ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DEL FONDO COMPLETO DE LA REVISTA

Para acceder a la visualización Online del fondo completo de la revista envíe un correo electrónico a atencionalcliente@tirantonline.com con la siguiente información:

– Código promocional oculto en esta página

– Título y número de la revista

A continuación recibirá un correo electrónico con las claves e instrucciones de acceso

Código Promocional

Rasque para visualizar

TEORÍA & DERECHO TAMBIÉN SE VE Y SE ESCUCHA

Descargando este código puede acceder a los vídeos grabados por sus autores

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 21/2017
teoriayderecho.tirant.com
teoriayderecho.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)
María Luisa Cuerda
Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I
Fernando Flores Giménez
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia
Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Málaga
Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México
José Ramón Cossío Díaz
Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de México
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM
Owen M. Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)
José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
Luis López Guerra
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid
Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid
Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia
Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid
Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Angelika Nußberger
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de
Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario
(Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya
(Holanda)
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid
Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia
Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España
Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz
(Alemania)

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho
Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción
Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151
E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: http://teoriayderecho.tirant.com; http://teoriayderecho.com

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
ISSN: 1888-3443
Depósito legal: V - 2840 - 2007
Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE
Sobre la jurisdicción universal
Dirigido por *Consuelo Ramón Chornet*

Presentación. Acerca del debate sobre las reformas legales de la jurisdicción universal en España 10
Consuelo Ramón Chornet

Jurisdicción penal universal sobre crímenes internacionales e inmunidades del Estado extranjero y sus agentes 24
Antonio Remiro Brotróns

Desnaturalizando la justicia universal: hacia una exclusiva y condicionada persecución del terrorismo 48
José Elías Esteve Moltó

La jurisdicción universal: un instrumento imprescindible en la lucha contra la impunidad, también desde España 70
Antoni Pigrau Solé

ESTUDIOS

Ley penal, aguas internacionales y extraterritorialidad de la ley penal 102
Gonzalo Quintero Olivares

Los contextos de la libertad de expresión: paradigmas y nuevas fronteras 134
Javier Ansuátegui Roig

Justicia de transición: una visión de conjunto con la lente del penalista 154
Gabriele Fornasari

La reciente evolución de la jurisprudencia sobre alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales. Una cuestión de fundamentación y de técnica jurídica.. 186
Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez

TEMAS DE HOY

La querella siria ante la Audiencia Nacional de España 213
Almudena Bernabeu

VARIA

Lección para la investidura como doctor *honoris causa* en la Universidad Pablo de Olavide 229
Ángel M. López y López

Laudatio del profesor Dr. Ángel M. López y López, con motivo de la concesión del doctorado *honoris causa* por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla 241
Francisco Oliva Blázquez

Francesco Biondo, *Desobediencia civil y teoría del Derecho* 249
Lupe Bohorques Marchori

Normas de edición de la revista 257
Normas éticas y declaración de buenas prácticas 267

SUMMARY

DEBATE
On universal jurisdiction
Conducted by *Consuelo Ramón Chornet*

Introduction. About the legal reforms of universal jurisdiction in Spain 10
Consuelo Ramón Chornet
Universal criminal jurisdiction of international crimes and immunities of the state and its agents..... 24
Antonio Remiro Brotóns
Denaturing universal justice: towards an exclusiveand conditional persecution of terrorism 48
José Elías Esteve Moltó
Universal jurisdiction: an essential aim in the fight against inmpunity, also from Spain 70
Antoni Pigrau Solé

STUDIES

Criminal Law, international waters and extraterritorial application of the criminal law 102
Gonzalo Quintero Olivares
The contexts of freedom of expression: paradigms and new frontiers 134
Francisco Javier Ansuátegui Roig
Transitional justice: an overview from the perspective of an academic in criminal law..... 154
Gabriele Fornasari
The recent evolution of the spanish case law on alteration of contract circumstances. A question of justification and legal technique..... 186
Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez

TODAY'S ISSUES

The sirian lawsuit before the Spanish Audiencia Nacional..... 213
Almudena Bernabeu

VARIA

Lecture for the investment as doctor honoris causa at the University Pablo de Olavide 229
Ángel M. López y López
Laudatio of professor Dr. Ángel M. López y López, invested as doctor honoris causa at the University Pablo de Olavide of Seville..... 241
Francisco Oliva Blázquez
Book review. Francesco Biondo, *Desobediencia civil y teoría del Derecho* 249
Lupe Bohorques Marchori

Author guidelines..... 257
Ethical guidelines 267

DEBATE

Presentación. Acerca del debate sobre las reformas legales de la jurisdicción universal en España
Consuelo Ramón Chornet
Jurisdicción penal universal sobre crímenes internacionales e inmunidades del Estado extranjero y sus agentes
Antonio Remiro Brotróns
Desnaturalizando la justicia universal: hacia una exclusiva y condicionada persecución del terrorismo
José Elías Esteve Moltó
La jurisdicción universal: un instrumento imprescindible en la lucha contra la impunidad, también desde España
Antoni Pigrau Solé

PRESENTACIÓN. ACERCA DEL DEBATE SOBRE LAS REFORMAS LEGALES DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

INTRODUCTION. ABOUT THE LEGAL REFORMS OF UNIVERSAL JURISDICTION IN SPAIN

Consuelo Ramón Chornet

Catedrática de Derecho Internacional Público
Universitat de València

RESUMEN

La evolución de las reformas legales adoptadas por los Gobiernos españoles en torno a la jurisdicción universal parece dar la razón a las críticas pragmáticas (que no realistas) que anunciaron el escaso recorrido que cabía prever. Pero la insistencia en las dificultades que atañen a la efectividad —entendida en los términos ideales de la nota de impositividad inexorable atribuida a los fenómenos jurídicos— no es suficiente para impugnar su valor como condición de legitimidad de esos mismos fenómenos. En todo caso, la lucha contra la impunidad de actuaciones que constituyen graves violaciones de derechos humanos exige una voluntad política decidida y claros instrumentos jurídicos. Ninguno de esos requisitos parecen concurrir en el caso español en la actualidad.

PALABRAS CLAVE

Soberanía, inmunidad, derechos humanos, jurisdicción universal, impunidad, legitimidad.

ABSTRACT

The evolution on the legal reforms adopted by the Spanish government about universal jurisdiction admits that those pragmatic (but non-realistic) critics were right when they expected a short trajectory for these reforms. Their insistence on the difficulties related to the effectiveness —understood ideally with a note of an inexorable imposition attributed to legal phenomenons— is not sufficient to refute its value as a condition of legitimacy of those phenomenons. In any case, the fight against the impunity of those behaviors being grave vulnerations of human rights requires a determined political will and clear legal instruments. None of these requirements seems to be met in the Spanish case currently.

KEYWORDS

Sovereignity, immunity, human rights, universal jurisdiction, impunity, legitimacy.

PRESENTACIÓN.
Acerca del debate sobre las reformas legales de la jurisdicción universal en España

Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Herramientas en la lucha contra la impunidad. Sobre la razón de ser y limitaciones de la jurisdicción universal. 3. La jurisdicción universal en las reformas legales en España.

1. INTRODUCCIÓN

Los tres artículos que componen este dosier de la revista *Teoría & Derecho* son, a juicio de quien suscribe, particularmente relevantes. No solo por los análisis que proponen, sino también porque sus autores, los profesores Esteve, Pigrau y Remiro, son tres de las personas que han contribuido más decididamente a la puesta en práctica de la jurisdicción universal. Razones suficientes para que se les haya pedido un examen y un balance sobre las disposiciones adoptadas por los gobiernos españoles recientes (que culminan en la revisión legal adoptada por el Gobierno Rajoy en 2014) y que suponen recortes decisivos en el modelo de jurisdicción universal. Sin duda, la puesta en práctica de la reforma de la ley de jurisdicción universal aprobada en España en 2014, en el marco de la compleja evolución del desarrollo y aplicación de esa institución por los diferentes ordenamientos jurídicos estatales, ofrece amplio campo para el debate, aunque a los pragmáticos de siempre les parezca una especie de telegrama de respuesta pagada, un asunto cuyo escaso recorrido era fácil de profetizar. Es obligado reconocer que la actuación de la administración Trump, en estos primeros meses de 2017, contribuye como mínimo a sembrar dudas sobre algunos de los aspectos más relevantes en el orden internacional. Lo acabamos de comprobar a propósito de las relaciones con la UE y la OTAN. Sin duda, no corren buenos tiempos para el desarrollo real del principio de la jurisdicción universal, así como para cualquier pretensión de avance sustantivo en la globalización jurídica en detrimento de los multiseculares atributos de la soberanía estatal.

Por supuesto, no podemos reducir el proyecto de globalización jurídica al desarrollo del principio de jurisdicción universal, pues la jurisdicción universal es tan solo un aspecto, una herramienta frente a un proyecto bastante más amplio, pero es mucho más que un símbolo de ese proyecto. Me parece obligado precisar que, cuando hablo de globalización jurídica, más que a «la globalización de la justicia» me refiero a la extensión global del modelo de Estado de Derecho y del constitucionalismo. Esta tesis no es una novedad. Ya la anticipó el iusinternacionalista español Carrillo Salcedo antes incluso de que la formulara expresamente el profesor Ferrajoli. Recordemos que la tesis del constitucionalismo supone que, del mismo modo que el Estado de Derecho es el fin de la noción de soberanía absoluta propia del *Ancien Régime*, el constitucionalismo da un paso más en la limitación a esta vieja noción de soberanía, al apostar por la soberanía de la constitución —no de la ley—, que remite a una cláusula de apertura aún mayor, tal y como ha insistido el antes citado Ferrajoli. Su extensión a escala global, la globalización jurídica, en el contexto de un orden internacional que parece haberse abierto a la multilateralidad y que relativiza-

ría la era de los dos bloques en torno a dos potencias hegemónicas (titulares de una suerte de soberanía mundial en competencia), es un proceso complejo y no necesariamente lineal. La globalización jurídica, además, constituye probablemente el recurso básico (necesario, pero insuficiente) para tratar de poner freno a las nocivas consecuencias del modelo de globalización tecnoeconómica que parece instaurar otra soberanía con aspiraciones absolutas que exige la desregulación: la soberanía del mercado global y de sus señores. Una soberanía más tecnoeconómica que jurídica o política, a lomos de ese *capitalismo de casino* que, en su ambición desreguladora, parece exigir el *sacrificio* de buena parte de los derechos humanos o, al menos, de sus garantías efectivas, en el altar de su particular dogma de la racionalidad económica.

Dicho de otro modo: en el ámbito internacional nos encontramos ante una coyuntura que parece propicia a un modo de conducir las relaciones internacionales guiadas por las viejas pautas de la soberanía absoluta, que conseguirían así reaparecer, si es que llegaron a desaparecer alguna vez. La más preocupante de todas ellas es la pretensión de recuperación de la categoría de la inmunidad, una condición de la que depende *de iure* —y, obviamente, *a fortiori*, *de facto*— el resultado de impunidad, la herida más grave para las víctimas de graves violaciones de derechos como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

Lo argumenta con claridad el profesor Remiro[1], que presenta en su contribución a este monográfico un excelente examen del *status quaestionis* de la lucha por la reducción y el control de la inmunidad. Es esa una tarea que está lejos de presentar un progreso lineal, pues hoy sigue existiendo una fuerte reivindicación de las inmunidades de los Estados soberanos y de sus agentes, en línea con una conocida jurisprudencia de la CIJ[2]. Así lo prueba, por ejemplo, la reciente y significativa sentencia del TEDH de 2014 (caso *Jones & Others vs. United Kingdom*), que extiende la inmunidad del Estado a sus agentes.

Por su parte, el profesor Esteve, en las consideraciones preliminares de su contribución a este monográfico recuerda la resolución de 2005 del IDI denominada «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes», donde se precisaba: «Universal jurisdiction is primarily based on customary international law. It can also be established under a multilateral treaty in the relations between the contracting parties […] the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions: a) Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or noninternational armed conflict»[3].

Bien podríamos decir con el profesor Pigrau que, aunque «sin duda el dato más relevante es la tendencia en las leyes nacionales a la consideración de los crímenes de competencia de la CPI como crímenes que deben ser incluidos bajo el campo de acción del principio de la jurisdicción universal»[4] (Pigrau, 2009: 35-37; AI, 2012: 2), lo cierto es que, como propone en el apartado 2 de su contribución a este monográfico (significativamente titulado «Un espacio enorme de impunidad para los crímenes internacionales más graves»), «en punto a los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio […] la impunidad es la norma y la persecución es la excepción». Y eso sobre todo parece cierto, subraya Pigrau, si hablamos de la distinción entre un tipo de impunidad de carácter legal (normativa) y otra que sería estructural: «La primera se deriva de una norma jurídica que conlleva una renuncia expresa o extinción por parte del Estado del ejercicio de su potestad punitiva». Puede tener su origen «en una norma jurídica dictada con posterioridad a la realización de las conductas criminales, como ocurre con las denominadas leyes de amnistías y leyes de autoamnistías, o bien en normas jurídicas dictadas con anterioridad al hecho punible, como ocurre con la prescripción de la acción penal y otras circunstancias excluyentes de responsabilidad». En cambio, la impunidad estructural «proviene de un conjunto de factores de carácter endógeno o exógeno que afectan el deber de justicia penal», de tal manera que, a pesar de existir «un sistema jurídico que podría ser capaz de lograr la reacción penal» la presencia de estos factores hace «que el Estado adopte conductas omisivas, evasivas o negligentes respecto de la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos»[5]. Siguiendo también a Saavedra, Pigrau insiste en que sería necesario profundizar en la diferencia de los factores que propician o contribuyen al resultado de impunidad[6]. Es fácil colegir que los factores endógenos nos interesan más directamente a la hora de la comprensión de los problemas que afectan a los tribunales internos respecto a la aplicación de la jurisdicción universal.

Dicho todo esto, es imposible dejar de constatar que, más allá de los argumentos concretos que abonan el juicio crítico, impera entre nuestros especialistas el pesimismo sobre la voluntad de desarrollar la recepción en el propio ordenamiento de la lógica del principio de jurisdicción universal. El profesor Esteve, que une a su condición académica la de representante legal como abogado en uno de los procesos planteados en nuestro país a este respecto —la demanda de un ciudadano del Tibet contra los altos responsables del Gobierno chino—, se pronuncia de forma contundente: «A todas luces, las reformas del artículo 23.4 LOPJ llevadas a cabo en nuestro país apuntan más bien a este último efecto ilusorio. No sorprende que la LO 1/2014 haya sido calificada como un retroceso de casi cien años en la lucha contra la impunidad[7], una derogación *de facto* y un giro copernicano en la materia[8] o quizá el fin de la justicia universal en España[9]. Al mismo tiempo, el reciente anuncio de distintos países africanos (Sudáfrica, Burundi y Gambia) de retirarse del TPI y la declaración de intenciones de Rusia revocando la firma del Estatuto de Roma ratifican el juicio de valor por el cual corren malos tiempos para justicia penal internacional[10]; y sobre todo en España desde la entrada en vigor de la LO 1/2014».

2. HERRAMIENTAS EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD. SOBRE LA RAZÓN DE SER Y LIMITACIONES DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Como he apuntado más arriba, es una tesis ampliamente compartida[11] la que señala que la ideología que subyace a esta revitalización de la inmunidad no es otra que la pretensión desreguladora del «capitalismo sin barreras», perfecta y paradójicamente compatible con el afán de erigir muros frente a los no deseables, a los «desechos humanos» y, rizando el rizo, con la demagogia proteccionista. En rigor, no es una novedad sino una constante en la concepción realista que, más allá de Morgenthau, tiene ilustres precedentes. Sabemos que la tensión entre el modelo bodiniano-hobbesiano de soberanía y el proyecto universalizador de los derechos humanos ha encontrado muchos otros escenarios de esa resistencia. Ahora bien, hay que reconocer que pocas veces hemos visto tanta maquinaria al servicio de la impunidad a través de inmunidades construidas minuciosamente *ad hoc* los Estados nacionales.

Recordemos lo más elemental: la jurisdicción universal es un principio que pertenece al núcleo más irrenunciable de ese proceso universalizador de los derechos humanos, pues se trata de garantizar que sus más graves violaciones (crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio) no queden sin juzgar, con independencia de dónde se hayan cometido. No es el único instrumento desplegado en el esfuerzo jurídico (verdadera muestra primigenia de lo que entendemos por «lucha por los derechos») por poner coto a las posibilidades de impunidad de actuaciones que suponen graves violaciones de derechos humanos. Y ello es así porque, en realidad, este principio arranca de la toma de conciencia de que la existencia de un Tribunal Penal Internacional *tout court* no es suficiente garantía, sino que, como ha señalado el profesor Remiro, es un instrumento complementario en relación con la competencia de los Estados parte en la Convención que la instituye[12]. Por si ello no bastase para explicar el alcance limitado de la competencia del TPI, habría que recordar las limitaciones que provienen de los factores que podríamos considerar en sentido amplio «políticos», por no hablar de los que derivan del condicionamiento de la configuración de hecho del propio TPI. Todo ello exige, si se quiere *tomar en serio* la lucha contra estas gravísimas manifestaciones de impunidad, el recurso a lo que significa la jurisdicción universal.

Todo lo dicho explica la primera advertencia importante y positiva orientada a la justificación del principio de jurisdicción universal, tal y como lo recuerda el mismo profesor Pigrau en su contribución al monográfico. Si existe un elevadísimo *grado de consenso* sobre la necesidad de evitar la impunidad en lo que se refiere a esas graves violaciones de los derechos humanos (las tres contempladas en el Estatuto del TPI) y que no concurre respecto a otros delitos —aunque también afecten a derechos humanos porque no concurre tal *opinio iuris sive necesitatis*—, era evidente la necesidad de invocar un principio que permitiera superar los condicionamientos propios de las características del TPI y aun de tribunales específicos que los hacen manifiestamente insuficientes. Ese es el sentido del enunciado del preámbulo de la Convención de Roma en la que se establece el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (TPI): «Los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo». Por eso, «es deber de todo Esta-

do ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»[13]. Pero estaríamos ciegos si no reconociéramos que la voluntad política de las grandes potencias fue, siempre, oponerse esta institución —y también que buena parte de los Estados que la aceptaron (como el nuestro) no la desarrollan ni la fortalecen, sino que la limitan y la entorpecen—, de modo que bien podría decirse que la jurisdicción universal se asemeja a una *especie en peligro de extinción* justo al poco de nacer[14].

Creo que el profesor Remiro da en el clavo de la cuestión cuando, a propósito del dilema que se plantea entre el desarrollo coherente de la jurisdicción universal y la terca realidad de la voluntad política de mantener esferas de inmunidad por parte de los Estados, escribe: «El rigor lógico cede a menudo frente al sentido práctico de quienes se preguntan: ¿para qué elaborar un discurso sobre la jurisdicción si, una vez establecida esta, nos vamos a topar con unas inmunidades que van a derrotarla en el campo de batalla procesal? De ahí que a menudo el artista sea preterido por el pintor de brocha gorda que prescinde de los matices para pasar el rodillo y hacer de jurisdicción y admisión la misma cosa, afirmándose a menudo que los jueces *carecen* de jurisdicción sobre crímenes internacionales por causa de las inmunidades del Estado extranjero y de sus agentes, en lugar de decir que los jueces no pueden *ejercer* su jurisdicción sobre tales crímenes debido a las *dichosas* inmunidades».

En efecto, en mi opinión se incurre con demasiada frecuencia en la descalificación de la jurisdicción universal, tachándola de proyecto «buenista», «ingenuo» y destinado al fracaso, como lo acreditaría la férrea oposición de los gobiernos a su desarrollo y aplicación; es hacernos pasar como un error de concepto lo que no es otra cosa que un problema de voluntad política. En suma, supone dar por resuelta unilateralmente la vieja tensión entre un modelo de soberanía, como ya hemos recordado, y las exigencias de progresiva extensión del reconocimiento y garantía efectiva de los derechos humanos. Desde una lógica iusinternacionalista es completamente contradictorio apuntar a la imposibilidad conceptual de la jurisdicción universal.

Otra cosa, evidentemente, es que existiendo tal jurisdicción (lo que parece difícilmente discutible en términos de Derecho positivo, de Derecho internacional público), los Gobiernos aprueben todas las reformas legales posibles orientadas a preservar un objetivo básico: garantizarse y garantizar a sus aliados o a las potencias a las que no pueden no tener en cuenta —en el caso de España, las de Israel o China— las mencionadas *esferas de inmunidad*, en lugar de entender que, como escribió la profesora Orihuela, ante las limitaciones del propio Tribunal Penal Internacional, las jurisdicciones nacionales constituyen no solo un ámbito complementario, sino también «un pilar básico, y en ocasiones exclusivo, en la lucha contra la impunidad»[15].

3. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LAS REFORMAS LEGALES EN ESPAÑA

En mi opinión, esta es la perspectiva desde la que debemos examinar el debate de las reformas legales que se han llevado a cabo en España y que afectan al principio de jurisdicción universal, que constituye el objetivo en el que se centran las aportaciones a esta sección de la revista.

Como se recordará, en 1985 la LOPJ estableció en el apartado 4 de su artículo 23 la posibilidad del recurso a la jurisdicción universal[16]. Como advierte Pigrau, inicialmente ese artículo solo contemplaba dos limitaciones al principio de jurisdicción universal: primero, la delimitación de la competencia respecto a los supuestos de mutilación genital femenina, a los que aplica el principio de universalidad en su apartado (i) si y solo si sus responsables se encuentran en territorio español; y segundo, el principio *non bis in ídem*, contemplado en el apartado 5 del mismo artículo 23. Sin embargo, en la evolución posterior, la respuesta del legislador español[17] a la incorporación de la institución de la jurisdicción universal se concreta en tres leyes orgánicas (2003, 2009 y 2014).

La primera reforma, de 2003, planteó de forma específica y con apariencia meramente «técnica» algunos límites a la extensión de la jurisdicción de los tribunales españoles, a propósito de la Ley de cooperación con el TPI[18]. El mismo Pigrau, en su contribución, señala que esta reforma generó, por así decir, una inversión del principio de complementariedad entre ambas jurisdicciones (la internacional y la interna, la española) en función del tipo de violación de derechos de que se trate.

Como ha señalado, entre otros, el profesor José Elías Esteve[19], la segunda reforma tiene un inequí-

voco carácter pragmático y aun ideológico, pues viene marcada por las presiones políticas de terceros Estados ante decisiones de la Audiencia Nacional que afectaban a altos representantes de los mismos (Israel, EE.UU). Vale aquí recordar el escándalo jurídico que constituye el hecho de que la ministra de Asuntos Exteriores de Israel en la época, Tzipi Livni, se permitiera adelantar el sentido de la reforma antes incluso de que el Gobierno de Rodríguez Zapatero hiciera público el proyecto. Esta presión propició un pacto entre los dos partidos mayoritarios en el Congreso, fruto del cual y aprovechando la tramitación de una ley aparentemente ajena a la cuestión, la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, se modificó de nuevo el tenor del artículo 23.4 de la LOPJ[20]. Es cierto que esta reforma supuso la ampliación del catálogo de crímenes contra los derechos humanos objeto del principio de jurisdicción universal, pues incluyó expresamente los crímenes de lesa humanidad. Pero no menos clara es su intención restrictiva, que, como señaló casi inmediatamente después de su aprobación el profesor Pigrau[21], se manifiesta en la inversión del principio de complementariedad (ya apuntada en la primera reforma) y la determinación del elemento de conexión con la competencia de los tribunales españoles (aunque a ese respecto hay cierta controversia doctrinal)[22].

Nos interesa, sobre todo, la reforma de 2014 del artículo 23.4 e) de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo[23], sobre la que una buena parte de la doctrina ha planteado no pocas cuestiones relativas a su propósito y consecuencias[24] y ha denunciado su deficiente técnica[25]. Recordaré que, como explicó muy convincentemente el profesor Esteve en su estudio crítico de 2014, esta reforma es la consecuencia directa de la presión ejercida por los dirigentes de la República Popular de China[26] y supuso la más importante restricción de la jurisdicción universal. Tramitada por la vía de urgencia y aprobada gracias a la mayoría absoluta del Partido Popular, con la oposición/abstención del resto de los grupos parlamentarios, y actualmente objeto de revisión constitucional tras la admisión por el Tribunal Constitucional del recurso interpuesto por el grupo parlamentario del PSOE, la reforma operada por la LO 1/2014 modificó algunos aspectos de los apartado 4 y 5 del artículo 23 y, sobre todo, añadió un nuevo párrafo, el 6[27]. De hecho, como subraya Sánchez[28] y explica en su contribución Pigrau, esta reforma supone la reducción de la jurisdicción universal a los supuestos contemplados en los apartado d) y p) de la nueva redacción, lo que en la práctica la reduce casi al supuesto de que un tratado internacional suscrito por España prevea la obligación de persecución penal. En definitiva, como se ha apuntado por casi toda la doctrina, se trataba de archivar los casos vivos en la Audiencia Nacional.

Al mismo tiempo, como ha reiterado el profesor Esteve, la reforma aparece estrechamente vinculada a la prioridad de la lucha antiterrorista focalizada en el combate contra el yihadismo. En el apartado de su contribución en el que expone sus consideraciones críticas sobre esta tercera reforma, Esteve apunta: «Además debe insistirse en que lo más obvio y censurable de la reforma reside en el hecho por el cual régimen jurídico para los crímenes internacionales más aberrantes resulta mucho más gravoso. Siendo así en los casos de genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra, más allá de la nacionalidad de las víctimas, debe cumplirse el requisito adicional de constar, agresor español o extranjero con residencia habitual en España o presencia en territorio español»[29]. Esteve insiste asimismo en la descompensación de medios atribuidos a la lucha contra las manifestaciones de «terrorismo de Estado», un supuesto básico para la jurisdicción universal, que aparece desdibujado en comparación con el terrorismo yihadista.

A partir de esta sucinta descripción, debemos plantearnos, como decía, la necesidad de hacer balance, aunque cabe recordar que el veredicto de la doctrina fue especialmente crítico con esta reforma y concluye como mínimo que esta revisión tenía como objetivo fundamental poner obstáculos a los jueces para *ejercer* la jurisdicción universal. A la hora de valorar estas reformas, algunos juristas —entre ellos, el magistrado Martín Pallín o los profesores Escobar y Esteve [30]—hablan incluso de «un retroceso de 100 años», de una «derogación *de facto*» o de una «desnaturalización». Esteve, en la línea de Ollé, insiste en el que, al dejar vinculada la jurisdicción universal de modo no ya preferente, sino casi exclusivo, a la persecución del terrorismo[31] se acaba produciendo inevitablemente un efecto particularmente pernicioso, esto es, la identificación reductiva, errónea, del principio de jurisdicción universal con diferentes criterios de extraterritorialidad en la aplicación de la ley penal[32]. Aún más claramente, como sostiene el profesor Pigrau, cabe contemplar razones suficientes como para hablar de una auténtica «desarticulación del principio de jurisdicción universal»[33].

Obviamente, para responder a esta cuestión de forma conclusiva lo más aconsejable es la lectura de las contribuciones que siguen. Por mi parte, me limitaré a hacer unas pocas consideraciones casi sumarias.

Las más de las veces, la oposición —en ocasiones de los propios tribunales, pero también de la Fiscalía y, sin duda, del propio Gobierno—, desde el primer momento y con variaciones en su intensidad frente a un modelo consolidado y amplio del principio de jurisdicción universal, no se debe exclusiva ni aun prioritariamente a consideraciones relativas a su dificultad de puesta en práctica, a los argumentos que evocan los diversos tipos de problemas de eficacia y eficiencia, sino también, de forma muy clara a motivaciones pragmáticas (de diplomacia realista) que aducen los problemas que comporta para nuestro país emprender acciones que afectan a Estados (o a sus representantes) con los que mantenemos buenas relaciones o que son particularmente relevantes para nuestros intereses, si no pura y simplemente ideológicas. Permítaseme aludir a un hecho muy reciente —acaecido cuando terminaba de redactar estas páginas— que confirma estas dificultades. El día 1 de febrero de 2017 se registró un nuevo intento de reactivar la jurisdicción universal en España. El equipo jurídico de G37 Despacho Internacional presentó una querella en la Audiencia Nacional contra nueve miembros de las Fuerzas de Seguridad y de la inteligencia militar sirias por la comisión de un delito de terrorismo de Estado. La querellante es una víctima indirecta de nacionalidad española, hermana de un ciudadano sirio, de 42 años de edad y de profesión transportista, casado y con tres hijos, que supuestamente fue detenido de forma ilegal en 2013, mientras hacía su ruta de reparto habitual entre su domicilio y la ciudad de Homs, y trasladado a un centro de detención ilegal en Damasco donde fue torturado y ejecutado. Los abogados de la querellante consideraban que España es competente para investigar este crimen porque la querellante, hermana (con nacionalidad española) del ciudadano sirio asesinado, debe ser considerada víctima de los hechos si atendemos a las resoluciones 40/34 y 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, además de la Directiva 2012/29 del Consejo y Parlamento europeo y de la Ley española del Estatuto de la Víctima del Delito. Es verdad que el supuesto planteado carece de precedentes en la justicia española, pero no lo es menos que parecen concurrir razones para remitir a la jurisdicción universal y, por tanto, ser investigado y juzgado en España. En su furgoneta solo llevaba frutos secos y otros comestibles, según la familia, que jamás volvió a saber de él hasta que identificó su cadáver torturado al acceder al denominado «archivo Cesar»[34] un registro con alrededor de 50.000 fotografías de más de 6000 víctimas de estos centros de detención ilegal, que un policía militar conocido por este alias logró sacar del país tras desertar y que está siendo utilizado para buscar a los desaparecidos.

Los redactores del informe Cesar señalan que desde el comienzo de la «primavera árabe» en 2011, el Gobierno y las fuerzas de seguridad del presidente sirio, Bashar al-Ásad, diseñaron un plan para reprimir y acallar las manifestaciones pacíficas de los disidentes, mediante el uso indiscriminado de la violencia. Así, llevaron a cabo «detenciones arbitrarias», «desapariciones forzadas», «torturas y ejecuciones masivas de civiles» en varios centros de detención ilegal distribuidos por Siria. Allí, los civiles prisioneros eran «hacinados en condiciones infrahumanas», sometidos a la «inanición» y a «más de 20 técnicas de tortura» diferentes, incluida la «violencia sexual». También «fueron privados de agua potable» y tenían que estar «de pie en el interior de las celdas» y hacer sus necesidades fisiológicas «en el mismo espacio donde habitaban y dormían, e incluso encima de otros prisioneros». Los detenidos tampoco podían lavarse durante meses, lo que provocó la «proliferación de sarna, erupciones cutáneas y piojos» y la propagación de enfermedades. El resultado final, a causa de las condiciones antihigiénicas, las torturas y palizas o las ejecuciones, es casi siempre la muerte, según los querellantes. Según la querella, la hipótesis es que desde que el Gobierno inició este plan en 2011 han desaparecido en Siria más de 117.000 personas. Las detenciones ilegales son una parte del plan del Estado, que también ha asediado los principales centros urbanos y ha bombardeado de forma indiscriminada las áreas controladas por los disidentes. Los centros de detención ilegal en Siria están coordinados por cuatro agencias de seguridad, que a su vez dependen del Buró de Seguridad Nacional. Esta oficina recibe las órdenes de la Célula Central de Gestión de Crisis, compuesta por altos oficiales políticos y de seguridad del Estado. Todo ello, recordemos, ha de situarte en el marco de un conflicto interno que ya cuenta con más de 450.000 muertos y en el que más de 11 millones de sirios, la mitad de la población del país, se han visto obligados a abandonar sus hogares como refugiados o a desplazarse a otros lugares del interior de su territorio nacional.

Sin embargo, el día 15 de febrero se supo que la fiscal Teresa Sandoval rechazó admitir la querella

porque la víctima directa de las torturas y asesinato del régimen de Bachar al-Ásad no es española. La fiscal interpreta —y cita para justificar su decisión la ley y dos sentencias del Tribunal Supremo— que solo puede ser considerado como víctima el fallecido y no a la querellante hermana del mismo, esta sí de nacionalidad española, por lo que resulta «imposible perseguir los hechos». La fiscal recalca que, después de las sucesivas reformas de la jurisdicción universal y de acuerdo a la legislación penal española, solo puede considerarse como víctima a la persona que sufre directamente los hechos, es decir, al ciudadano sirio fallecido, y no a su hermana de nacionalidad española, a la que la ley solo ampara como víctima a efectos civiles para recibir, eventualmente, una indemnización, pero no a efectos penales para poder presentar una querella.

En segundo lugar, no es menos obvio que la coherencia con el principio de jurisdicción universal y la prioridad de la lucha contra la impunidad referente a violaciones particularmente graves de los derechos humanos exigiría la voluntad política de los Estados nacionales para reforzar, complementar y sustituir las limitaciones ya referidas del Tribunal Penal Internacional. Dicho de otro modo, la tolerancia cero con la impunidad respecto a los tres tipos de crímenes contemplados en el Estatuto del TPI. Y ello supone necesariamente la activación de todos los medios para que se cumpla la eficaz complementariedad de los tribunales internos respecto al TPI, una tesis, la de la complementariedad, que, como hemos visto, los expertos denuncian que ha sido reinterpretada en la última reforma legal española hasta producir su tergiversación.

De esas y otras razones cabe extraer una tercera consideración de *lege ferenda*. Un Gobierno que proclama su lealtad a la legalidad internacional como criterio de actuación debe recuperar como mínimo la capacidad activa respecto al ejercicio de la jurisdicción universal tal y como se desprendía de la redacción previa del artículo 23.4 de la LOPJ y, por tanto, debe derogar la reforma de 2014.

Concluyo. La voluntad de nuestro legislador (es cierto que encarnado en el grupo parlamentario del PP, pero sin oposición sustantiva del PSOE ni de los grupos nacionalistas), especialmente en la reforma de 2014, ha sido muy clara en su empeño reformador: se trata de una interpretación a la baja que, en la práctica, deja el principio de jurisdicción universal muy lejos del alcance de los tribunales españoles. Suscribo, pues, las tesis del profesor Remiro cuando, respecto a las posibilidades de nuestros jueces y magistrados, afirma: «Ciertamente, ya no tendrán que esforzarse por argumentar que establecer la jurisdicción universal en su acepción de *iudex aprehensionis* es una facultad soberana de cada Estado —y una obligación internacional solo si la han convenido mediante tratados—, pero no podrán servirse de la Corte Penal Internacional como coartada de la sustracción de jurisdicción universal a los jueces estatales, por ser la de la Corte una jurisdicción subsidiaria y hasta ahora, añadamos, poco eficiente». Quizá por eso, como sostiene el propio Remiro, habría que dejar de menospreciar la oportunidad de recurrir a una «vía subsidiaria», la de los mecanismos alternativos, con el objeto de garantizar que se dé satisfacción a las pretensiones de justicia de las víctimas de esas violaciones y a sus familias o representantes legales.

En todo caso, resulta no menos inevitable reconocer, con el profesor Esteve, que el espíritu de estas reformas avala escandalosas tergiversaciones como la que llega a proponer una contradicción entre el desarrollo de la jurisdicción universal y la exigencia garantista que se encuentra en el núcleo del ideal del Estado de Derecho. Escribe Esteve que así sucede con quienes, como el anterior ministro de Asuntos Exteriores, el Sr. García Margallo, «bendicen una reforma contraria a la letra y el espíritu de tratados internacionales ratificados por España, argumentando que la lucha contra la impunidad en el Derecho Internacional Penal no puede hacerse a costa de las garantías esenciales del Estado de Derecho»[35]. Una vez, más nos encontramos ante falacias lingüísticas y conceptuales que tergiversan descaradamente principios básicos. Por eso se pregunta el profesor Esteve: «¿Perseguir un crimen de lesa humanidad, cuya comisión está prohibida por el *ius cogens*, cuestiona las garantías del Estado de Derecho? ¿O es su impunidad a cualquier precio lo que lo hace peligrar?».

