Interior británico dictaminaron la mala salud de Pinochet y el titular de la cartera, Jack Straw, dejó volar al general.

El papel que el gobierno chileno abandonó fue pronto asumido por el de la República Democrática del Congo, que demandó a Bélgica ante la Corte Internacional de Justicia a cuenta de la Orden de arresto de 11 de abril de 2000 circulada por un juez de instrucción belga contra el ministro de relaciones exteriores del Congo, M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, a fines de extradición por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra presuntamente cometidos antes de ocupar el cargo.

Este asunto condujo finalmente a la condena de Bélgica, pero no con base en la falta de jurisdicción -argumento abandonado por el demandante- sino por la inmunidad de los agentes de un Estado extranjero en activo en el momento de la interposición de la demanda (v. infra).

A. REMIRO BROTONS

Qué habría decidido la Corte, caso de haber mantenido el gobierno congoleño su discurso inicial puede ser materia de especulación, pues algunos de los jueces expresaron sus puntos de vista en opiniones individuales y disidentes. Algunas (Guillaume, Ranjeva, Rezek) fueron negativas al principio de jurisdicción universal; pero otras (Higgins, Kooijmans y Buergenthal en una op. conjunta, Koroma en una op. ind., Al-Kashawneh, al menos implícitamente, en una op. dis. y la también disidente juez ad hoc Van den Wyngaert) fueron favorables al principio.

En el momento actual, la Corte cuenta con una nueva oportunidad de pronunciarse si llega a término la demanda interpuesta en 2003 contra Francia por el otro Congo (la República del Congo o Congo-Brazzaville) sobre Ciertos procedimientos penales iniciados en Francia.

En el plano de la doctrina colectiva existen señeros pronunciamientos a favor del principio de jurisdicción universal, ya desde los tiempos del *Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime* desarrollado en 1935 por el *Harvard Research in International Law*, que lo vinculaba a la presencia del presunto culpable en un territorio bajo la jurisdicción del Estado (art. 10).

De endosarse esta posición, quedaría descalificada la persecución de presuntos criminales en países sin conexión territorial ni personal con los hechos a menos que estuvieran físicamente a disposición de los jueces locales. Así, la pretensión de los jueces españoles de someter a juicio a Pinochet hubiera sido, por poner un ejemplo, internacionalmente ilícita, en la medida en que Pinochet no se encontraba en España al admitirse a trámite la demanda.

Esta limitación traería, como consecuencia inmediata, que la autoridad competente del país en que hubiese sido arrestado el presunto criminal -en el caso citado Gran Bretaña - no podría conceder la extradición del sujeto a otro país que invocara un fundamento jurisdiccional internacionalmente ilícito, una conclusión que parece poco satisfactoria cuando, además, las autoridades del país de arresto no están dispuestas a administrar justicia por sí mismas.

Realmente, la presencia del inculpado ante el juez que pretende someterlo a juicio no es imprescindible -aunque siempre sea conveniente- para la instrucción del proceso. No se ve, por otro lado, la razón para bloquear la vía de la extradición que ha de permitir esa presencia.

De ahí que con muy buen juicio en los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal (2001), resultado del examen de la legislación por un grupo de académicos y expertos, se sostenga que la presencia del acusado es condición para el ejercicio de la jurisdicción universal, pero se declare al mismo tiempo que con base en esta jurisdicción puede solicitarse la extradición de un presunto responsable (Pp. 1.2 y 1.3).

Asimismo, la Resolución adoptada por el *Institut de Droit International* (sesión de Cracovia, 2005), tras afirmar inequívocamente el fundamento en el

Derecho Internacional consuetudinario de la competencia universal en casos de genocidio, crímenes contra la humanidad, violaciones graves de los Convenios de Ginebra (1949) y del Derecho Internacional humanitario cometidas en un conflicto armado, sea o no internacional (p. 2 y 3.a), deja aparte los actos de instrucción y las demandas de extradición cuando exige la presencia del sospechoso en el territorio (incluidos navíos y aeronaves) del Estado que lo persigue penalmente (p. 3.b).

La práctica, en lo que concierne a asuntos planteados en España, avala estas conclusiones. Así, el debate en el Comité Judicial de la Cámara de los Lores sobre la extradición a España del general Pinochet concluyó en su aceptación, aunque limitando los delitos por los que podía ser juzgado. Tratándose del oficial argentino Ricardo Miguel Cavallo, bajo arresto en México desde agosto de 2000, la justicia mexicana aceptó su extradición a España en junio de 2003.

La conclusión es que la competencia de los jueces estatales con base en el principio de jurisdicción universal mantiene una relación de concurrencia con la de otros jueces fundada en otros principios, el territorial, el de personalidad activa, el de personalidad pasiva...

La concurrencia de la competencia fundada en el principio de universalidad con la competencia fundada en los principios de territorialidad y de personalidad

La concurrencia de jurisdicciones estatales es similar a la que se produce con la Corte Penal Internacional. Los términos en que el Estatuto de la Corte Penal Internacional afronta esta situación (art. 17) son válidos para regular las relaciones entre el juez universal y otros jueces estatales competentes, el territorial en particular.

En España, por ej., la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo (16/2005) observa la utilidad de los criterios del art. 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la hora de determinar si el juez territorial ha ejercido o está ejerciendo una jurisdicción efectiva.

Dentro de esa concurrencia, la posición del juez universal debe entenderse como complementaria, subsidiaria o coadyuvante, no sólo porque lo exige la ley estatal en ocasiones, sino porque lo impone el sentido común y el de la oportunidad en todas ellas.

Los jueces del lugar donde ocurrieron los hechos, más aún si están conectados por nacionalidad o residencia habitual con los implicados, son los jueces naturales de estos crímenes, debiendo dárseles prioridad y un cierto tiempo antes de sacar conclusiones sobre su voluntad, capacidad e independencia de actuación.

En este sentido la Resolución del *Institut de Droit International* citada propone que “el Estado que mantiene arrestado al sospechoso debería, antes de la

A. REMIRO BROTONS

apertura de un procedimiento fundado en la competencia universal, solicitar del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o del Estado de la nacionalidad de la persona concernida, si está dispuesto a perseguir a esa persona, a menos que tales Estados no tengan manifiestamente la voluntad o estén en la incapacidad de hacerlo” (p.3.c). Asimismo, añade la Resolución, “en la medida en que se funde únicamente en la competencia universal, el Estado que mantiene detenido a un sospechoso debería considerar con toda la atención requerida, en su caso, la aceptación de una demanda de extradición que le haya dirigido un Estado con una conexión significativa, como la territorialidad o la nacionalidad, con el crimen, el sospechoso o la víctima, siempre que dicho Estado sea claramente capaz y tenga la voluntad de perseguirlo” (p. 3.d).

Obviamente, la voluntad, capacidad e independencia de los jueces se presumen seriamente comprometidas cuando los criminales son eslabones del establecimiento político y de los poderes fácticos de un Estado o cuando, en procesos de transición hacia un régimen democrático, los pilotos del cambio pretenden sustituir la justicia por el mero enunciado de la verdad histórica, amnistiando a los culpables.

Se ha dicho de estas leyes que son exclusivamente territoriales en el sentido de que el decoro, si no el orden público internacional, debe conducir a desconocer sus efectos más allá del suelo que pisan quienes las promulgan. Tal vez podría sugerirse algo más contundente, a saber, que la promulgación de tales leyes, al ofrecer cobertura a responsables de crímenes muy graves según el Derecho Internacional, constituye en sí misma un ilícito internacional, por su incompatibilidad con la norma imperativa que obliga a su persecución.

Ciertamente, cuando el parámetro de razonabilidad que ha de regir la actuación de los jueces falla, tal vez nos encontramos ante un espécimen inquietante del judicial *star system*, el juez mediático que se mueve entre el fervor de las ONG más radicales para servir su propia causa y la de una justicia como instrumento del manejo de la opinión pública. La oposición al principio de jurisdicción universal congrega, por otro lado, a una feligresía relativamente numerosa en la que Estados Unidos (para el que, con centenares de miles de soldados en armas más allá de sus fronteras, no hay tribunal extranjero bueno) se da la mano con países en desarrollo que consideran que la aplicación del principio de universalidad no sólo perturba los procesos de transición pacífica a regímenes democráticos que sólo corresponde hacer a los pueblos afectados, sino que es de dirección única Norte-Sur. El ejercicio de jurisdicción sobre la base del principio perturbaría las relaciones bilaterales (entre quien pone los procesados y quien pone los jueces) sin garantizar, finalmente, una administración eficaz de justicia.

Sin desconocer el valor de algunas de estas objeciones, ha de señalarse que la competencia judicial fundada en el principio de universalidad no sólo ha desembocado en la condena y castigo de un buen número de criminales, sino que ha forzado a otros a permanecer enclaustrados en sus guaridas.

PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES...

Asimismo, ha sido un estímulo para que los legisladores territoriales hayan enmendado o derogado leyes de amnistía, de punto final, y los jueces hayan reconsiderado una acomodaticia jurisprudencia, interpretando restrictivamente tales leyes, estimándolas inaplicables o, incluso, anulándolas y declarándolas inconstitucionales, dada la gravedad e imprescriptibilidad de estos crímenes.

Cuando a los criminales sólo cabe perseguirlos acudiendo a un juez con competencia fundada exclusivamente en el principio de jurisdicción universal es el que la situación es francamente mala. Falla la Corte Penal Internacional, que se mueve dentro de límites subjetivos, objetivos y temporales insuperables y puede ser, incluso, detenida por decisiones políticas del C. de S. (v. supra) y fallan, por supuesto, los jueces de los países conectados con el crimen. Cuando son sus agentes los responsables apenas es posible concebir en ellos un poder judicial capaz, dotado, independiente y decidido a actuar.

La reconsideración del principio de jurisdicción universal

Una fuerte presión se ha venido ejerciendo, tanto en el plano interno como en el internacional, a fin de restringir, con medidas legislativas o sobrevenidas exégesis judiciales, el alcance del principio de jurisdicción universal, allí donde ha sido establecido. Lo ocurrido en países como Bélgica o España es ilustrativo.

En 1999, Bélgica se dotó del instrumento legislativo más avanzado del Derecho comparado en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales. La ley de 10 de febrero de 1999 facilitó, en efecto, la persecución del genocidio, de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra afirmando la competencia de los jueces belgas bajo el principio de universalidad, incluso *in absentia*, y rehusando toda suerte de inmunidades en función del cargo.

Cuatro años después, en abril de 2003, una nueva reforma ampliaba el ámbito material de la ley al adaptar los tipos criminales a los del Estatuto de la Corte Penal Internacional y a los previstos en otros tratados en los que Bélgica era parte, pero debía reconducir el alcance de las inmunidades dentro de los límites del Derecho Internacional (sobre los que se había pronunciado la Corte Internacional de Justicia) y, sobre todo -es lo que ahora interesa subrayar- restringía y condicionaba la aplicación del principio de universalidad.

Estaba, desde luego, justificada la regulación de las relaciones de la judicatura belga con la Corte Penal Internacional, a la que se debía brindar siempre la oportunidad de actuar, retomando eventualmente los asuntos sobre los que el Fiscal de la Corte prefiriera inhibirse.

Pero la reforma de abril de 2003 va más lejos al establecer con carácter general un filtro -la requisitoria del Fiscal Federal- en los supuestos en que la jurisdicción se base en el principio de jurisdicción universal *in absentia*.

A. REMIRO BROTONS

Ante una denuncia de esta índole el Fiscal Federal puede rehusar la requisitoria por distintos motivos. Lo más característico de la ley es que “en el interés de una buena administración de la justicia y en el respeto de las obligaciones internacionales de Bélgica” el Fiscal dispone de un poder de apreciación discrecional *in casu* de la capacidad, independencia e imparcialidad de los jueces estatales cuya competencia se funda en una conexión territorial o personal activa, o son los del lugar de un probable arresto del presunto autor del crimen. De sentirse satisfecho el Fiscal Federal rehusará la requisitoria del juez a efectos de instrucción (art.7).

Esta decisiva intervención fiscal no es insólita. Se advierte también en otros países. En Canadá, por ej., cuya justicia fue alérgica, como la de otros miembros de la Commonwealth, a la persecución de los criminales allí refugiados después de la Segunda Guerra Mundial, un procedimiento basado en el principio de universalidad -condicionado en todo caso a la presencia del criminal en Canadá- ha de contar con el consentimiento escrito del *Attorney General* o de su Adjunto (Crimes against Humanity and War Crimes Act 2000, art. 8, b).