No. A sabiendas de que las dificultades que estas reformas plantean nos sitúan ante un incierto futuro para el desarrollo de la jurisdicción universal, y sin excluir propuestas razonables como la del profesor Remiro sobre la necesidad de explorar vías subsidiarias, el abandono del principio de jurisdicción universal es una hipótesis inaceptable. Y lo es, ante todo, porque supone la renuncia a una exigencia inexcusable: la lucha contra la impunidad y contra las inmunidades que sitúan a poderes, a Estados, a organizaciones internacionales y a sus representantes al margen y/o por encima del Derecho. Ha pasado el tiempo en que la razón de Estado era la *ultima ratio*, expresión de una concepción absoluta de la

soberanía. Como explicara Carrillo Salcedo, en la tensión constitutiva entre esta y los derechos humanos el imperativo jurídico, el corolario lógico de la noción de Estado de Derecho exige la sumisión de aquella a estos. Y la jurisdicción universal es un medio imprescindible para asegurar la primacía de los derechos, para dar esa oportunidad al justiciable que ha encontrado un muro imposible de franquear en su propio país, como escribe el profesor Esteve.

NOTAS

1. El profesor Remiro fue, sin duda, el pionero en nuestra academia (y no solo en el ámbito iusinternacionalista) a la hora de advertir las luces y sombras que implicaba la aparición de la jurisdicción universal a propósito del caso Pinochet. Conviene recordar alguno de los numerosos trabajos que ha dedicado a esta cuestión: Remiro Brotóns, (1999; 2003: 231-251; 2009: 43-71; y 2013: 391-410).

2. Recordemos, como hace el mismo profesor Remiro, la Sentencia de la CIJ de febrero de 2003, que sostuvo firmemente ese muro protector para los agentes extranjeros frente a los jueces estatales, confirmada por la Sentencia de la CIJ de 13 de febrero de 2012, que reiteraba la inexistencia de mandado normativo internacional que permita excluir la inmunidad.

3. IDI (2005).

4. Pigrau (2009: 35-37).

5. Saavedra (2005: 385-413). La cita a la que remite Pigrau corresponde a la página 392.

6. Saavedra apunta la diversidad de unos y otros. Por ejemplo, entre los factores exógenos destacan «la ausencia de denuncias de hechos punibles por miedo a sufrir represalias o consecuencias desfavorables o simplemente por desconfianza con el sistema judicial». En cambio, los factores endógenos son aquellos que se encuentran en el ámbito judicial, como la utilización abusiva de la jurisdicción militar para juzgar a civiles, la insuficiencia en la actividad investigadora por parte de los jueces, la falta de cooperación de las autoridades administrativas y la sobrecarga de la justicia penal (Saavedra, 2005: 399).

7. Martín Pallín (2014: 72-76).

8. Escobar Hernández (2014: 255-265).

9. Abad Castelos (2014: 223-230).

10. Remiro Brotóns (2013).

11. Así lo señala, por ejemplo, De Lucas (2017) apoyándose en los análisis de Brown, Sassen y Bauman.

12. Es lo que conocemos como principio de subsidiariedad y que, como suele recordarse, queda enunciado desde el *incipit* del propio Estatuto, en su preámbulo y en el artículo 1, y también en el artículo 17.

13. Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, BOE. nº 126, de 27 de mayo de 2002, Secc. 1 pp. 18824 a 18860: Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2002/05/27/pdfs/A18824-18860.pdf>.

14. En el arsenal de órdenes ejecutivas, memoranda y declaraciones que está desplegando el recién elegido presidente, se contempla una dirigida a reducir en un 40% la aportación a organizaciones internacionales, apuntando en primer lugar a la ONU y a sus instituciones. Resulta significativo que, pese que los EE.UU. no son parte del Convenio de Roma que instituye el Tribunal Penal Internacional, Trump ha querido incluir expresamente a la CCI (por sus siglas en inglés) en el listado de esas instituciones que debieran experimentar una fuerte restricción de la contribución de los EE.UU. *Cfr.*, por ejemplo, la información ofrecida por *The Independent.* Disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/world/americas/donald-trump-united-nations-funding-cuts-abortion-israel-settlements-president-executive-order-a7546486.html>. [Consulta: 30/01/2017.]

15. Orihuela Calatayud (2016*a*). Debe consultarse también Orihuela Calatayud (2006*b*: 207-228). Me permito apuntar que expresé una opinión coincidente, a propósito del principio de complementariedad, en Ramón Chornet (2000: 489-496).

16. Vale la pena recordar el tenor de ese precepto: «4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

17. Sin duda, habría que tener en cuenta también la discusión que se produce en la jurisprudencia; particularmente, en las sentencias de la Audiencia Nacional, del Supremo y del propio Tribunal Constitucional (por ejemplo, la muy notable STC 237/2005), pero por razones de espacio me limitaré a la actividad del legislador.

18. Se trató de las disposiciones incluidas en los apartados 2 y 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica de Cooperación con la CPI (LOCCPI) de 10 de diciembre de 2003, en virtud de la cual se limitaba de este modo la extensión a la jurisdicción española: «Cuando se presentare una denuncia o querella 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».

19. *Cfr.* Esteve (2012: 31-36).

20. Que quedó redactado del siguiente modo: «4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio y lesa humanidad. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces. e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de Derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España. Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior».

21. *Cfr.* Pigrau (2009: 121-123). También, Esteve (2012: 43-50).

22. *Cfr.* por ejemplo Ferrer (2009: 96 y 103).

23. Habría que añadir la eliminación de la acción popular, mediante la reforma introducida por la mencionada LO 1/2014 en el artículo 23.6 LOPJ.

24. Además de los tres artículos incluidos en el monográfico, pueden verse Esteve (2014: 139-201) y Segura (2014*a*: 321-324; y 2014*b*: 316-319).

25. Así, Esteve (2014: 178-179), que señala la paradoja de que los crímenes menos graves sean perseguidos con mayor facilidad y contundencia que los más graves, como el genocidio o los crímenes de guerra.

26. *Cfr.* Esteve (2014: 164-172).

27. La nueva redacción del artículo 23, considerablemente modificada, quedó como sigue: «4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: a) *Genocidio, lesa humanidad* o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflic-

to armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. b) Delitos de *tortura* y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte. e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; 5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; 6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; 7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o, 8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados. A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles. f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que: 1.º el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o, 2.º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español. g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo. h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español. i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español. j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión. k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España. l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o, 3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España. m) Trata de seres humanos, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España. n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España. o)

Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o, 5.º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos. p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos. Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España».

28. *Cfr*. Sánchez Legido (2014: 3-4).

29. «4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas». Como explica Esteve, el balance desproporcionado entre el énfasis puesto en el combate de los crímenes de terrorismo asociados al yihadismo y la prioridad de proporcionar medios eficaces en la lucha contra los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio (cuya vinculación al refuerzo de la jurisdicción universal queda muy debilitada) ya se denunció en la tramitación parlamentaria de esta ley.

30. Me remito al trabajo de Esteve del presente monográfico, así como a Esteve (2015: 1121-1144). Véanse también Martín Pallín (2014: 72-76) y Escobar (2014).

31. La reforma ha de ponerse en relación, en efecto, con la LO 2/2015 de 30 de marzo, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de delitos de terrorismo.

32. Ollé Sesé (2014: 100).

33. *Cfr.*, sobre todo, el apartado 4.1. de su contribución a este monográfico.

34. Se trata de un registro con más de 50.000 fotografías de más de 6000 víctimas de esos centros de detención ilegal que puso en funcionamiento el régimen de Al Assad. Un policía militar cuyo nombre en clave es ese, desertó y logró sacarlo de Siria y ha sido publicado en numerosos medios occidentales. *Cfr.,* por ejemplo, <http://cadenaser.com/ser/2017/01/30/album/1485811577_955772.html#1485811577_955772_1485811811>.

35. Sentencia 296/2015 de 6 de mayo de 2015, Pleno, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Recurso de casación 1682/2014, FJ 6. Magistrado ponente: Cándido Conde-Pumpido.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD CASTELOS, Montserrat (2014): «The end of universal jurisdiction in Spain?», *Spanish yearbook of international law,* vol. 18*,* 223-230.
BASSIOUNI, Mahmoud Cherif (2004): «The history of universal jurisdiction and its place in international law», en S. Macedo (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 39-63.
CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos (1988): «Persecución de crímenes contra la Humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar», *Jueces para la Democracia. Información y debate,* 31, 3-10.
DE LUCAS, Javier (2017): «Los refugiados en la era de Trump», Santiago de Compostela: *Concello de Cultura Galega.*
ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción (2014): «Universal jurisdiction in Spain: substantial change of model or implied repeal?», *Spanish yearbook of international law,* vol. 18*,* 255-265.

ESTEVE MOLTÓ, José Elías, (2012): «Causes and initial effects of the Spanish Organic Law 1/2009 reforming the principle of universal Jurisdiction in Spain», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. XVI, 19-53.

— (2014): «La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China», *Anuario español de derecho internacional*, vol. 30, 139-201.

— (2015): «The "Great Leap Forward" to impunity. Burying universal jurisdiction in Spain and returning to the paradigm of Human Rights as "domaine réservé" of the States», *Journal of International Criminal Justice,* 13, 1121-1144.

FERRER LLORET, Jaume (2004): «El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España», en Juan Soroeta Liceras, (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Bilbao: Universidad del País Vasco, 107-170.

— (2009): «The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spain practice (2003-2009)», *Spanish Yearbook of International Law*, 15, 63-106.

IDI (Institut de Droit International-Institute of International Law) (2005): Krakow Session. Seventeenth Commission, «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes»; Rapporteur: M. Christian Tomuschat.

LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ (2001): *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2014): «Recortes en jurisdicción universal: un retroceso de casi cien años», *Tiempo de Paz*, 112*,* 72-76.

OLLÉ SESÉ, Manuel (2008): *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid: La Ley.

— (2014: 100): «A vueltas con la justicia universal», *Política Exterior,* vol. XXVIII (160)*,* 96-104.

ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza (2002): «Justicia universal y derechos humanos», en J. Soroeta Liceras, (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, Bilbao: Universidad del País Vasco, 111-153.

— (2016*a*): *La jurisdicción universal en España*, Murcia, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

— (2016*b*): «La obligación *aut dedere aut judicare* y su cumplimiento en España», *Revista española de derecho internacional*, 68 (2), 207-228.

PIGRAU SOLÉ, Antonio (2005*a*): «Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003, de cooperación con la Corte Penal Internacional», en *Soberanía del Estado y Derecho internacional, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla: Universidad de Córdoba-Universidad de Sevilla Universidad de Málaga, vol. II, 1059-1083.

— (2005*b*): «A propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII (2), 893-910.

— (2009): *La jurisdicción universal y su aplicación en España. La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Barcelona: Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans, Generalitat de Catalunya.

— (2012): «Las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Tiempo de Paz,* 104, 58-66.

— (2014): «La represión de los crímenes más graves de trascendencia internacional», en M. C. Barranco Avilés, O. Celador Angón y F. Vacas Fernández (coords.), *Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho*, Madrid: Dykinson, 25-49.

RAMÓN CHORNET, Consuelo (2000): «Algunos obstáculos en el proceso de la justicia internacional. La experiencia de los Tribunales *ad hoc*», en VV.AA., *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio (9-11 junio 1999),* Madrid: Abogacía general del Estado/Dirección general del Servicio jurídico del Estado, 489-496.

REMIRO BROTONS, Antonio (1999): *El Caso Pinochet. Los límites de la impunidad,* Madrid: Biblioteca Nueva.

— (2000): «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal», en J. Quel López (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática. 4, Madrid: Escuela Diplomática-BOE.

— (2003): «International law after the Pinochet case», en M. Davis (ed.), *The Pinochet Case. Origins, Progress and Implications,* Londres: Institute of Latin American Studies, 231-251 (hay versión castellana: «El caso Pinochet: implicaciones y efectos en Derecho Internacional», en C. Ramón Chornet (ed.) (2004): *Los retos humanitarios del siglo XXI*, Valencia, PUV-Tirant lo Blanch, 205-232).

— (2009): «Crímenes internacionales, jueces estatales: de la Universalidad, las Inmunidades y otras Soledades», *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. I, 43-71.

— (2013): «Malos tiempos para la Justicia Universal», *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence. Global Trends: Law, Policy & Justice. Essays in honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo,* Oxford: Oxford University Press, 391-410.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (2005): «La Respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 385-413.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2001-2002): «Spanish practice in the area of universal jurisdiction», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. VIII, 25-38.

— (2014): «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* vol. 27.

SEGURA, Antonio (2014*a*): «Hacia una nueva reforma restrictiva del principio de jurisdicción universal en España», *Revista Española de Derecho Internacional,* 66 (1), 321-324,

— (2014*b*): «Vicisitudes de la jurisdicción universal tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014», *Revista Española de Derecho Internacional,* 66 (2), 316-319.

JURISDICCIÓN PENAL UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES INTERNACIONALES E INMUNIDADES DEL ESTADO EXTRANJERO Y SUS AGENTES

UNIVERSAL CRIMINAL JURISDICTION OF INTERNATIONAL CRIMES AND IMMUNITIES OF THE STATE AND ITS AGENTS

Antonio Remiro Brotóns

Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid
Miembro del Instituto de Derecho Internacional

RESUMEN

Jurisdicción penal universal sobre crímenes internacionales e inmunidad del Estado extranjero y de sus agentes son cuestiones concatenadas. De poco sirve asumir y afianzar la primera si no se limitan los supuestos en que la inmunidad opera. Y viceversa: reducir los casos de inmunidad es un brindis al sol si el principio de universalidad ha sido sofocado como base de jurisdicción. Los Estados están facultados por el Derecho internacional para incorporar dicho principio a sus leyes, pero las *policies* al respecto son hoy regresivas: España es un lamentable ejemplo. Las inmunidades, afianzadas por los tribunales internacionales, conservan por otro lado todo su vigor.

PALABRAS CLAVE

Aut dedere aut judicare, Corte Internacional de Justicia, crímenes internacionales, inmunidades, jurisdicción universal, Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

Universal criminal jurisdiction of international crimes and immunity of the State and their agents are linked issues. To assume and secure the first one only helps if jurisdiction is not restricted. And vice versa: to reduce the cases of immunity is *a show for the gallery* if the principle of universality is neglected as the basis of jurisdiction. States are entitled by international law to incorporate this principle to their legal framework, but policies in this regard are regressive nowadays, such as in Spain. Nevertheless, immunities, consolidated by international courts, maintain all their vigour.

KEYWORDS

Aut dedere aut judicare, immunities, International Court of Justice, international crimes, International Criminal Court, universal jurisdiction.

JURISDICCIÓN PENAL UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES INTERNACIONALES E INMUNIDADES DEL ESTADO EXTRANJERO Y SUS AGENTES

Antonio Remiro Brotóns

Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid
Miembro del Instituto de Derecho Internacional

Sumario: 1. La proclamación de una jurisdicción universal, un derecho soberano. 1.1. El principio de jurisdicción universal ante la Corte Internacional de Justicia. 1.2. Los pronunciamientos de la doctrina colectiva sobre la jurisdicción más amplios. 1.3. Conclusión sobre las normas generales de Derecho internacional sobre la jurisdicción universal. 2. La relación entre el principio de jurisdicción universal y la regla *aut dedere aut judicare*. 3. La inmunidad de la jurisdicción penal de los agentes del Estado extranjero. 4. La inmunidad del Estado extranjero.

¿Qué es antes? ¿El huevo o la gallina? Una vez más la *vexata quaestio.* En rigor lógico, la inmunidad del Estado extranjero y de sus agentes ha de plantearse como una excepción a la admisión de un caso sobre el que juez ostenta jurisdicción. Pero el rigor lógico cede a menudo frente al sentido práctico de quienes se preguntan: ¿para qué elaborar un discurso sobre la jurisdicción si, una vez establecida esta, nos vamos a topar con unas inmunidades que van a derrotarla en el campo de batalla procesal? De ahí que con frecuencia el artista sea preterido por el pintor de brocha gorda que prescinde de los matices para pasar el rodillo y hacer de la jurisdicción y la admisión la misma cosa, afirmándose a menudo que los jueces *carecen* de jurisdicción sobre crímenes internacionales por causa de las inmunidades del Estado extranjero y de sus agentes, en lugar de decir que los jueces no pueden *ejercer* su jurisdicción sobre tales crímenes debido a las *dichosas* inmunidades[1]. Hay, sin embargo, unas enseñanzas concatenadas que se desprenden de esta constatación: es inútil acometer una política para reducir el alcance de las inmunidades cuando previamente no hemos asentado sobre bases firmes y ampliado la jurisdicción sobre los crímenes internacionales atribuidos a los agentes del Estado

extranjero en una doble dirección: una que apunta al agente en términos esencialmente penales, y otra que apunta al Estado mismo en términos de responsabilidad internacional por los actos de sus agentes. De nada serviría recortar las inmunidades en supuestos en que no ha sido establecida la jurisdicción sobre el crimen. Pero, igualmente, ¿de qué ha de servir ensanchar las bases de la jurisdicción si mantenemos las inmunidades como intangibles?

Aunque ambas políticas deben ser concertadas, el primer movimiento debe procurar ensanchar las bases de jurisdicción hasta alcanzar El Dorado de la jurisdicción universal. Cuando atravesamos el Rubicón del siglo XX para entrar en el XXI vivimos un momento de grandes esperanzas —tomando prestada la cabecera de la célebre novela por entregas de Charles Dickens—. La orden de arresto y solicitud de extradición del general Pinochet —de visita en Londres para comprar armas y operarse una hernia— que dictó el juez Garzón tuvo el efecto de los cohetes que sitúan en órbita un ingenio espacial. Yo mismo me sentí entonces (1999) atraído por el tema como no lo había estado antes, y publiqué una monografía y alguna secuela sobre el caso Pinochet (Remiro Brotóns, 2003). Luego seguí prestando una atención a tiempo parcial a las vicisitudes de la justicia universal, especialmente en España[2], y en 2013 publiqué mi último trabajo sobre el tema, de título sombrío: «Malos tiempos para la justicia universal» (Remiro Brotóns, 2013). Posteriormente, los tiempos malos han devenido pésimos tras la última chapuza exprés endosada por las Cortes en 2014 cuando el rodillo de la mayoría absoluta en el Congreso del Partido Popular acabó de aplastar las modestísimas expresiones de la jurisdicción universal que habían sobrevivido inadvertidamente a la guadaña manejada al alimón en 2009 por socialistas, populares y nacionalistas vascos y catalanes en insólita exhibición de concertación[3].

El hecho de que se hayan escrito y publicado sobre este devenir excelentes trabajos excusa que yo ahora trate de sorber su ciencia como un buscavidas se apresta a robar mediante una cánula el combustible del depósito de un vehículo bien aprovisionado[4]. Me limito, pues, en este punto, a recomendar al lector interesado que busque sus fuentes en estos trabajos y, por mi parte, a hacer una constatación: en su prosaico empeño por cegar la jurisdicción universal por consideraciones utilitarias de carácter político y económico, el legislador español ha dañado la córnea de otras bases jurisdiccionales —como la personalidad pasiva—, de manera que la condición española de una víctima de un crimen cometido en el extranjero puede verse hoy desamparada por los tribunales españoles y, además, con efecto retroactivo. Es difícil mantener la compostura ante semejante desmán legislativo. El caso Couso es probablemente el más emblemático de los casos por ser Couso español de origen, a diferencia de Thubten Wangchen Sherpa Sherpa, que no lo era cuando vivió en primera persona las torturas y vejaciones de que se acusaba a antiguos dirigentes de la República Popular China[5].

Conforme a la ley en vigor, la única ventana abierta a la jurisdicción universal se limita a los delitos «cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos» (artículo 23.4, p, de la LOPJ). Por esta ventana podían deslizarse los crímenes de guerra, teniendo en cuenta lo que disponen los Convenios de Ginebra de 1949, de los que España es parte, y así lo interpretó el juez Pedraz en la Audiencia Nacional para salvar la jurisdicción sobre el caso Couso[6]. Pero la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de mayo de 2015 (STS 296/2015), relativa al caso Tibet, ha derramado un jarro de agua fría sobre quienes han tratado de aprovechar este recurso, dictaminando el carácter no *self-executing* de las cláusulas convencionales.

Según la sentencia, el compromiso derivado de los tratados de ejercitar la jurisdicción universal debe hacerse efectivo por los Estados parte incorporándolo a su legislación interna.

Asumiendo un patente dualismo, considera la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que es preciso que la normativa interna establezca específicamente la jurisdicción, defina y sancione los distintos tipos delictivos y señale las penas correspondientes para que sea respetado el principio constitucional de legalidad. Según la Sala, el apartado p del artículo 23.4 de la LOPJ no es aplicable a los supuestos específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, lo que significa que, en los supuestos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, los fundamentos de jurisdicción se limitan a los previstos en el apartado a del artículo 23.4. De acuerdo con esta disposición, tratándose de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado se aplican los principios de personalidad activa (español o extranjero residente habitual en España) y de sustitución o representación (extranjero que se encuentra en España y cuya extradición es denegada), de manera que un presunto genocida o incluso un victimario de ciudadanos españoles puede viajar y hacer turismo por España si nadie solicita su extradición.

Así pues, el juez Pedraz, sin escatimar la expresión de su malestar, se vio obligado a elevar a la Sala de la Audiencia Nacional para su sobreseimiento y archivo un caso con sólidos indicios de comisión de un crimen de guerra por la tripulación de un carro de combate norteamericano en Bagdad contra un periodista español, crimen que iba a quedar impune[7]. El sobreseimiento del caso por la Audiencia Nacional, el 15 de noviembre de 2015, y la negativa a plantear una cuestión de inconstitucionalidad de la ley por incompatibilidad con obligaciones de España conforme a los Convenios de Ginebra, fueron confirmados por el Tribunal Supremo un año después (27 de octubre de 2016). Caso sepultado —aunque si a Bogart y a la Bergman siempre les quedará París[8], a los deudos de Couso tal vez les quede Estrasburgo—.

La conclusión es que, en España, la base jurisdiccional para la persecución de los crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad, torturas y de guerra) es estrecha. Y lo es porque se ha impuesto una política legislativa regresiva a partir del momento en que el Tribunal Constitucional tumbó la interpretación *contra legem* del artículo 23.4 que una Sala de lo Penal del Tribunal Supremo muy dividida adoptó para enterrar judicialmente la justicia universal[9], rescatada *in extremis* por el guardián máximo de la Constitución[10].

Esa política regresiva debió de ser considerada una *política de Estado* si nos atenemos al concierto del Partido Popular con el Partido Socialista, masa coral a la que se sumaron los grupos nacionalistas entonces preponderantes en Cataluña y el País Vasco. Esa política regresiva de Estado contó, además, con una generalizada aceptación de la opinión pública, a la que le gusta declararse por las causas más nobles siempre que salgan gratis, lo que no era el caso. ¿Es censurable? Todo depende de los valores que se asuman como prioritarios. Los negocios, combinados con la defensa de los puestos de trabajo, la alianza sin fisuras con el *campeón de Occidente* en toda clase de luchas o el temor de que una persecución de presuntos criminales israelíes se califique de antisemitismo y se nos eche en cara a Isabel la Católica —pero no santa— a pesar de los gestos para lavar culpas seculares, pueden prevalecer sobre el acceso a la justicia de víctimas lejanas con las que no guardamos más conexión que la condición humana o una relación histórica desleída. Esto se llama pragmatismo, o incluso ética de la responsabilidad, esto es, velar por el interés dizque general de la nación por encima de principios morales o de misiones cervantinas que nos vienen anchas en nuestra actual condición de decrépita potencia en lo universal, ya sin destino. El Gobierno del Partido Popular llevó en 2014 esa política hasta el extremo de desamparar incluso a los ciudadanos españoles víctimas en el extranjero de los crímenes internacionales. Grotesco, si no fuera patético.

Quienes quieran revertir esta consumada tendencia a la legítima vulgaridad de los miserables que traducen nuestras leyes en vigor y han de aplicar los jueces con mayor o menor

benevolencia, tienen por delante una misión titánica. Ciertamente, ya no tendrán que esforzarse por argumentar que establecer la jurisdicción universal en su acepción de *iudex aprehensionis* es una facultad soberana de cada Estado —y una obligación internacional solo si la han convenido mediante tratados—, pero no podrán servirse de la Corte Penal Internacional como coartada de la sustracción de jurisdicción universal a los jueces estatales, por ser la de la Corte una jurisdicción subsidiaria y, hasta ahora, añadamos, poco eficiente.

1. LA PROCLAMACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN UNIVERSAL, UN DERECHO SOBERANO

Incorporar la jurisdicción universal al ordenamiento procesal de un Estado para perseguir a los implicados en crímenes internacionales es, acabamos de decir, facultativo, y obligatorio solo si se es parte en tratados en que así se ha convenido. Cuando se produjo el caso Pinochet, las autoridades chilenas acusaron a España de pretender ejercer una jurisdicción abusiva, incompatible con los límites que, según la cancillería chilena, imponían las normas generales del Derecho internacional. La acusación se disolvió en cuanto el general de aflautado registro vocal, saltando de la silla en que había descendido del avión que lo trasladó a Santiago desde Londres por lo malito que estaba, se dirigió a sus compatriotas. Un milagro de desconocida intercesión celestial, aunque presumible intervención política. En todo caso, la idea de acudir con el contencioso a la Corte Internacional de Justicia o a un arbitraje decayó.

1.1. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Después, no han faltado casos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en que esta cuestión se ha planteado siquiera indirectamente. El colegio judicial ha optado, sin embargo, por salirse por la tangente. Así ocurrió cuando la República Democrática del Congo (RDC) demandó a Bélgica a cuenta de la orden de arresto internacional que un juez de instrucción belga había expedido contra el ministro de relaciones exteriores congoleño, Abdulaye Yerodia Ndombasi, con el propósito de solicitar su extradición por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra presuntamente cometidos antes de asumir su cargo. Sin embargo, tras haber impugnado el fundamento de la jurisdicción belga, considerándola disconforme con el Derecho internacional general, la RDC abandonó este argumento y Bélgica fue finalmente condenada por la Corte con base en la inmunidad de los agentes de un Estado extranjero en activo en el momento de la interposición de la demanda[11].

Qué habría decidido la Corte, caso de haber mantenido el Gobierno congoleño su discurso inicial, es materia de especulación. Algunos jueces expresaron sus puntos de vista en opiniones individuales y disidentes[12]. Unos, como el presidente Guillaume y el juez Rezek, se manifestaron contra el principio de universalidad. El juez Ranjeva llegó, con pesar, a la misma conclusión. Otros jueces —entre ellos, Higgins, Kooijmans y Buergenthal— convinieron, sin embargo, en la idea de la jurisdicción universal; en una opinión conjunta, lo hizo el juez Koroma; en una opinión separada, el juez Al-Kashawneh, al menos implícitamente, en una opinión disidente, y la juez *ad hoc* Van den Wyngaert, también disidente. Pero los siete jueces restantes guardaron silencio. Por lo demás, ninguno de ellos, parlantes o silentes, es miembro de la Corte en su actual composición.

Una segunda oportunidad surgió con la demanda interpuesta en 2003 contra Francia por el otro Congo (la República del Congo, el antiguo Congo francés o Congo-Brazzaville), al sostener el demandante el carácter ilícito de una competencia basada en el principio de persecución universal. Pero después de avanzar el procedimiento escrito a paso de ganso, que evidenciaba la intención de las partes de alcan-

zar un acuerdo extrajudicial, la República del Congo comunicó su desistimiento de la acción y, no habiendo sido objetado por Francia, la Corte retiró el caso de su lista el 16 de noviembre de 2010[13].

También la demanda belga de 19 de febrero de 2009 sobre la obligación de Senegal de *juzgar o entregar* al antiguo presidente de Chad, Hissène Habré (con un procedimiento abierto en Bélgica por crímenes de lesa humanidad y torturas) pudo dar lugar a un pronunciamiento de la Corte, en la medida en que el demandante no solo acusaba a Senegal de infringir sus obligaciones conforme a la Convención contra la Tortura, sino también las que le incumbían de acuerdo con normas de Derecho internacional consuetudinario. Además, la jurisdicción belga sobre el caso Habré solo podía basarse en el principio de jurisdicción universal si se atiende al hecho de que Bélgica carecía de conexiones personales pasivas en la fecha de su comisión con los crímenes que se imputaban al tirano chadiano asilado en Senegal.

Sin embargo, la Corte hiló fino para evitar un pronunciamiento. En su sentencia de 20 de julio de 2012, la Corte, que condenó a Senegal por haber incumplido los artículos 6.2 y 7.1 de la Convención contra la Tortura, fundó la admisibilidad de la demanda en el simple hecho que Bélgica es parte en una Convención que, mediante la consagración de obligaciones *erga omnes partes,* expresaba un *interés común* en su observancia; de esta manera se desembaraza del análisis del *interés especial* que pudiera tener el demandante como Estado perjudicado (lo que habría obligado a considerar los fundamentos de su jurisdicción)[14].

Asimismo, observando que en la fecha de interposición de la demanda no se había evidenciado controversia entre las partes sobre la infracción por Senegal de una presunta obligación de persecución universal de crímenes internacionales con base en normas de Derecho internacional consuetudinario, la Corte se quita el muerto de encima declarando inadmisible la demanda en este punto[15].

Uno de los jueces, el francés Abraham, disidente al respecto, hace una interesante distinción entre la *obligación* de Senegal de perseguir a Habré en sus tribunales con base en un principio de justicia universal consagrado por normas de *Derecho internacional consuetudinario*, obligación cuya existencia considera no probada[16], y la *facultad* que conforme a esas mismas normas pueda disfrutar cualquier Estado para atribuir competencia universal a sus jueces, cuestión sobre la que la Corte no tenía por qué pronunciarse en este caso. No estaba en juego la *licitud* de la jurisdicción universal en Derecho internacional, sino la *obligación* de asumirla[17].

Entre los demás miembros de la Corte, el juez Cançado Trindade, que ya con ocasión de la denegación de las medidas cautelares solicitadas por Bélgica (Orden de 28 de mayo de 2009) se había manifestado claramente favorable al principio de universalidad en la persecución de estos crímenes[18], sostuvo en su opinión individual este principio en los términos más amplios, conforme a su visión humanista del Derecho internacional[19].

1.2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA DOCTRINA COLECTIVA SOBRE LA JURISDICCIÓN MÁS AMPLIOS

En el plano de la doctrina colectiva no existen pronunciamientos a favor de una *obligación* de los Estados, resultante de una norma general de Derecho consuetudinario, de perseguir penalmente a los responsables de crímenes internacionales con base en el principio de jurisdicción universal. En cambio, ya desde los tiempos del *Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime* presentado en 1935 por el Harvard Research in International Law, existen señeras proclamaciones sobre la *facultad* de los Estados de asumir ese principio en la variable *moderada,* que condiciona la jurisdicción a la presencia del presunto culpable en su territorio (*iudex aprehensionis*) unida al patrocinio de políticas legislativas para que así sea[20]. En el mismo sentido ha de interpretarse el artículo

8 del *proyecto de* Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

¿Y si los presuntos criminales no estuvieran físicamente a disposición de los jueces *universales*? La variable *absoluta* del principio de universalidad cuenta con menos patronos. Si se rechaza, la pretensión de los jueces españoles de someter a juicio al general Pinochet habría sido, por poner un ejemplo, internacionalmente ilícita, en la medida en que Pinochet no se encontraba en España al admitirse a trámite la demanda.

Pero cabe matizar. 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, 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, resultado del examen de la legislación comparada por un grupo de académicos y expertos, se sostenga que la presencia del acusado es condición para el *ejercicio* de la jurisdicción universal y se declare al mismo tiempo que, con base en esta jurisdicción, puede solicitarse la extradición de un presunto responsable[21].

Asimismo, la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional (IDI) en su sesión de Cracovia (2005), tras afirmar inequívocamente el fundamento en el Derecho internacional consuetudinario de la competencia universal respecto a los crímenes internacionales, excluye los actos de instrucción y las solicitudes de extradición cuando exige la presencia del sospechoso en el territorio (nave, aeronave…) del Estado que lo persigue[22].

Concurrente con la competencia de otros jueces estatales fundada en los principios de territorialidad y de personalidad activa o pasiva, la posición del juez *universal* debe entenderse como *complementaria* o *coadyuvante*, no solo porque lo exige la ley estatal en ocasiones, sino también 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, y debe dárseles prioridad y un cierto margen de tiempo antes de que extraigan conclusiones sobre su voluntad, capacidad e independencia de actuación[23].

En este sentido, la resolución del IDI propone que: «El Estado de detención de un sospechoso debería, antes de la apertura de un procedimiento fundado en la competencia universal, requerir del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen o del Estado de la nacionalidad de la persona concernida, su disposición para perseguir a esa persona, a menos que tales Estados carezcan manifiestamente de la voluntad o sean incapaces de hacerlo». Asimismo, añade la resolución, «en la medida en que se funde únicamente en la competencia universal, el estado de detención de un sospechoso debería considerar, en su caso, con toda la atención requerida, la aceptación de una a solicitud de extradición que le sea dirigida por un Estado con una conexión significativa, como principalmente 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»[24].

1.3. CONCLUSIÓN SOBRE LAS NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Si no existe, por ahora, una norma internacional general que *obligue* a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal a sus leyes, tampoco existe norma internacional general que lo *prohíba* respecto a los crímenes internacionales. En otras palabras, los Estados, en el estadio actual de desarrollo del Derecho internacional, están *facultados* para fundar en dicho principio la competencia de sus jueces. Si y en qué medida lo hagan dependerá de sus *policies*, determinadas, *inter alia,* por la relevancia que concedan a la protección de los dere-

chos 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. Ese es el caso de los crímenes de guerra, pues los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977 implican la *obligación* de las 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[25]. La Convención contra la Tortura (1984) puede interpretarse en esta clave, especialmente tras la sentencias del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en *Prosecutor vs. Anto Furundzija*[26] y de la CIJ en las *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar,* de 20 de julio de 2012[27]. Y también, en términos menos exigentes, la Convención sobre la eliminación y represión del crimen de *apartheid* (1973)[28]. No fue el caso, sin embargo, de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio (1948)[29]. Una forma de avanzar sería extender mediante tratados esta obligación a otros crímenes internacionales.

2. LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y LA REGLA *AUT DEDERE AUT JUDICARE*

Esta última consideración conduce a considerar la relación que guarda el principio de jurisdicción universal con la regla *aut dedere aut judicare* (*aut punire* decía Grocio en tiempos menos atentos a la presunción de inocencia)[30]. Para evitar la impunidad, se ha tejido una tupida red de tratados que instrumentan la cooperación internacional en la lucha contra los crímenes internacionales y otras formas de delincuencia internacional adoptando esta regla de *entregar o juzgar*, hoy tan generalizada que la CDI la incluyó en 2005 en su programa de trabajo[31], aunque finalmente decidió desembarazarse honorablemente de ella adoptando un informe final en 2014[32] que acabó dando la razón a quienes, entre sus miembros, dudaban de que la Comisión pudiera hacer aportaciones sustanciales[33].