Cabe sin embargo preguntarse si acaso el legislador desconfía del buen juicio de los jueces para hacer la evaluación que se encomienda al Fiscal o si la confianza en éste tiene que ver con su proximidad al poder político y su sensibilidad para con las conveniencias de la política exterior.

No en balde, al margen de consideraciones técnicas, la superación de lo que el Ministro belga de Relaciones Exteriores llamó en junio de 2001 los “efectos perversos de la ley (de 1999)”, tuvo que ver con las fuertes presiones políticas y el chantaje (en relación con la sede y las inversiones OTAN) de la Administración Bush. Con otras palabras, si en lugar de apuntar a Sharon y a los otros presuntos responsables israelíes de crímenes en Sabra y Chatila, o a jefes políticos y militares de los Estados Unidos que persiguiendo la evanescente seguridad han traspasado la frontera de la ley internacional, los jueces belgas se hubieran contentado con perseguir y condenar a genocidas ruandeses de clase media y a algunas monjitas descarriadas (v. s. 8 de junio de 2001, por ej.), ¿se habría modificado la ley?

En España también la LO 18/2003, de cooperación con la Corte Penal Internacional, ha excluido (art. 7) una actuación de oficio de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal en relación con hechos sucedidos en otros Estados cuyos presuntos autores no sean españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, y ha dispuesto que de formularse al respecto una denuncia o querrela los órganos españoles se limitarán a informar al denunciante o querellante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte Penal Internacional. Sólo en el caso de que éste no abra una investigación o la Corte acuerde la inadmisibilidad del asunto, cabría afirmar la jurisdicción de los jueces españoles en los términos previstos (a partir de 1985) por el art. 23.4 de la LOPJ.

El texto actualmente en vigor del art. 23.4 de la LOPJ dice así: “Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos

PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES...

por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio, b) Terrorismo, c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, d) Falsificación de moneda extranjera, e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España, h) y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

La interpretación de este precepto, que asume en términos muy amplios el principio de jurisdicción universal, se ha visto envuelta, por otro lado, en una interesante aventura en la que se han implicado la Audiencia Nacional – competente sobre esta clase de crímenes- el Tribunal Supremo y, por último, el Tribunal Constitucional.

Si en 1998 (y aún antes) la Audiencia Nacional había afirmado enfáticamente el principio de universalidad para respaldar su competencia sobre los crímenes atribuidos a las Juntas militares chilena y argentina en los años setenta y ochenta del pasado siglo (v. en particular los aa. de 4 y 5 de noviembre de 1998), a finales del 2000, el 13 de diciembre, tratándose de crímenes ocurridos en Guatemala, la Audiencia, aun manteniendo el principio, negó la instrucción mediante una interpretación muy rigurosa de la subsidiariedad.

La decepción de los denunciantes fue aún mayor cuando, al pronunciarse sobre el recurso que plantearon, el Tribunal Supremo corrigió a la Audiencia en sentido diametralmente opuesto a sus pretensiones, dinamitando el principio de universalidad con una interpretación *contra legem*.

En la s. 327/2003, en efecto, el Tribunal Supremo asume la tesis de que este principio no tiene fundamento en normas generales del Derecho Internacional, entendiéndose que sólo mediante tratados (que no existen) podría establecerse en relaciones *inter partes*. Según el Tribunal la misma subsidiariedad –que ha de animar su interpretación a partir de la apreciación de la inactividad de la jurisdicción del lugar en que ocurrieron los hechos- implica un juicio sobre la capacidad de administrar justicia de un Estado extranjero que sería incompatible con los principios de igualdad soberana y de no intervención en los asuntos internos de otros Estados y repercutiría en el ámbito de las relaciones internacionales, que es prerrogativa del Gobierno (art.97 de la Constitución).

No sin habilidad, el Tribunal hace irreconocible el precepto legal cuando afirma que la persecución de crímenes cometidos en el extranjero sólo procedería si se aplicase la regla *aut dedere aut iudicare* en supuestos en que se deniega la extradición, si han sido víctimas nacionales españoles o si intereses españoles relevantes han sido perjudicados. Eso condujo a una admisión parcial del recurso de casación al estimar el Tribunal Supremo que la jurisdicción española era competente respecto de los crímenes cometidos sobre unos sacerdotes españoles y sobre las víctimas españolas del asalto de la Embajada de España en Guatemala por las fuerzas de policía.

A. REMIRO BROTONS

Debe señalarse que esta decisión fue resultado de una votación muy estrecha, de ocho contra siete, habiendo sostenido la minoría en un voto particular la aceptación más amplia del principio de universalidad, que es propia de la Ley española. De acuerdo con el voto particular de la minoría la existencia de víctimas españolas o el perjuicio a intereses españoles podía incentivar la aceptación de la jurisdicción con base en el principio de persecución universal, pero no condicionarlo, por ser contrario a la misma naturaleza de éste.

Recurrida la sentencia del Tribunal Supremo en amparo, el Tribunal Constitucional (s. 237/2005) ha dejado las cosas en su sitio, al entender violado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución). La Ley española, dice el Tribunal Constitucional, insta, en términos conformes con las normas internacionales, un principio de jurisdicción universal absoluta, concurrente y no subordinada a ninguna otra jurisdicción.

Probablemente el Tribunal Constitucional va demasiado lejos cuando afirma que el principio de jurisdicción universal (en relación con el genocidio) forma parte “incluso del *ius cogens*”. La misma sentencia recuerda que el Tribunal Constitucional se había pronunciado anteriormente en dos ocasiones sobre el fundamento de la jurisdicción universal (ss. 21/97 y 87/2000). Es un criterio de razonabilidad procesal y político-criminal, y no una ordenación jerárquica, la que favorece la prioridad del *iudex loci delicti commissi*. La Audiencia Nacional se ha extralimitado al requerir de los denunciantes la acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad del juez territorial. Ha de bastar con que, de oficio o por la parte actora, se aporten indicios serios y razonables de la inactividad judicial que acrediten una falta de capacidad o de voluntad para la persecución efectiva de los crímenes. La interpretación del Tribunal Supremo, por otro lado, carece de fundamento y atenta contra el objeto y fin del principio establecido por la Ley. Las restricciones que impone el Tribunal Supremo, dice el Constitucional, “desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible... en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho Internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ”.