Entretanto, en 2009 la CIJ utilizó *la obligación de perseguir o extraditar* como rúbrica para identificar las cuestiones suscitadas por la demanda interpuesta por Bélgica contra Senegal a la que ya hemos aludido. Y es que la naturaleza y alcance del artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura (1984), que incorporaba esta regla, era uno de los ejes sobre los que giraba el contencioso. La CDI, por su parte, no ha dejado de subrayar la importancia de analizar la sentencia de la Corte, leída el 20 de julio de 2012, al ordenar sus futuros trabajos[34]. En este caso, la opinión individual del juez Yusuf fue muy esclarecedora de las diferentes caras que puede ofrecer la regla[35].

La regla, en efecto, puede *cargar* sobre la obligación de perseguir o sobre la obligación de extraditar. Lo primero es lo que ocurre con el artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura (1984), pues, como advierte la Corte, la extradición es, en este supuesto, una opción liberatoria de la obligación del Estado que prefiere abstenerse de perseguir criminalmente al presunto responsable de torturas arrestado en su territorio[36]. Pero en otros instrumentos la persecución por el Estado de arresto es una obligación que se deduce solo de su negativa a extraditarlo al país que lo reclama cumpliendo las condiciones convenidas (*principio de sustitución* o de *representación*). En este caso, la regla 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. Si en la primera hipótesis la obligación de persecución se mantiene de no haber solicitudes de extradición, en la segunda

no hay obligación de juzgar a quien no es reclamado por otro Estado.

La regla *aut dedere aut judicare* no debe, pues, confundirse con el principio de persecución universal[37], a pesar del nexo que existe entre ellos[38], especialmente cuando el principio se concreta en el *iudex aprehensionis* y la regla *carga* sobre la obligación de perseguir. Desde luego, el *iudex aprehensionis* de un presunto responsable de genocidio o de crímenes contra la humanidad estaría obligado en todo caso, incluso en ausencia de tratados, a aplicarla, como lo está cuando de crímenes de guerra o de tortura se trata[39].

3. LA INMUNIDAD DE LA JURISDICCIÓN PENAL DE LOS AGENTES DEL ESTADO EXTRANJERO

Superadas las dificultades del fundamento de su jurisdicción, los jueces estatales —a diferencia de los internacionales— chocan fatalmente con el muro de las inmunidades de los agentes extranjeros en activo, vigorosamente afirmada por la CIJ en la sentencia de 14 de febrero de 2002[40]. El órgano judicial principal de las Naciones Unidas no desea arriesgar la estabilidad de las relaciones internacionales debido a las turbulencias que pueda generar la persecución descentralizada de los crímenes, por abyectos que sean[41].

La cuestión es importante y actual, hasta el punto de que en 2007 la CDI decidió incluirla en su programa de trabajo. Al cabo de diez años, la Comisión parece haber convenido los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae y ratione personae* (dejando a salvo las reglas especiales aplicables a agentes diplomáticos, consulares, de misiones especiales y fuerzas armadas) y se dispone a afrontar las limitaciones —intrínsecas— y las excepciones —extrínsecas— de la inmunidad[42]. Sobre el estado de este proyecto diré alguna palabra más adelante.

Las leyes estatales son, por otro lado, prácticamente unánimes en la inclusión de dichas inmunidades, normalmente mediante una remisión a las normas internacionales. Los jueces han venido conformándose con ellas y, en su defecto, han invocado 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 (auto de 4 de marzo de 1999) afirmaron con carácter absoluto la inmunidad de los agentes extranjeros en activo. La Audiencia Nacional ha fundado en dicha inmunidad la inadmisión a trámite de denuncias planteadas contra jefes de Estado foráneos. Hago gracia de la lista, amplia en la medida en que, aparte de los méritos criminales incoados por los denunciados, los denunciantes sabían que su iniciativa carecía de recorrido judicial, aunque era siempre aprovechable a efectos mediáticos.

En el plano de la doctrina más autorizada, el IDI advierte en la resolución a la que ya he hecho referencia que su afirmación de la competencia universal en materia penal respecto de crímenes internacionales lo es «sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el Derecho internacional» (p. 6).

El Instituto ha sido consciente de la importancia de ser más explícito en este punto. Aun antes de que se adoptara la resolución mencionada, una de sus comisiones se ocupaba de «los derechos fundamentales de la persona frente a las inmunidades de jurisdicción del Derecho internacional». Un informe definitivo fue presentado por la ponente, *lady* Fox, en la sesión celebrada en Nápoles en septiembre de 2009, acompañado de un extenso proyecto de resolución, que fue objeto de un duro debate entre el polo de la mera declaración de las normas en vigor (aunque también se discutía cuáles eran estas) y el polo del desarrollo progresivo, esto es, entre la *lege lata* y la *lege ferenda*.

El polo de la declaración del Derecho en vigor pretendía ser ocupado tanto por quienes trataban de reafirmar el alcance tradicional de las inmunidades como por quienes, en sentido contrario, anunciaban la cristalización de nuevas normas reductoras. En el polo del desarrollo progresivo se situaban los moderados o centristas, que constataban que el Derecho vigente era insatisfactorio y anhelaban, con intensidades variables, un cambio que redimensionara a la baja el alcance de las inmunidades.

El debate se hacía más complicado, en primer lugar por la amplitud del tema (que se solventó reconduciendo su objeto de los «derechos fundamentales de la persona» a los «crímenes internacionales»); en segundo lugar, porque junto a las inmunidades de los agentes del Estado extranjero se planteaba la del propio Estado extranjero frente a acciones civiles planteadas por víctimas de crímenes de los que eran responsables sus agentes, eventualmente inmunes (cuestión que se zanjó, finalmente, excluyéndola del ámbito de la resolución); en tercer lugar, porque había actores —especialmente, de formación y cultura anglosajona— que distinguían entre una inmunidad personal (*ratione personae*) y una inmunidad funcional (*ratione materiae*)[43].

Esta última distinción era y es perturbadora por varias razones. La primera es que sugiere que ciertas personas gozan de la inmunidad «por ser vos quien sois» y no por la función que ejercen. La segunda, producto de la primera, es que tales personas son inmunes «hagan lo que hagan» mientras «son lo que son». La tercera es que la inmunidad «funcional», distinta de la personal, ampara a todo aquel que asume una función dentro del Estado.

En realidad, toda inmunidad es «funcional», pues es el ejercicio efectivo de funciones estatales, como se expresa en la resolución del Instituto (art. II.1, *in fine*), el principio subyacente al otorgamiento de la inmunidad a determinadas personas que desempeñan cargos con una dimensión exterior.

En aras de obtener el mayor respaldo posible, la resolución, finalmente adoptada por 43 votos a favor, ninguno en contra y 14 abstenciones prescinde de enumerar, siquiera a título de ejemplo, las personas a las que se refiere, declarando que «ninguna inmunidad de jurisdicción, salvo la personal conforme al Derecho internacional, se aplica en caso de crímenes internacionales» (art. III.1). El lector puede preguntarse: ¿y qué dice el Derecho internacional? Si el Instituto, una fuente doctrinal autorizada, renuncia a dar una respuesta habrá que lamentar que no se haya empleado en una tarea pedagógica, oportuna para la siembra en los medios forenses y judiciales, no siempre bien cultivados o útil incluso en medio de las tareas que se ha impuesto la misma CDI.

Si nos atenemos a las formulaciones que figuraron en sucesivos proyectos de resolución, la relación incluiría a jefes de Estado y de Gobierno, ministros del Gobierno central en misión especial, miembros de estas misiones —tal como se contemplan en la Convención de 1969—, así como de las misiones y delegaciones permanentes en organizaciones y conferencias internacionales y agentes diplomáticos y consulares[44]. Los proyectos enfatizaban el carácter abierto de la relación y extendían la inmunidad a «otras personas representando al Estado y gozando de inmunidad personal conforme a los tratados o al Derecho internacional consuetudinario».

Al final podría acabar gozando de inmunidad «Villegas y tó el que llega». Pero si solo gozan de la inmunidad *los de arriba*, se producirá una discriminación atendiendo al rango jerárquico en detrimento (como siempre) de *los de abajo*. Por más que trate de justificarse la diferencia de trato en que, por debajo de cierto nivel, los motivos que justifican la inmunidad ya no operan, parece contradictorio «que se pueda perseguir a los agentes estatales de rango inferior por la comisión de crímenes […] planificados y ordenados por unos dirigentes políticos que van a quedar a resguardo de cualquier castigo mientras permanezcan en el cargo» (Urbina, 2008: 305). Así es la vida.

En mi opinión, las aportaciones más interesantes de esta resolución del Instituto son las siguientes:

1) El recordatorio de que las inmunidades no deberían constituir un obstáculo a las reparaciones adecuadas a las que tienen derecho las víctimas (articulo II.2, segundo inciso). Esta prevención es el resultado de una enmienda formulada en el último momento por Génevieve Bastid-Burdeau a fin de equilibrar la amplia referencia que se hacía a la justificación de las inmunidades con la advertencia de la obligación del Estado de prevenir y reprimir los crímenes internacionales. Podrá decirse que el recordatorio es más testimonial que operativo, pero marca al menos una directriz de comportamiento; y,

2) La declaración expresa de que la inmunidad personal termina cuando termina la función o la misión del beneficiario (art. III.2)[45].

En sucesivos proyectos que declaraban la subsistencia de la inmunidad personal por los actos realizados por sus beneficiarios en ejercicio de sus funciones, se precisaba que actos constitutivos de crímenes internacionales no podían ser considerados, bajo ninguna circunstancia, actos realizados en ejercicio de una función del Estado. La puntualización de que el crimen por *razón de Estado* no puede ser cubierto por la inmunidad de jurisdicción cuando se pierde la condición orgánica que la justifica pudo haber tenido también un sentido pedagógico, especialmente para atajar la tentación, que puede anidar en algunos espíritus maquiavélicos adobados de *realpolitik* o en augustos sacerdotes del Estado soberano, según la cual los jefes de Estado y de Gobierno deberían gozar de una inmunidad absoluta no solo mientras ejercen el cargo sino también después de abandonarlo, si con él no se les va la vida[46].

Ciertamente, esas inmunidades no son un salvoconducto definitivo para la impunidad, pero sí indefinido. Mientras un presunto criminal ocupa un cargo público, cabe rechazarlo en frontera como persona *non grata*, negarle la entrada como miembro de una misión especial o expulsarlo, pero no es posible procesarlo ni arrestarlo a menos que el gobierno del país al que representa renuncie a su inmunidad, lo que es altamente improbable, aunque la resolución del Instituto lo recomiende melifluamente (art. II.3)[47].

Las inmunidades no operan frente a tribunales internacionales[48] —frente a la Corte Penal Internacional (CPI)—[49], pues no les afectan las razones con que tratan de ser justificadas ante los jueces de otro Estado. Junto a la ya mencionada de facilitar el ejercicio de funciones por sus agentes, entre estas razones se cuentan la igualdad soberana y el propósito de asegurar un reparto y ejercicio ordenados de la competencia en litigios que implican a los Estados[50]; pero no se puede forzar el deber de cooperación de los Estados en la entrega de una persona si hacerlo es incompatible con sus obligaciones al respecto (Estatuto, art. 98). Y no me estoy refiriendo solo 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, en el extranjero, aunque quepa sugerir que, al celebrar tales acuerdos con el Estatuto ya en vigor, los Estados que son parte en él infringen obligaciones estatutarias o, por lo menos, actúan en forma contraria al objeto y fin del Estatuto.

En la práctica, la forma en que el presunto genocida Omar al Bashir, presidente incombustible de Sudán, se ha paseado públicamente por el continente africano —dejando en ridículo las ordenes de arresto de la CPI— evidencia la absoluta falta de voluntad política de los Estados parte del Estatuto de Roma y de los miembros del Consejo de Seguridad en cooperar con la Corte cuando se trata de echar la red a un jefe de Estado u otro *pez gordo*[51]. La denuncia del Estatuto de Roma por África del Sur en octubre de 2016, seguida de la de Burundi y tal vez de las de otros países africanos, revienta el principio de que las inmunidades no

operan frente a jurisdicciones internacionales. De hecho, sí lo hacen.

La inmunidad cesa cuando el inculpado abandona el cargo (o el cargo abandona al inculpado) 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[52]. En una situación así, que esa oportunidad se aproveche dependerá de muchos y variados factores.

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. El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos de la persona y la igualdad de los ciudadanos ante la ley chirrían frente a la inmunidad de los agentes extranjeros, especialmente cuando se les imputa un crimen internacional. El juez Al-Khasawneh, disidente de la sentencia de 14 de febrero de 2002, sostuvo que si las normas que prohíben los crímenes internacionales son *ius cogens* deben prevalecer, a modo de excepción, sobre las normas que establecen la inmunidad de jurisdicción de un ministro de Relaciones Exteriores[53]. También cabría sugerir que la inmunidad no ha de operar frente a los jueces naturales (cuya jurisdicción se funda en una conexión territorial o personal con el crimen), aunque se mantenga frente al juez universal, o proponer que, en ejercicio de sus competencias conforme al Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad retire la inmunidad de los agentes de un Estado eventualmente implicados en la comisión de crímenes a fin de que sea posible su persecución por jueces estatales (Urbina, 2008: 305-306).

Todo este concurso de ideas ha estado —y está— presente en el largo debate de la Comisión de Derecho internacional, cuyas propuestas —si nos atenemos a los artículos 1 a 6 hasta ahora provisionalmente adoptados— se inclinan por un cauteloso desarrollo progresivo de las normas generales aplicables.

Una inmunidad absoluta protegería a título personal al jefe de Estado, al jefe de Gobierno y al ministro de Asuntos Exteriores mientras estuviesen desempeñando el cargo. Tras su cese, esta inmunidad continuaría en relación con actos ejecutados en su capacidad oficial (artículos 3, 4 y 6.3). De esta última inmunidad (*ratione materiae*) se beneficiarían cualesquiera otros agentes de un Estado extranjero (artículos 5 y 6.1 y 2). Dicho en otros términos, la inmunidad de los agentes extranjeros por actos realizados en condición de tales es permanente. Además, los jefes de Estado y de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores gozarían de una inmunidad absoluta, por cualesquiera clase de actos, mientras conservasen el cargo.

El artículo 7.1 propuesto a la CDI excluye de la inmunidad los crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad, con mención especifica de la tortura y de las desapariciones forzosas, y crímenes de guerra). Va incluso más lejos cuando propone extender la exclusión a los delitos de corrupción y los que producen daño en las personas o en la propiedad (en este caso, si las demandas se plantean ante el *iudex loci delicti*), pero estos son puntos aún abiertos a la discusión. Si se confirma, los agentes del Estado extranjero no gozarían de inmunidad en estos supuestos; pero los jefes de Estado y de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores criminales y corruptos serían judicialmente intocables mientras no sean atraídos a la órbita de los *ex* (7.2). La disposición (7.3) hace abstracción de cualesquiera reglas convencionales y de la obligación de cooperación con tribunales internacionales.

No obstante, hay que aproximarse con prudencia a esta cuestión, ya que también las normas sobre inmunidades que —recordémoslo— no afectan en teoría al ejercicio de la competencia de tribunales internacionales 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.

España promulgó en 2015 una ley sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros que, en su conjunto, responde a las ideas expresadas en los párrafos anteriores. Hasta esa fecha, tanto la LOPJ (art. 21.2) como la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 36) remitían genéricamente a las normas de Derecho internacional público, y el mismo Tribunal Constitucional, que había señalado la compatibilidad de las inmunidades con el respeto del derecho a una tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 de la Constitución (STC 140/1995, de 28 de septiembre), había antes urgido al Gobierno a regular el punto (STC 107/1992, de 1 de julio). Así se ha hecho mediante Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre[54]. Esta Ley expresa la preferente aplicación de los tratados en que sea parte España (disposición final sexta) y se refiere en particular al respeto de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, así como de los compromisos con la Corte Penal Internacional (art. 29 y preámbulo, III, párrafo segundo *in fine*). La ley confirma la inmunidad absoluta de jefes de Estado y de Gobierno y de ministros de Relaciones Exteriores mientras se encuentran ejerciendo el cargo (art. 22) y afirma la continuidad de esa inmunidad respecto de sus actos oficiales una vez que ha finalizado su mandato; pero en este caso —y es lo más relevante en el marco de las actuales consideraciones—, la ley declara de manera expresa que los crímenes internacionales quedan excluidos de dicha continuidad (art. 23.1). Lamentablemente, esta disposición progresiva es, hasta cierto punto, un *brindis al sol*, toda vez que el mismo legislador había aprobado un año antes las medidas para expulsar la jurisdicción universal de nuestro sistema legal.

4. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO

En 2005 la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 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 Internacional de Derechos civiles y Políticos, 1966, arts. 9.5 y 14.6, o el Convenio contra la Tortura, 1984, art. 14.1).

En el plano internacional, las víctimas podrán acudir a los remedios que ofrezcan los mecanismos de protección de los derechos humanos o requerir de su gobierno el ejercicio de la protección diplomática. ¿Acaso podrán también plantear una acción ante los tribunales de su propio país o de un tercero donde descubra un fundamento de jurisdicción, confiando en que la inmunidad del Estado extranjero no opere? Se ha discutido sobre la jurisdicción extraterritorial y se ha visto incluso en el anciano Alien Tort Statute (1789) de los Estados Unidos la semilla de una competencia universal civil en materia de reparación por crímenes internacionales[55]. Frente a los exagentes imputados y, en su caso, frente a las corporaciones multinacionales que puedan estar detrás de los crímenes no opera la inmunidad y tiene sentido desde la perspectiva de la defensa de los derechos humanos ensanchar las bases jurisdiccionales para obtener reparación cuando esta es esquiva o se presume inefectiva en los tribunales con una conexión directa con el asunto.

El IDI se ha ocupado de esta cuestión y ha aprobado una resolución en su última sesión (Tallin, 2015) endosando la competencia universal como subsidiaria siempre que se

cumplan determinadas condiciones (art. 2) Sin embargo, llegado al punto de la inmunidad del Estado extranjero no ha podido pasar —por la división revelada en el apasionado debate— de la piadosa declaración de que la inmunidad de los Estados no debería privar a las víctimas de su derecho a la reparación (art. 5)[56]. Instar el desarrollo progresivo del Derecho internacional en este punto se revelaba utópico; y aun se discutía si un desarrollo así sería realmente progresivo. De hecho la votación de la resolución evidenció la división de los miembros del Instituto, aparte del escaso número que participó en ella: 13 a favor, 6 en contra y 8 abstenciones.

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 los crímenes imputados a sus agentes[57]. En realidad, cuando este tema aflora en el marco de un problema más general, acaba siendo inevitable excluirlo para evitar que acabe arruinándolo todo. Así, cuando el IDI (Nápoles, 2009) quiso aprobar una resolución sobre crímenes internacionales e inmunidades, no tuvo más remedio que dejar fuera las acciones civiles contra un Estado extranjero planteadas por víctimas de crímenes de los que eran responsables sus agentes.

En realidad, el piso estaba entonces deslizante porque aún estaba *sub iudice* ante la CIJ la demanda interpuesta por la República Federal de Alemania contra Italia sobre las inmunidades de jurisdicción del Estado (el 23 de diciembre de 2008). Según la Corte di Cassazione (caso Ferrini, 2004), un Estado (Alemania) no puede invocar inmunidad en estos supuestos, sea cual sea el lugar de comisión del crimen. El caso tenía que ver con hechos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial. Este criterio había sido confirmado por decisiones posteriores; incluso se estaban ejecutoriando en Italia sentencias similares de tribunales griegos, relativas a matanzas imputadas a unidades alemanas durante su retirada (1944).

Al decidir sobre la demanda planteada por Alemania, la Corte adoptó la posición más conservadora. En la sentencia de 3 de febrero de 2012[58] la Corte constata que el fundamento de la inmunidad se encuentra en el principio de *igualdad soberana* de los Estados; reitera su carácter procesal, totalmente distinto del Derecho material que determina la licitud o no de un hecho, apreciable antes y con independencia de este; niega, en consecuencia, una colisión entre el *ius cogens* material (Derecho primario) y la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero (Derecho secundario), pues la inmunidad deja siempre intacta la responsabilidad del Estado por sus ilícitos; y concluye que el Derecho internacional consuetudinario no avala una excepción a la inmunidad por actos (*iure imperii*) de las fuerzas armadas en un conflicto armado aun en el caso de implicar la comisión de crímenes internacionales o violaciones graves de *ius cogens,* ni siquiera si el *iudex loci delicti* afirmaba su jurisdicción y acudir a él fuera el *último recurso*[59].

La Corte llama la atención sobre la distinción entre la inmunidad de jurisdicción del Estado como tal, objeto de su pronunciamiento, y la de sus representantes imputados en un procedimiento penal[60]; no obstante, aunque esta es ajena al caso, la Corte recuerda que en el *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000,* de 14 de febrero 2002 (*ICJ Reports,* 2002, pár. 58, 78), ya afirmó que el hecho de que un ministro de relaciones exteriores en activo sea acusado de crímenes internacionales no limitaba su beneficio a la inmunidad.

Una vez más sorprende la amplísima mayoría que sustenta esta decisión, de la que disienten únicamente —en relación con la inmunidad de jurisdicción— los jueces Cançado Trindade[61] y Yusuf[62] y el juez *ad hoc* Gaja[63]. Para Yusuf, el análisis formalista de la Corte renuncia al equilibrio que ha de buscarse entre la función de la inmunidad de jurisdicción y la realización de los derechos humanos funda-

mentales y el Derecho internacional humanitario. En su extensa opinión disidente, Cançado Trindade subraya con mayor contundencia el *abismo* que le separa de la mayoría, rechaza la inmunidad para los *delicta imperii* (crímenes internacionales, violaciones de *ius cogens*) y llama la atención sobre la complementariedad de la responsabilidad penal individual y la del Estado por crímenes que se cometen desde su *aparato* en aplicación de *policies* estatales: *un crimen es un crimen* y la inmunidad no puede concebirse para cubrir tal iniquidad. Se quiera o no, hay un conflicto material entre el *ius cogens* y la inmunidad que no cabe resolver a favor de esta. La Corte, entiende Cançado Trindade, aplica una metodología fosilizadora del Derecho internacional combinada con conceptualizaciones retóricas (normas primarias y secundarias, normas sustantivas y procesales) que ignora los valores y conduce a manifiestas injusticias. Es meridianamente absurdo excluir la inmunidad del Estado por los daños físicos y materiales causados por un accidente de coche y mantenerla en los casos de crímenes internacionales[64].

Aun votando con la mayoría, la opinión individual del juez Bennouna[65] busca un perfil propio al advertir que, tratándose de un crimen internacional, la inmunidad suscita problemas éticos y jurídicos que no se pueden obviar parapetándose en la calificación de la inmunidad como una simple cuestión de procedimiento. El razonamiento *mecanicista* de la Corte no es sensible a las características del Derecho internacional contemporáneo, en el que la inmunidad puede justificarse a condición de que no impida satisfacer las exigencias de justicia a las víctimas. En opinión de Bennouna, la Corte debió subrayar que la responsabilidad del Estado cuya inmunidad se admite permanece intacta respecto de sus crímenes, de manera que un Estado perdería su derecho a invocar la inmunidad si rechaza *a priori* su responsabilidad, responsabilidad que, en todo caso, puede serle reclamada si no se llega a un acuerdo sobre la reparación por los crímenes[66].

La sentencia de la CIJ ha creado una situación embarazosa. Respetuosa con el carácter definitivo y vinculante de la sentencia, Italia ha promulgado la ley que dispone su respeto por los tribunales italianos. Sin embargo, una vez que la Corte di Cassazione había adaptado sus decisiones a lo dispuesto por la ley en ejecución de la sentencia[67], la Corte Constituzionale ha declarado contraria a la Constitución la ley y ha decidido que los tribunales pueden hacer prevalecer el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos sobre la inmunidad del Estado extranjero que no está dispuesto a asumir su responsabilidad en Derecho internacional[68].

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 —por ejemplo, un atentado a la vida, la aplicación de la tortura—, 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 aquel deban aplicarse mecánicamente a este. 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 que justificado en sus propios méritos, la cuestión es más compleja cuando se pretende fundar la jurisdicción en la nacionalidad o 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 estos 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 cuanto para acosar a países que se consideran *hostiles.*

Dicho esto, en términos *de lege lata,* tal como confirma la sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012*,* no cabe sustentar por ahora, al menos de manera categórica, 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, es decir, un crimen internacional como unas torturas o una ejecución extrajudicial.

Enfrentado a la cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró a principios de siglo (caso Al-Adsani*,* 2001) que el derecho de acceso a los tribunales (art. 6.1 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 que había sido sometido al TEDH, este estimó que la limitación de acceso estaba 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. No obstante, la decisión se tomó por la más estrecha de las mayorías (nueve contra ocho), lo que, en cierto modo, dejó las espadas en alto. La minoría, atendiendo a la superior jerarquía de la norma prohibitiva de la tortura, parecía decantarse por una afirmación de jurisdicción estatal frente a la que no cabría oponer la inmunidad del Estado extranjero[69]. ¿Era una cuestión de tiempo?

El planteamiento de la minoría alimentaba una tendencia favorable a la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero frente al crimen internacional. No obstante, la argumentación en términos de jerarquía normativa fue criticada (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 de forma perseverante al afirmar o negar su competencia conforme a fundamentos irreductibles al objeto de una demanda fundada en la violación de normas imperativas[70].

El mismo TEDH ha plegado velas defraudando las expectativas generadas. En el caso Jones y otros (2014), el TEDH subraya que hay que estar atentos a la evolución que se advierte en las normas internacionales para restringir la inmunidad de los Estados en caso de acciones civiles en que las víctimas de crímenes internacionales buscan reparación por actos de sus agentes, pero tras un variado recorrido por las decisiones de diferentes tribunales, estatales e internacionales, llega a la conclusión de que, de *lege lata*, la inmunidad permanece y no infringe el artículo 6.1 del Convenio Europeo la decisión del Estado Parte que la reconoce. No solo eso. El Tribunal Europeo extiende a los agentes la inmunidad del Estado, arguyendo que habiendo actuado por cuenta de este no se debe «sortear» su inmunidad demandando a quienes ejecutan sus instrucciones. Bueno y bello. Se trataba de torturas infligidas en Arabia saudita. Y la sección del TEDH que se pronuncia, cuya erudición es admirable, lo hace por seis a uno[71].

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[72], la creación de comisiones de compensación, especialmente en casos que afectan a un alto número de personas[73], 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 qué pasa.

NOTAS

1. Hablo de las *dichosas* inmunidades y no de *dichas* inmunidades —término que parecería más neutro— porque, después de meditarlo, el prejuicio negativo que podría desprenderse del término en el contexto en el que lo utilizo se ve compensado por la felicidad que la inmunidad produce en su beneficiario.

2. Así, por ejemplo, Remiro Brotóns (2009).

3. Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo (BOE del 14 de marzo, nº 63, pp. 23026-23031).

4. Entre los últimos trabajos, quiero destacar: Orihuela (2016); Robles (2014) y Sánchez (2014). Años atrás, Sánchez (2004) había publicado una importante monografía. Asimismo, Esteve (2014) y las notas de Segura (2014*a*; 2014*b*). También, del ya mencionado Esteve (2015); y Chiara (2015). Para la aplicación de la ley antes de la última reforma, véanse Pigrau (2009); y Hellman (2013). El vol. 18 del *Spanish Yearbook of International Law* (2013-2014) contiene varias contribuciones pertinentes sobre esta cuestión.

5. La sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por auto de 9 de octubre de 2013, añadió a Hu Jintao, ya expresidente de la República Popular China, a la lista de querellados por genocidio. El 18 de noviembre del mismo año la sección dictó órdenes de arresto internacional contra Hu Jintao, su antecesor Jiang Zemin, el exprimer ministro Li Peng y otros. Esto alarmó sobremanera al Gobierno español, que puso a toda máquina su rodillo parlamentario para aprobar la ley que sofocara con efecto retroactivo las decisiones judiciales. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, la Audiencia Nacional no tuvo más remedio que archivar las actuaciones (38/2014, Audiencia Nacional, Pleno).

6. Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción Uno, Sumario 27/2007, autos de 17 y 27 de marzo de 2014.

7. Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción Uno, auto de 9 de junio de 2015.

8. *Casablanca* (1942), Michael Curtiz (dir.), Warner Bros. Pictures.

9. TS, Sala de lo Penal, sentencia 327/2003, de 25 de febrero.

10. TC, sentencia 237/2005, de 26 de septiembre.

11. CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000,* s. de 14 de febrero 2002, *ICJ Reports*. Disponible en: <http://www.icj-cij.org>.

12. *ICJ Reports* (2002: 35-188).

13. *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo vs. France), ordonnance du 16 novembre 2010.* Disponible en: <http:// www.icj-cij.org>.

14. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012,* pár. 64-70. Véanse las observaciones críticas de los jueces Owada en su declaración, Skotnikov, en el pár. 4 de su op. ind., y Xue en los pár. 2-5. Disponible en: <http://www.icj-cij.org>.

15. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique vs. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012,* pár. 54-55. Véase, asimismo, op. dis. Sur, pár. 17-18.

16. En opinión del juez Abraham, (pár. 21-40) Bélgica no había conseguido probar uno u otro de los elementos de la costumbre internacional, la práctica y la *opinio iuris,* avalando dicha obligación. La lista de cincuenta y un estados que habían incorporado el principio de jurisdicción universal, aportada por Bélgica, no era convincente, no solo por su número, insuficiente, sino porque ignoraba los motivos subyacentes a esa decisión, ajenos a la percepción del cumplimiento de una obligación internacional general, y posiblemente más próximos a la ejecución de una obligación convencional y/o al ejercicio de un derechos soberano.

17. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique vs. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012,* Op. ind. Abraham, pár. 21-40; v. tb. op. dis. Sur, pár. 17-18.

18. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique vs. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009.* Op. dis. del juez Cançado Trindade, pár. 99, 103, 105.

19. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012,* Op.ind. Cançado Trindade, en particular pár. 177.

20. Art. 10. V., en *American Journal of International Law*, 1935, supl. pp. 437 ss.

21. Principios 1.2. y 1.3. Pueden leerse en NU, Doc. A/56/677. Nota verbal de las Misiones Permanentes de Canadá y los Países Bajos, que habían patrocinado el encuentro, al Secretario General de NU, de fecha 27 de noviembre de 2001.

22. Páginas 2 y 3 (a y b).

23. Esta concurrencialidad de jurisdicciones estatales es similar a la que se produce con la Corte Penal Internacional. Los términos en que el Estatuto de la Corte 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, la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo (s. de 19 de abril de 2005) observa la utilidad de los criterios del art. 17 del Estatuto de la CPI a la hora de determinar si el juez territorial ha ejercido o está ejerciendo una jurisdicción efectiva.

24. Página 3 (c y d).

25. Arts. 49 y 50 de la I Convención, 50 y 51 de la II, 129 y 130 de la III y 146 y 147 de la IV; asimismo, art. 85 del Protocolo Adicional I.

26. IT-95-17/1-T, s. de 10 de diciembre de 1998, pár. 156. Disponible en: <http://www.icty.org/cas/furundzija>.

27. Arts. 5-7 de la Convención. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012,* pár. 75, 94-95. Véase tb. op. ind. Donoghue, pár. 3-8.

28. Art. IV, b. Pero ni Estados Unidos ni Canadá ni los miembros más conspicuos de la Unión Europea son partes en esta Convención. V. Bariffi (2009).

29. Art. 6. Como revelan los trabajos preparatorios, las iniciativas para incorporar el principio de persecución universal fracasaron. 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) hizo *obligatoria* la competencia del *iudex loci delicti commissi,* pero no *exclusiva*, sino concurrente con la otros países dispuestos a afirmar su competencia sobre este crimen atendiendo a otras conexiones o al principio de persecución universal incorporado a sus leyes en ejercicio discrecional de su soberanía.

30. H. Grotius, *De Iure Belli ac Pacis,* Libro Segundo, Cap. XXI, pár. IV.

31. El tema fue incluido en el programa de trabajo de la Comisión en 2005, nombrándose Relator a Z. Galicki, que presentó tres informes entre 2008 y 2008. En 2008 la Comisión constituyó un Grupo de Trabajo presidido por A. Pellet, con el encargo de elaborar una lista de puntos a tratar a fin de facilitar y orientar el trabajo del Relator especial (*Report of the ILC,* GA, Official Records, 64th session, Suppl. Nº 10, A/64/10, pp. 342-347).

32. *Yearbook of the I.L.C.,* 2014, vol. II (Part two).

33. El relator Galicki entregó un cuarto informe en 2011. Luego expiró como miembro de la Comisión que, en 2012, decidió establecer un nuevo Grupo de Trabajo a fin de considerar la conveniencia y forma de proceder en adelante, absteniéndose entretanto de nombrar un nuevo relator (*Report of the ILC*, GA, Official Records, 67th session, Suppl. Nº 10, A/67/10, pp. 116-120).

34. *Report of the ILC*, GA, Official Records, 67th session, Suppl. Nº 10, A/67/10, pp. 117 (pár. 208 y 210,c) y 119-120 (pár. 217, 220).

35. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Bélgica c. Senegal*), *arrêt 20 juillet 2012,* Op. ind. Yusuf, pár. 18-24.

36. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Bélgica c. Senegal*), *arrêt 20 juillet 2012,* pár. 95.

37. Un error en el que incurre aparentemente la misma CDI cuando se refiere al «principio de la "jurisdicción universal" enunciado en el artículo 9 (del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad)» que se refiere, realmente, a la regla *aut dedere aut judicare.*

38. Justamente uno de los puntos sometidos a la discusión de la CDI, en el marco de las relaciones entre la obligación *aut dedere aut judicare* y otros principios, entre ellos el de universalidad, es el de si uno implica necesariamente al otro (*ILC Report*, Official Records, 64th sesión, Suppl. Nº 10, A/64/10, p. 346). La estrecha relación entre ambos ha sido destacada por algunos miembros de la Comisión para quienes se trata de un aspecto central del trabajo a desarrollar (*ILC Report*, Official Records, AG 67th session, Suppl. Nº 10, A/67/10, pp. 118-119, pár. 214).

39. 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 judicare.* Algunos miembros de la CDI han sostenido que era poco útil analizar la práctica estatal para determinar si existía una norma consuetudinaria que reflejara la obligación general de *extraditar o juzgar,* considerando que, por lo que a los crímenes internacionales respecta, esa obligación ya figuraba en el mencionado artículo 9 del proyecto *Report of the ILC*, Official Records, GA 67th session, Suppl. Nº 10, A/67/10, pp. 117-118, pár. 210 c). Por otro lado, el artículo 6 del proyecto de artículos sobre Crímenes contra la Humanidad, actualmente bajo debate de la CDI, prevé en su numeral 2 la obligación del *iudex aprehensionis* de juzgar en caso de que no se conceda la extradición del presunto responsable a otro Estado. El artículo 9 del proyecto reitera la regla *aut dedere aut judicare.* Asimismo, el proyecto salva en el numeral 3 del artículo 6, cualquier otra base de jurisdicción dispuesta por un Estado conforme a su ley nacional (lo que implica reconocer el carácter facultativo de la jurisdicción universal) (*Report of the ILC,* 68th session, 2016, GA Official Records, 71th session, Suppl. Nº 10, A/71/10, pp. 284-286, 291-295).

40. CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000,* s. de 14 de febrero 2002, *ICJ Reports,* 2002 (3-34). Disponible en <http://www.icj-cij.org>.

41. El razonamiento enfático de la Corte y la amplia mayoría que sustenta la sentencia (trece contra tres) avalan esta conclusión, no obstante la brillante formulación de los jueces en minoría (Oda, Al-Khasawneh y juez *ad hoc* Van den Wyngaert) y las reservas de algunos de la mayoría (Higgins, Kooijmans y Buergenthal) sobre el alcance excesivo que la Corte concede a las inmunidades (*Ibíd.,* pp. 46-188).

42. Véase *Report of the ILC,* 68th session, 2016, GA Off. Records, 71th session Suppl. nº 10, a/71/10, pp. 360-382.

43. Es de interés la afirmación de la Corte Internacional de Justicia en el asunto sobre *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti vs. France), arrêt, 4 juin 2008, C.I.J. Recueil 2008*, pár. 196: «L'Etat qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censénen informer les autoritén inforautre Etat concerné. Cela devrait permettre Cla juridiction de l'Etat du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit al'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet Etat. Par ailleurs, l'Etat qui demande àtune juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée url'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte». Invocar la inmunidad *funcional* de quienes no gozan de inmunidad *personal* puede traer estas consecuencias. En el caso en cuestión Djibouti la reclamaba, de manera un tanto confusa, para el procurador de la República y el jefe de la Seguridad Nacional, citados como imputados por jueces franceses y que, según Djibouti, habían actuado en el ejercicio de sus funciones. Para la Corte (pár. 188), eso equivalía a invocar la inmunidad del Estado.

44. Dentro de esta relación se distinguía a los jefes de Estado y de Gobierno porque su inmunidad operaba dondequiera se encontrasen, mientras que las de los demás se reconocían solo respecto del país receptor o de tránsito hacia o desde el país receptor de la misión o de aquel en que estaban acreditados. No faltaban quienes proponían la inclusión de los ministros de relaciones exteriores en la categoría que albergaba a los jefes de Estados y de Gobierno, partiendo de que, como estos, se le reconoce representación del Estado sin plenipotencia en la formación de los tratados. En *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, 4 juin 2008, CIJ Recueil 2008*, pár. 170-173, 179, la Corte afirma que una citación para testificar, que se puede aceptar o rechazar libremente, no atenta contra la inmunidad de jurisdicción penal del jefe de Estado extranjero, aunque no guardar las debidas formas al proceder a la citación podría violentar las reglas de la cortesía internacional. Véase tb. observaciones críticas en la op. ind. del juez Koroma, pár. 12-14 y en la op. dis. del juez *ad hoc* Yusuf, pár. 36-56.

45. De ahí que errara la justicia senegalesa al rechazar la solicitud belga de extradición del antiguo presidente de Chad, Hissène Habré, por crímenes de lesa humanidad y torturas, arguyendo que Habré era jefe del estado *en el momento de producirse los hechos* por los que se le persigue penalmente.

46. La Corte Internacional de Justicia no estuvo afortunada cuando en la S. de 14 de febrero de 2002 (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000)* expresó que «Un Estado puede juzgar a un antiguo ministro de relaciones exteriores… por los actos que, aun realizados durante este período (el de su mandato) lo han sido a título privado» (*ICJ Reports,* 2002, pár. 61, p. 25).

47. Según el artículo II.3 de la resolución: «Los Estados deberían considerar la posibilidad de levantar la inmunidad de sus agentes en caso de alegación en su contra de crímenes internacionales». Antes, en su sesión de Vancouver (2001) el Instituto, al debatir sobre la inmunidad del jefe de Estado y del jefe de Gobierno, 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). Esta resolución fue ampliamente comentada por Torres (2002).

48. De ahí que la resolución del Instituto defina la «jurisdicción» a tal efecto como «la jurisdicción penal, civil y administrativa de los tribunales nacionales de un Estado en la medida en que guarda relación con las inmunidades conferidas a otro estado o a sus agentes por el Derecho internacional convencional o consuetudinario» (artículo I.2).

49. Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 27; Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (art. 7.2) y Ruanda (art. 6.2). El procesamiento de Slobodan Milosevic por el primero de estos tribunales en mayo de 1999 se produjo cuando aún ocupaba la Presidencia de la RFY. En algunos casos, Estados que tratan de organizarse con un nuevo tejido institucional bajo el imperio de la ley han solicitado y concluido con Naciones Unidas acuerdos para la creación y financiación de tribunales *ad hoc* (Sierra Leona, Líbano) o el reforzamiento de las capacidades judiciales locales (Camboya). Estas iniciativas son, en principio, estimables, aunque puede advertirse en ellas un cierto aroma neocolonial, un acusado toque intervencionista (en el caso del Líbano) y, en el caso de Camboya, donde los crímenes se remontan treinta años atrás, una notable hipocresía. Las inmunidades de jurisdicción ¿operan o no ante estos tribunales? Es interesante llamar la atención sobre la demanda ante la Corte Internacional de Justicia depositada el 4 de agosto de 2002 por la República de Liberia contra Sierra Leona a propósito del requerimiento y orden de arresto internacional librados el 7 de marzo de 2003 contra el presidente de Liberia, Charles G. Taylor, por decisión del tribunal especial para Sierra Leona, en Freetown. Liberia sostuvo que este tribunal «no podría imponer obligaciones jurídicas a Estados que no son partes en el Acuerdo de 16 de enero de 2002 entre Sierra Leona y las Naciones Unidas. El tribunal especial para Sierra Leona no es un órgano de las Naciones Unidas y no ha sido constituido como tribunal penal internacional». A falta de un fundamento de jurisdicción, la demanda no pasó a formar parte de la lista de asuntos de la Corte.

50. Véase en este sentido la resolución del Instituto, artículo II.1.

51. Fue muy publicitada —aunque no fue el único episodio, ni mucho menos— la salida de Omar Al Bashir de África del Sur, a mediados de junio de 2015, cuando asistía a una *cumbre* de la Unión Africana (UA). El Gobierno sudafricano, que había aprobado un Decreto garantizando la inmunidad a todos los participantes en la *cumbre,* le dejó marchar a pesar de la medida cautelar tomada por el Tribunal Superior de Pretoria ordenando que no se le permitiera abandonar el país en tanto decidía sobre la orden de arresto emanada de la Corte Penal Internacional.

52. De ahí que en su sesión de Vancouver (2001), el Instituto de Derecho Internacional 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).

53. CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000,* S. de 14 de febrero 2002, *ICJ Reports,* 2002, Op. dis. Al-Khasawneh, p. 7.

54. Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE del 28 de octubre de 2015, nº 258, pp. 101299-101320). Las disposiciones finales tercera y cuarta han modificado los artículo 21.2 de la LOPJ y 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de incluir la referencia a la legislación española como fuente reguladora de las inmunidades, junto con las normas de Derecho internacional público.

55. Esta interesantísima cuestión escapa al objeto de este trabajo. Véase, por todos, Bucher (2015*a*); o su ponencia en la Comisión 1 del *Instituto de Derecho Internacional* (2015*b*).

56. *Annuaire de l'Institut de Droit International,* Session de Tallin, vol. 76, 2015, cit., pp. 265-266.

57. España depositó su instrumento de ratificación de esta Convención, que entrará en vigor (art. 30) cuando sume treinta instrumentos de ratificación o adhesión, el 11 de septiembre de 2011. A 6 de noviembre de 2016 los Estados contratantes eran veintiuno.

58. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant),* arrêt, CIJ Recueil, 2012, p. 99. Véase Tomuschat (2015); asimismo, el comentario de Espósito (2013); antes, Espósito (2011).

59. *Ibídem*, arrêt, pár. 57-61, 77-80, 91, 93, 97, *inter alia*.

60. *Ibídem,* arrêt, pár. 87, 91.

61. Op. dis. Cançado Trindade, *CIJ Recueil,* 2012 pp. 179-290.

62. Op. dis. Yusuf, *ib.,* pp. 291-308.

63. Op. dis. Gaja, *ib.,* pp. 309-322.

64. Op. dis. Cançado Trindade, *CIJ Recueil,* 2012, pár. 166-184, 224-227, 288-299, 306-316, *inter alia.*

65. Op. ind. Bennouna, *ibídem,* pp. 172-178.

66. *Ibídem,* pár. 9, 18, 20-21, 25, 31, 33, *inter alia.*

67. SS. de 9 de agosto de 2012 (nº 32139) y de 21 de febrero de 2013 (nº 4284), en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale,* 2012, p. 775, y 2013, p. 793.

68. S. de 22 de octubre de 2014 (nº 238), en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale,* 2015, p. 237.

69. *Al-Adsani vs. The United Kingdom*.

70. La Corte ha afirmado en términos muy estrictos la separación entre la cuestión de la competencia, que exige el consentimiento de los Estados, y las cuestiones de fondo (la compatibilidad o no de los actos estatales con el Derecho Internacional), que solo pueden ser apreciadas una vez que la competencia ha sido establecida, sin que la oponibilidad *erga omnes* de una obligación o la naturaleza imperativa (*ius cogens*) de las norma de cuya violación se trata deban alterar un ápice esta conclusión (Timor oriental, 1995; Actividades armadas en el Congo; *RD del Congo vs. Ruanda*, 2006).

71. *Jones and others vs. United Kingdom,* nº 34356/06 y 40528/06, ECHR, 2014.

72. En este sentido, Espósito (2007: 262-263) auspiciaba la creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos con competencias civiles en materia de reparación, donde no tendría operatividad la norma de la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

73. Como la Comisión de compensaciones de las Naciones Unidas creada en 1991 tras la guerra en Iraq, que manejó 2,7 millones de expedientes y fue un modelo que adoptó posteriormente la Comisión establecida en 2000 mediante tratado por Etiopía y Eritrea bajo los auspicios de la ONU (véase Tomuschat (2011; 2014). En este sentido, la resolu-

ción del IDI, aprobada en la sesión de Tallin (2015) llamaba a los Estados a esforzarse para establecer procedimientos que permitan a grupos de víctimas presentar demandas de reparación (art. 4).

BIBLIOGRAFÍA

BARIFFI, Francisco (2009): «Jurisdicción universal sobre Crímenes de Guerra: Evolución histórica y su codificación en el Derecho de Ginebra», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 17, 1-44.

BUCHER, Andreas (2015*a*): «La compétence universelle civile», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 372, 1-268.

— (2015*b*): «La competence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux», en *Annuaire de l'Institut de Droit International,* Session de Tallin, 76, Paris: Pedone, 1-266.

MARULLO, Maria Chiara (2015): «La jurisdicción universal: sus altibajos», *Papeles el tiempo de los derechos,* 2.

ESPÓSITO, Carlos (2007): *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos,* Cizur Menor: Cuadernos Civitas-Aranzadi.

— (2013): «Of Plumbers and Social Architects: Elements and Problems of the Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of States», *Journal of International Disputes Settlement*, 4, 439-456.

— (2015): «*Ius Cogens* and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist», *Italian Yearbook of International Law*, 21, 161-174.

ESTEVE MOLTÓ, José Elías (2014): «La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China», *Anuario de Derecho Internacional,* 30, 139-201.

— (2015): «The "Great Leap Forward" to Impunity. Burying Universal Jurisdiction in Spain and Returning to the Paradigm of Human Rights as "*domaine reservé*" of States», *International Criminal Justice,* 13 (5), 1121-1144.

HELLMAN, Jacqueline (2013): *Jurisdicción Universal sobre Crímenes internacionales. Su aplicación en España,* Granada: Comares.

ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza (2016): *La Jurisdicción Universal en España,* Murcia: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

PIGRAU SOLER, Antoni (2009): *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales,* Barcelona: Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya.

REMIRO BROTÓNS, Antonio (2003): *El Caso Pinochet. Los límites de la impunidad,* Madrid: Biblioteca Nueva 1999.

— (2004): «International law after the Pinochet case», en M. Davis (ed.), *The Pinochet Case. Origins, Progress and Implications,* London: Institute of Latin American Studies, 231-251 (hay version castellana: en C. Ramón Chornet (ed.), *Los retos humanitarios del siglo XXI*, Valencia: Publicacions de la Universitat de València, Tirant lo Blanch, 205-232).

— (2009): «Crímenes internacionales, jueces estatales: De la Universalidad, las Inmunidades y otras Soledades», *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. I, 43-71.

— (2013): «Malos tiempos para la Justicia Universal», en *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence. Global Trends: Law, Policy & Justice. Essays in honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo,* Oxford: Oxford University Press, 391-410.

ROBLES CARRILLO, Margarita (2014): «El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución», *Revista Española de Derecho Internacional,* 66 (2), 81-111.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2004): *Universal Penal y Derecho Internacional,* Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2014): «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 27, 1-40.

SEGURA SERRANO, Antonio (2014*a*): «Hacia una nueva reforma restrictiva del principio de jurisdicción universal en España», *Revista Española de Derecho Internacional,* 66 (1), 321-324.

— (2104b): «Vicisitudes de la jurisdicción universal tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014», *Revista Española de Derecho Internacional,* 66 (2), 316-319.

TOMUSCHAT, Christian (2010-2011): «The International Law of State Immunity and its Development by National Institutions», *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* 44, 1105-1140.

— (2014): «State Responsibility and the Individual Right to Compensation Before National Courts», en *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict,* Oxford: Oxford University Press, 831-839.

— (2015): «The Case of Germany *vs.* Italy before the ICJ», en *Immunities in the Age of Global Constitutionalism,* Leiden: Brill, 87-98.

TORRES BERNÁRDEZ, Santiago (2002): «Acerca de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en Derecho Internacional y de sus límites», en F. Mariño (ed.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Prof. Juan Manuel Castro-Rial Canosa,* Madrid: Trotta, 639-685.

URBINA, Julio Jorge (2008): «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* VIII, 255-306.

Fecha de recepción: 27 de enero de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

DESNATURALIZANDO LA JUSTICIA UNIVERSAL: HACIA UNA EXCLUSIVA Y CONDICIONADA PERSECUCIÓN DEL TERRORISMO

DENATURING UNIVERSAL JUSTICE: TOWARDS AN EXCLUSIVE AND CONDITIONAL PERSECUTION OF TERRORISM

José Elías Esteve Moltó

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Secretario del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València

RESUMEN

La LO 1/2014 de reforma del artículo 23.4 LOPJ ha supuesto un decisivo retroceso en la lucha contra la impunidad. Desde entonces la jurisdicción universal en España prácticamente ha quedado bloqueada para perseguir los más graves crímenes internacionales, como el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Sin embargo el mismo artículo otorga un trato privilegiado a la jurisdicción española, que será competente para perseguir delitos de terrorismo si se acredita una de los ocho puntos de conexión. Aprovechando este trato ventajoso de la ley, algunos casos sustanciados en la Audiencia Nacional no han podido ser archivados (Ellacuría, Carmelo Soria). Asimismo, otros asuntos han podido abrirse al reconvertir los crímenes internacionales en delitos de terrorismo de Estado (Boko Haram, Siria).

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción universal, reforma artículo 23.4 LOPJ, crímenes internacionales, terrorismo, terrorismo de Estado, yihadismo.

ABSTRACT

The LO 1/2014 reforming article 23.4 LOPJ has been a decisive step back in the fight against impunity. Since then universal jurisdiction in Spain has been virtually blocked to pursue the most serious international crimes, such as genocide, crimes against humanity and war crimes. However, the same article grants privileged treatment to Spanish jurisdiction to prosecute terrorist crimes, if only one of the eight connection points is fullfilled. Taking advantage of this legal special treatment, some cases in the National Court have not been able to be filed (Ellacuría, Carmelo Soria). At the same time other new cases have been admitted to processing by reconverting international crimes to State terrorist offenses (Boko Haram, Syria).

KEY WORDS

Universal Jurisdiction, article 23.4 LOPJ reform, international crimes, terrorism, State terrorism, jihadism.

DESNATURALIZANDO LA JUSTICIA UNIVERSAL: HACIA UNA EXCLUSIVA Y CONDICIONADA PERSECUCIÓN DEL TERRORISMO

José Elías Esteve Moltó*
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Secretario del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València

En memoria y agradecimiento al humanista abogado Carlos Slepoy

Sumario: 1. Consideraciones previas: recapitulando la razón de ser de la justicia universal. 2. La segunda gran reforma de la justicia universal en España: la persecución privilegiada del terrorismo en detrimento de los más graves crímenes internacionales. 2.1. El desigual tratamiento jurídico en la persecución de los delitos. 2.2. Los efectos de la reforma en la persecución del terrorismo. 3. La reconversión de los crímenes internacionales como terrorismo de Estado. 4. Conclusiones: el futuro de la justicia universal entre la incertidumbre y la esperanza.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: RECAPITULANDO LA RAZÓN DE SER DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

Los últimos avances del Derecho internacional de los derechos humanos parecían haber gestado el paradigma en virtud del cual la comunidad internacional debe responder ante sus violaciones graves. Ello exigía limitar la concepción de una soberanía absoluta de los Estados. Esta evolución progresiva y humanizadora del Derecho internacional comenzó a gestarse hace siglos, cuando Francisco de Suárez, inspirado por las actas del Concilio de Letrán de 1179, ya mencionó que existían una serie de conductas —entre ellas, la esclavización de los prisioneros de guerra y la comisión de actos

* Estudio desarrollado en el marco del proyecto «Los nuevos desafíos del Derecho Internacional» del Ministerio de Economía e Innovación, Redes de Excelencia DER2015-69273-REDT.

de piratería— que podían ser calificadas como crímenes que afectaban al Derecho de gentes (Ollé, 2008: 98). Ahora bien, como expone el fiscal catalizador de la puesta en marcha de la justicia universal en nuestro país, Carlos Castresana, fueron las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial las que alumbraron la noción de un «contrato social universal». Sobre la base del mismo, las violaciones más graves de los derechos humanos dejan de ser asuntos internos y es la «comunidad internacional quien asume a través del principio de justicia universal […] el deber de perseguir más allá de las fronteras a quienes rompen las normas más elementales de la convivencia» (Castresana, 2007: 22).

De esta forma, la gravedad del delito cometido es el elemento detonante de la perseguibilidad universal. En consecuencia, la justicia universal persigue las «violaciones del Derecho natural que rige la sociedad universal y define que la obligación de castigar ante la ofensa a la humanidad es universal» (Pérez Cepeda, 2015: 13); y más cuando se trata de sancionar la comisión de actos prohibidos por el *ius cogens*. Como el mismo Instituto de Derecho Internacional (IDI) ha dictaminado, el principio de jurisdicción universal tiene como propósito esencial la persecución de los crímenes internacionales más graves, objetivo que, al margen de haberse insertado en distintos convenios internacionales, encuentra su apoyo en el Derecho internacional consuetudinario[1]. Así pues, para poder no solo sancionar, sino también prevenir (como precisa la Convención del genocidio) la comisión de esos graves violaciones, se establece «una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, con prescindencia del lugar en que este se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o todo otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción», tal y como enuncian los llamados Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal[2] o más recientemente los Principios de Madrid y Buenos Aires (FIBGAR, 2015).

La persecución de los crímenes internacionales por distintos tribunales nacionales sobre la base del principio de jurisdicción universal ha venido a contribuir, con sus avances y retrocesos, a una globalización de la justicia. Con este mismo espíritu —poner cerco a la impunidad—, se firmó en Roma el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (TPI) «afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo». Y para que estas declaraciones no queden en un vano ejercicio retórico, se dispuso que «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»[3]. Ahora bien, los exiguos recursos materiales y humanos del TPI y, en especial, sus limitaciones estatutarias y condicionamientos políticos no garantizan el pleno acceso a la justicia de las víctimas. Precisamente esas «limitaciones y minusvalías […] hacen de las jurisdicciones nacionales un pilar básico, y en ocasiones exclusivo, en la lucha contra la impunidad» (Orihuela 2016*a*: 98).

En definitiva, lo que se pretende, bajo el escudo legitimador y protector del contrato social universal ante un genocidio o un crimen de lesa humanidad es que el Derecho internacional proteja la soberanía del pueblo (Reisman 1990: 869) y no la de unos soberanos que, valiéndose y abusando de su posición de poder privilegiada, violan de forma sistemática los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Aún así, los últimos virajes legislativos obligan a plantearse de nuevo una cuestión recurrente: ¿debe protegerse universalmente «una Humanidad unitaria y portadora de inviolables derechos más allá de los atribuidos a la ciudadanía en un Estado determinado», como apuntara hace ya décadas el profesor Quintano Ripollés (1955: 645), o el progreso humanizador del Derecho internacional ha sido un espejismo?

A todas luces, las reformas del artículo 23.4 LOPJ llevadas a cabo en nuestro país apuntan más bien a este último efecto ilusorio. No sorprende que la LO 1/2014 haya sido calificada como un retroceso de casi cien años en la lucha contra la impunidad (Martín, 2014: 72), una derogación *de facto* y un giro copernicano en

la materia (Escobar, 2014: 255) o, quizá, el fin de la justicia universal en España (Abad, 2014: 223). Al mismo tiempo, el reciente anuncio de distintos países africanos (Sudáfrica, Burundi y Gambia) de retirarse del TPI y la declaración de intenciones de Rusia revocando la firma del Estatuto de Roma ratifican el juicio de valor según el cual corren malos tiempos para la justicia penal internacional (Remiro, 2013: 391). Retrocesos en la lucha contra la impunidad que de la misma forma han quedado afianzados sobre todo en España desde la entrada en vigor de la LO 1/2014.

2. LA SEGUNDA GRAN REFORMA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA: LA PERSECUCIÓN PRIVILEGIADA DEL TERRORISMO EN DETRIMENTO DE LOS MÁS GRAVES CRÍMENES INTERNACIONALES

2.1. EL DESIGUAL TRATAMIENTO JURÍDICO EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal[4], ha tenido una incidencia directa en la persecución del terrorismo, en especial el yihadista, así como en los asuntos que estaban investigando los abusos en esa misma lucha contra el terrorismo internacional.

Más allá de las ya denunciadas y rechazables motivaciones y efectos de esta reforma (Esteve, 2015; Chinchón, 2014; Bollo, 2014), resulta llamativo el desigual y complejo tratamiento que otorga la ley para poder perseguir los distintos delitos. De esta forma, se otorga un trato privilegiado a la jurisdicción española, que será competente para perseguir delitos de terrorismo si se acredita uno de los ocho puntos de conexión que facilita la nueva redacción —por ejemplo, si simplemente se acredita la existencia de víctimas españolas—. No sorprende esta regulación, que no hace sino profundizar en la senda de cambios legislativos que «deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos», tal y como enuncia el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015 trayendo a colación distintas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas[5]. Y todo ello sin dejar de ignorar las obligaciones que vienen emanando de las distintas decisiones marco emitidas por la UE[6], que en su día ya provocaron enmiendas en el Código Penal y la aprobación de la LO 5/2010. Ahora bien, esta última ley no mantiene el censurable trato desigual de la LO 1/2014 entre delitos y avala la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio como de los de terrorismo[7].

En la práctica, estos avances legislativos han facilitado la persecución judicial. En efecto, en el último informe anual de la Fiscalía General del Estado se reconoce que la lucha contra el yihadismo es «uno de los pilares fundamentales» de las actuaciones de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, hecho que se consolida sobre todo desde la necesidad de poner cerco judicial a los tentáculos del Dáesh desde su irrupción en la escena internacional durante 2014[8]. Es por ello que, como se ha señalado, y habida cuenta de esta amenaza internacional, la nueva redacción del artículo 23.4.e) dejará abierta toda una serie de supuestos para poder activar nuestra jurisdicción en la materia:

> «4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:
> e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:
> 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
> 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;
4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;
5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;
6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;
7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,
8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados».

Este amplio catálogo ha sido ampliado por una ulterior reforma recogida en la disposición final de la ya citada LO 2/2015, en la que, respecto al apartado 4.e.2º, se especifica que la competencia para perseguir el terrorismo se aplica al supuesto de que «el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo»[9]. Por otra parte, no puede ignorarse que el apartado d) del artículo 23.4 LOPJ también prevé que una serie de delitos —entre los que, de nuevo, se incluye el terrorismo— cometidos «en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte», serán perseguidos por la jurisdicción español sin condicionamiento alguno adicional. Al margen de los tratados internacionales ratificados por España para la supresión de distintos actos de terrorismo —cuya persecución universal no es, según el precepto, obligatoria, sino facultativa—, sorprende la nueva redacción del artículo 23.4.d LOPJ, que provoca incongruentes efectos prácticos, dado que «las víctimas de actos terroristas cometidos en otros espacios tienen menos derechos que las de actos terroristas cometidos en el mar» (Orihuela, 2016: 127).

En consecuencia, lo más censurable de la reforma radica en el hecho de que el régimen jurídico para poder perseguir los crímenes internacionales más aberrantes resulta mucho más gravoso que en el caso de los delitos de terrorismo. Ello es así en los casos de genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra, más allá de la nacionalidad de las víctimas, ya que debe cumplirse el requisito adicional de que conste el agresor español o extranjero con residencia habitual en España o presencia en territorio español[10], lo cual, como apunta Ollé Sesé, acaba «confundiendo de forma alarmante la esencia del principio universal con otros criterios de aplicación extraterritorial de la ley penal» (Ollé, 2014: 100).

Este énfasis en la persecución del terrorismo en detrimento del resto de crímenes internacionales no pasó inadvertido en la urgente tramitación de la ley en las Cortes Generales. Así, el portavoz del grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV), Olabarría Muñoz, recordó a los diputados populares que no existe convención internacional alguna específica sobre los crímenes de terrorismo (Sánchez, 2013: 1-34), y añadió: «La identificación como crímenes contra la humanidad de los delitos de terrorismo es algo propio de la legislación española, de la última reforma del Código Penal y de la anteúltima, de las reformas de 2002 y de 2010. Ningún tratado internacional prevé que los crímenes de terrorismo, que son los que ustedes amplifican más que cualesquiera otros las posibilidades de entendimiento de los tribunales españoles, están configurados más que por el Código Penal español como crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad». Olabarría terminó su intervención con esta advertencia: «¿Qué va a pasar ahora con los delitos de terrorismo, señor ministro, cuando ninguno de los tratados que le he citado establece que los crímenes de terrorismo son crímenes contra la humanidad? Son crímenes gravísimos, son los más graves del ordenamiento jurídico, pero son crímenes de naturaleza ordinaria, no son de lesa humanidad»[11].

2.2. LOS EFECTOS DE LA REFORMA EN LA PERSECUCIÓN DEL TERRORISMO

Con todo, a pesar del tratamiento ventajoso otorgado al terrorismo en la nueva versión del artículo 23.4 LOPJ, el apartado 5 de esta disposición ha supuesto un límite infranqueable para poder abrir diligencias de investigación de ciertos actos terroristas en la Audiencia Nacional cometidos fuera de nuestras fronteras[12], dificultad que se agrava cuando se trata de perseguir el ciberterrorismo (Castañón, 2017). Además de la imposición estricta del principio de subsidiariedad (aun habiendo víctimas españolas), la reforma incurre de nuevo en la inversión del principio de complementariedad, contraviniendo el artículo 17 del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional y menoscabando el principio *pro actione*. Debe recordarse que la fiscal coordinadora en esta materia en la Audiencia Nacional, Dolores Delgado, ya advertía de estos obstáculos mientras se encontraba en curso la reforma de la jurisdicción universal en febrero del 2014[13] (Delgado, 2014). Pocos meses después, con ocasión de los atentados yihadistas en Túnez en junio del 2015 —en el que entre las 27 víctimas se contaban dos de nacionalidad española—, la Fiscalía de la Audiencia Nacional no pudo efectuar ninguna diligencia de investigación, dada la nueva redacción del art. 23.5 LOPJ. De este modo, y aunque había víctimas españolas, la aplicación del principio de subsidiariedad bloqueó toda investigación judicial en España de estos delitos de terrorismo. A esta frustrante conclusión, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los agraviados, se llegó inevitablemente cuando la Fiscalía de la Audiencia Nacional constató que los tribunales de Túnez ya tenían abiertas diligencias penales tras el ataque terrorista yihadista (Garea, 2015).

Asimismo, debe traerse a colación otro de los puntos críticos de la nueva Ley Orgánica 1/2014, que en el apartado 6 del artículo 23 de la LOPJ establece: «Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal», extremo que fue severamente criticado en sede parlamentaria por la manifiesta eliminación de la acción popular[14]. Con todo, sucede que pueden encontrarse casos en los que, de forma acumulativa a las diligencias de investigación de la Fiscalía, se añadan querellas de las víctimas. Esta es la circunstancia que recientemente se ha dado en la práctica con ocasión del atentado terrorista de 11 de diciembre de 2015 cometido en la Embajada española en Kabul, en la que murieron dos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. En este asunto, el Ministerio Público ya incoó diligencias de investigación tras invocarse el artículo 23.4.e LOPJ y haber constatado que las autoridades de Afganistán no habían iniciado investigación alguna. Aun así, los familiares de los fallecidos han presentado querella en la Audiencia Nacional acusando a los embajadores españoles en Kabul de la presunta comisión de delitos de homicidio imprudente, dada la manifiesta ausencia de medidas de seguridad en el recinto diplomático; iniciativa legal que fue admitida a trámite por el juez central de instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz, mediante auto de 2 de noviembre de 2016[15].

Igualmente, la más relajada regulación del artículo 23.4 LOPJ para delitos de terrorismo ha propiciado incluso que, a instancias del Ministerio Fiscal, se hayan abierto nuevas diligencias por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 5. El asunto dirigido contra el líder del grupo terrorista Boko Haram por graves violaciones de derechos humanos cometidos en Nigeria ha iniciado su andadura, previa denuncia ante la Fiscalía y tras haber constatado la nacionalidad española de una de las víctimas, la religiosa española Sor María Jesús Mayor. Un tímido y titubeante avance que en modo alguno puede contrarrestar los draconianos efectos de la reforma. Aun así, mediante auto de 27 de mayo de 2015, el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional abría las diligencias previas 38/2015.

En efecto, tras la denuncia presentada por la organización FIBGAR, la Fiscalía interpu-

so querella contra el líder del grupo yihadista Boko Haram por la comisión de actos de terrorismo en marzo de 2013 en la ciudad de Ganye (Nigeria). Se argumentaba que los ataques generalizados a la población por parte de este grupo terrorista pretenden crear un Estado islámico en esta parte del continente africano. Ahora bien, el conjunto de hechos delictivos descritos en la querella —asesinatos, torturas, agresiones sexuales y trata de seres humanos— que pudieran tipificarse como crímenes contra la humanidad han podido ser conocidos por los tribunales españoles, competentes desde el momento en que se denunciaron como delitos de terrorismo, dada la conexión nacional requerida.

Precisamente, el auto detalla una amplia relación de hechos violentos propios del crimen internacional aludido, que se han recrudecido de forma especial desde el año 2010 y ya han causado doce mil muertos y más de 65.000 desplazados internos. Afortunadamente, el juez Fernando Andreu, apoyándose en la certera querella de la Fiscalía, califica de forma provisional los hechos denunciados como delitos de pertenencia o integración en organización terrorista y delito de terrorismo en conexión con un delito de lesa humanidad. En consecuencia, concluye que la competencia de los tribunales españoles viene avalada por el art. 23.4 e) LOPJ, al concurrir el requisito del apartado cuarto, que hace referencia a que «la víctimas tuviera nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos».

Asimismo, tras las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público, se evidencia que no se han iniciado procesos judiciales sobre este asunto ni en Nigeria ni en otros Estados ni en el Tribunal Penal Internacional, por lo que no hay obstáculo alguno para perseguir los hechos según preceptúa el apartado 5º del art. 23.4 LOPJ. Por todo ello, el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional acabó por «admitir a trámite la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal contra Abubakar Shekau, por la presunta comisión de delitos de terrorismo y de lesa humanidad». Por último, el juez inicia la práctica de diligencias previas solicitando a la Interpol la elaboración de un informe sobre el grupo Boko Haram, ya incluido en el Listado de individuos, entidades y grupos asociados a Al Qaeda del Comité del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de Sanciones, además de citar a la religiosa española para que preste declaración. Con este auto se abre, pues, una nueva vía y estrategia respecto a la «conexión terrorista» para poder perseguir graves violaciones de derechos humanos y para evitar la definitiva defunción de la jurisdicción universal en España.

3. LA RECONVERSIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMO TERRORISMO DE ESTADO

La lucha antiterrorista en la Audiencia Nacional ha tenido una innegable eficacia, como se constata en la prolífica actuación de la Fiscalía y de los jueces centrales de instrucción. Ahora bien, los nuevos requisitos de la reforma de la justicia universal han tenido también su incidencia, en este caso negativa, en los asuntos relativos a los abusos en la llamada guerra global contra el terrorismo internacional y otros graves crímenes internacionales.

En este sentido, tras la publicación de la nueva LO 1/2014 el 10 de marzo de 2014, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional procedió, a instancias del Ministerio Fiscal, a concluir el sumario relativo al caso principal que motivó la reforma: el dirigido contra las autoridades chinas por la comisión de crímenes internacionales en Tíbet[16]. El veredicto fue ratificado por la sentencia del Tribunal Supremo 296/2015 de 6 de mayo de 2015 y ha supuesto la estocada definitiva a la justicia universal en España, así como una advertencia a algunos titulares de los juzgados centrales de instrucción de la Audiencia Nacional que se habían negado a archivar ciertas causas relativas a infracciones

graves a las Convenciones de Ginebra[17]. Los efectos de esta sentencia no se hicieron esperar y los jueces que inicialmente se resistieron a aplicar de forma literal la reforma han acabado capitulando. Precisamente, mediante auto de 9 de junio de 2015, el juez Pedraz archivó el caso Couso reproduciendo el mandato de la sentencia del Tribunal Supremo, aunque alertando de que «ante un crimen de tal tipo cometido contra periodistas o personas españolas consideradas como población civil (cooperantes), ni aun los familiares de victimas o el Ministerio Fiscal podrán instar la apertura de diligencias en España para al menos identificar a la víctima, solicitar la autopsia u otras diligencias urgentes o investigar cómo acontecieron los hechos»[18]. Siguiendo este mismo criterio, se precipitó el archivo de otros asuntos; el siguiente en caer fue el de la «Flotilla de la Libertad», relativo al ataque israelí frente a las costas de la franja de Gaza a la embarcación humanitaria en la que se constató la presencia de cooperantes españoles. A pesar del archivo, el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional nº 5 ha recordado que los crímenes se cometieron en un buque de pabellón de las Islas Comores, que es parte del Estatuto de Roma. En este sentido, ha invocado el artículo 7 de la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional para que el Gobierno español, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, denuncie los hechos ante la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional[19].

Asimismo, tras la reforma se ha procedido a archivar otros casos relativos a los abusos cometidos en la guerra sucia contra el terrorismo internacional: el relativo a torturas en Guantánamo[20] y el de los vuelos de la CIA (Ramón Chornet, 2004: 542). Habida cuenta de las violaciones cometidas, resulta inevitable plantear que, si se pretende luchar contra la barbarie terrorista y se utilizan métodos que escapan al imperio de la ley (cometiendo crímenes internacionales de tortura y desapariciones forzadas desde los aparatos del Estado), ¿no estaremos irremediablemente socavando los cimientos del imperio de la ley? Y, de forma más irreparable, si cuando se exigen *a posteriori* las debidas responsabilidades por los crímenes cometidos y el resultado es la impunidad, ¿qué credibilidad y mensaje están transmitiendo las democracias occidentales? Pues bien, estas retóricas preguntas encuentran su respuesta en lo acontecido con el caso de las llamadas «entregas extraordinarias», transferencias de detenidos ilegales que se efectuaron, como bien es sabido, a través de operaciones de la aviación civil conocidas como los «vuelos de la CIA», en cuyas escalas constan distintos aeropuertos europeos, entre ellos españoles[21].