Después de esta sentencia, la Audiencia Nacional ha admitido a trámite las denuncias por genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala entre 1978 y 1986 (a. de 21 de febrero de 2006) y también (a. de 10 de enero de 2006) las denuncias contra el ex-Presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, el antiguo Primer Ministro, Li Peng, y otros jerarcas chinos por presunto genocidio en Tibet, revocando la previa decisión de inadmisión (a. de 5 de septiembre de 2005) del Juzgado de instrucción.

En el auto de la Audiencia, de 10 de enero de 2006, se afirma que los hechos que se describen en la querrela revisten *prima facie* los caracteres del genocidio,

siendo inoperante la posibilidad de acudir a la Corte Penal Internacional tanto por la fecha de entrada en vigor de su Estatuto como por no ser China -ni, por supuesto, Tibet- parte del mismo. Asimismo, se constata que el pueblo tibetano no tiene posibilidades de exigir responsabilidades penales ante los tribunales chinos, dadas las circunstancias del caso, el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos y las gestiones frustradas de los representantes tibetanos.

Asimismo, el Tribunal Supremo (s. de 20 de junio de 2006) ha revocado en casación la decisión de la Audiencia Nacional (29 de abril de 2005, anterior a la s. del Tribunal Constitucional) por la que no se admitió a trámite una querrela por genocidio y torturas planteada por seguidores de la secta Falun Gong contra dirigentes de la RP China. Asumiendo la competencia de los tribunales españoles con base en el principio de universalidad, la sala 2ª del Tribunal Supremo no se priva, sin embargo, de hacer una crítica sistemática y acerada de la s. del Tribunal Constitucional 237/2005. Recomendada para iniciados.

En el momento actual, si se descarta la actuación de la Corte Penal Internacional y del juez territorial, sólo cabe rechazar la jurisdicción cuando se pretenda utilizar “en ejercicio abusivo del derecho”, parámetro éste -el del abuso- que no será fácil de aplicar.

Inmunidad de los agentes del Estado extranjero en relación con los crímenes internacionales

Ahora bien, la comisión de crímenes internacionales, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y las formas más graves de los crímenes de guerra ha abierto un debate sobre el alcance de la inmunidad penal. Se plantea si y hasta que punto las inmunidades reconocidas consuetudinaria y convencionalmente a los órganos externos centrales -y cupulares- del Estado (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores), a los órganos y agentes diplomáticos y consulares y a los miembros de misiones especiales (v. Cap. XXV) operan cuando son acusados de estos crímenes ante una jurisdicción en principio competente.

Según la Corte Internacional de Justicia dicha inmunidad opera mientras los imputados desempeñan un cargo que la lleva aneja y cesa con éste, permitiendo entonces la persecución penal por hechos ocurridos en ese período (Orden de arresto de 11 de abril de 2000, RD. del Congo c. Bélgica, 2002).

El brillante alegato contra la inmunidad de los tres jueces en minoría (Oda, Al-Khasawneh y la juez ad hoc Van den Wyngaert) o las reservas de algunos jueces de la mayoría (Higgins, Kooijmans y Buergenthal) sobre el alcance, en su opinión excesivo, que le había reconocido la Corte merece consideración. No obstante el énfasis de la motivación y la dimensión de la mayoría que votó la decisión (trece sobre dieciséis) es una clara señal de que el órgano judicial principal de las Naciones Unidas no desea someter la estabilidad de las relaciones

A. REMIRO BROTONS

internacionales a turbulencias originadas por una persecución descentralizada de los crímenes, por abyectos que sean.

La Corte trata de paliar las críticas a su decisión desde los cuarteles humanitarios advirtiendo que el reconocimiento de la inmunidad de los agentes estatales, mientras lo son, no implica necesariamente impunidad, pues cabe la persecución ante tribunales internacionales (cuando existen) -no afectados por el *par in parem non habet iurisdictionem*- o estatales (los de su nacionalidad o los de un país tercero, si el Estado al que representan renuncia a la inmunidad de su agente).

Las leyes estatales son prácticamente unánimes en acoger dichas inmunidades, normalmente mediante una remisión a las normas internacionales y los jueces han venido conformándose con ellas y, en su defecto, invocando directamente el Derecho Internacional consuetudinario o, cuando procede, los tratados, en particular la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961).

En el caso Pinochet, tanto el comité judicial de la Cámara de los Lores como la Audiencia Nacional española (a. de 4 de marzo de 1999) afirmaron con carácter absoluto la inmunidad de los agentes extranjeros en activo.

En el plano de la doctrina más autorizada el *Institut de Droit International* (sesión de Cracovia, 2005) advierte en la resolución a la que ya hemos hecho referencia que su afirmación de la competencia universal es “sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el Derecho Internacional” (p.6).

Ciertamente esas inmunidades no son un salvoconducto definitivo para la impunidad, pero sí lo son indefinido. Mientras un presunto criminal ocupa un cargo público, cabe expulsarlo, rechazarlo en frontera como persona non grata o negarle la entrada como miembro de una misión especial, pero no cabe procesarlo ni arrestarlo, a menos que el gobierno del país al que representa renuncie a su inmunidad, lo que es altamente improbable.

Refiriéndose en particular a la inmunidad del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno, el *Institut de Droit International* (sesión de Vancouver, 2001) recomendó la renuncia por los Estados a la inmunidad cuando el Jefe de Estado o de Gobierno era sospechoso de haber cometido infracciones particularmente graves o cuando el ejercicio de sus funciones no parecía comprometido por las decisiones que pudiesen adoptar las autoridades del foro (p. 7.2 y 15.1).

Las inmunidades no operan frente a tribunales internacionales (Corte Penal Internacional, Estatuto, art. 27; TPIY, art. 7.2; TPIR, art. 6.2) - pues no les afecta el principio *par in parem iurisdictionem* que justifica las inmunidades ante los jueces de otro Estado (el procesamiento de Slobodan Milosevic por el TPIY en mayo de 1999 se produjo cuando aún ocupaba la Presidencia de la RFY).

PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES...