Sea como fuere, mediante auto de 17 de noviembre de 2014, los jueces de la Audiencia Nacional procedieron al sobreseimiento provisional y archivo de la causa al considerar que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva[22]. La decisión judicial se sustenta por el informe de la Fiscalía, que considera la investigación llevada a cabo en España como «real y eficaz», tal y como fue expuesta en la sentencia del TEDH en el caso Khalid El Masri contra Macedonia de 13 de diciembre de 2012. De esta forma se concluye que el cierre del caso obedece a la imposibilidad de hecho de averiguar la identidad de los agentes de la CIA que tripularon los mencionados vuelos, dada la falta de colaboración del Gobierno norteamericano ante la petición de cooperación solicitada en distintas diligencias practicadas por el juez Ismael Moreno[23].

En todo caso, en este cuestionable auto destaca el voto particular del magistrado José Ricardo de Prada Solaesa, quien, tras describir de forma minuciosa y detallada el programa de la CIA relativo a las «entregas extraordinarias» dando cuenta de los vuelos que operaron en España, argumenta con precisión que las distintas violaciones al Derecho internacional de los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario supusieron una execrable práctica impropia de un Estado de Derecho. Asimismo, trae a colación toda la labor llevada a cabo tanto por el Consejo de Europa (informes Marty)[24], por el Parlamento Europeo (Informes Fava y Flautre)[25], así como por el TEDH, que

en su labor judicial no ha dudado en condenar dichas violaciones de los derechos humanos (casos *El Masri vs. Macedonia*[26], y *Husayn y Al Nashiri vs. Polonia*)[27]. Habida cuenta del ingente volumen de evidencias, informes, precedentes y violaciones a los derechos fundamentales, considera improcedente el sobreseimiento libre y archivo parcial, puesto que, al margen de la responsabilidad de los agentes de la CIA, existen serios indicios de «responsabilidad criminal de funcionarios públicos españoles y altas autoridades de la nación». Es más, constata que han quedado ignoradas numerosas diligencias de investigación que incluso habían sido «aceptadas por el propio juzgado».

Pese a todos estos retrocesos, el tratamiento ventajoso otorgado a los delitos de terrorismo en la nueva redacción del artículo 23.4.e) LOPJ ha generado un aspecto inesperado y algunos asuntos relativos a crímenes internacionales contemplados en el apartado a) de la norma han podido evitar el archivo. Así, el juez Pedraz dictaminó que el caso Guatemala debía proseguir por delitos de terrorismo, dada la existencia de víctimas españolas. Ahora bien de forma muy pertinente acordó «extender el título jurisdiccional universal al resto de los delitos porque de otra forma se rompería la denominada continencia de la causa, ya que consideraba que era imposible juzgarlos por separado». Y proseguía que ello es así porque «el objeto del proceso penal son los hechos, no los delitos»[28]. En consecuencia, el auto dispuso la incoación del sumario «por presuntos delitos de terrorismo y los conexos de genocidio y crímenes de género, lesa humanidad, torturas, asesinato y detenciones ilegales», negándose a interponer cuestión de inconstitucionalidad ni a elevar en este momento procesal el asunto a la Sala Segunda del Tribunal Supremo hasta que no se librase comisión rogatoria a las autoridades judiciales de Guatemala a fin de recibir testimonio sobre los procesos que se siguen en el país centroamericano sobre este asunto.

Posteriormente, amparándose en el delito de terrorismo y en la existencia únicamente de víctimas españolas, el juez Eloy Velasco decidió proseguir con la instrucción del asunto de los jesuitas asesinados en El Salvador (caso Ellacurría). Además, en su auto de 30 de marzo de 2014, dando cumplimiento al apartado 5 del nuevo artículo 23 LOPJ, elevó el caso a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que determinara, respecto a los crímenes de lesa humanidad, si los juicios celebrados en el país centroamericano han sido «un mero fraude, una formalidad para aparentar la realización de una justicia que no fue tal, ante el hecho de que no hizo comparecer ante el tribunal ni a los inductores y ordenantes del crimen, ni aun a todos sus autores materiales, recibiendo el jurado instrucciones políticas»[29]. Para poder resolver la cuestión de competencia planteada, el Tribunal Supremo realizó una interpretación de lo dispuesto en los números 4 y 5 del artículo 23 LOPJ, partiendo en primer lugar del texto literal de lo allí expresado, y continuó haciendo referencia a lo establecido, en términos casi idénticos, por lo prescrito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sobre la base de todos estos preceptos y hechos, se llega a la conclusión que la justicia salvadoreña no se adecuó a los estándares internacionales que conforman la justicia efectiva[30]. A continuación, el Tribunal Supremo emitió una valoración de las circunstancias en que tuvo lugar el enjuiciamiento de los hechos en El Salvador y constató que el juicio no fue justo, por cuanto concurrieron varias circunstancias que evidenciaron la falta de independencia de los juzgadores y la ausencia de ánimo de condena: circunstancias tales como destrucción de pruebas, coacción al jurado, obstrucción a la defensa o defensa inadecuada obstaculización de la acción del juez, no presentación de testigos, juicio oral con injerencias y presiones y limitado a lectura de declaraciones sin prueba directa ante el juez. A ello se suma el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, tras un detallado análisis, llegó a la conclusión de que no existió «una investigación eficiente y eficaz ni un proceso imparcial y objetivo». Con tales antecedentes, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que «el proceso penal seguido en

El Salvador no pretendió […] que los responsables fuesen castigados sino mas bien su sustracción a la justicia»; impunidad previsible si observamos que entre los enjuiciados se encontraba el ministro de Defensa, el jefe de Estado Mayor, el general y comandante de la Fuerza Aérea, diversos coroneles y otros militares de alto rango.

Tras llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo alega que la actuación activa en la instrucción del Juzgado Central nº 6 por parte del Ministerio Fiscal equivale a suplir el requisito previsto en el 23.6 de la LOPJ, que exige para la persecución de estos delitos querella de la Fiscalía; por todo ello, el Tribunal Supremo acordó afianzar la competencia de la jurisdicción española para continuar conociendo de los hechos que dieron lugar al sumario. Ciertamente, este auto supone una aplicación adecuada del espíritu del principio de justicia universal, en tanto mantiene el principio rector de evitar la impunidad para los autores de estos delitos, y así interpreta adecuadamente el principio de cosa juzgada, *non bis in ídem*, ya que realmente las sentencias que derivan de juicios no imparciales e independientes no tienen esta naturaleza. También se interpreta de forma amplia y flexible la exigencia referida a que las actuaciones procesales deben iniciarse necesariamente con querella de la Fiscalía, lo cual puede estimarse adecuado, siempre que en otros supuestos en los que el enjuiciamiento en España suponga un enturbiamiento de las relaciones internacionales se siga la misma línea.

Habida cuenta de este fallo, el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional acordó reiterar las órdenes de arresto internacional con fines de extradición de los querellados. Y más aún después de que el juez Eloy Velasco constatara el contenido del informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador que recomendando a la Corte Suprema llevar a cabo «la captura de las personas perseguidas por la ley» pese a su oposición inicial[31]. Justo un mes después de este auto, y tras las oportunas actuaciones judiciales efectuadas por el Center for Justice and Accountability se autorizaba la extradición a España del antiguo coronel y ex viceministro de Seguridad Pública, Inocente Orlando Montano, que acababa de cumplir su condena en una prisión en Estados Unidos por haber cometido fraude migratorio, según informaba en un comunicado de 5 de febrero de 2016 la asociación querellante APDHE (Asociación Pro Derechos Humanos España). Este militar retirado es uno de los 18 querellados en la causa Ellacuría sobre el que pendía orden de detención internacional. La ampliamente fundada decisión de autorización de extradición de la jueza estadounidense Kimberley A. Swank de 4 de febrero de 2016, constata que el tratado de extradición entre los Estados Unidos y España autoriza dicho veredicto; y más aún cuando el crimen que habilita la extradición ha sido el de «asesinato terrorista», cumpliéndose así con el requisito de la doble incriminación[32] Al éxito del devenir procesal de este caso deben sumarse la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador de julio de 2016, que declaró inconstitucional la ley de amnistía salvadoreña de 1993, y la lamentablemente sentencia de 16 de agosto de 2016, en la que se ha decidido no extraditar a España a cuatro detenidos el pasado mes de febrero[33]. En todo caso, la alerta roja de la Interpol sigue activa.

Del mismo modo, ha proseguido la causa contra autoridades chilenas por el asesinato del español Carmelo Soria durante la dictadura de Pinochet, tras calificar los hechos como «constitutivos, entre otros, de un delito de terrorismo, tal y como se contenía en la querella admitida a trámite»[34]. El caso de Carmelo Soria, funcionario chileno-español de Naciones Unidas en el CEPAL desaparecido y asesinado por agentes de la DINA durante la dictadura de Pinochet, ha podido sortear hasta la fecha los efectos de la LO 1/2014. De esta forma, tras la entrada en vigor de la reforma se mantuvo la pieza tercera del Sumario mediante auto de 23 de mayo de 2014, que no pudo evitar el archivo del resto de piezas del sumario de la llamada Operación Cóndor. Una vez más la presencia

de víctima española y la calificación de los hechos como delitos de terrorismo salvaron la causa. Con todo, quedaba pendiente el elevar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que se pronunciara si en Chile se estaban siguiendo actuaciones judiciales sobre este asunto.

En este sentido, el auto de 8 de abril de 2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo concluye: «No entrar a valorar, ante las omisiones observadas en la exposición razonada remitida a este Tribunal, si concurren o no en el presente caso los requisitos exigibles para que la jurisdicción española prosiga con la tramitación de la presente causa penal. Devuélvase la causa al Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional para que se proceda con arreglo a Derecho, a tenor de lo expuesto en los fundamentos de esta resolución»[35].

Una vez devuelto el asunto al juez de instrucción, José de la Mata, y tras otorgar un plazo al fiscal y a las partes para efectuar alegaciones, mediante auto de 26 de mayo de 2015 el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de nuevo elevó la causa al Tribunal Supremo «proponiendo respetuosamente […] que se afirme la jurisdicción de los tribunales españoles». Con el objeto de afianzar esta pretensión, adjunta el juez un detallado anexo a esta resolución en el que, de una forma razonada y minuciosa, justifica que existen «indicios serios y razonables» de que el proceso que se sigue ante los tribunales chilenos no ha sido efectivo. Concluye que los jueces españoles se encuentran en mejor posición para seguir con el caso, considerando los más de treinta y nueve años de no adopción de «decisiones precisas para el enjuiciamiento de los responsables»[36].

Además, esta efectiva inacción chilena y ausencia de reparación ha persistido en el país andino, como precisa el Informe 13/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el que se asegura que Chile había violado distintos derechos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la CIDH. Por todo ello, y apuntalando la necesidad de seguir con la causa, el juez de la Audiencia Nacional invoca ante el Tribunal Supremo su propio auto dictado en el caso Ellacuría. Exige que «debe aplicarse ahora la misma conclusión» y, por un lado, dejar constancia de la adecuación de perseguir los hechos por la justicia española ante la pasividad de la chilena y, por otro, dejar por cumplimentado el requisito del art. 23.6 LOPJ[37].

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre estos planteamientos en el auto de 20 de octubre de 2015. Así pues, afianzada la jurisdicción española para este caso de terrorismo con víctima española, el alto tribunal ha centrado el objeto de su veredicto en la ponderación del principio de subsidiariedad. Del mismo modo, tras la constatación que la justicia chilena también conoce del caso, se examina el asunto bajo lo dictaminado en el artículo 23.4 LOPJ, esto es, el principio de subsidiariedad no resulta de aplicación tal como establece la ley «cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal»[38].

En primer lugar, el Tribunal Supremo admite la delicada complejidad de esta tarea, ya que el presente dictamen supone «enjuiciar la actuación de la Administración de Justicia de otro Estado» desde el punto de vista no solo jurídico, sino también político, diplomático e histórico (FJ 2 *in fine*). Siguiendo el informe del juez de la Mata, la sentencia recuerda que la justicia chilena inicialmente archivó la causa por aplicación de la ley de amnistía de 1978, a pesar del criterio emanado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Con todo, la hija de la víctima ha podido iniciar un nuevo caso cuya instrucción continúa en la actualidad. Una vez examinadas las diligencias practicadas en el procedimiento chileno, se trae a colación el criterio del juez de la Audiencia Nacional en virtud del cual «no ha existido en ningún momento ni todavía existe una investigación diligente y eficaz sobre lo ocurrido»[39].

Por todo ello, concluye el auto que, vista la falta de determinación de la justicia chilena por investigar el caso, «resulta inaplicable en este caso el principio de subsidiariedad», por lo que la parte dispositiva estima «la jurisdicción de los tribunales españoles para continuar conociendo de los hechos objeto de investigación»[40]. Así pues, por esta vez la justicia universal ha ganado la partida al principio de subsidiariedad, apoyándose de forma considerable en el trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En definitiva, examinados todos estos pronunciamientos judiciales tras la reforma, resulta inevitable echar la vista atrás precisamente al origen del sumario cuya pieza separada sobrevive en el asunto Carmelo Soria. Y es que, una vez más, el gran referente de la justicia universal, el caso Pinochet (Remiro 1999; Pigrau 2000: 775), aporta los elementos clave para seguir con la instrucción de los asuntos referenciados. En efecto, el auto de procesamiento del dictador chileno ya traía a colación las juiciosas consideraciones del profesor Quintano Ripollés en el que venía a denunciar el vínculo entre el terrorismo de Estado y la comisión de los más graves crímenes internacionales[41]. Es más, el auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional que daba luz verde a la orden de búsqueda y captura de Pinochet concluía con una serie de aseveraciones que cobran especial relevancia tras la LO 1/2014, en la que la única vía de sortear la derogación de facto de la justicia universal es acudiendo al delito de terrorismo. En esta etapa zozobrante para la jurisdicción universal, dejar constancia de la motivación original de perseguir el terrorismo en conexión con los crímenes internacionales supone una bocanada de aire vivificante para la justicia y una necesaria referencia para las aspiraciones de las víctimas:

> «El hecho de que el terrorismo se incluya por la LOPJ en su artículo 23.4 como delito susceptible de persecución universal, ha de entenderse va referido no tanto al terrorismo, sea nacional o internacional que se produzca en España, porque tal aspecto ya está cubierto por la legislación interna, sino más bien a aquellos supuestos en los que España como miembro de la Comunidad Internacional tiene interés en perseguir, aunque su concreción evidentemente se tanga que hacer, como no podía ser de otra forma, con arreglo a las leyes españolas.
>
> El interés de España, como miembro de aquella Comunidad no radica en el hecho de que haya o no víctimas españolas sino en el hecho de que el terrorismo participa del concepto de crimen contra la Humanidad y existe el interés común de los países en perseguirlo al constituir un caso claro de responsabilidad penal internacional, cuando el terrorismo tiene este carácter y especialmente se utiliza como un método de represión político-ideológica y se desarrolla desde las estructuras del Estado o desde el mismo Estado a través de sus representantes.
>
> Consecuentemente con todo lo anterior ha de concluirse que la referencia que la Ley Orgánica del Poder Judicial hace al terrorismo "según la Ley penal española" supone que se protege tanto el Orden Institucional español como el Orden Institucional de otros países cuando se ve atacado por alguno de los medios comisivos típicos contra las personas y los derechos humanos. Es decir se protegen bienes jurídicos internacionales y no solo intereses internos»[42].

4. CONCLUSIONES: EL FUTURO DE LA JUSTICIA UNIVERSAL ENTRE LA INCERTIDUMBRE Y LA ESPERANZA

Los hechos hacen vislumbrar un futuro incierto para las víctimas de crímenes internacionales que acudían a la jurisdicción universal como último recurso para poner fin a la impunidad. Resulta decepcionante que la mayoría de gobernantes y juristas elijan permanecer «ciegos al mundo de los valores, sumisos a las relaciones de poder y dominación, e insensibles a la ubicación de las soluciones jurídicas en el tiempo, para atender a las necesidades humanas cambiantes» (Castresana 2005: 11). Cuestionados quedan, pues, los valores de una democracia cuando el propio ministro de un gobierno no esconde las motivaciones que han avalado un cambio legal para evitar que los jueces persigan a criminales de guerra, y así justi-

ficar la primacía de los intereses económicos y comerciales sobre la protección de la humanidad[43].

Asimismo, la vocación humanitaria del Derecho internacional queda relegada a un papel residual cuando los jueces del más alto tribunal de un país democrático bendicen una reforma contraria a la letra y el espíritu de tratados internacionales ratificados por España, argumentando que «la lucha contra la impunidad en el Derecho internacional penal no puede hacerse a costa de las garantías esenciales del Estado de Derecho»[44]. ¿Perseguir un crimen de lesa humanidad cuya comisión está prohibida por el *ius cogens* cuestiona las garantías del Estado de Derecho? ¿O es su impunidad a cualquier precio lo que lo hace peligrar? Inquietantes tiempos nos toca vivir en los que investigar judicialmente y, en su caso, sancionar un crimen contra la humanidad o de guerra cometido en Tíbet, Ruanda o Iraq por nuestros tribunales supone un coste inasumible para un Estado de Derecho. En cambio, por ejemplo, decidir proteger los derechos humanos de la población libia, ya no desde el poder judicial, sino enviando nuestros ejércitos, no plantea ningún dilema jurídico ni ético. Es más, ni los excesos ni los desastrosos resultados de ese violento ejercicio de la «responsabilidad de proteger» han merecido rendición de cuenta alguna (López-Jacoiste, 2011: 109). Parece ser que en esta inquietante deriva internacional resulta más rentable para los gobiernos proteger los derechos humanos haciendo uso de la fuerza armada, dejando a un lado la acción de los jueces, que no hacían sino aplicar los tratados internacionales a los que previamente se había obligado el mismo Estado.

Sea como fuere, si la opción política de un gobierno es la de no querer perseguir a genocidas ni a criminales de guerra (ya que estas investigaciones judiciales pueden enturbiar e interferir en la acción exterior del Estado), la derogación *de facto* de la justicia universal debería ir acompañada otras medidas. Como apunta la profesora Orihuela Calatayud, para mantener una actitud coherente con el Derecho internacional, la LO 1/2014 debería ir acompañada de la «denuncia, renuncia a la participación en futuros avances convencionales o reservas tardías» por parte de España a los distintos tratados internacionales en materia de derechos humanos (Orihuela 2016*b*: 314).

Coherente o no, lo que resulta evidente es que la persecución universal del terrorismo es una prioridad. Y ello se manifiesta no únicamente en el descrito trato de favor otorgado a la persecución del terrorismo en la LO 1/2014 y la LO 2/2015, sino también en el hecho de que, en Naciones Unidas, España encabeza la ofensiva diplomática para crear un Tribunal Penal Internacional para delitos de terrorismo[45], iniciativa que resulta un tanto contradictoria con la acción exterior de algunos Estados occidentales. Pretender crear una nueva instancia judicial internacional para juzgar a terroristas mientras se mantienen privilegiados lazos geoestratégicos con monarquías árabes —que arman y financian a aquellos que pretendemos sancionar— aboca a unas decisiones en materia de política exterior nada edificantes.

Aun así, debe concluirse que la persecución universal del terrorismo no resulta incompatible con la de los más graves crímenes internacionales. Más bien ambas luchas contra la impunidad se complementan. Es más, cuando el último recurso pacífico que queda a algunos pueblos para afianzar sus derechos fundamentales y su afán de justicia y reparación se pisotea de esta forma, se genera un sentimiento de desesperanza e impotencia que en muchos casos son las semillas de posteriores reacciones violentas. En definitiva, debe lucharse no solo contra los efectos, sino también contra las raíces originarias del terrorismo, y así contrarrestar todo argumento ideológico que pretenda justificar las atrocidades terroristas. Ya lo ha venido advirtiendo la misma Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa al observar que «la injusticia alimenta el terrorismo y socava la legitimidad de su lucha»[46].

A pesar de todos los obstáculos mencionados que deben salvar las víctimas para poder

obtener una reparación por los crímenes sufridos, en el horizonte se vislumbran luces de esperanza. Justo en el momento que se estaba cerrando la revisión de este estudio, el Juzgado Central de Instrucción nº 6, mediante auto de 27 de marzo de 2017 (diligencias previas 11/2017), acaba de admitir trámite la querella dirigida contra distintos mandos del régimen sirio por haber cometido delitos de terrorismo de Estado y de desapariciones forzadas. El veredicto del juez Eloy Velasco supone un paso firme en favor de la justicia universal. En efecto, aun reconociendo la imposibilidad de perseguir los hechos como crímenes de lesa humanidad y de guerra (por la no concurrencia de los insalvables requisitos acumulables impuesto por la LO 1/2014), el auto hace suyas las alegaciones del equipo de abogadas de Guernica 37 que, al acudir al concepto de «víctima indirecta» con nacionalidad española, habilita la mencionada admisión según lo dispuesto en los apartados c) y e) del art. 23.4 LOPJ. Al mismo tiempo, se han presentado las alegaciones del caso Tíbet tras haber admitido el Tribunal Constitucional el recurso de amparo respectivo (recurso nº 3986-2015-P, Sala Segunda, Sección Cuarta, TC), y en el Congreso de los Diputados se está debatiendo la contrarreforma de la justicia universal gracias la proposición de ley orgánica presentada por ERC, iniciativa que, al parecer, cuenta con el apoyo de una mayoría parlamentaria para volver al estado de la justicia universal del año 2009.

Sea como fuere, ante estos avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad, debe afianzarse sin titubeos la estricta observancia y aplicación del contrato social universal, aun a riesgo de volver a incomodar a los poderes políticos y económicos. Y esto debe ser así, ya que, como de forma persistente remarca el juez del Tribunal Internacional de Justicia Cançado Trindade, por encima de la razón de Estado prima la garantía efectiva del Derecho de gentes y, en concreto, de las víctimas, puesto que:

> «La búsqueda de la plena salvaguardia y prevalencia de los derechos inherentes al ser humano, en todas y cualesquiera circunstancias, corresponde al nuevo *ethos* de la actualidad, en una clara manifestación, en nuestra parte del mundo, de la conciencia jurídica universal, en este inicio del siglo XXI. El despertar de esta conciencia —fuente material de todo Derecho— conlleva al reconocimiento inequívoco de que ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos a los seres humanos» (Cançado 2011: 49).

NOTAS

1. En este sentido, la resolución de 2005 del IDI, denominada «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes», precisaba que: «Universal jurisdiction is primarily based on customary international law. It can also be established under a multilateral treaty in the relations between the contracting parties (…) the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions: a) Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or noninternational armed conflict». IDI, Krakow Session. Seventeenth Commission, 2005, «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes».

2. Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal. Principio 1, A/56/677, 4 de diciembre de 2001.

3. Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, BOE., nº 126, de 27 de mayo de 2002, Sec 1 pp. 18824 a 18860. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2002/05/27/pdfs/A18824-18860.pdf>.

4. BOE nº 63, Sección I, 14 marzo de 2014, pp. 23026-23031.

5. Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. Preámbulo: «[…] La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre

de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo […] la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito».

6. Debe destacarse la decisión marco 2008/919/JAI del Consejo e 28 de noviembre de 2008, que modifica la decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo.

7. La LO 5/2010 introduce una profunda reforma en materia de terrorismo, especialmente en cuanto agrava sus penas e implanta su imprescriptibilidad según el artículo 131: «Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona».

8. Informe de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2015, p. 249. Disponible en: <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS15.pdf>. «Las investigaciones iniciadas el pasado año 2015 por terrorismo yihadista representan ya el 22 % de la cifra total de investigaciones incoadas en toda la Audiencia Nacional (incluyendo las que son competencia de las otras dos Fiscalías Especiales), lo que convierte a la lucha contra el yihadismo en uno de los pilares fundamentales de su trabajo».

9. Disposición final primera: Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. LO 2/2015.

10. «4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:
a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas».

11. Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, número 18, sesión plenaria 172, 27 de febrero de 2014. Acuerdo de tramitación directa y en lectura única de la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, p. 7.

12. Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, BOE nº 63, Sección I, 14 marzo de 2014, pp. 23026-23031.
«5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:
a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:
1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,
2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.
Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.
A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:
a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.
b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.»
«6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal».

13. Delgado, Dolores: (2014): «Finalmente, la reforma legislativa que el Partido Popular propone, ahora, aumenta exponencialmente la agresión a la jurisdicción universal, hasta el punto de anular cualquier rastro de la misma, convirtiéndola en local y subsidiaria, basada casi exclusivamente en la nacionalidad española del presunto responsable y vinculada con el territorio hispano. Es más, un tribunal español tendría vetado investigar esos hechos si otro país lo estuviera haciendo, siendo imposible, al contrario de lo que antes sucedía, complementar investigaciones ni coincidir en ellas. Pero es que, además, la propuesta impide el acceso a la justicia de la acusación popular (asociaciones de víctimas, de ciudadanos, etcétera), eliminando así al actor más beligerante en la promoción e investigación de este tipo de delitos y, por supuesto, obligando a cerrar todas las investigaciones en curso.
En el caso propuesto, en forma consciente o inconsciente, los promotores de la reforma han cedido espacio al principio de incertidumbre en detrimento del principio de seguridad jurídica, hasta el punto de que el juez español vendría obligado a abstenerse de investigar hechos tan graves como el tráfico de seres humanos, de drogas o terrorismo, simplemente porque España ha repudiado el principio de que todos los Estados han de colaborar en la persecución de los delitos contra la humanidad y los cometidos trasnacionalmente, cuyo cumplimiento nos hizo merecedores al reconocimiento internacional por contribuir a que el mundo fuera un poco más justo y con menos impunidad».

14. Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 18, 27 de febrero de 2014, p. 10. El diputado Gaspar Llamazares en el debate abiertamente sobre censuró que «por si hubiera pocos mecanismos de cierre, el Gobierno establece que quien solamente puede denunciar es la víctima o la fiscalía. Es muy improbable que sea la víctima porque en la mayor parte de los casos ya no está y la Fiscalía no va a actuar contra sus propios actos; la Fiscalía va a seguir la orientación del Gobierno y va a intentar molestar lo menos posible a otros Estados, sobre todo a Estados imperiales cuando la política del Gobierno es una política de colonia, que es la que estamos viendo con respecto a la jurisdicción penal internacional».

15. Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción nº 1, auto 2 noviembre 2016, Diligencias Previas 142/2015/10.

16. Auto 38/2014 de 2 de julio de 2014, Procedimiento ordinario 63/2008, Pleno Sala de lo Penal, Audiencia Nacional. Mediante este auto de 2 de julio de 2014 el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó el sobreseimiento y archivo del caso Tíbet sin planteamiento de cuestión de constitucionalidad respecto a la Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal. Este veredicto, cuestionado por cinco jueces a través de sus votos particulares, se ampara en la doctrina del Tribunal Supremo para argumentar que la jurisdicción constituye una «expresión de la soberanía del Estado […] y tiene carácter previo a la competencia»; jurisdicción que a los efectos del caso viene modulada en la nueva reforma y que los «límites de la jurisdicción universal es una cuestión de política criminal que compete al legislador español».

17. En esta sentencia, el TS tras calificar la persecución universal absoluta de las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra como «un sistema de injerencia clandestina en otros países, secuestrando y trasladando a los acusados sin sujetarse al procedimiento legal de la extradición», advierte: «[…] y para que quede claro en este y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción *in absentia* en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia».

18. Auto de 9 de junio de 2015, sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional. Asimismo, véase el posterior auto de 25 de noviembre de 2015, Sección Tercera, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.

19. Auto de 10 de junio de 2015, sumario 197/2010, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, fundamento de derecho 11º. A pesar del archivo el juez de la Mata instó a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que informaran a la AN, si cualquiera de los querellados en este asunto (entre los que destacan el primer ministro de Israel, Netanyahu, su ministro de Defensa, Barak, y de Asuntos Exteriores, Lieberman, entre otros) llegase a territorio español. El fiscal, mediante escrito de 13 de noviembre de 2015, alegaba que debiera dejarse sin efecto esta comunicación relativa a la hipotética información sobre la presencia de los querellados en España, ya que se trataba de una «medida ausente de respaldo legal y de muy difícil ejecución». Petición que fue desestimada mediante auto de 17 de noviembre de 2015, Juzgado de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional. Diligencias Previas 197/2010; veredicto que, a su vez, ha sido revocado mediante auto de 22 de diciembre de 2015, Sección Segunda, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional. No parece ser que sea este el propósito de lo previsto en las Convenciones de Ginebra. No sorprende que, semanas después de este veredicto, la prensa publicara que «Israel agasaja al presidente y al fiscal jefe de la Audiencia Nacional tras el archivo del caso Netanyahu» (eldiario.es, 21/02/2016) y que «dos de los tres jueces» de esta sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional hayan «sido apartados del juicio de Gürtel por su proximidad al Partido Popular» (eldiario.es, 22/12/2015).

20. Auto de 17 de julio de 2015, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional. Sumario 2/2014. Una vez más la sentencia del caso Tíbet se apunta como precedente para proceder al archivo del presente asunto cuya calificación jurídica de los hechos denunciados recuerda el juez, era el de delitos de torturas y de lesa humanidad en concurso con varios delitos contra cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, tal y como dispone el Código Penal y las Convenciones de Ginebra. Por ello, y habida cuenta de la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ y de la interpretación efectuada por el TS, discrepando del criterio mayoritario de los jueces de la Audiencia Nacional, el auto dictamina que no se reúnen los nuevos requisitos exigidos por la reforma, ni en el apartado a), ni en el b) del mismo precepto. Tampoco resulta aplicable la cláusula residual prevista en el apartado p) que permite perseguir «cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente».

21. La investigación abierta el 12 de junio de 2006 por el juez Ismael Moreno se centraba en 27 vuelos secretos efectuados con base en aeropuertos españoles entre 2003 y 2005, esto es, durante el Gobierno de Aznar. Curiosamente, y a primera vista, el fiscal en este asunto ha desempeñado un papel más activo, exigiendo la desclasificación de documentos en los cuales se proclamaba la voluntad del anterior presidente Aznar de cooperar con la Casa Blanca en las operaciones de inteligencia tras el 11-S. Es más, el Ministerio Público ha llegado a solicitar el arresto de 13 espías involucrados en los vuelos de la CIA. El juez de la Audiencia Nacional accedió a la primera petición de la Fiscalía y en un aparente ejercicio de neutralidad e imparcialidad, el 9 de mayo de 2007, el Consejo de Ministros presidido por Zapatero ordenó la desclasificación de documentos relativos a la causa. No obstante, los documentos que remitió el CNI al Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, «no solo estaban llenos de tachaduras, sino que se limitaban a analizar viejas informaciones de prensa sobre el tema» y, en definitiva, en los mismos se concluía «que no hay dato alguno que suponga vinculación directa de los aviones con organismos oficiales de EE.UU.» Yárnoz: «EE. UU. maniobró en la Audiencia Nacional para frenar casos. La embajada intentó boicotear las causas Guantánamo, Couso y vuelos de la CIA. Políticos y fiscales españoles colaboraron en la estrategia», *El País*, 30/11/2010.

22. Auto de 17 de noviembre de 2014, Sección Segunda de la Sala de lo Penal, Audiencia Nacional. Rollo de Sala: Apelación contra Autos 336/2014. Caso vuelos de la CIA.

23. Por último, niegan los jueces de la Sala tanto que nos encontremos ante un caso de justicia universal, ya que los hechos denunciados se cometieron en territorio español, como que debieran aplicarse las obligaciones dimanantes de las Convenciones de Ginebra, en especial lo dispuesto en el artículo 146 de la IV Convención. En todo caso se mantiene la provisionalidad del sobreseimiento, ya que en un futuro pudieran constatarse las identidades de los agentes de la CIA.

24. Parliamentary Assembly of the Council of Europe: *Reply of the Committee on Legal Affairs and Human Rights*, Doc. No. 10957 (2006: 2-3): «Having carried out legal and factual analysis on a range of cases of alleged secret detentions and unlawful interstate transfers, the Assembly has identified instances in which Council of Europe Member States have acted in one or several of the following ways, wilfully or least recklessly in violation of their international human rights obligations». Asimismo, véase Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Commission on Legal Affairs and Human Rights: *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*, Doc. No. 11302 rev. (2007). Disponible en: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/edoc11302.pdf>. Tercer informe Marty de 2011 del Consejo de Europa adoptado por la Asamblea Parlamen-

taria el 16 de septiembre de 2011 titulado «Abuse of state secrecy and national security: obstacles to parliamentary and judicial scrutiny of human rights violations»

25. Resolución de 6 de julio de 2006 sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos 2006/2027(INI), P6_TA(2006) 0316. «Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos», Resolución del Parlamento Europeo adoptada el 14 de febrero de 2007 sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos 2006/2200(INI). Resolución de 19 de febrero de 2009 sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos 2010/C 76 E/11), P6_TA (2009)0073.

26. TEDH, Gran Sala: Asunto *El-Masri vs. Macedonia*, sentencia de 13 de diciembre de 2012, solicitud nº. 39630/09

27. TEDH: Asunto *Al Nashiri vs. Poland*, sentencia de 24 de julio de 2014, solicitud nº. 28761/11; TEDH: Asunto *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, sentencia de 24 de julio de 2014, solicitud nº. 7511/13. Aunque fundamentalmente estas sentencias argumentan las violaciones al Convenio por las torturas cometidas en Polonia, también hacen referencia a la violación del artículo 5 como consecuencia de la desaparición forzada de los sospechosos terroristas (párrafo 523).

28. Auto de 20 de mayo de 2014, sumario 331/99, Juzgado Central de Instrucción nº 1, FJ 3.

29. Auto de 31 de marzo de 2014, sumario 97/2010, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional. Asimismo, esta decisión judicial no escatimó razonadas críticas a la reforma y en especial condena la disposición transitoria única precisando que «no puede ser interpretada literalmente por ilógica —pues es contradictorio archivar y verificar si concurren requisitos a la vez—».

30. Auto de 20 de abril de 2015, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo. Sumario 97/2010. Recurso 20962/2015. Además, señala el Supremo que la llamada justicia universal en España ha sufrido una evolución que ha ido desde una primera conceptuación, en la LOPJ, de la pura justicia universal, sin exigencia de condicionante alguno, a pedir una conexión nacional que en la última reforma se ha configurado atendiendo a lo dispuesto en los tratados internacionales y el grado de jurisdicción que atribuyen a los estados firmantes. En esta ultima fase evolutiva, el numero 5 del artículo 23 dispone que no serán perseguibles en España estos crímenes: «Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos (…)». Y añade que sin embargo sí será competencia de la jurisdicción española su enjuiciamiento si «el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación». A fin de conocer si dicho Estado tiene o no disposición de actuar, se procederá a un examen «teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el Derecho internacional», habida cuenta de las siguientes circunstancias: si el juicio se ha incoado con la intención de sustraer la responsabilidad penal; si ha existido una demora injustificada en el juicio con la intención de que no comparezca el inculpado; y que el proceso se haya sustanciado de forma parcial y no independiente.
En todo caso, tales principios deben de ponderarse de acuerdo con cánones de Derecho internacional, y el Tribunal Supremo realiza dicho análisis tomando como referencia el artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que se pronuncia en idénticos términos a los expuestos. Al margen de todo ello, el artículo 20.3 del citado estatuto establece el principio de cosa juzgada o *non bis in ídem*, estableciendo al efecto distintas excepciones que se contraen y que permiten evaluar si la sentencia dictada ha derivado de un juicio no imparcial ni independiente.
Sentados estos principios, pasa el TS a enjuiciar el escrito elevado por el JCI de la AN. Se estima que se está ante una cuestión espinosa, dado que debe valorarse la «actuación de la Administración de Justicia de otro Estado», y precisamente este cometido puede suponer y plantear «indudables conflictos desde el punto de vista de las relaciones internacionales, materia ajena a la función jurisdiccional pero que sin duda los tribunales no pueden desconocer en absoluto».
Desde nuestro punto de vista, esta afirmación resulta inadmisible. Los tribunales y las leyes deben plantearse de forma definitiva si en estas cuestiones deben prevalecer los principios del Derecho, sean cuales sean las consecuencias, o si por el contrario estos principios están subordinados a intereses ajenos a los mismos. De adoptarse esta última postura, qué duda cabe, nos encontraríamos con la prevalencia de los intereses geoestratégicos o económicos, principalmente el de las grandes empresas. Ello inevitablemente puede ir en detrimento de la justicia, la cual quedaría relegada a un papel secundario, lo que supondría su total desnaturalización.