Partiendo de esta constatación, es interesante llamar la atención sobre la demanda interpuesta ante la Corte Internacional de Justicia el 4 de agosto de 2003 por Liberia contra Sierra Leona a propósito de la requisitoria y orden de arresto internacional libradas contra el Presidente liberiano Charles G. Taylor por el Tribunal especial para Sierra Leona (v. supra). Liberia sostuvo que este Tribunal no podía imponer obligaciones jurídicas a Estados no partes en el acuerdo de 16 de enero de 2002 entre Sierra Leona y Naciones Unidas. El Tribunal especial no era un órgano de Naciones Unidas y no había sido constituido como un tribunal internacional. A falta de un fundamento de jurisdicción, la demanda no pasó a formar parte de la lista de asuntos de la Corte.

Pero incluso los tribunales internacionales encuentran límites para su acción, pues no pueden forzar el deber de cooperación de los Estados para entregar a una persona si hacerlo es incompatible con sus obligaciones al respecto (Corte Penal Internacional, Estatuto, art. 98). Y no estamos refiriéndonos sólo a las inmunidades dispuestas por normas generales o consuetudinarias del Derecho Internacional, sino a los racimos de acuerdos que grandes potencias, como Estados Unidos, han suscrito *urbi et orbe* para proteger a sus agentes, civiles y militares, muy oportunamente, teniendo en cuenta el extenso despliegue de sus efectivos y los métodos que aplican a la satisfacción de sus designios (v. supra).

La inmunidad cesa cuando el inculcado abandona el cargo (o el cargo abandona al inculcado) y puesto que el ejercicio de una función pública no exime de la responsabilidad del crimen es entonces cuando, de no mediar el fallecimiento, la administración de justicia puede tener una oportunidad.

De ahí que en su sesión de Vancouver (2001) el *Institut de Droit International* declarara, en relación con los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno, que pueden ser juzgados cuando las actuaciones cometidas en el ejercicio de su cargo son constitutivas de crimen internacional, apropiación indebida de bienes y recursos del Estado o se han realizado para satisfacer un interés personal (p. 13.2 y 15).

En una situación así, que esa oportunidad se aproveche en el país de comisión del crimen (y/o de la nacionalidad de los responsables) dependerá de muchos factores. En algunos casos (como los de Sierra Leona y Camboya) de Estados fallidos que tratan de organizarse con un nuevo tejido institucional bajo el imperio de la ley, Naciones Unidas ha auspiciado y financiado el reforzamiento de las capacidades judiciales locales (v. supra). En otros casos, como el de Sadam Hussein y sus colaboradores, sometidos a un tribunal especial iraquí, entrenado y financiado por los Estados Unidos, las circunstancias hacen desconfiar del papel que pueden desempeñar los jueces locales.

Desde un punto de vista de política legislativa cabría considerar excepciones a la norma de la inmunidad hasta ahora absoluta de los representantes del Estado. De hecho, el juez Al-Khasawneh, disidente de la s. de la Corte Internacional de Justicia en Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (2002), sostuvo que si las normas que prohíben los crímenes internacionales son *ius cogens* deben

A. REMIRO BROTONS

prevalecer, a modo de excepción, sobre las normas que establecen la inmunidad de jurisdicción de un ministro de relaciones exteriores (*op. dis.*, 7).

Sin embargo, hay que aproximarse con prudencia a esta cuestión, porque también las normas sobre inmunidades responden a intereses esenciales de la comunidad internacional y las excepciones, aparte de su carácter intrínsecamente desestabilizador, podrían ser aprovechadas políticamente para hostigar a quienes encarnan la representación de un Estado extranjero más como enemigos que como criminales. Creo que basta, a este respecto, repasar las noticias de prensa para advertir el planteamiento sucesivo en países capitalistas de denuncias judiciales contra determinados personajes, como Fidel Castro o Hugo Chávez, cuyos promotores saben perfectamente que no pueden prosperar.

La responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes: la inmunidad del Estado extranjero

Desde hace más de dos siglos la *Alien Torts Claims Act* (1789) permite en Estados Unidos a un extranjero interponer una acción civil para la reparación de daños y perjuicios extracontractuales deducidos de actos cometidos en violación del Derecho Internacional general o de un tratado en el que sea parte Estados Unidos. La *Torture Victim Protection Act*, 1991, reforzó esta posibilidad.

Se trata de la afirmación temprana de una jurisdicción universal con un limitado objeto material. Ignorada durante decenios, la invocación con éxito de esta ley en *Filartiga v. Peña-Irala* (1980), una demanda planteada por los familiares de un paraguayo presuntamente torturado y ejecutado por un inspector general de la policía de Asunción, hizo escuela. Pero este fundamento de jurisdicción no va acompañado de la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero (que, por lo demás, en el caso mencionado, negó cualquier relación con los hechos). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dejado sentado (*República Argentina v. Amerada Hess Corp.*, 1988) que la *Alien Torts Claim* permite demandas contra personas individuales, no contra los Estados, a los que son aplicables exclusivamente las reglas de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA, 1976).

Sin embargo, aprovechando estas reglas para servir objetivos de su política exterior, Estados Unidos ha ido en este punto realmente lejos. Así (sec. 221 de la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*, 1996), enmendó la FSIA para atribuir jurisdicción a sus tribunales y excluir la inmunidad de Estados extranjeros calificados como terroristas y de sus agentes en el caso de demandas en reclamación de daños por muertes o lesiones resultantes de actos de tortura, homicidio extrajudicial, sabotaje aéreo o secuestro, incluso si tales Estados se han limitado a prestar apoyo material para su ejecución y con independencia del lugar de comisión (nuevo par. 7 de la sec. 1605 (a) de la FSIA).

PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES...

Las enmiendas legislativas del momento previeron también la imposición de multas punitivas con el fin de disuadir y, en todo caso, obstaculizar las políticas terroristas de Estados extranjeros.

Fue así que la District Court del sur de Florida (Alejandre et al. V. The Republic of Cuba, 1997) condenó a Cuba al pago de más de ciento treinta y siete millones de dólares US -equivalente al tres por ciento del valor de los Migs de la Fuerza Aérea cubana- como multa punitiva por la muerte de los pilotos de las avionetas de Hermanos al Rescate derribados el 24 de febrero de 1996 sobre el espacio aéreo cubano en el que se encontraban ilegalmente en acciones de propaganda anticastrista.

Asimismo, la District Court de Columbia(S.M. Flatow v. Islamic Republic of Iran et al., 1998) condenó a la República Islámica de Irán al pago de doscientos veinticinco millones de dólares US -equivalente al triple de la suma presuntamente destinada por este país a la financiación de actividades terroristas- como multa punitiva por la muerte de una estudiante norteamericana a consecuencia de un atentado suicida el 9 de abril de 1995 sobre un autobús turístico en la franja de Gaza, atribuido a una facción de la Jihad islámica subvencionada por Irán. Luego, sin embargo, todos los bienes designados por Flatow para conseguir la ejecución de la sentencia en Estados Unidos resultaron cubiertos por la inmunidad de ejecución, siendo su victoria pírrica (District Court..., 1999).

Las demandas planteadas ante la District Court del este de Nueva York por los herederos de las víctimas de la explosión del B-747 de Pan Am sobre Lockerbie fueron reconducidas atendiendo a la nueva legislación (v. por ej., Rein v. Socialist People's Libyan Arab Jmahiriya, 1998).

Al objeto de facilitar la ejecución de estas decisiones el Congreso volvió a enmendar la FSIA en 1998 de manera que las víctimas USA del terrorismo pudieran obtener el embargo de propiedades de Estados extranjeros, incluidos locales diplomáticos y consulares. Esta legislación desdeñaba las obligaciones internacionales de Estados Unidos según normas consuetudinarias codificadas por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961), en particular su art. 45, normas que en 1980 habían permitido a Estados Unidos obtener de la Corte Internacional de Justicia una sentencia que condenó, precisamente a Irán, en el asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán.

El Presidente Clinton, contrario a las iniciativas legislativas del Congreso, utilizó de inmediato la facultad de suspensión de aplicación de esta disposición que le había sido concedida. Se trataba, en efecto, de una política legislativa contraproducente para los intereses de Estados Unidos, el país con un mayor despliegue diplomático y consular sobre la Tierra, en la medida en que podía volverse contra la inmunidad de sus propias misiones y oficinas en el extranjero. Cabe señalar que en 2003 Libia promulgó una ley concediendo a sus nacionales el derecho de demandar a Estados extranjeros por daños y perjuicios derivados de

A. REMIRO BROTONS

sus ilícitos, aun anteriores a la promulgación de la ley, “cuando existan en dichos Estados leyes que autoricen a demandar al Estado libio”.

Conviene volver sobre esta clase de discurso. En 2005 la AGNU (res. 60/147) adoptó unos 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. Entre esos principios se proclama el derecho del acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial, precisándose que “las obligaciones resultantes del Derecho Internacional para asegurar(lo) deberán reflejarse en el Derecho interno” (Pp. IX, párrafo 12º). Esto es conducente a la previsión en cada sistema legal de las previsiones procesales y sustantivas requeridas para deshacer sus propios entuertos, pero no más. La obligación es expresamente enunciada en diferentes tratados sobre derechos humanos (así, por ej., el Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos, 1966, arts. 9.5 y 14.6, o el Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984, art. 14.1). En un plano internacional las víctimas podrán acudir a los remedios que ofrezcan los mecanismos de protección de los derechos humanos (v. Cap. XXIX) o requerir de su gobierno el ejercicio de la protección diplomática (v. Cap. XXII). ¿Acaso podrá también plantear una acción ante los tribunales de su propio país o, incluso, de un tercero, donde descubra un fundamento de jurisdicción interno confiando en que la inmunidad no opere?

La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005) no comprende las actuaciones penales (la res. 59/38 a la que se aneja la Convención ha creído oportuno puntualizarlo) y, por tanto no se ocupa de la vidriosa cuestión de la responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes.

Cuando se considera esta cuestión es necesario apreciar previamente el fundamento de la jurisdicción que trata de ejercerse. Desde luego, cuando la acción contra el Estado extranjero se ejerce allí donde se ha producido la violación grave de un derecho humano fundamental, un atentado a la vida, la aplicación de torturas..., plantearse la cuestión de la inmunidad del Estado es pertinente. Lo mismo cabe decir siempre que se afirma la jurisdicción sobre cualquier otro fundamento conforme con el Derecho Internacional, sea la nacionalidad o la residencia de las víctimas o el principio de jurisdicción universal.

¿Debe impedir la inmunidad el ejercicio de la jurisdicción conforme con normas internacionales? ¿Debe acomodarse la respuesta atendiendo al fundamento de dicha jurisdicción? Reconocida la inmunidad penal del agente extranjero en activo, ¿cabe perseguir al Estado cuyas órdenes cumple? Aunque existe una relación cierta entre el crimen del agente y la responsabilidad del Estado no parece que los principios que animan la jurisdicción y fijan la inmunidad de aquél deban aplicarse mecánicamente a éste. Si rechazar la inmunidad del Estado en un caso de violación grave de derechos humanos planteado ante los jueces del lugar en que se ha producido el crimen parece más

PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES...

que justificado en sus propios méritos, sin necesidad de embutir el supuesto en una de las excepciones ya registradas en las que la inmunidad no opera, la cuestión es más compleja cuando se pretende fundar la jurisdicción en la nacionalidad o en la residencia habitual de la víctima y, más aún, en el principio de jurisdicción universal, pues primero debería verificarse que esa competencia existe. Si la respuesta es negativa el discurso sobre la inmunidad está de más.

La extraterritorialidad de la jurisdicción estatal ha de mirarse con circunspección, en particular cuando se invoca el principio de protección de intereses estatales esenciales o se confunden éstos con los de la comunidad internacional en su conjunto. En materia de torturas o de terrorismo no es difícil encontrar supuestos en que se utiliza la acción judicial sobre hechos ocurridos en el extranjero no tanto para reprimir los crímenes como para hostigar a países que se consideran enemigos.

Dicho esto, en términos de *lege lata* no cabe sustentar por ahora en términos categóricos la existencia de una norma de Derecho Internacional general que ampare la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero cuando la demanda es motivada por una violación grave de derechos humanos, un crimen internacional, como unas torturas o una ejecución extrajudicial.