31. Auto de 4 de enero de 2016, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional. Sumario 97/2010.

32. US District Court for the Eastern District of North Carolina, Northern Division, Nº 2: 15-MJ-1021-KS.

33. «El Salvador no extraditará a España a los cuatro militares procesados por el caso Ellacuría», elmundo.es., 16/08/2016.

34. Auto de 23 de mayo de 2014, sumario 19/1997-D, Pieza III, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

35. Auto de 8 de abril de 2015, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo. Sumario 19/1997. Recurso 20092/2015.

36. Auto de 26 de mayo de 2015, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional. Sumario 19/1997 (Pieza III).

37. Como ya se ha indicado, según ese apartado 6 del art. 23.4 LOPJ, el inicio del caso debe efectuarse por interposición de querella por parte las víctimas o la Fiscalía, por lo que el auto referido interpreta y concluye: «68. En el caso que ahora nos ocupa, como el que fue objeto del citado ATS 20.04.2015, la intervención activa del Fiscal en el sumario nº 19/1997, instando diligencias y solicitando incluso el procesamiento de los imputados y su ampliación, implica el cumplimiento de dicho requisito por cuanto pone de manifiesto un interés del Ministerio Público en la persecución de los delitos investigados. Por esta razón, debe aplicarse ahora la misma conclusión establecida por el TS en el caso Ellacuría. Como en aquel caso, el entendimiento de este presupuesto procesal no puede subordinarse a una perspectiva exclusivamente formal. Lo verdaderamente relevante en supuestos como el presente, en los que el proceso penal fue incoado cuando aquella exigencia no formaba parte de nuestro sistema, es que el fiscal, como órgano constitucionalmente llamado a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, haya expresado con su actuación la inequívoca voluntad institucional de defender el interés social en la investigación y enjuiciamiento del delito imputado». Auto de 26 de mayo de 2015, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional. Sumario 19/1997 (Pieza III).

38. Como recuerda el fallo, la propia reforma LO 1/2014 aporta los criterios para dilucidar tal disyuntiva: «A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: "a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia"».

39. A continuación se corrobora esta apreciación con «el contenido del Informe número 13/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que llevó a cabo un detallado análisis de lo ocurrido y de las actuaciones realizadas por las autoridades del Estado chileno, concluyendo que el Estado chileno ha violado respecto de Carmelo Soria Espinoza el derecho a la libertad personal, a la vida y el derecho a la integridad personal consagrados en el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y que las decisiones judiciales de sobreseimiento dictadas en la causa criminal agravan la situación de impunidad y violan el derecho a la justicia que asiste a los familiares de las víctimas para identificar a los autores de dichos delitos, establecer responsabilidades y sanciones correspondientes y obtener reparación judicial. Para concluir diciendo que «el Estado de Chile ha violado los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1 y 2 de la Convención».

40. Auto de 20 de octubre de 2015, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo. Magistrado Ponente: Alberto Jorge Barreiro. Recurso 20092/2015.

41. Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, Procedimiento sumario 19/97, terrorismo y genocidio: «Operación Cóndor», Auto de procesamiento de 10 de diciembre de 1998. Fundamento de Derecho Sexto: «Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es la del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados crímenes contra la humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo».

42. Fundamento jurídico Séptimo. Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, Procedimiento sumario 19/97, terrorismo y genocidio: «Operación Cóndor», Auto de procesamiento de 10 de diciembre de 1998.

43. El anterior ministro de Asuntos Exteriores, García Margallo reconoció públicamente que, ante las protestas chinas por las ordenes de arresto internacional decretadas contra sus antiguos gobernantes del Partido Comunista Chino por haber cometido un genocidio en Tíbet, debía modificarse la ley para archivar el caso y así salvaguardar los intereses de la deuda pública española en manos de los nuevos amos orientales. Véase la entrevista a García Margallo del 16 de abril de 2014 en Televisión Española, en el programa El debate de la 1. Disponible en: <http://www.rtve.es/alacarta/videos/el-debate-de-la-1>.

44. Fundamento de Derecho sexto, sentencia 296/2015 de 6 de mayo de 2015, Pleno, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Recurso de casación 1682/2014. Magistrado ponente: Cándido Conde-Pumpido.

45. España, apoyándose en el actual y privilegiado estatuto de miembro no permanente ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ha solicitado la creación de dicho tribunal. «España pedirá desde el Consejo de Seguridad un Tribunal Internacional contra el Terrorismo», *ABC*, 08/062016. Disponible en: <http://www.abc.es/espana/abci-espana-propondra-diciembre-creacion-tribunal-penal-contra-terrorismo-201606081111_noticia.html>.

46. Parliamentary Assembly of the Council of Europe: Resolution 1634 (2008) on the «Proposed law on forty-two-day pre-charge detention in the United Kingdom», 2 October 2008: «terrorism can and must be fought with means that fully respect human rights and the rule of law, excluding all forms of arbitrariness. Injustice breeds terrorism and undermines the legitimacy of the fight against it».

BIBLIOGRAFÍA

ABAD CASTELOS, Montserrat (2014): «The end of universal jurisdiction in Spain?», *Spanish yearbook of international law,* vol. 18, 223-230.

BOLLO AROCENA, María Dolores (2014): «*The reform of the universal jurisdiction in spain*: Did public international law require the reform carried out by means of law 1/2014?», *Spanish yearbook of international law,* vol. 18, 239-247.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2011): «Reflexiones sobre los tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización de ideal de la justicia internacional», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2010*, Bilbao: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 17-95.

CASTAÑÓN ÁLVAREZ, María José (2017): «Ciberterrorismo: principio de justicia universal», *Diario La Ley*, núm. 8920, Sección Doctrina, 13 de febrero.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos (2005): «De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 54, 3-11.

— (2007): «La justicia universal: derechos humanos y desarrollo» en *Derechos Humanos y Desarrollo. Justicia universal: el caso latinoamericano,* Barcelona: Icaria, 19-34.

CHINCHÓN ALVAREZ, Javier (2014): «*The reform(s) of universal jurisdiction in Spain*: For whom the bells tolls?», *Spanish yearbook of international law,* vol. 18, 231-237.

DELGADO, Dolores (2014): «Principio de incertidumbre», *El País,* 11 de febrero.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción (2014): «Universal jurisdiction in Spain: substantial change of modelo or implied repeal?», *Spanish yearbook of international law,* vol. 18, 255-265.

ESTEVE MOLTÓ, José Elías (2015): «The "Great Leap Forward" to impunity. Burying universal jurisdiction in Spain and returning to the paradigm of Human Rights as "domaine réservé" of the States», *Journal of International Criminal Justice*, 13 (5), 1121-1144.

FIBGAR (2015): *Principios de Madrid-Buenos Aires de jurisdicción universal* [en línea] <http://fibgar.org/upload/proyectos/35/es/principios-de-jurisdiccion-universal.pdf>.

GAREA, Fernando: (2015): «La reforma del PP impide la investigación judicial de los atentados», *El País*, 18 noviembre.

LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia (2011): «La crisis de Libia desde la perspectiva de la responsabilidad de proteger», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 109-152.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2014): «Recortes en jurisdicción universal: un retroceso de casi cien años», *Tiempo de Paz*, 112, 72-76.

OLLE SESÉ, Manuel (2008): *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid: La Ley.

— (2014): «A vueltas con la justicia universal», *Política Exterior,* vol. XXVIII (160), 96-104.

ORIHUELA CALATAYUD, María Esperanza (2016*a*): *La jurisdicción universal en España: discurso leído el día 27 de enero de 2016 en el acto de recepción como Académica de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia por la Excma. Sra. Doña Esperanza Orihuela Calatayud y contestación del presidente de la Academia Excmo. Sr. Don Juan Roca Guillamón*, Murcia: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

— (2016*b*): «La regulación de la jurisdicción universal en España. Reflexiones a la luz de las últimas reformas (2014 y 2015)» en M. E. Orihuela (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos,* Thomson Reuters Aranzadi: Bilbao, 283-317.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2015): «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal,* 3, 0-40.

PIGRAU SOLÉ, Antonio (2000): «El proceso a Pinochet en España», *ILSA J. Int'l & Comp. L.,* 6, 775-807.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1955): *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal,* Tomo I, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria.

RAMÓN CHORNET, Consuelo (2004): «Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de torturas», *Revista Española de Derecho Internacional,* 56, (1), 542-544.

REISMAN, W. Michael (1990): «Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law», *American Journal of International Law,* vol. 84, 866-876.

REMIRO BROTONS, Antonio (1999): *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid: Política Exterior-Biblioteca Nueva.

— (2013): «Malos tiempos para la justicia universal», en M. Cherif Bassiouni, J. Gomula, P. Mengozzi, J. G. Merrills, R. Nieto Navia, A. Oriolo, W. Schabas, and A. Vigorito, *Global trends: law, policy & justice: essays in honour of professor Giuliana Ziccardi Capaldo,* Oxford: Oxford University Press, 391-410.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel (2013): «Hacia la definición del crimen de terrorismo: las propuestas internacionales a la luz de la práctica española», *Revista General de Derecho Penal,* 19, 1-34.

Fecha de recepción: 30 de enero de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: UN INSTRUMENTO IMPRESCINDIBLE EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD, TAMBIÉN DESDE ESPAÑA

UNIVERSAL JURISDICTION: AN ESSENTIAL AIM IN THE FIGHT AGAINST INMPUNITY, ALSO FROM SPAIN

Antoni Pigrau Solé

Catedrático de Derecho Internacional Público
Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

RESUMEN

Este trabajo pretende justificar la importancia del ejercicio de la jurisdicción universal para combatir la impunidad en casos de graves violaciones de los derechos humanos. De manera más específica, se busca defender la necesidad de recuperar el ejercicio de la jurisdicción universal en España. Para ello, se abordan sucesivamente distintos aspectos: el alcance del consenso sobre los crímenes más graves de trascendencia internacional; la dimensión del espacio de impunidad existente para tales crímenes con especial referencia a los factores que limitan la acción de la Corte Penal Internacional; el papel fundamental que juega la jurisdicción universal como paliativo a la impunidad y la necesaria revitalización de la jurisdicción universal en España después del proceso legislativo de desarticulación que este principio ha sufrido en los últimos años.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción universal, Corte Penal Internacional, impunidad, crímenes internacionales, España.

ABSTRACT

This paper seeks to justify the importance of exercising universal jurisdiction to combat impunity in cases of serious human rights violations. More specifically, it seeks to defend the need to recover the exercise of universal jurisdiction in Spain. To this end, different aspects are tackled: the scope of consensus on the most serious crimes of international importance; the dimension of the space of impunity for such crimes with special reference to the factors limiting the action of the International Criminal Court; the fundamental role played by universal jurisdiction as a palliative to impunity, and the necessary revitalization of universal jurisdiction in Spain, after the legislative process of disarticulation that this principle has suffered in recent years.

KEYWORDS

Universal Jurisdiction, International Criminal Court, impunity, international crimes, Spain.

LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: UN INSTRUMENTO IMPRESCINDIBLE EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD, TAMBIÉN DESDE ESPAÑA

Antoni Pigrau Solé
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

Sumario: 1. Los crímenes más graves de trascendencia internacional. 1.1. El catálogo del Estatuto de Roma de la cpi. 1.2. Los crímenes graves ausentes del Estatuto de Roma. 2. Un espacio enorme de impunidad para los crímenes internacionales más graves. 2.1. La extendida realidad del crimen internacional. 2.2. La participación de los Estados en la comisión de crímenes y la impunidad. 2.3. Los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos y los mecanismos de represión existentes para los crímenes más graves. 2.4. Los límites de la jurisdicción de la cpi. 3. La jurisdicción universal como paliativo de la impunidad. 3.1. El concepto y el fundamento de la jurisdicción universal. 3.2. La jurisdicción universal en relación con los crímenes de la jurisdicción de la cpi. 4. El proceso de desarticulación de la jurisdicción universal en España y sus efectos. 4.1. La reforma de 2003. 4.2. La reforma de 2009. 4.3. La reforma de 2014. 5. Conclusión: los argumentos en favor del regreso a la jurisdicción universal en España.

1. LOS CRÍMENES MÁS GRAVES DE TRASCENDENCIA INTERNACIONAL

A lo largo de las últimas décadas se ha fraguado un notable consenso sobre la consideración de ciertas categorías de crímenes como crímenes internacionales que dan lugar a la responsabilidad penal individual frente al Derecho internacional. Se trata, fundamentalmente, de los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Son perseguidos desde las jurisdicciones nacionales y, en determinadas circunstancias, por tribunales penales internacionales. No tienen la misma consideración otros actos criminales como los de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, la corrupción o el tráfico ilícito de residuos peligrosos, para los que los Estados han establecido mecanismos de cooperación orientados a la persecución común solamente a través de las respectivas jurisdicciones nacionales.

La determinación de estas categorías se ha basado principalmente en los trabajos que la Comisión de Derechos Internacional de las Naciones Unidas llevó a cabo entre 1947 y 1996, cuyos frutos más significativos fueron los proyectos de artículos sobre el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954, 1991 y 1996 (Pigrau, 2014: 25-49). Pero es también el resultado de una negociación política entre los Estados, lo que explica las ausencias mencionadas y otras que se mencionarán más adelante.

1.1. EL CATÁLOGO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CPI

El Artículo 1 del Estatuto de Roma de la CPI establece que la Corte «estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional»[1].

Siguiendo la estela de los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad para los conflictos de la antigua Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), fueron seleccionados los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, a los que se añadió el crimen de agresión, sujeto este último al cumplimiento de ciertas condiciones para su plena operatividad que fueron abordadas en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala (2010) con un éxito más que relativo (Pigrau, 2012: 58-66).

El tipo de genocidio se define en el artículo 6 del Estatuto en los términos establecidos por la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Se entiende por genocidio:

> «Cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo».

El artículo 7 del Estatuto enuncia un conjunto de actos delictivos que quedan calificados como crímenes de lesa humanidad cuando se cometan «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque». La relación de actos contemplados es la siguiente:

> «a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de la población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género […], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de *apartheid*; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

Esta disposición constituye un texto de referencia en el proceso de formulación del concepto de crimen contra la humanidad, que sirve de base a los nuevos trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, desde 2014[2].

El artículo 8 del Estatuto atribuye a la CPI la competencia respecto de los crímenes de guerra, «en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes». La descripción de los comportamientos que constituyen crímenes de guerra se recoge en el párrafo 2, que incluye, con gran detalle, cuatro grupos de crímenes que suman más de ochenta modalidades de crimen de guerra. En primer lugar, se incorporan los comportamientos calificados como infracciones graves en los

artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente, de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, contra personas o bienes protegidos por los mismos. En segundo lugar, se incluyen las «violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales», de acuerdo con conceptos que proceden de la cuarta Convención de La Haya de 1907 y de su reglamento anexo, así como de su evolución consuetudinaria y del Protocolo I de 1977, adicional a los convenios de Ginebra de 1949. En tercer lugar, el artículo 8 incorpora las violaciones graves previstas en el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, de aplicación a los conflictos armados que no tengan carácter internacional, cometidos contra personas que no participan en las hostilidades o se encuentran fuera de combate. En cuarto y último lugar, siguiendo las tendencias expresadas en la jurisprudencia de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, se incluyen también algunas violaciones graves de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional.

1.2. LOS CRÍMENES GRAVES AUSENTES DEL ESTATUTO DE ROMA

Probablemente, las más llamativas ausencias en la categoría de más graves crímenes tienen que ver con el modelo económico hegemónico que se ha convertido en un marco propicio para la violación generalizada de derechos humanos de personas y comunidades, no solamente de los derechos económicos, sociales y culturales, sino también de los derechos civiles y políticos, de manera directa, pero también indirecta, en relación con la crisis ecológica generada por dicho modelo, que se manifiesta en numerosos y graves impactos ambientales: los pasados, los presentes y los que diferirán sus efectos a futuro.

Aunque no existe una tipificación clara de estos crímenes, puede constatarse una tendencia a identificar dos nuevas categorías de crímenes: los crímenes económicos y los crímenes ambientales[3].

En cuanto a los crímenes económicos, los comportamientos relevantes deberían incluir, entre otros, las violaciones de derechos humanos causadas por las actividades económicas de las empresas derivadas intrínsecamente del objeto de su actividad económica (fabricación de instrumentos de tortura, por ejemplo) o de la ausencia deliberada o negligente de medidas dirigidas a prevenir tales efectos, potencialmente vinculados a su actividad económica (como la introducción en el mercado de productos sin respetar las normas de protección de la salud o la seguridad de los consumidores), las violaciones de derechos humanos derivadas de transacciones financieras, las violaciones de derechos humanos derivadas de delitos económicos ya prohibidos por las normas nacionales y/o internacionales —como la corrupción, la evasión fiscal, el blanqueo de dinero— o de otros delitos conectados con la criminalidad organizada —como el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas o la trata de personas—.

Por lo que respecta a los crímenes ambientales, las tendencias actuales distinguen dos categorías. Por una parte, el *ecocidio*, entendido como el daño grave, la destrucción o la pérdida de uno o más ecosistemas en un territorio determinado, ya sea por causas humanas o por otras causas, cuyo impacto provoca que los beneficios ambientales de los que gozaban los habitantes de dicho territorio han sido o serán severamente disminuidos (Higgins, 2010: 61-62; UNEP, 2013; Neyret, 2015: 288). Por otra, algunos comportamientos con impactos ambientales serios, ya previstos en tratados y otros instrumentos internacionales como la captura ilegal de especies de flora y fauna y el comercio ilegal de vida silvestre, el comercio ilegal de sustancias que agotan el ozono, el tráfico ilícito de residuos peligrosos, la pesca ilegal o no declarada; la tala y comercio ilegal de la madera, la extracción y el comercio ilegal de minerales en contextos de conflictos armados, el tráfico ilícito de materiales nucleares o la contaminación masiva del suelo y del subsuelo,

de las aguas, o del aire mediante la emisión o el vertido deliberado o negligente de sustancias sólidas, líquidas o gaseosas aptas para producir dicha contaminación.

Ambas categorías de crímenes son, con frecuencia, cometidas por empresas (*corporate crimes*) (Grear y Weston, 2015: 40-43; Independent Commission of Experts, 2016), lo que pone en evidencia otra de las carencias clamorosas del Estatuto de Roma: la falta de competencia respecto de las personas jurídicas, sobre la que se insistirá más adelante[4].

2. UN ESPACIO ENORME DE IMPUNIDAD PARA LOS CRÍMENES INTERNACIONALES MÁS GRAVES

Si nos referimos exclusivamente a los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, es decir, excluyendo los que hemos denominado crímenes económicos y crímenes ambientales, la impunidad es la norma y la persecución es la excepción. A la justificación de esta afirmación se dedicarán los siguientes apartados.

2.1. LA EXTENDIDA REALIDAD DEL CRIMEN INTERNACIONAL

Sin duda, el ambiente más propicio para la comisión de los crímenes internacionales más graves es el que se genera durante los conflictos armados.

A finales del año 2015, se registraban 34 conflictos armados activos, la mayoría en África (13) y Asia (11), seguidos por Oriente Medio (6), Europa (3) y América (1). África y Oriente Medio siguen siendo los puntos álgidos de esta situación. Los conflictos armados continuaron provocando un grave impacto en la población civil. Más allá de las más de cien mil víctimas mortales, se producen masacres y ejecuciones sumarias, detenciones arbitrarias, torturas y otros abusos físicos y psicológicos —entre ellos, desplazamientos forzados de población, uso de la violencia sexual, reclutamiento de menores y otros múltiples abusos contra niños y niñas— (Escola de Cultura de Pau, 2016). El UCDP/PRIO Armed Conflict Dataset aporta unos datos más amplios y aun más elevados: considera que los conflictos armados con participación estatal pasaron de 41 a 50 entre 2014 y 2015 y que los conflictos entre grupos armados no estatales pasaron de 61 a 70 en el mismo período. Habrían causado 118.743 víctimas mortales en 2015: 97.760 en el primer caso; 11.270 en el segundo, y otras 9.713 en lo que denomina *one sided violence* (ataques estatales o de grupos armados contra civiles desarmados) (UCDP/PRIO, 2015).

El Informe anual de Amnistía Internacional de 2016 se refiere al conflicto de Siria como ejemplo:

> «Aun teniendo la esperanza de que los esfuerzos actuales traigan la paz a Siria, los años de guerra en este país han puesto también de relieve la impunidad que se crea cuando los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU usan su derecho de veto para bloquear medidas creíbles y proporcionadas con que poner fin a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, y para dificultar la rendición de cuentas cuando se están cometiendo o se han cometido este tipo de crímenes. La grave situación de los derechos humanos en Siria ha puesto de manifiesto la debilidad de los sistemas de protección de la población civil durante los conflictos armado» (Amnistía Internacional, 2016: 15).

La persistencia de numerosas dictaduras, democracias puramente formales o Estados fallidos hace que una gran parte de la población del mundo esté sometida al riesgo de violaciones generalizadas de sus derechos que, en los casos más graves, cuando son consecuencia de prácticas planificadas que las hacen sistemáticas, pueden alcanzar la categoría de crímenes contra la humanidad.

Más allá de las clasificaciones de los distintos gobiernos como autoritarios o democráticos, a menudo acompañadas de polémica, Amnistía Internacional denuncia y documenta

el uso continuado y generalizado, en todo el mundo, de fuerza excesiva contra disidentes y manifestantes, incluidas la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas (Amnistía Internacional, 2016: 17). Centenares de defensores y defensoras de derechos humanos son asesinados anualmente y miles de ellos son víctimas de distintas formas de persecución (CIDH, 2011; CIDH, 2015)[5].

En particular, la tortura es una auténtica epidemia que se extiende por un enorme número de países en todo el mundo, desde Uzbekistán a Marruecos, desde México a Israel, desde Filipinas a Turquía, desde Nigeria a Arabia Saudita, sin olvidar las denuncias de tortura en China, Rusia o los Estados Unidos, miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Sirvan estas breves referencias para poner de relieve que existe un cuadro general de comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que afecta a una parte muy grande del territorio y de la población del planeta.

2.2. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS EN LA COMISIÓN DE CRÍMENES Y LA IMPUNIDAD

Los crímenes a los que se está haciendo referencia pueden ser cometidos tanto por particulares como por agentes estatales. En particular, el desarrollo de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas ha hecho que, por la propia naturaleza de sus actividades, se vean implicadas con cierta frecuencia en la comisión de crímenes internacionales (Novact, 2016)[6].

Un acto aislado de tortura, de desaparición forzada o de asesinato de un prisionero de guerra es perfectamente posible y podría ser atribuible exclusivamente a la persona física, agente estatal o no, que debería ser objeto de persecución y castigo penal por el Estado bajo cuya jurisdicción se produzcan los hechos.

No obstante, en términos generales, el genocidio y los crímenes contra la humanidad requieren un componente de comisión generalizada o a gran escala y buena parte de los crímenes de guerra suelen ser consecuencia de políticas sistemáticas, por ejemplo los ataques contra la población civil o el maltrato a los prisioneros. En estos casos —y salvo en los supuestos en que los hechos sean atribuibles a grupos rebeldes que controlen efectivamente una parte del territorio—, la participación del Estado es imprescindible, ya se trate del Estado como instigador u organizador que ordena cometer los crímenes, ya porque las favorezca indirectamente mediante la movilización de actores privados para cometerlos o, en fin, porque los tolere y se abstenga de adoptar las medidas necesarias para impedirlos y para perseguirlos, consolidando una situación de impunidad que fomenta la repetición de los mismos y la indefensión de las víctimas[7].

Por este motivo, los autores materiales e intelectuales en la comisión de estos crímenes suelen permanecer bajo la protección del Estado, bien *de facto*, bien incluso a través de instrumentos legales específicos que obstaculicen su persecución penal.

Como señala Saavedra Alessandri, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha distinguido una impunidad normativa o legal y una impunidad estructural. La primera se deriva de una norma jurídica que conlleva «una renuncia expresa o extinción por parte del Estado del ejercicio de su potestad punitiva». Puede tener su origen «en una norma jurídica dictada con posterioridad a la realización de las conductas criminales, como ocurre con las denominadas leyes de amnistías y leyes de autoamnistías, o bien en normas jurídicas dictadas con anterioridad al hecho punible, como ocurre con la prescripción de la acción penal y otras circunstancias excluyentes de responsabilidad» (Saavedra, 2005: 392).

En cambio, la impunidad estructural «proviene de un conjunto de factores de carácter endógeno o exógeno que afectan el deber de

justicia penal», de tal manera que, a pesar de existir «un sistema jurídico que podría ser capaz de lograr la reacción penal», la presencia de estos factores hace «que el Estado adopte conductas omisivas, evasivas o negligentes respecto de la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos». Entre los factores exógenos destacan «la ausencia de denuncias de hechos punibles por miedo a sufrir represalias o consecuencias desfavorables o simplemente por desconfianza con el sistema judicial». En cambio, los factores endógenos son aquellos que se encuentran en el ámbito judicial, como la utilización abusiva de la jurisdicción militar para juzgar a civiles, la insuficiencia en la actividad investigadora por parte de los jueces, la falta de cooperación de las autoridades administrativas y la sobrecarga de la justicia penal (Saavedra, 2005: 399).

La impunidad es, pues, una forma de participación del Estado en la comisión de crímenes internacionales. Normalmente, este espacio de protección para quienes los cometen solamente se pondrá en riesgo en la medida en que la situación concreta se revierta por la derrota militar del Estado, si se trata de un conflicto armado, por un cambio de régimen político o, en la medida en que los hechos llamen la atención fuera de sus fronteras, porque acaben propiciando una investigación de los hechos a través de la actuación de tribunales extranjeros o de tribunales internacionales.

2.3. LOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS MECANISMOS DE REPRESIÓN EXISTENTES PARA LOS CRÍMENES MÁS GRAVES

Como se ha señalado, solamente un pequeño grupo de violaciones de derechos humanos alcanzan la categoría de crímenes internacionales. El inventario de mecanismos internacionales existentes habilitados para la persecución de los crímenes internacionales es limitado y presenta lagunas evidentes.

En ocasiones, los supuestos de violaciones graves de derechos humanos llegan a plantearse ante los organismos de control convencional de los derechos humanos. Actualmente contamos con un conjunto de órganos de control de cumplimiento de tratados de protección de derechos humanos creados en el marco de los mismos[8] que no tienen carácter judicial, que hacen una valoración de la actuación de los Estados parte, pero que no tienen competencia penal en relación con el comportamiento de las personas físicas o jurídicas. Son comités formados por expertos independientes que reciben y evalúan los informes periódicos de los Estados sobre las medidas adoptadas para cumplir con los tratados y realizan observaciones a los mismos. Además de este mecanismo de control, de carácter obligatorio, existen otros dos mecanismos de carácter opcional: el de las reclamaciones de Estado a Estado por incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto (un procedimiento sin apenas utilización práctica), y el que permite a los particulares presentar comunicaciones individuales en que denuncien incumplimientos de alguno de los Estados parte. El comité en cuestión hace públicas sus recomendaciones al respecto y pide una respuesta al gobierno afectado. Además, presentan sus propios informes generales y formulan criterios de interpretación de los convenios.

El diseño de estos mecanismos —que carecen de capacidad coercitiva o sancionadora respecto de los Estados sobre cuyo comportamiento se pronuncian— presupone que los Estados realmente desean cumplir sus compromisos y tienen los mecanismos necesarios para ello. Por tanto, los convenios internacionales de derechos humanos pretenden auspiciar un continuo perfeccionamiento de los sistemas nacionales de protección mediante la corrección de supuestos excepcionales en que haya habido una violación de derechos humanos. Pero esos convenios no pueden alcanzar a aquellos Estados que no desean suscribirlos o evitan las cláusulas opcionales de control; y el cumplimiento de las recomendaciones depende completamente de la voluntad del Estado

concernido. No son, pues, sistemas adecuados para la represión de los crímenes internacionales más graves.

Por eso, se han desarrollado otros mecanismos para hacer frente a cuadros masivos y generalizados de violaciones de los derechos humanos, al margen del consentimiento de los Estados implicados. Tienen como objeto presionar políticamente a los Estados, mediante la denuncia pública de sus actuaciones, como es el caso del sistema de quejas y de los informes sobre países concretos impulsados desde la Comisión de Derechos Humanos de la ONU[9] y, posteriormente, por su sucesor, desde 2006, el Consejo de Derechos Humanos[10]. La práctica de la Comisión se orientó a dos tipos de *procedimientos especiales*: estudios centrados en países concretos y estudios transversales por temas. Para ello se crearon un conjunto de órganos específicos, generalmente relatores especiales o grupos de trabajo, de los que en la actualidad están en funcionamiento 42 con mandatos temáticos y 14 con mandatos de país[11]. Han tenido una gran relevancia en la denuncia de los crímenes internacionales más graves, pero tampoco tienen capacidad coercitiva y el cumplimiento de sus recomendaciones depende, de nuevo, de la voluntad de los Estados afectados.

Además de los mecanismos de protección de los derechos humanos en el plano universal, se han desarrollado instrumentos de protección de los derechos humanos en los marcos regionales: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), y sus protocolos adicionales posteriores; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 22 noviembre de 1969), también completada por distintos Protocolos posteriores, y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Banjul, 27 de junio de 1981) y su Protocolo adicional. Todos ellos incluyen órganos judiciales específicos de carácter internacional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humano y, más tarde, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[12].

Estos tribunales pueden conocer de las demandas de los Estados parte —una posibilidad apenas empleada— y de las demandas de particulares —si esta competencia específica ha sido aceptada por el Estado demandado—, pero lo que van a dilucidar en todo caso no es fundamentalmente la comisión de crímenes internacionales, aunque puedan aludir a ellos, sino la cuestión de si el Estado demandado ha violado los derechos protegidos en el texto convencional de referencia en el caso concreto.

Aunque las propuestas no faltan, jamás ha sido creado un tribunal ambiental internacional —de carácter penal o no[13]— ni un tribunal internacional para conocer de las implicaciones de las empresas en la violación de derechos humanos o en la comisión de crímenes internacionales[14].

Y, como ya se ha indicado, la CPI es el único tribunal con competencias generales en cuanto al conocimiento de los crímenes internacionales más graves, ya que los tribunales internacionales o internacionalizados *ad hoc* que han sido creados desde los años noventa están en proceso de finalización de sus trabajos[15].

2.4. LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN DE LA CPI

Al evaluar los límites de la jurisdicción de la CPI, es pertinente distinguir los que derivan de la propia configuración de la Corte de acuerdo con su Estatuto y los que tienen que ver con su capacidad operativa.

En cuanto al primer aspecto, un primer grupo de limitaciones derivan del alcance de la competencia de la Corte en los planos material, ya analizada, personal y temporal.

Desde el punto de vista personal, la Corte tiene competencia respecto de las personas naturales, excepto los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen (art. 26), lo que excluye, entre otras personas jurídicas, a las empresas (Kyriakakis, 2008; Kyriakakis, 2009: 353-359; Clapham,

2000: 143-158); International Commission of Jurists, 2012). En cambio, el artículo 27 expresa la irrelevancia de cualquier cargo oficial, o de las inmunidades vinculadas al mismo, como causa de exención de la responsabilidad penal o como circunstancia atenuante a la misma, aunque la acusación contra el presidente de Sudán, desde 2008, ha puesto de manifiesto la resistencia de numerosos Estados y del propio Consejo de Seguridad a adoptar medidas para hacer efectiva esta disposición.

Desde el punto de vista temporal, la Corte tiene competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después del 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor de su Estatuto, con carácter general. Si un Estado se hace parte después de esa fecha, la Corte será competente en relación con ese Estado después de la entrada en vigor del Estatuto respecto del mismo. Aunque el artículo 124 introdujo una cláusula opcional que permite a un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, declarar que no aceptará la competencia de la Corte respecto de los crímenes de guerra durante un período de siete años contados a partir de su entrada en vigor para dicho Estado.

Un segundo grupo de límites derivan de las condiciones a las que se somete la jurisdicción de la Corte. La CPI puede ejercer su competencia, por iniciativa de un Estado parte, del Consejo de Seguridad, actuando mediante una resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta —supuesto en el que, por tanto, cabe el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo— o del Fiscal, a partir de las informaciones que haya podido recabar por distintos medios. En el primer y tercer supuestos, la Corte solamente podrá actuar si cuenta con la aceptación de su jurisdicción por parte del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate o del Estado del que sea nacional la persona acusada del crimen; aceptación que deriva de la condición de Estado parte o de una declaración expresa de aceptación. En el caso de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que no acepten la jurisdicción de la Corte (que son por ahora Estados Unidos, Rusia y China), su impunidad ante la Corte es completa, puesto que podrán vetar cualquier propuesta de resolución del Consejo. Por otra parte, el artículo 16 del Estatuto atribuye al Consejo de Seguridad la posibilidad de suspender una investigación o un enjuiciamiento iniciado por la Corte por un plazo máximo de doce meses, renovables, a través de una resolución aprobada en el marco del Capítulo VII de la Carta. En este caso, el derecho de veto podría jugar a favor de la competencia de la Corte.

El estado de ratificaciones del Estatuto de Roma muestra, a pesar de la existencia de 124 Estados Parte a 20 de noviembre de 2016, ausencias importantes como las de Estados Unidos, Rusia, China, India, Pakistán o Israel. Ello evidencia un débil compromiso de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Por otra parte, al escaso interés mostrado por la mayoría de países árabes se une la gran desconfianza creada en la Unidad Africana por el hecho, bien notorio y no completamente justificado, de que la gran mayoría de las investigaciones abiertas se ubican en África. Recientemente, tres países africanos —Sudáfrica, Burundi y Gambia— han anunciado su intención de retirarse del Estatuto de Roma[16].

Un tercer límite es consecuencia directa del principio de complementariedad, enunciado ya en el preámbulo y en el artículo 1 del Estatuto de Roma (Broomhall, 2001: 408-409; Charney, 2001: 20-24; Lirola y Martín, 2001: 158-164; Quesada, 2005: 313-395). La jurisdicción de la Corte no sustituye ni tienen preferencia sobre la de los Estados parte, sino que es de carácter complementario (Remiro, 2000: 233). Por ello, la Corte declarará inadmisible un caso que ya esté siendo investigado o juzgado —o que ya haya sido juzgado por un Estado— a menos que considere que el Estado implicado no quiera llevar a cabo de manera correcta el procedimiento penal o no esté en condiciones de hacerlo (art. 17).

Además, hay que tener en cuenta otras limitaciones para la actuación de la CPI que derivan de su Estatuto, relativas a consideraciones

de oportunidad política. Las distintas vías para activar la investigación de los asuntos por parte de la CPI (artículo 13) están, en una u otra medida, condicionadas a este tipo de consideraciones. Además, existe la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de un asunto cuando «no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte» (artículo 17.1.d) o la posibilidad de que el fiscal renuncie a iniciar una investigación si tiene «razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia» (artículo 53.1.c).