Enfrentado a la cuestión el TEDH (*Al-Adsani v. Reino Unido*, 2001) ha considerado que el derecho de acceso a los tribunales (art.6 de la Convención Europea) no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones que, sin atacar la esencia del derecho, se postulan como un medio razonable para satisfacer un fin legítimo. En el caso sometido a su consideración, el TEDH estima que la limitación de acceso está justificada por el cumplimiento de la norma internacional general que prescribe la inmunidad soberana de los Estados y busca promover las buenas relaciones mediante el respeto de las respectivas soberanías estatales.

Se trataba de una demanda civil planteada en Londres contra el Jeque y el gobierno de Kuwait por torturas padecidas en el Emirato y amenazas a su vida una vez de vuelta el demandante a Gran Bretaña. Según el TEDH, aunque la norma que prohíbe la tortura es *ius cogens*, Gran Bretaña no estaba obligada a proveer un recurso civil respecto de torturas supuestamente realizadas por agentes extranjeros en un país extranjero. En consecuencia niega que se haya producido una violación del art. 6 de la Convención Europea.

No obstante, la decisión se tomó por la más estrecha de las mayorías (nueve contra ocho), lo que, en cierto modo, deja las espadas en alto. La minoría, atendiendo a la superior jerarquía de la norma prohibitiva de la tortura, parece decantarse por una afirmación de jurisdicción estatal frente a la que no cabría oponer la inmunidad del Estado extranjero.

Un planteamiento así, con esa u otras motivaciones, permite marcar una tendencia favorable a la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero frente al crimen internacional. No obstante, la argumentación en términos de jerarquía

A. REMIRO BROTONS

normativa ha sido criticada (C. Tomuschat) por ignorar la distinción entre normas primarias (entre ellas, la que prohíbe la tortura) y secundarias (entre las que figura la inmunidad de jurisdicción) pertenecientes a órdenes separados, como la Corte Internacional de Justicia ha subrayado al afirmar o negar su competencia conforme a fundamentos irreductibles al objeto de una demanda fundada en la violación de normas imperativas.

En todo caso parece demasiado elemental tratar de establecer una suerte de justicia universal civil aplicable a los Estados sobre el molde de la justicia universal aplicable, bajo determinadas condiciones, a los individuos responsables de crímenes internacionales. Sería preferible, pues, acomodar las legítimas pretensiones de las víctimas de un crimen internacional mediante otros mecanismos, en particular, la articulación de tribunales internacionales que diriman estos asuntos ante los que no hay inmunidad (así C. Espósito, aun siendo partidario de la exclusión de inmunidad con base en la teoría de la jerarquía normativa), o la reconversión de la protección diplomática para ponerla al servicio de las víctimas, revisando su concepción como un derecho del Estado soberano. Eventualmente, mientras la inmunidad se considera asentada en una norma segura, cabría salvar el ilícito que supondría ignorarla presentando el ejercicio de jurisdicción como una contramedida inducida por el ilícito del Estado demandado, la violación grave de los derechos humanos. A ver que pasa.

Coda sobre los crímenes internacionales y el Estado democrático

Conviene llamar la atención sobre la forma maniquea en que los Estados democráticos afrontan los crímenes, contemplándose a sí mismos siempre y sólo en el papel de jueces, a pesar de que sus comportamientos podrían ser subsumidos en algunos casos dentro de los tipos de la agresión y los crímenes de guerra, amén de violar gravemente derechos humanos fundamentales.

Ya en 1999 la acción armada ejecutada por miembros de la OTAN sobre Serbia demostró que, rebosantes de buenas intenciones, los países democráticos y desarrollados eran capaces de implicarse en la comisión de estos crímenes.

Hubo denuncias y se contaba con el TPIY, pero las denuncias fueron rápidamente archivadas (2 de junio de 2000) porque la Fiscal Del Ponte, parapetada detrás de un muy cuestionable informe de sus expertos (*Final Report to the Prosecutor by the Committee established to review the NATO Bombing Campaign Against the FRY*), se negó a abrir una investigación.

No fue mejor la respuesta de los jueces estatales en los países miembros de la OTAN. La motivación universalista que les mueve a perseguir a los espadones jubilados que antes sirvieron sus intereses se desvanece en un rimero de alambicadas alegaciones sobre la doctrina del acto político, la severa apreciación de la legitimación para la acción y la inadmisibilidad de denuncias y querellas cuando se trata de instruir una causa criminal contra los representantes del propio Estado (v. por ej., en España, Tribunal Supremo, a. de 19 de mayo de 1999)

PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES...

Frente al amplio pórtico del universalismo, el escapismo judicial por las puertas de emergencia.

Algunos de los individuos que en Belgrado vieron pisoteados sus derechos sin moverse de casa por acciones imputables a los miembros de la OTAN trataron de buscar resarcimiento demandando ante la CEDH a quienes eran partes en la Convención de Roma. Pero la Corte, en pleno y por unanimidad, declaró inadmisibile la demanda (Bankovic y otros c. Bélgica y otros...2001), arguyendo que la acción imputada no comprometía la responsabilidad de los demandados en el marco del Convenio Europeo porque éste no tiene vocación de aplicarse en todo el mundo, ni siquiera cuando está en entredicho el comportamiento de los Estados contratantes. La violación de derechos garantizados por el Convenio (y sus Protocolos) sobre extranjeros en el extranjero, aun cometida por Estados partes, no interesa a la Corte porque los sujetos demandantes son ajenos a su jurisdicción. Seguramente la conclusión de la Corte tiene fundamento legal, pero cabe preguntarse por qué quienes están al alcance de nuestras bombas no están al alcance de nuestra jurisdicción cuando se denuncia la infracción de obligaciones internacionales del Estado que interesan al Derecho Internacional Humanitario y a los derechos humanos fundamentales. No hay, al parecer, tribunal internacional o estatal dispuesto a tramitar la denuncia de los presuntos crímenes extraterritoriales de los benefactores. De la manera más ordenada posible los jueces huyen de la quema.

Vivimos en el imperio de una ley que empieza a tomar demasiado a menudo el embudo como logo. La Corte Penal Internacional arriesga ser un tribunal financiado por los países europeos para que se ocupe de los crímenes en el África subsahariana. Salvo honorables excepciones el principio de jurisdicción universal parece replegarse, legislativa o jurisprudencialmente, o se somete a filtros políticos que aseguran su aplicación sólo a los pobres diablos. Siendo ofensiva la hipótesis de que los agentes de los países democráticos y desarrollados puedan ser responsables de crímenes internacionales, las leyes y el sistema judicial se muestran inasequibles siquiera al principio de personalidad activa, no hablemos ya de investigar o procesar a aliados y amigos, aun contando con el fundamento de jurisdicción necesario para ello.

Desde el 11 de septiembre de 2001 los métodos de lucha antiterrorista de los Estados Unidos han tratado de hundir los Convenios y Protocolos de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario. Jugando sólo con las palabras han dejado fuera de su ámbito de aplicación a centenares de personas. Invocando el Santo Grial de la seguridad se ha torturado y se han violado derechos fundamentales del ser humano. Los gobiernos europeos han, por lo menos, mirado para otro lado, y algunos probablemente han colaborado discretamente, incluso cuando las víctimas han sido sus propios nacionales en su propio territorio.

Naturalmente, la invasión y ocupación de Irak por Estados Unidos y sus satélites el 20 de marzo de 2003 no ha hecho sino empeorar las cosas. El crimen de agresión, un crimen de líderes, un crimen cupular, es un crimen sin castigo, hibernado *ad calendas grecas* en el Estatuto de la Corte y desconocido por los

A. REMIRO BROTONS

Derechos internos. Para colmo la Comisión de Derecho Internacional sostuvo en su día que en defecto o como alternativa a los tribunales internacionales solo los jueces del Estado de la nacionalidad de los presuntos agresores podrían juzgarlos, al no afectar a las relaciones con terceros (Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 1996, art. 8), ignorando el interés legítimo del Estado agredido a ejercer jurisdicción si la oportunidad se presenta, un interés que también puede darse en el país de la nacionalidad de las víctimas. Los agresores pueden dormir tranquilos. En algunos Estados democráticos reciben incluso el reconocimiento ciudadano y el respaldo de los votantes, al menos mientras no son derrotados.

¿Cómo quejarse entonces que desde instancias del mundo en desarrollo se acuse al mundo desarrollado de su doble rasero al medir la justicia que merecen autores, cómplices y encubridores de crímenes?

Referencias bibliográficas

1. En relación con el principio de universalidad y las inmunidades de los agentes estatales, en lengua española: A. Remiro, *El caso 'Pinochet': los límites a la impunidad*, Madrid, 1999; M. García Arán y D. López Garrido, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso 'Pinochet'*, Valencia, 2000; A. Sánchez Legido, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Valencia, 2004; J. Ferrer, "Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)", *ADI*, 2002, 305; S. Torres, "Acerca de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en Derecho Internacional y de sus límites", *Hom. J.M. Castro-Rial*, Valencia, 2002, 593; M. Torres "Inmunidad de Jurisdicción penal e Impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002", *Revista de Derecho*, 2002, 1. En otras lenguas: B. Stephens y M. Ratner, *International HR Litigation in US Courts*, Irvington-on-Hudson (NY), 1996; R. Brody, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, La Haya, 2000; A. Borghi, *L'immunità des dirigeants politiques en Derecho Internacional*, Bâle, 2003; R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en Droit International*, Bruselas, 2004; A. Viviani, *Crimini internazionali e responsabilità dei leader politici e militari*, Milán, 2006; A. Watts, "The Legal Position in IL of Head of States, Heads of Government and Foreign Ministers", *R. des C.*, 1994, t. 247, 9; M. Rosen, "The Alien Tort Claims Act and the FSIA", *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 1998, 461; A. Bianchi, "Immunity versus HR: The Pinochet Case", *EJIL*, 1999, 237; J.Y. de Cara, "L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords", *AFDI*, 1999, 72; J.M. Sears, "Confronting the 'Culture of Impunity': Immunity of Heads of State from Nüremberg to ex parte Pinochet", *GYIL*, 1999, 125; S. Villalpando, "L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au Droit International de la décision de la chambre des Lords du 24 mars 1999", *RGDIP*, 2000, 393; E. Lutz y K. Sicking, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago JIL*, 2, 2001, 1; P. Sands, "After Pinochet: The Proper Relationship between National and International Courts", *Liber amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 699; C. Wickremasinghe, "The Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)", *ICLJ*, 2001, 670; A. Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", *EJIL*, 2002, 853; P.M. Dupuy, "Individual Criminal Responsibility v. State Responsibility", en A. Cassese (ed.), *The Rome Statute for an International Criminal Court*, Oxford, 2002; M. Spinedi, "State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?", *EJIL*, 2002, 895; A. Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", *AJPIL*, 2002, 853; E. Wyler, "From 'State Crime' to Responsibility for Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General IL", *ibíd.*, 1147; A. Nollkamper, "Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility", *ICLQ*, 2003, 615; N.L. Reid, "Bridging the Conceptual Chasm: Superior Responsibility as the Missing Link between

A. REMIRO BROTONS

State and Individual Responsibility under IL”, Leiden JIL, 2005, 795. V. tb. biblio. Cap. XXV (inmunidad agentes diplomáticos).

2. Sobre la inmunidad del Estado extranjero en casos de responsabilidad por crímenes de sus agentes, en lengua española: C. Espósito, *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Madrid, 2007; C. Gutiérrez Espada, “El punto final (¿?) de un largo debate: los ‘crímenes internacionales’” REDI, 2001, 11; F. Jiménez García, “Justicia universal e inmunidades estatales: Justicia o impunidad ¿una encrucijada para el Derecho Internacional?”, ADI, 2002, 63. En otras lenguas: J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of HR*, La Haya, 1997; A. Bianchi, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, *Austrian Journal of Public International Law*, vl. 46, 1994, 195; íd., “L’immunité des Etats et les violations graves des droits de l’homme: la fonction de l’interprète dans la détermination du Droit international”, RGDIP, 2004, 63; P.M. Dupuy, “Crimes e inmunidades, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l’exercice des secondes”, RGDIP, 1999, 289 ; L. Caflish, “Immunité de juridiction et respect de droits de l’homme”, *Liber Amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 651; K. Halverson, “Is a Foreign State a ‘person’? Does it matter?: Personal Jurisdiction, Due Process, and the Foreign Sovereign Immunities Act”, *New York University Journal of IL*, 2001, 115; R. Garnett, “State Immunity Triumphs in the European Court of Human Rights” ICLQ, 2002, 367 ; D. Gartenstein-Ross, “A critique on the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities”, *New York University Journal of IL*, 2002, 887.