Finalmente, existen otros límites fácticos que derivan de la capacidad operativa de la Corte, determinada por un presupuesto (140 millones de euros para 2016) y unos recursos humanos limitados (unas 800 personas) que hacen imposible que pueda investigar todos los crímenes que se cometen, por lo que debe concentrarse en algunas situaciones y, dentro de ellas, solamente en algunos casos de especial relevancia[17]. Además, contra las previsiones iniciales, el Consejo de Seguridad rechaza asumir gastos de la CPI incluso cuando es él mismo quien remite una situación a la Corte.

Una última limitación no menor es que la Corte depende completamente de la cooperación de los Estados. Las solicitudes de cooperación pueden ser muy diversas y pueden referirse a cualquier fase del proceso, desde el inicio de la investigación: entre otras, identificación y búsqueda de personas, práctica o presentación de pruebas, interrogatorio de personas, tramitación de documentos, facilitación de la comparecencia de testigos o expertos, traslado provisional de personas, medidas de protección de víctimas, testigos o prueba, ejecución de multas y decomisos establecidos en los fallos de la Corte o, en particular, detención provisional o entrega de personas acusadas a la Corte. La negativa de distintos Estados a entregar al presidente de Sudán cuando ha visitado sus países ha mostrado de manera elocuente la completa dependencia de la Corte respecto de la cooperación de los Estados.

3. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO PALIATIVO DE LA IMPUNIDAD

El escenario descrito presenta la muy frecuente comisión de crímenes internacionales graves en muchas partes del mundo y unos mecanismos penales muy limitados en el ámbito internacional para hacer frente a los mismos de manera eficaz. Estos, prácticamente, se limitan, en el plano penal, a las capacidades de la CPI en relación con algunos de esos crímenes, aunque sometida a distintas restricciones legales y fácticas y a una cierta crisis política. El papel principal en la persecución de los crímenes corresponde a las jurisdicciones nacionales, pero muchas de ellas, cuando existe una participación del Estado en la comisión de los crímenes, se abstienen de perseguirlos, cuando no se convierten en cómplices de los mismos. El resultado de todo ello es que, a pesar de los buenos propósitos que pueblan las múltiples declaraciones intergubernamentales al respecto, el grado de impunidad es muy elevado para los crímenes más graves.

En este contexto, más allá de la evolución política o militar que pueda cambiar las cosas en cada uno de los escenarios concretos de comisión de los crímenes, la utilización de la jurisdicción universal desde terceros Estados se acaba convirtiendo en un recurso que, aunque no va a poder compensar las limitaciones del sistema (Strapatsas, 2002: 28-31), se constituye como el único paliativo disponible en la caja de herramientas jurídica de la defensa de los derechos humanos y la dignidad de las personas.

3.1. EL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Cabe entender por jurisdicción universal la capacidad de un Estado de someter a sus propias leyes unos hechos respecto de los cuales carece de cualquier vínculo de conexión territorial o personal y la atribución a sus tribunales

de la capacidad —que puede estar o no sujeta a restricciones— de conocer de los mismos[18].

La jurisdicción universal se ha formulado primeramente en los Derechos internos estatales. Su fundamento, señalaba poco después de la primera guerra mundial Donnedieu de Vabres, radica en la comunidad de intereses existente entre los Estados en torno a la necesidad de protección penal de ciertos valores y a evitar, por tanto, la impunidad de ciertos delitos de especial gravedad (Donnedieu de Vabres, 1922-1923: 535)[19]. Tal comunidad de intereses entre los Estados o, más recientemente, la existencia de un interés general de la humanidad, son los fundamentos de este principio (Bassiouni, 2004: 42-43; Slaughter; 2004: 169). Se trata de crímenes que afectan a los intereses esenciales de la comunidad internacional (Abellán, 1999: 368).

Pero la creciente red de relaciones convencionales multilaterales ha acabado por atenuar cualquier distinción radical entre delitos en función de la afectación del orden nacional o del orden internacional. Se constata, más bien, una interacción mutua entre ordenamientos nacionales y Derecho internacional para crear espacios lo más amplios posible de jurisdicción compartida entre todos los Estados y para reprimir comportamientos criminales en cuya persecución existe un amplio acuerdo para evitar la impunidad; para ello, la jurisdicción universal es un instrumento más (ILA, 2000: 3; Pigrau, 2009: 23).

De esta manera, el principio de jurisdicción universal ha sido incorporado en diversos convenios internacionales, aunque sin un criterio uniforme y en relación con muy distintos comportamientos delictivos[20]. La aplicación de la jurisdicción universal aparece como una obligación específica en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados, en sus artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente[21]. Sin embargo, en la mayoría de los convenios multilaterales que articulan la cooperación penal internacional, la jurisdicción universal no es obligatoria, sino facultativa (Orihuela, 2016*a*: 52-54). No hay una referencia explícita a la jurisdicción universal, sino que se utiliza a menudo una fórmula que indica que el texto de la convención no excluye ninguna competencia penal ejercida conforme a las leyes nacionales. Pero, en la mayoría de los casos, esta facultad se transforma en obligación cuando el presunto autor del delito se encuentra en el territorio del Estado parte en el Convenio, a través de la fórmula «extraditar o juzgar» (*aut dedere aut judicare*) (Bassiouni, 2004: 46; Orihuela, 2016*b*: 209-213)[22]. Aunque algunos autores defienden que en este caso solamente opera la obligación de juzgar si se ha denegado previamente una solicitud de extradición y que, por tanto, por así decirlo, la obligación de juzgar no se activaría si no existe tal solicitud, esta no es una interpretación compatible con lo previsto en mútiples tratados internacionales (Burgers y Danelius, 1988: 132-133)[23]. El objeto principal de esta norma es, precisamente, impedir que la inactividad del Estado pueda conllevar la impunidad de los presuntos autores del delito contemplado que se hallen en su territorio[24].

Aparte de este fundamento convencional, es posible sostener un fundamento consuetudinario para el ejercicio de la competencia universal en relación con los crímenes contra la humanidad y el genocidio[25]. Un juez nacional puede encontrar en las normas consuetudinarias internacionales elementos de apoyo para el ejercicio de su jurisdicción[26], pero no parecen bastar siempre por sí solos[27] si no hay, además, disposiciones expresas en el Derecho interno que —además de tipificar los delitos concretos— establezcan su jurisdicción para juzgarlos cuando se producen fuera del territorio y son cometidos por extranjeros contra extranjeros.

3.2. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN RELACIÓN CON LOS CRÍMENES DE LA JURISDICCIÓN DE LA CPI

La adopción del Estatuto de Roma de la CPI ha propiciado un espectacular proceso de

armonización legislativa en el plano nacional. Por su vocación universal y el alto número de Estados que han ratificado el Estatuto de Roma[28], el propio proceso de ratificación ha llevado a la mayoría de esos Estados a revisar su legislación para adecuarla al Estatuto de la CPI. La adopción de nuevas leyes o la modificación de las existentes se ha hecho para adecuar los tipos penales nacionales y los ámbitos de jurisdicción de sus tribunales nacionales con objeto de garantizar desde un punto de vista material y competencial la complementariedad de la CPI en relación con sus propias jurisdicciones nacionales y de articular la cooperación penal entre las jurisdicciones nacionales y la de la CPI.

Desde el punto de vista material (Hankins, [2]2010: 7-9), se constata la coexistencia de distintas metodologías para incorporar los crímenes de competencia de la CPI a los ordenamientos jurídicos nacionales: unos Estados tratan de encajarlos en los tipos penales ya incluidos en el ordenamiento interno y otros, la mayoría, optan por adoptar medidas legislativas específicas bien mediante una remisión directa al Estatuto de Roma, a las normas convencionales vigentes para el Estado o al Derecho internacional en general, bien tipificando los crímenes previstos en el Estatuto de Roma o en el Derecho internacional pertinente. En este caso, también los Estados están desarrollando distintas opciones: transcribir literalmente las definiciones contenidas en los tratados internacionales, añadir las correspondientes penas o reescribir los tipos penales para hacerlos más próximos a sus propias terminologías y estructuras penales.

Ahora bien, a los efectos de este trabajo, el dato más relevante es la tendencia en las leyes nacionales a la consideración de los crímenes de competencia de la CPI como crímenes que deben ser incluidos bajo el campo de acción del principio de la jurisdicción universal (Pigrau, 2009: 35-37; AI, 2012: 2).

En los países que no han adoptado leyes especiales en relación con los crímenes de competencia de la Corte y que se rigen por normas anteriores al Estatuto de Roma, se constata que no todos los crímenes son tratados por igual, de tal manera que se establece la jurisdicción universal para unos crímenes y no para otros. Es habitual que se establezca en aquellos casos en que viene derivada de obligaciones convencionales, especialmente la represión de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y la tortura, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas de 1984[29]. En cambio, el genocidio y los crímenes contra la humanidad[30] no siempre están definidos como tales y son perseguibles en ciertos supuestos concretos —por ejemplo, como asesinatos o torturas, o delitos de esclavitud o desapariciones forzadas—.

Por su parte, los países que han adoptado leyes penales específicas para la complementariedad con la Corte[31], y también los que han reformado sus códigos penales o sus normas procesales a estos efectos[32], se constata, en general[33], una homologación en el tratamiento de los supuestos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad e incluso torturas, en el sentido de que establecen la jurisdicción universal en unos u otros términos para todos ellos.

No obstante, el ejercicio concreto de la jurisdicción universal está sujeto a distintos condicionantes (Pigrau, 2009: 60-76). Unos son de tipo fáctico y tienen que ver con las consideraciones referidas a las dificultades intrínsecas de un proceso penal relativo a hechos sucedidos en un país distinto de aquel en el que son juzgados. Otros son de tipo jurídico y tienen su origen en el Derecho internacional, como los estatutos de inmunidad de los que gozan ciertas personas que, en virtud de su cargo, representan al Estado. A pesar de que cada vez son más intensas las opiniones en el sentido de que tal norma no debe cubrir los supuestos de la comisión de los más graves crímenes internacionales (ILA, 2000: 21), la norma sigue vigente, como ha confirmado la Corte Internacional de Justicia en la controversia de 2002 entre la República Democrática del Congo y Bélgica[34].

En tercer lugar, encontramos distintas restricciones que derivan del Derecho nacional; el requisito de que haya una autorización previa de la máxima autoridad de la Fiscalía o del ministro de Justicia para abrir un procedimiento penal o la concesión al fiscal de un margen de discrecionalidad en la persecución; la exigencia de la presencia del acusado en el territorio del Estado que pretende juzgarlo como requisito para el ejercicio de la jurisdicción universal, puesto que no existe una exigencia tal que derive del Derecho internacional[35]; o, en fin, la subsidiariedad respecto del ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los tribunales del lugar donde los crímenes se cometen o de la nacionalidad de sus presuntos autores (ILA, 2000: 21).

Por último, hay que señalar la ineficacia en este ámbito de las medidas de amnistía adoptadas en el seno del Estado en cuyo territorio se han cometido los crímenes. Aunque los tribunales de los Estados que han dictado amnistías han mostrado una tendencia a aplicarlas y a defender su legitimidad[36], la jurisprudencia internacional es constante en el sentido de que las leyes de amnistía que tienen por objeto llevar al olvido los crímenes más graves son incompatibles con el Derecho internacional de los derechos humanos. En cualquier caso, las amnistías dictadas por un Estado no tienen un efecto vinculante automático ante la justicia de otros Estados. Por tanto, su alcance territorial será el que le quieran reconocer las leyes nacionales de los demás Estados y sus respectivos órganos judiciales (Sadat, 2004: 210).

Aunque, como se ha indicado, la jurisdicción universal está prevista para ciertos delitos en las leyes de muchos Estados, solamente en algunos de ellos se han suscitado casos en que la jurisdicción universal resultaba aplicable, aunque no siempre se haya llegado a celebrar el juicio: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Israel, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Senegal, Suecia, Suiza y España (Pigrau, 2009: 38-58 y 93-108). Esta práctica se ha intensificado en los últimos veinte años, y el Estatuto de la CPI ha impulsado también la tendencia a prever la jurisdicción universal para los crímenes de competencia de la Corte.

4. EL PROCESO DE DESARTICULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA Y SUS EFECTOS

En España se ha asistido a un proceso de involución progresiva en lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción universal, prevista desde hace años por el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ) en estos términos:

> «4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:
> a) Genocidio.
> b) Terrorismo.
> c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
> d) Falsificación de moneda extranjera.
> e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
> f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
> g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores[37].
> h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España[38].
> i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España»[39].

La prohibición del *non bis in ídem* establecida en el apartado 5 del mismo artículo 23 era la única restricción prevista en la LOPJ para el ejercicio de la jurisdicción universal[40].

Antes de entrar en detalles sobre el proceso mencionado, es preciso tener presente —con la salvedad que más adelante se expondrá— la existencia en España de la *acción popular,* reconocida por el artículo 125 de la Constitución[41], el artículo 19.1 de la LOPJ[42] y el artículo 101

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[43] como una acción que se ejerce en interés de toda la sociedad.

En este marco, desde los años noventa se han presentado un conjunto de demandas ante la Audiencia Nacional en España por crímenes de Derecho internacional. Las primeras fueron las presentadas en 1996 por delitos de genocidio y terrorismo, contra los miembros de las Juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983; y contra los responsables del golpe de estado encabezado por el general Augusto Pinochet Ugarte en Chile, en 1973. Después han seguido la apertura de sumarios en relación con Guatemala, China, Ruanda y República Democrática del Congo, el asesinato de José Manuel Couso en Iraq, Guantánamo, el Sahara Occidental, El Salvador, Gaza o los campos de concentración nazis en Austria y Alemania, entre otros casos (Pigrau, 2009: 93-108; Ollé, 2008: 64-84).

El proceso de limitación progresiva de la jurisdicción universal en España ha tenido tres momentos principales, que se identifican con tres leyes orgánicas aprobadas, respectivamente, en 2003, 2009 y 2014, en las que el legislador ha dado respuesta a las pretensiones de una parte de la judicatura y, especialmente, a las presiones políticas de terceros Estados afectados por los procedimientos abiertos en la Audiencia Nacional.

En efecto, durante todos estos años se ha revelado un profundo malestar de algunos sectores del mundo jurídico y político frente al que consideraban un alcance excesivo de la jurisdicción universal en España (Ferrer, 2004: 161; Llobet, 2006: 17-19; Orihuela, 2016*a*: 34). En algunos casos, se trata de un malestar de base ideológica, en la medida en que tal oposición no se ha manifestado cuando la jurisdicción universal ha servido para la persecución de crímenes menos marcados desde el punto de vista político —por ejemplo, el tráfico ilícito de estupefacientes—. En otros, se aducen motivos de eficiencia y eficacia que no son menores, especialmente las escasas posibilidades de llevar a buen fin los juicios, salvo cuando el acusado se encuentra en España, y las dificultades de juzgar crímenes especialmente complejos desde la distancia, todo ello unido al consumo de recursos humanos y materiales que comportan estos procedimientos para la justicia española. Cabe igualmente mencionar los motivos que se refieren a las dificultades que para las normales relaciones internacionales de España pueden generar ciertos procesos penales que afectan a personas o hechos relevantes en otros Estados.

Estas opiniones ya tuvieron su reflejo en la posición de la Fiscalía (Castresana, 1998: 3-10)[44] y en diversas tentativas de interpretación restrictiva de la jurisdicción española, singularmente las enunciadas por la Audiencia Nacional el 13 de diciembre de 2000 (Orihuela, 2002: 148-149; Pigrau, 2005*a*)[45], y el Tribunal Supremo el 25 de febrero de 2003 en relación con el caso Guatemala (Ascencio, 2003; Sánchez, 2001-2002; Pigrau, 2005*a*; Santos, 2006)[46], interpretaciones anuladas por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de septiembre de 2005 (Ascencio, 2006; Pigrau, 2005*b*; Santos, 2006; Roth-Arriaza, 2006)[47], en la decisión de la Audiencia Nacional de ceder la jurisdicción a Argentina en el caso Cavallo (anulada por el Tribunal Supremo y a pesar de ello llevada a cabo) (Ollé, 2008: 396-401) o en ciertas decisiones gubernamentales dirigidas a interferir irregularmente en la actuación de los jueces de instrucción, como la negativa del Consejo de Ministros a tramitar ciertas solicitudes de extradición a Argentina (revocada después por el Tribunal Supremo)[48].

La sentencia de 2005 del Tribunal Constitucional, que aquí se comparte, aunque ha sido objeto de crítica por algunos autores (Bermejo y Ruiz, 2005), confirmó una interpretación amplia de la regulación de la jurisdicción universal en España. De su contenido cabe destacar que, en supuestos de concurrencia de jurisdicciones, basta con probar la inactividad de la jurisdicción, sin que sea necesario demostrar que no es posible juzgar el caso en el país donde se cometieron los crímenes; que el artículo 23.4 LOPJ tiene como única restricción

el respeto al principio de *non bis in ídem;* que no es necesaria una autorización expresa de un tratado internacional para el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con un delito concreto y que no hay normas generales de Derecho internacional que exijan un vínculo para el ejercicio de la jurisdicción universal. Por el contrario, la esencia de la jurisdicción universal estriba, para el tribunal, en que no es necesario tal vínculo entre el Estado y el caso, ya que la persecución de estos crímenes es un interés compartido por todos los Estados, razón por la cual no es necesario buscar otros intereses específicos de cada Estado. Esta decisión permitió reabrir todos aquellos procedimientos que habían sido inadmitidos como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003.

Pero ha sido la actividad del poder legislativo la que ha terminado por desarticular completamente la jurisdicción universal en España. Y lo ha hecho, como se ha avanzado, en tres momentos sucesivos.

4.1. LA REFORMA DE 2003

El primer paso fue la introducción en la Ley Orgánica de Cooperación con la CPI (LOCCPI), aprobada el 10 de diciembre de 2003 durante el Gobierno del Partido Popular, de una disposición que invierte la relación de complementariedad entre la jurisdicción de los tribunales españoles y la de la Corte para determinadas categorías de crímenes.

A pesar de que la ley tenía por objeto la regulación de los ámbitos en los que era necesaria una adaptación legislativa material o institucional para articular la cooperación entre la jurisdicción española y la CPI, se introdujo, de manera innecesaria e incoherente, la cuestión de la jurisdicción de los tribunales españoles en su artículo 7, apartados 2 y 3[49], con el resultado de reducir su ámbito de competencia en beneficio de la CPI.

El texto de dichas disposiciones es el siguiente:

> «2. Cuando se presentare una denuncia o querella ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.
> 3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querella o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes»[50].

Como se ha señalado, estas disposiciones invierten la relación de complementariedad de la jurisdicción española con la de la CPI para ciertas categorías de crímenes cometidos a partir del 1 de julio de 2002. Aunque, si tras llevar el asunto ante la Fiscalía de la Corte, se produce alguno de los supuestos del párrafo 3 del artículo 7, los tribunales españoles podrán recuperar su competencia sobre tales hechos. En cualquier caso, la obligación *aut dedere, aut judicare* que España ha asumido para determinados delitos por vía convencional, como sería el caso de los crímenes de guerra, la tortura o la desaparición forzada, impediría la mera inhibición de los tribunales españoles si el presunto autor del delito se encontrara en España (Quesada, 2005: 392-395). Más que resolver eventuales conflictos de jurisdicción, esta ley trata de evitarlos. España explicita la primacía con arreglo a los principios de territorialidad y personalidad activa, de la que ya disponía en virtud del juego del artículo 23, apartados 1 y 2, de la LOPJ y la complementariedad de la CPI. Y, en aquellos otros casos en que podía completar la labor de la CPI, formula una especie de presunción de preferencia de la Corte, se inhibe y cede la competencia a esta; una extraña interpretación del principio de complementariedad y un flaco favor a la CPI.

4.2. LA REFORMA DE 2009

El segundo paso del proceso de restricción progresiva de la jurisdicción universal en España fue impulsado por las reacciones de protesta de distintos Estados (especialmente, Israel, China y Estados Unidos, que no son parte en el Estatuto de la CPI) afectados por la apertura de nuevos casos en la Audiencia Nacional (Jouet, 2007: 525-530; Sánchez, 2014: 21; Esteve, 2012: 31-36). Fruto de un acuerdo político entre el partido del Gobierno, en esta ocasión el PSOE, y el Partido Popular, con el apoyo de otros grupos parlamentarios, la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ se introdujo mediante una discreta disposición complementaria en un proyecto de ley que nada tenía que ver con la jurisdicción universal[51]. En virtud del artículo 1 de Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre[52], el apartado 4 del artículo 23 quedó redactado como sigue:

> «4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:
> a) Genocidio y lesa humanidad.
> b) Terrorismo.
> c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
> d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
> e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
> f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
> g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
> h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.
> Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.
> El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior».

El aspecto positivo de esta reforma consistía en la introducción expresa de los crímenes de lesa humanidad en el ámbito de la jurisdicción universal, aunque ya lo habían interpretado en este sentido tanto la Audiencia Nacional[53] como el Tribunal Supremo[54] en el caso Scilingo.

Entre los aspectos negativos de la reforma, que seguían los argumentos formulados por el Tribunal Supremo en su sentencia en el caso Guatemala, se puede señalar los siguientes (Pigrau, 2009: 121-123). En primer lugar, se mezcla la jurisdicción universal con la personalidad pasiva, ausente hasta ese momento de nuestro Derecho. Este título de persecución penal se introdujo de manera precipitada, pero solamente para los delitos del 23.4 y subordinada a que no se abra un procedimiento posteriormente en otro Estado competente o en un tribunal internacional. En segundo lugar, se mezcla conceptualmente con la protección de intereses del Estado, ya prevista en el apartado tercero del artículo. En tercer lugar, se renuncia a la jurisdicción en beneficio de otro «país competente» que abra un procedimiento —aunque debe suponer «una investigación y una persecución efectiva»—, pudiendo muy bien suceder que el iniciado en España sea anterior y pueda estar muy avanzado. En cuarto lugar, se declara de nuevo la preferencia de los tribunales internacionales, lo que, al menos en el caso de la CPI, supone mantener la inversión de la complementariedad como ya había hecho la reforma anterior.

Además, los requisitos de que «sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión

relevante con España»[55] y de la comprobación previa de que «en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles» podrían entrar en contradicción con ciertas obligaciones internacionales como las relativas a las obligaciones de perseguir las infracciones graves del Derecho internacional humanitario; en particular, la segunda podría contravenir la obligación de juzgar o extraditar incluida en distintos textos convencionales suscritos por España. Aunque la interpretación que se dio a la frase «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España» pudo salvar la cuestión (Ferrer, 2009: 96).

Y la obligación de decretar el sobreseimiento provisional del proceso penal ya iniciado en España al tener constancia del comienzo de otro proceso sobre los mismos hechos denunciados —incluida en un párrafo en el que no se mencionan las disposiciones de los tratados suscritos por España— es abiertamente incompatible con la antes mencionada obligación de juzgar o extraditar en los supuestos en que el sospechoso se encuentre en España o bajo su jurisdicción.

La no exigencia de la presencia del acusado en España, requisito que algunos autores defienden (Ferrer, 2009: 103; Gil, 2009: 161), era un elemento que permitía a la justicia española activar mecanismos de cooperación penal internacional que ejercían una presión directa sobre los presuntos criminales o, cuando menos, restringían sus movimientos de manera significativa, mucho más teniendo en cuenta que en España no están permitidos los juicios *in absentia*[56]. Este elemento es importante cuando se trata de casos en los que la CPI carece de competencia por razones temporales o por implicar a nacionales y a territorios de Estados que no son parte en su Estatuto. Y lo es más si se trata de nacionales de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que, como se indicó, tienen la capacidad de bloquear cualquier propuesta hipotética de decisión de este de remitir el asunto a la Corte[57]. En estos supuestos, la probabilidad de impunidad es tan elevada que es conveniente mantener abiertas al máximo las vías potenciales de la jurisdicción universal, siempre que existan indicios suficientes de dicha participación en los crímenes.

En fin, sobre la exigencia de un vínculo de conexión con España, baste recordar lo dicho por el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre Guatemala (FJ 9):

> «La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados […], cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos»[58].

Algunos casos no pudieron sobrevivir a esta reforma y fueron cerrados, como los de Gaza (cerrado durante la tramitación de la ley), el marco jurídico de la tortura en Guantánamo o uno de los casos relativos al Tíbet. Pero la mayoría siguió su curso por la existencia de víctimas españolas, por los vínculos históricos de conexión con España o por referirse a la comisión de crímenes de guerra. Es el caso de los procedimientos abiertos en relación con uno de los dos casos: Tíbet, Chile, Argentina, Guatemala, Ruanda, El Salvador, el Sahara Occidental, las torturas en Guantánamo, el caso Couso, el de la «Flotilla de la Libertad» o el de los campos de concentración nazis (Esteve, 2012: 43-50; Sánchez, 2014: 25-28).

4.3. LA REFORMA DE 2014

La continuación de los procedimientos mencionados supuso la revitalización de las protestas, especialmente por parte de China (Sánchez, 2014: 6-8; Esteve, 2014: 164-172;

Chinchón, 2014: 164), que motivarían la tercera y más importante reforma restrictiva de la jurisdicción universal en España, aprobada mediante la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal, de nuevo con el Partido Popular en el Gobierno y con el único apoyo de su grupo parlamentario[59].

La reforma, ejecutada con un procedimiento de urgencia y una vía apta para soslayar el debate y acelerar su aprobación (Orihuela, 2016*a*: 38-39; Chinchón, 2014: 165-166), así como con una técnica jurídica francamente deficiente, afectó a los párrafos 4 y 5 y añadió un nuevo párrafo 6. Las principales críticas que merece la farragosa y confusa nueva regulación son las siguientes.

En primer lugar, se confirma y se agrava la mezcla de principios que ya se había iniciado con la reforma de 2009. Al introducir distintas exigencias relativas a los principios de personalidad activa y pasiva, se puede decir que la aplicación práctica del principio de jurisdicción universal se ha reducido a los apartados d) y p), es decir, a aquellos supuestos en que la obligación de persecución penal esté prevista en un tratado internacional vigente para España y a algunos otros aspectos residuales (Sánchez, 2014: 3-4).

En segundo lugar, se incluyen expresamente en el apartado 4 un elevado número de delitos tipificados internacionalmente, sin que ello represente en la mayoría de la casos una ampliación real de la jurisdicción de los tribunales españoles (Orihuela, 2016*a*: 33), ya que, según el artículo 96 de la Constitución de 1978, su persecución estaba prevista en tratados vigentes para España. Pero al mezclar distintas infracciones de gravedad diversa se diluye la identificación de los crímenes internacionales de mayor gravedad.

En tercer lugar, la técnica elegida determina requisitos específicos para establecer la jurisdicción para cada delito, dotando al conjunto de una incoherencia más que notoria. Esta elección revela que se trata de una redacción hecha a medida para archivar los asuntos tramitados en la Audiencia Nacional, «especialmente los relacionados con los miembros permanentes del Consejo de Seguridad» (Orihuela, 2016*a*: 39, 101-132).

Por ejemplo, la jurisdicción se extiende en el inciso a) al «Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España […]». En este caso, no se contempla como vínculo de conexión suficiente la nacionalidad de la víctima, con lo que se pretende excluir casos como el caso Couso o el relativo al Tíbet.

En cambio, en el inciso e) relativo al terrorismo, se prevén hasta ocho vínculos posibles de conexión, a saber, que:

> «1.º el procedimiento se dirija contra un español;
> 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España[60];
> 3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;
> 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;
> 5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;
> 6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;
> 7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,
> 8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados».

El resultado práctico presenta la paradoja de que la persecución de crímenes más graves incluidos en el Estatuto de Roma de la CPI, como el genocidio y los crímenes contra la humanidad, está más restringida que la de los crímenes menos graves (Esteve, 2014: 178-179)[61].

En cuarto lugar, en una de las cláusulas de cierre se dice:

> «Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores

cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España»[62].

De ella parece desprenderse que no hay que juzgar si no ha habido solicitud de extradición, lo que resulta incompatible con la letra de distintos tratados internacionales (Orihuela, 2016*b*: 223-225). En efecto, y tal como la ha interpretado la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 2012 en el caso Habré en relación con la Convención contra la tortura de 1984, cuando el presunto autor se encuentra en el territorio de un Estado parte, este tiene la obligación de establecer la jurisdicción universal de sus tribunales; de abrir una investigación preliminar, tanto si hay solicitud de extradición como si no la hay, y de someter el caso a sus autoridades competentes en caso de no proceder a la extradición; mientras la extradición es una opción, la persecución es una obligación[63].

En quinto lugar, en su nuevo párrafo 6, el artículo 23 LOPJ dispone ahora: «Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal». Con ello se suprime la acción popular que ahora solo se podrá canalizar a través de denuncia a la Fiscalía. La exigencia de querella será siempre más costosa para las víctimas y muchas veces será prácticamente imposible —por ejemplo, en los casos de mutilación genital femenina—. Esta disposición parece querer introducir también un filtro de control político de oportunidad en la persecución que no parece encajar mucho con las funciones del fiscal en el ordenamiento jurídico español.

Finalmente, la disposición transitoria de la LO 1/2014 dispone: «Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella». Esta disposición parece suponer una intromisión directa en una función que corresponde exclusivamente a los jueces[64], aunque no lo ha interpretado así el Tribunal Supremo[65].

En el lado positivo de la balanza de la reforma de 2014 hay que situar una parte de la nueva redacción del párrafo 5 del artículo 23 LOPJ (Alija, 2014), que regula la subsidiariedad de los tribunales españoles respecto de un tribunal internacional o de los tribunales del Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona imputada. Se establece que no se aplicará la subsidiariedad «cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo […]»[66], incorporando a continuación los criterios establecidos por el Estatuto de Roma de la CPI, a fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado o determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado (IDI, 2005).

La parte negativa de este apartado 5 es que «se hurta al juez competente sobre la instrucción y el fondo la capacidad de valorar la concurrencia de este requisito» (Sánchez, 2014: 4-5), al reservar dicha decisión a la sala segunda del Tribunal Supremo.

La adopción de la nueva norma ha supuesto el cierre de buena parte de los procedimientos abiertos ante la Audiencia Nacional, como los dos relativos a China que permanecían abiertos (Tíbet y Falun Gong), el relativo a Ruanda y República Democrática del Congo, el de la Flotilla de la Libertad o el caso Couso (Carnero, 2015: 71-74; Orihuela, 2016*a*: 152-159). Y no sin que el Consejo Fiscal y distintos jueces de la Audiencia Nacional hayan expresado su desacuerdo (Esteve, 2014: 187-195).

El proceso descrito ha acabado por desdibujar completamente la jurisdicción universal hasta convertirla en algo puramente residual, ceñido en buena medida a los supuestos en que los tratados internacionales vigentes imponen la obligación *aut dedere aut judicare* y aun con dudas en algunos de estos supuestos.

5. CONCLUSIÓN: LOS ARGUMENTOS EN FAVOR DEL REGRESO A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

Varios son los argumentos que pueden hacerse valer para reclamar una marcha atrás en cuanto las circunstancias políticas del país lo permitan —escenario que parece estar cercano— y regresar a un ejercicio amplio de la jurisdicción universal, aunque, como siempre se ha hecho en España, respetuoso de la subsidiariedad y de las inmunidades funcionales protegidas por el Derecho internacional.

El primer argumento sería de estricta técnica jurídica. Se ha pasado de un artículo 23 LOPJ en el que cada párrafo se refería a un principio de persecución penal claro a un apartado 4 que los mezcla todos (personalidad activa, pasiva, incluso protección de los intereses del Estado y jurisdicción universal). Volver a un orden como el anteriormente existente —aun aceptando la inclusión del principio de personalidad pasiva para los delitos en que proceda y dejando un apartado específico para la jurisdicción universal referido a supuestos no cubiertos por los anteriores principios, limitado, si se quiere, a los crímenes que se consideren más graves y sin restricciones que lo hagan inoperante— sería la forma correcta de resolver formalmente el asunto.

El segundo argumento es de pura coherencia en el discurso y de respeto al Derecho internacional. Si España se ha declarado dispuesta a participar en la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes de trascendencia internacional, que constituye un interés general de la comunidad internacional, no tiene sentido que limite su persecución a la existencia de pocos y determinados vínculos de conexión, especialmente si se hace de manera incompatible con las obligaciones internacionalmente asumidas.

El tercer argumento es de eficacia en la tarea de reducir el espacio de impunidad. Como se ha visto en este trabajo, se trata de un espacio todavía enorme frente al que la acción de la CPI, por importante que sea, solamente puede tener un efecto muy limitado. Ante la inacción de los Estados llamados en primer lugar a actuar y la imposibilidad de acción de la Corte, solamente el ejercicio de la jurisdicción universal por el mayor número de Estados posible, en los casos en que la CPI carece de jurisdicción, puede constituir una presión real contra la impunidad.

El cuarto argumento consiste en la reivindicación del efecto *agitador* para los países que otorgan la impunidad del ejercicio de la jurisdicción universal. La experiencia de los casos de Chile y Argentina ha demostrado que el ejercicio de la jurisdicción universal, lejos de ser inútil o incluso perjudicial para las dinámicas de justicia en los países afectados, ha tenido un efecto positivo como elemento catalizador o, por lo menos, coadyuvante en los procesos de cambios en dichos países. Y, además, la apertura de una investigación ha permitido practicar pruebas que han podido ser transferidas con posterioridad a la jurisdicción de los países más directamente interesados. La manera más sencilla de desactivar la jurisdicción universal es promover que los Estados con vínculos con el crimen lo persigan directamente según los estándares internacionales.

El quinto argumento derivaría de una consideración meramente egoísta: se trataría de evitar que España se convierta en un refugio seguro para los implicados en los más graves crímenes de trascendencia internacional en aquellos casos en los que la interpretación de los tribunales siga el criterio de que, si no hay solicitud de extradición, no procede abrir procedimientos con independencia de la letra de los tratados (Orihuela, 2016*a*: 89-90).

Finalmente, un sexto argumento fundamental es un argumento general de humanidad. Con frecuencia, el lugar donde se cometen los crímenes es, al menos temporalmente, ese refugio seguro para los autores. El recurso a la jurisdicción universal en otros Estados es el resultado de la acción de las víctimas y de quienes

las defienden, normalmente contra personas nacionales de su propio país por hechos que se han cometido en él. Desde la lógica de las víctimas, lo importante es encontrar una puerta abierta en cualquier otro lugar que ofrezca las garantías de un proceso justo, les permita un reconocimiento como tales y, en la medida de lo posible, hacer efectivos los derechos que el Derecho internacional les reconoce. Esta perspectiva debería ser prioritaria y, por ello, es necesario ofrecer un foro desde el que proteger a las víctimas cuando no tienen otro lugar donde acudir. No es la mejor solución, pero es la solución posible.

Las reformas de la jurisdicción universal en España y en otros países trasmiten el mensaje de que los crímenes más graves no lo son tanto cuando se cometen en interés de Estados considerados amigos o deseados como tales; un mensaje que inspira las políticas de doble rasero que, con demasiada frecuencia, orientan la práctica de los gobiernos (Langer, 2011: 2-3). Por eso, es fundamental reafirmar que la impunidad del genocidio, de los crímenes de guerra o de los crímenes contra la humanidad resulta intolerable siempre y en todos los casos, y que ninguna vía de persecución sobra en un contexto internacional con tan enormes espacios de impunidad.

Es preciso reivindicar, por lo menos, algunos principios. Es preciso recuperar el principio de jurisdicción universal en España.

NOTAS

1. El Estatuto, que entró en vigor el 1 de julio de 2002 y se publicó en el BOE el 27 de mayo de 2002.

2. Comisión de Derecho Internacional, «Segundo informe sobre los crímenes de lesa humanidad», presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial; Naciones Unidas, Doc. A/CN.4/690, 21 de enero de 2016. Véase la *Crimes Against Humanity Initiative* (Disponible en: <http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/>.), impulsada desde la Universidad de Washington por la profesora Leila Sadat, que ha promovido la elaboración de una propuesta de Convención Internacional para la Prevención y Sanción de Crímenes contra la Humanidad. Disponible en: <http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/wp-content/uploads/2012/01/CAH-Draft-Convention-Spanish-Translation-January-2012-FINAL.pdf>.

3. Por ejemplo, en el Principio 3 y en el Anexo de los «Principios de Madrid-Buenos Aires de Jurisdicción Universal», aprobados en la capital argentina en septiembre de 2015 por el II Congreso de Jurisdicción Universal, auspiciado por la Fundación Internacional Baltasar Garzón. Disponible en: <http://fibgar.org/upload/proyectos/35/es/principios-de-jurisdiccion-universal.pdf>. También se está trabajando en esta línea en el seno del Tribunal Permanente de los Pueblos, con sede en la Fondazione Lelio e Lisli Basso, en Roma, con miras a la revisión de su Estatuto.

4. No obstante, la Corte tiene la capacidad para perseguir a las personas físicas que dirigen las empresas. Al respecto ha tenido un cierto eco la siguiente frase contenida en el documento de la Fiscalía de la Corte: «The Office will also seek to cooperate and provide assistance to States, upon request, with respect to conduct which constitutes a serious crime under national law, such as the illegal exploitation of natural resources, arms trafficking, human trafficking, terrorism, financial crimes, land grabbing or the destruction of the environment» ICC, Office of the Prosecutor, «Policy Paper on Case Selection and Prioritisation», 15 September 2016. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf>.

5. Véanse igualmente los informes del relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/SRHRDefendersIndex.aspx>.

6. Sobre el fenómeno, véanse los informes del Grupo de trabajo del Consejo de Derechos Humanos sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. Disponibles en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/WGMercenariesIndex.aspx>.

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintas sentencias, como, por ejemplo, *Caso de la «Panel Blanca»* (*Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*), Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo), párr. 173.

8. Estos órganos son los siguientes: el Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, y los respectivos comités creados en el marco de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial (1965), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984) (para la que existe un Comité y un Subcomité), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias (1990), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) y Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006).

9. Desde 1946 hasta 1967, la Comisión no se consideraba competente para analizar reclamaciones individuales. Entre otras, la Resolución 1235 (XLII) CES, de 6 de junio de 1967 autorizó a la Comisión a examinar informaciones sobre violaciones de derechos humanos y a estudiar situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones manifiestas y probadas de derechos humanos. La Comisión podía presentar informes y hacer recomendaciones al Comité Económico y Social. Este procedimiento admitía todas las fuentes de información, era público y no requería el consentimiento del Estado afectado.

10. Creado por la Resolución 60/251, de 15 de marzo de 2006, de la Asamblea General.

11. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>.

12. Una nueva Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos resultaría de la fusión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada en 1998, y la Corte de Justicia de la Unión Africana, establecida en 2003, y cuyo Estatuto fue adoptado en 2008, cuando éste entre en vigor; el texto del Protocolo que establece su Estatuto está disponible en: <https://www.au.int/web/en/treaties/protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>. En los sistemas americano y africano existen además órganos de control no judiciales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, respectivamente. Por su parte, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) creó, en julio de 2009, la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN que, a su vez, preparó al Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN, adoptada en Phnom Penh en noviembre de 2012.

13. Aunque los aspectos ambientales están presentes en los tribunales regionales de derechos humanos, en la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Internacional de Derecho del Mar e incluso en las decisiones del sistema de solución de controversias de la OMC o de distintos tribunales arbitrales.

14. La excepción vendría constituida por la posible entrada en vigor del Protocolo de enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo), adoptado por la Unión Africana el 27 de junio de 2014. Su artículo 15 introduce la jurisdicción criminal de la Corte y su artículo 2 introduce un nuevo artículo 46C, que confiere a la Corte la jurisdicción para determinar la responsabilidad penal de las empresas. Disponible en: <https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf>.

15. El 22 de diciembre de 2010 —Resolución 1966 (2010)— el Consejo de Seguridad de la ONU creó el Mecanismo para los Tribunales Penales Internacionales, para desempeñar las funciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, una vez concluyeran sus respectivos mandatos (el 31 de diciembre de 2015 para el primero y para el segundo está previsto en 2017). El Tribunal Especial Residual para Sierra Leona se estableció mediante un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona de 2010 para supervisar las cuestiones jurídicas pendientes del Tribunal Especial para Sierra Leona después de su cierre en 2013. Las Salas Especiales en los tribunales de Camboya para el procesamiento de los crímenes cometidos en el período de la «Kampuchea Democrática» prosiguen su actividad.

16. Véase la Declaración del Presidente de la Asamblea de los Estados Partes, Sr. Sidiki Kaba, 16 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ASP15-Opening-Statement-PASP-SPA.pdf>.

17. Según el «Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor», ICC, Office of the Prosecutor, September 2003, p. 7: «[…] the Office of the Prosecutor should focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organization allegedly responsible for those crimes». Disponible en: <https://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/030905_policy_paper.pdf>. Véase

también: ICC, Office of the Prosecutor, «Policy Paper on Case Selection and Prioritisation», 15 September 2016. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf>.

18. En esta línea, el Principio 1 de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, de 2001; la versión española del texto puede verse en NU, Doc. A/56/677 (2001). También los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional, adoptados en marzo de 2002. Puede consultarse en línea, en Avocats Sans Frontières. Disponible en: <http://www.asf.be/publications/ formations_rdc_colloque_lutter_contre_impunit%e9_2002_FR.pdf>.

19. El principio aparece reconocido con estas características en el art. 10 de la Resolución adoptada por el Institut de Droit International en su Sesión de Munich: «Règles relatives aux conflits des lois pénales en matière de compétence», 7 septembre 1883, y también en su posterior modificación por el nuevo artículo 5: «Le conflit des lois pénales en matière de compétence», 3 août 1931, Session de Cambridge; en IDI, Tableau général des résolutions (1873-1956), Bâle, 1957, pp. 373-378.

20. El supuesto clásico es el de la piratería en alta mar; véase la opinión disidente del Juez Moore; CPJI, Affaire du Lotus, arrêt du 7 septembre 1927.

21. Convenio I, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (BOE de 23 de agosto de 1952); Convenio II, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (BOE de 26 de agosto de 1952); Convenio III, relativo al trato de los prisioneros de guerra (BOE de 5 de noviembre de 1952); Convenio IV, relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (BOE de 2 de noviembre de 1952).

22. La norma *aut dedere aut judicare* no debe identificarse con el principio de jurisdicción universal, ya que no es más que una de las maneras de prescribir el ejercicio de dicha jurisdicción

23. Salvo en tratados concretos en que el tratamiento es distinto, como, entre otros, el artículo 7 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 1977; BOE nº 242, de 8 de octubre de 1980; UNTS, vol. 1137, nº 17828.

24. Así parece interpretarlo nuestro Tribunal Supremo: Recurso Casación Nº: 183/2007. Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria. Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Sexta. Fecha Sentencia: 21/06/2007; FJ 3.

25. Distintos pronunciamientos doctrinales, aun con matices, parecen coincidir con este planteamiento: Véanse: Los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal; Principes de Bruxelles contre l'impunite et pour la justice internationale, y la Resolución de l'Institut de Droit International, Session de Cracovie, 2005, «La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre».

26. Como hizo en su decisión de 6 de noviembre de 1998, relativa a la petición de una orden de detención de Augusto Pinochet, el Juez belga Damien Vandermeersch, que consideró que la competencia universal sobre los crímenes contra la humanidad de deduce de una norma consuetudinaria de aplicabilidad directa.

27. En el caso *Nylyarimma vs. Thompson*, la Corte Suprema de Australia no admitió la aplicación del crimen de genocidio a partir del derecho consuetudinario; *Nylyarimma vs. Thompson* (1999) 165 ALR 621; *Nylyarimma vs. Thompson* (2000) 21 (15) Leg Rep SL1ª High Court oif Australia. En Francia, ni siquiera la condición de parte en los Convenios de Ginebra ha bastado para considerar directamente aplicables los crímenes de guerra previstos en ellos (Casos Javor y Munyeskhaya).

28. 124 Estados han ratificado el Estatuto a 1 de noviembre de 2016.

29. Es el caso de Austria, Nigeria y Noruega.

30. En el caso de Bulgaria, Dinamarca, Paraguay y Suecia.

31. Es el caso de Argentina, Canadá, Filipinas, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido, Sudáfrica y Uruguay.

32. Es el caso de Alemania, Australia, Bélgica, España y Senegal.

33. Aunque hay excepciones en distintos sentidos como las de Colombia, Finlandia y Irlanda.

34. ICJ, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo vs. Belgium*) Judgment of 14 February 2002. Ello no significa que el Derecho internacional exima a estas personas de responsabilidad penal, como la propia sentencia precisa. Véase la Resolución del Institut de Droit International, Session de Vancouver, 2001, sobre «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international»; Disponible en: <http://www.idi-iil.org/>.

35. ICJ, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo vs. Belgium*) Judgment of 14 February 2002. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, párr. 57.

36. *Azanian Peoples Organisation* (*AZAPO*) *and others vs. President of the Republic of South Africa*, Constitutional Court, Case CCT 17/96, 25 July 1996.

37. Inciso incorporado por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre; BOE núm. 278, 20.11.2007.

38. Inciso incorporado por la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio; BOE núm. 163, 09.07.2005.

39. Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, BOE nº 157, 2.7.1985 y nº 264, 4.11.1985.

40. Salvo en el inciso h) (anterior g): «Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España», incorporado en 2005.

41. «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los tribunales consuetudinarios y tradicionales»; Constitución Española de 1978.

42. «1. Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley» (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).

43. «Artículo 101. La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley». Véase también el artículo 270 del Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal; BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

44. Tras unas primeras posiciones dubitativas o incluso favorables a los procedimientos abiertos, la Fiscalía General del Estado y la Fiscalía de la Audiencia Nacional se opusieron siempre a la jurisdicción de los tribunales españoles, desde diciembre de 1997 hasta 2004, como consecuencia del cambio de gobierno en España.

45. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno. Rollo Apelación nº 115/2000. Causa: Diligencias previas 331/99. Juzgado Central nº 1. Auto de 13 de diciembre de 2000.

46. Sentencia del Tribunal Supremo (España), Sala de lo Penal, de 25 de febrero de 2003. STS 327/2003. Recurso 803/2001.

47. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de Amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). BOE, nº 258, Suplemento. 28 de octubre de 2005.

48. El Consejo de Ministros del Gobierno de España decidió, el 29 de agosto de 2003, no continuar el procedimiento de extradición. La decisión fue objeto de dos recursos contencioso administrativos que fueron resueltos el 31 de mayo de 2005, por el Tribunal Supremo. STS. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Sexta. Recurso Ordinario nº 241/2003. 31 de mayo de 2005. El 9 de febrero de 2007, el Consejo de Ministros acordó solicitar a Argentina la extradición de las cuarenta personas procesadas.

49. Que tiene carácter orgánico, en virtud de la Disposición Final Primera de la LOCCPI; BOE nº 296, 11.12.2003. Según el correspondiente informe del Consejo General del Poder Judicial, «este precepto matiza el principio de persecución universal […] suponiendo una restricción a la extraterritorialidad de la ley penal española», para evitar que conduzca, según dicho organismo, a «una exagerada ampliación de la jurisdicción de los tribunales españoles» Consejo General del Poder Judicial. Informe al anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, 15 enero 2003, pp. 15-16.

50. El proyecto de ley era todavía más restrictivo; BOCG, VII legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 13 de junio de 2003, nº 156-1, nº 121/000156 Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Las disposiciones de este artículo 7 fueron objeto de numerosas enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios; BOCG, VII

legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de septiembre de 2003, nº 156-8. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, 121/000156 Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional. La mayor parte de ellas coincidían en estimar que la restricción del principio de justicia universal del artículo 23.4 de la LOPJ era contradictoria con los principios y fines que fundamentan la CPI. Finalmente, el Partido Popular aceptó, durante el debate en Comisión, introducir ciertas modificaciones en el texto final del artículo 7, que incorpora una redacción algo distinta del párrafo 2, permitiendo la adopción de primeras diligencias urgentes, y añade un tercer párrafo, que suaviza el impacto negativo del párrafo segundo; enmienda nº 49 del grupo parlamentario popular, *ibíd*.

51. El proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial. Por razones que cabría calificar de estéticas, durante su tramitación en el Congreso de los Diputados se decidió separar esta y otras disposiciones, formalmente, con el título de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

52. BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

53. Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Tercera. Sumario 19/1997. Rollo de Sala 139/1997, Juzgado C. Instrucción nº 5. Sentencia nº 16/2005, de 10 de abril de 2005.

54. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso n° 10049/2006-P. Fallo 2 de julio de 2007. Sentencia 798/2007, de 1 de octubre de 2007.

55. Estas restricciones se aplicarían, por cierto, a todos los delitos del artículo 23.4, lo que podía suponer limitaciones, por ejemplo, en determinados supuestos de persecución del tráfico ilícito de estupefacientes. Además, la nueva versión del artículo 23.4 suprimió la jurisdicción universal para los delitos de falsificación de moneda.

56. TC; Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de Amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados), FJ 7.

57. Véanse las consideraciones del Tribunal Constitucional en su decisión en relación con el caso del grupo Falun Gong; Tribunal Constitucional. Sala Segunda. STC 227/2007, de 22 de octubre de 2007. Recurso de Amparo nº 3382-2005, FJ 5.

58. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de Amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). BOE, nº 258, Suplemento. 28 de octubre de 2005.

59. La Ley Orgánica 1/2014 se aprobó por 180 votos a favor y 137 en contra. Un numeroso grupo de diputados del PSOE plantearon un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional en julio de 2014; BOE núm. 181, de 26 de julio de 2014. Entre los motivos de la posible inconstitucionalidad de la Ley se alegan los siguientes: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE); vulneración el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3); vulneración del principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional (artículo 117) o la vulneración del derecho al ejercicio de la acción popular (artículo 125).

60. El inciso e. 2º sería modificado de nuevo por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo; BOE Núm. 77, de 31 de marzo de 2015, y adoptó la siguiente redacción: «el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo».

61. En esta línea: «[…] La gran contradicción sustancial de la reforma queda evidenciada en el hecho de que mientras que los delitos más graves del Derecho penal internacional (lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra) son desplazados fuera de la competencia de la jurisdicción española, excepto para los supuestos de rarísimas excepciones anteriormente expuestas; en cambio, sí cabría encuadrar en el ámbito de nuestra jurisdicción los delitos de segundo grado del Derecho penal internacional, aunque también con unas restricciones que no se daban en la Ley Orgánica 1/2009, y mucho menos en la 6/1985». Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, auto de 18 de abril de 2016; Recurso Nº 1569/2015, FJ 3.

62. También el inciso a) termina con la misma condición: «Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciu-

dadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas».

63. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal)*, Judgment, ICJ Reports 2012, p. 422, párr. 95.

64. Como lo sostienen los autos de 17 de marzo de 2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 1; Sumario 27/2007, en relación con el caso Couso; de 31 de marzo de 2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 6, Sumario 97/2010, en relación con la matanza de Jesuitas en El Salvador; de 15 de abril de 2014, Diligencias Previas 150/2009, en el asunto de las torturas en Guantánamo; Juzgado Central de Instrucción nº 5; y de 20 de mayo de 2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, Sumario 331/99, en relación con el caso del genocidio en Guatemala.

65. Tribunal Supremo, sentencia de 6 de mayo de 2015, Sala de lo Penal, núm. 296/2015, Nº de recurso: 1682/2014, FJ 35.

66. Lo que se ha hecho en el caso de la matanza de Jesuitas en El Salvador, resolviendo la continuidad del procedimiento en curso; Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sumario 97/2010 [El Salvador-«Ellacuría»/Larios *et al.*], Sala de lo Penal, recurso 20962/2014. Auto de 20 de abril de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria (1999): «La responsabilité internationale de l´individu», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tome 280, 135-428.

AMNESTY INTERNATIONAL (2012): «A preliminary survey of legislation around the world - 2012 update», IOR 53/019/2012, Amnesty International, International Secretariat, United Kingdom, [en línea], <https://www.amnesty.org/download/Documents/24000/ior530192012en.pdf>. [Consulta: 24/11/2016.]

— (2016): «Informe 2015/16. Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo», [en línea], <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/>. [Consulta: 20/11/2016.]

ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana (2014): «Crónica de una muerte anunciada: análisis de la Proposición de Ley Orgánica para la reforma de la justicia universal en España», Blog de la *Revista Catalana de Dret Públic*, [en línea], <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2014/02/05/cronica-de-una-muerte-anunciada-analisis-de-la-proposicion-de-ley-organica-para-la-reforma-de-la-justicia-universal-en-espana-rosa-ana-alija>. [Consulta: 24/11/2016.]

ASCENSIO, Hervé (2003): «Are Spanish courts backing down on universality? The Supreme tribunal's decision in Guatemalan generals», *Journal of International Criminal Justice*, 1, 690-702.

— (2006): «The Spanish Constitutional Tribunal's decision in Guatemalan generals. Unconditional universality is back», *Journal of International Criminal Justice*, 4, 586-594.

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif (2004): «The history of universal jurisdiction and its place in international law», en S. Macedo (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 39-63.

BERMEJO GARCÍA, Romualdo y Carlos RUIZ MIGUEL (2005): «Una Sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (nota a la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII (2), 911-924.

BROOMHALL, Bruce (2001): «Towards the development of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law», *New England Law Review*, vol. 35 (2), 408-409.

BURGERS, J. Herman y Hans DANELIUS, (1988): *The United Nations Convention against Torture. A handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.

CARNERO ROJO, Enrique (2015): «Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 3, 41-77.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos (1988): «Persecución de crímenes contra la Humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar», *Jueces para la Democracia. Información y debate,* 31, 3-10.

CHARNEY, Jonathan I. (2001): «International Criminal Law and the Role of Domestic Courts», *American Journal of International Law*, vol. 95 (1), 120-124.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2014): «Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de

la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal», *Derecho Penal y Criminología,* año IV (5), 161-173.

CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) (2011): «Segundo informe sobre la situación de las defensores y defensores de los derechos humanos en las Américas»; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, 31 diciembre.

— (2015): Comisión Interamericana de Derechos Humanos «Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos», OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 diciembre 2015.

CLAPHAM, Andrew (2000): «The question of jurisdiction under international criminal law over legal persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court», en M. T. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds.) *Liability of Multinational Corporations under International Law,* Kluwer Law International, 139-195.

DONNEDIEU de VABRES, Henri (1922-1923): «Le système de la répression: Ses origines historiques. Ses formes contemporaines», *Revue de Droit International Privé*, vol. 18, 533-564.

ESCOLA de CULTURA de PAU, Universidad Autónoma de Barcelona (2016): *Alerta 2016, Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Barcelona: Icaria Editorial/Escola de Cultura de Pau.

ESTEVE MOLTÓ, José Elías, (2012): «Causes and initial effects of the Spanish Organic Law 1/2009 reforming the principle of universal Jurisdiction in Spain», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. XVI, 19-53.

— (2014): «La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China», *Anuario español de derecho internacional*, vol. 30, 139-201.

FERRER LLORET, Jaume (2004): «El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España», en Juan Soroeta Liceras, (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Bilbao: Universidad del País Vasco, 107-170.

— (2009): «The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spain practice (2003-2009)», *Spanish Yearbook of International Law*, 15, 63-106.

GIL GIL, Alicia (2009): *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona: Atelier.

GREAR, Anna y Burns H. WESTON (2015): «The Betrayal of Human Rights and the Urgency of Universal Corporate Accountability: Reflections on a Post-Kiobel Lawscape», *Human Rights Law Review*, 15, 21-44.

HANKINS, Stéphane J. (2010): «Overview of ways to import core international crimes into national criminal law», en PRIO, *Importing Core International Crimes into National Criminal Law*, M. Bergsmo, M. Harlem and N. Hayashi (eds.); Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 5-12.

HIGGINS, Polly (2010): *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Stop the Destruction of the Planet*, London: Shepheard-Walwyn (Publishers) Ltd.

INDEPENDENT COMMISSION of EXPERTS (2016): «The Corporate Crimes Principles: Advancing Investigations and Prosecutions in Human Rights Cases», October 2016, Amnesty International-The International Corporate Accountability Roundtable (ICAR); [en línea], <http://icar.ngo/wp-content/uploads/2016/10/Corporate-Crimes-Principles-FINAL.pdf>. [Consulta: 20/11/2016.]

INSTITUT de DROIT INTERNATIONAL/INSTITUTE of INTERNATIONAL LAW (2005): Krakow Session. Seventeenth Commission, «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes»; Rapporteur: M. Christian Tomuschat.

INTERNATIONAL COMMISSION of JURISTS (2008): *Corporate Complicity and Legal Accountability*, Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate complicity in International Crimes, [en línea], <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/06/Vol.2-Corporate-legal-accountability-thematic-report-2008.pdf>. [Consulta: 22/11/2016.]

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2000): London Conference, Committee on International Human Rights Law and Practice; «Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences».

JOUET, Mugambi (2007): «Spain's Expanded Universal Jurisdiction To Prosecute Human Rights Abuses in Latin America, China and Beyond», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 35, 522-536.

KYRIAKAKIS, Joanna (2008): «Corporations and the International Criminal Court: The complementarity objection stripped bare», *Criminal Law Forum*, vol. 19, 115-151.

— (2009): «Corporate Criminal Liability and the ICC Statute: The Comparative Law Challenge», *Netherlands International Law Review*, vol. 56 (3), 333-366.

LANGER, Maximo (2011): «The diplomacy of universal jurisdiction: The political branches and the transnational prosecution of international crimes», *American Journal of International Law*, vol. 105 (1), 1-49.

LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ (2001): *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel.

LLOBET ANGLÍ, Mariona (2006): «El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006», *InDret*, 4.
NEYRET, Laurent (dir.) (2015): *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles: Bruylant.
NOVACT. INSTITUT INTERNACIONAL PER L'ACCIÓ NOVIOLENTA (2016): «The Invisible Force. A comparative study of the use of private military and security companies in Iraq, Occupied Palestinian Territories and Colombia. Lessons for international regulation», [en línea], <http://novact.org/wp-content/uploads/2016/07/NOVACT_THE_INVISIBLE_FORCE_2016.pdf>. [Consulta: 22/11/2016.]
OLLÉ SESÉ, Manuel (2008): *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid: La Ley.
ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza (2002): «Justicia universal y derechos humanos», en Juan Soroeta Liceras, (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, Bilbao: Universidad del País Vasco, 111-153.
— (2016*a*): *La jurisdicción universal en España*, Murcia: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.
— (2016*b*): «La obligación *aut dedere aut judicare* y su cumplimiento en España», *Revista española de Derecho internacional*, vol. 68 (2), 207-228.
PIGRAU SOLÉ, Antoni (2005*a*): «Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003, de cooperación con la Corte Penal Internacional», en *Soberanía del Estado y derecho Internacional, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla: Universidad de Córdoba Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, vol. II. pp. 1059-1083.
— (2005*b*): «A propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII (2), 893-910.
— (2009): *La jurisdicción universal y su aplicación en España. La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Barcelona: Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans, Generalitat de Catalunya.
— (2012): «Las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Tiempo de Paz*, 104, 58-66.
— (2014): «La represión de los crímenes más graves de trascendencia internacional», en M. C. Barranco Avilés, O. Celador Angón y F. Vacas Fernández (coords.), *Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho*, Madrid: Dykinson, 25-49.
QUESADA ALCALÁ, Carmen (2005): *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
REMIRO BROTONS, Antonio (2000): «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal», en J. Quel López (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática 4, Madrid: Escuela Diplomática-AEPDIRI-BOE.
ROTH-ARRIAZA, Naomi (2006): «Guatemala genocide case. Judgment No. STC 237/2005», *American Journal of International Law*, vol. 100, 207-213.
SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (2005): «La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 385-413.
SADAT, Leila Nadya (2004): «Universal Jurisdiction, National Amnesties, and Truth Commissions: Reconciling the Irreconcilable», en S. Macedo (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 193-213.
SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2001-2002): «Spanish practice in the area of universal jurisdiction», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. VIII, 25-38.
— (2014): «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* vol. 27.
SANTOS VARA, Juan (2006): «La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 11.
SLAUGHTER, Anne-Marie (2004): «Defining the Limits: Universal Jurisdiction and National Courts», en S. Macedo (ed.), Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 168-190.
STRAPATSAS, Nicolaos (2002): «Universal Jurisdiction and the International Criminal Court», *Manitoba Law Journal*, vol. 29 (1), 1-31.
UCDP/PRIO (2015): «Organized Violence in the World 2015. An assessment by the Uppsala Conflict Data Program», by Erik Melander, Director, Armed Conflict Dataset, International Peace Research Institute, Oslo (PRIO)-Uppsala Conflict Data Program (UCDP), Department of Peace and Conflict Research, Uppsala University, [en línea], <http://www.pcr.uu.se/digitalAssets/61/61335_1brochure2.pdf>. [Consulta: 22/11/2016.]

UNEP (United Nations Environment Programme) (2013): «Transnational Environmental Crime - a common crime in need of better enforcement», *Global Environment Alert Service*. January [en línea] <http://unep.org/geas/>. [Consulta: 25/11/2016.]

Fecha de recepción: 29 de enero de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

ESTUDIOS

Ley penal, aguas internacionales y extraterritorialidad de la ley penal
Gonzalo Quintero Olivares

Los contextos de la libertad de expresión: paradigmas y nuevas fronteras
Javier Ansuátegui Roig

Justicia de transición: una visión de conjunto con la lente del penalista
Gabriele Fornasari

La reciente evolución de la jurisprudencia sobre alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales. Una cuestión de fundamentación y de técnica jurídica
Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez

LEY PENAL, AGUAS INTERNACIONALES Y EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL
CRIMINAL LAW, INTERNATIONAL WATERS AND EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF THE CRIMINAL LAW

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal
Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

RESUMEN

La lucha contra los daños a los recursos naturales requiere esfuerzos de todos los Estados. Son diferentes los tratados que se ocupan de ello. La eficacia de esa lucha depende, a su vez, de la firmeza en el cumplimiento de esos tratados y de la exclusión económica de los Estados que propician y protegen su incumplimiento mediante banderas de conveniencia y otras clases de protección. El uso de banderas de conveniencia impide respetar la prioridad jurisdiccional de los Estados que las conceden La contribución de la jurisdicción penal de cada Estado es imprescindible. Establecer límites a la aplicación extraterritorial de la Ley penal, en contra de las obligaciones adquiridas por tratados, contribuye a la impunidad y fomento de actividades que acabarán con los recursos marinos. Los últimos criterios del Tribunal Supremo español son incompatibles con la solidaridad penal internacional.

PALABRAS CLAVE

Aguas internaciones, recursos naturales, tratados, pesca, pesca ilegal, persecución penal, competencia judicial, bandera de conveniencia, océano Antártico.

ABSTRACT

The fight against the damage to them natural resources requires efforts of all the States. Different Treated will occupy from it. The efficiency of that fight depends of the firmness in the compliance of those treated, and of the economic exclusion of them States that conducive to and protect its breach through flags of convenience and others classes of protection. The contribution of the criminal justice of each State is essential. Establish limits to the application extraterritorial of the criminal law, against the obligations acquired by treated, contributes to the impunity and promotion of activities that eventually with them resources marine. The use of flags of convenience precludes the respect for the jurisdictional priority of the States that grant them The last criteria of the Spanish Supreme Court are incompatible with international criminal solidarity.

KEYWORDS

International waters, natural resources, treaties, fishing, illegal fishing, criminal prosecution, criminal jurisdiction, flag of convenience, Antarctic Ocean.

LEY PENAL, AGUAS INTERNACIONALES Y EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL[1]

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal
Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

Sumario: 1. Introducción: daño ecológico-marino y globalización. 2. La pesca ilegal y el Derecho penal. 3. Incriminaciones y jurisdicción. 3.1. Los hechos delictivos. 3.1.1. Infracciones penales relacionadas con la pesca. 3.2. El alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles. 3.3. Españoles embarcados en buques extranjeros dedicados a la pesca ilegal. 3.4. La naturaleza jurídica de la competencia. 3.5. Pesca excesiva y pesca prohibida realizada y vendida fuera de España. 3.5.1. Pesca excesiva. 3.5.2. Pesca prohibida realizada y vendida fuera de España. 3.6. Otras posibles infracciones penales. 3.6.1. Delitos tributarios. 3.6.2. Alteración de precios en el mercado pesquero. 3.6.3. Delitos contra los derechos de los trabajadores. 4. La preferencia jurisdiccional de otros Estados. 4.1. La jurisdicción de otro Estado o la del Estado del pabellón. 4.1.1. La jurisdicción de otro Estado. 4.1.2. Los territorios flotantes. 4.1.3. La jurisdicción preferente del Estado del pabellón. 5. Los problemas de los pabellones de conveniencia. 5.1. Los riesgos de la «justicia penal ficticia». 6. El principio de personalidad activa y la nacionalidad de las personas jurídicas. 6.1. La nacionalidad de las personas físicas. 6.2. Las personas jurídicas y los daños transnacionales. 6.3. El problema de los *holdings* encubiertos. 7. La última y preocupante jurisprudencia española sobre competencia extraterritorial: un paso atrás. 7.1. La sentencia y el voto particular. 7.2. Valoración crítica. 8. La pesca excesiva.

1. INTRODUCCIÓN: DAÑO ECOLÓGICO-MARINO Y GLOBALIZACIÓN

La conciencia de que el medio ambiente, los recursos naturales y la flora y la fauna son bienes que no pertenecen en exclusiva a ningún Estado siempre ha estado presente en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo. Así, como daños que van más allá de la aislada capacidad de control de los Estados, se recuerdan los desastres de contaminación producidos por el hundimiento de petroleros provocando mareas negras, o la definitiva desaparición de especies marinas a causa de la sobreexplotación o la pesca ilegal.

Hoy, por lo tanto, nadie duda de la capacidad de expansión transnacional del daño ambiental, en el aire o en las aguas marítimas o fluviales. Cierto que el medio ambiente, —y, en concreto, la riqueza de la fauna pesquera— no es el único bien jurídico que puede ser lesionado en un lugar, expandiendo el efecto nocivo de la infracción por un espacio superior, pero sin duda es aquel en que la facilidad de la expansión es mayor. Por ese motivo, las consecuencias o efectos del eventual delito pueden llegar a puntos muy alejados del lugar de la acción, y eso *por sí solo* se opone a cualquier pretensión de atribuir un carácter «nacional» o «local» a las políticas penales de protección.

A eso hemos de añadir, y más abajo volveremos sobre ello, la posibilidad de que la acción

destructiva o lesiva se haya producido en un espacio que no pertenezca a ningún concreto Estado (en aguas internacionales); en esos casos, se impondrá un concierto internacional sobre la materia de que se trate, como hay, en parte, para determinadas clases de pesca y para los vertidos en alta mar.

Es claro, pues, que ha ido aumentando la conciencia de que los ataques a los recursos naturales son claramente, un problema de todos y que todos los Estados deben abordar solidariamente. Pese a ello, no puede afirmarse que el nivel de protección jurídica de los mares sea óptimo, ni siquiera completo.

En 1992 se aprobó el Convenio sobre Diversidad Biológica, que no se tradujo en especiales acciones de protección. En junio de 2015, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una resolución orientada a alcanzar un tratado jurídicamente vinculante para la conservación de la biodiversidad marina en alta mar, en aguas internacionales. Ese iba a ser el primer tratado mundial dedicado a la protección mundial de la biodiversidad marina. De alcanzarse, sería un gran paso en orden a la protección de los océanos y los recursos o ecosistemas vitales con *la intervención en aguas internacionales de cualquier lugar del mundo* y no solo en las que están afectadas por un tratado regional, como es el caso del Tratado Antártico, del que tendremos que hablar más adelante. De esa manera, según se dice en las organizaciones no gubernamentales preocupadas por los problemas del mar, se acabará con la anormalidad de que el alta mar, que supone cerca de la *mitad* del planeta, siga siendo un mundo sin ley que esconde las reservas marinas. Los propósitos de 2015 se retomaron en abril de 2016, año en el que se iniciaron las negociaciones para alcanzar un nuevo tratado internacional sobre biodiversidad marina.

Con ese tratado se sustituiría a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que no incluye la biodiversidad marina en las áreas situadas fuera de las jurisdicciones nacionales, lo cual da lugar a que casi dos tercios de las aguas oceánicas están desprotegidas. Según el programa de trabajo que ha transcendido, se confía en alcanzar un acuerdo sobre el tratado para fines de 2017. Cuando eso suceda, y esperemos que así sea, se producirán derivaciones jurídicas, también penales, para los Derechos de todos los Estados miembros, aunque no faltarán los que se nieguen a aceptarlo o los que lo acepten sin voluntad de cumplirlo, pues no ha despreciarse el poder de los intereses pesqueros y del transporte marítimo.

Aceptado que, por lo menos, existe una comunión de ideas y una extendida convicción de que estos problemas no se resuelven sin una decidida acción del Derecho penal y la cooperación judicial, hemos de afrontar la realidad y esta muestra que, al igual que sucede con la criminalidad organizada, mientras no se renueven los instrumentos jurídicos internacionales, y, con ellos, las ideas dominantes sobre *competencia jurisdiccional penal*, toparemos con las ideas tradicionales sobre el principio de territorialidad; en esas condiciones es muy difícil articular una lucha eficaz contra las agresiones ambientales, entre las cuales se deben incluir los actos contra los recursos naturales. La destrucción de los ecosistemas marinos, como actividad masiva, es el ejemplo máximo de contradicción entre ideas universalmente aceptadas y la puesta en práctica de esas ideas.

La eficacia en la persecución de esos hechos, obliga, pues, a *una revisión de los actuales principios determinantes de la competencia.* Hasta ahora, los esfuerzos de la UE se han plasmado en la extensión y ampliación de los objetos de protección ecológico-ambientales. También se ha promovido la necesidad de suministrar información y se ha aceptado el papel de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la preservación del ambiente; tanto a ellas como a los ciudadanos se les reconoce legitimación para la acción penal en delitos contra el medio ambiente. Pero tal vez el terreno menos arado sea el de la competencia jurisdiccional[2], y es ahí donde puede producirse el fracaso de

las mejores intenciones de los legisladores nacionales y europeo.

Dos son los caminos que se pueden tomar ante un problema de esa naturaleza:

a) Asumir que el delito se ha cometido en el propio territorio, prescindiendo de que las acciones o los resultados se hayan producido en otros lugares y entendiendo que se trata de un bien jurídico supranacional que no conoce fronteras.

b) Reconocer la competencia jurisdiccional *simultánea de todos* los Estados que consideren inaceptable esa clase de acciones y que así lo hayan convenido mediante tratado.

La segunda vía, que por supuesto habría de someterse a cautelas de toda clase, consiste en respetar la «preferencia de paso» del Estado desde el que se ha producido el daño o del Estado que peores consecuencias haya sufrido, o, en el caso de que se trate de aguas internacionales, del Estado al que pertenezca el buque desde el que se haya cometido el hecho o, directamente, del Estado que hubiera aprehendido a los responsables, lo cual sería, a mi juicio, más coherente con el pretendido carácter «supranacional» del bien jurídico tutelado.

En la línea de la «supranacionalidad» de los criterios de lucha, tenemos algunos datos significativos. Por ejemplo, el régimen de la Orden Europea de Arresto y Entrega[3] comprende los delitos contra el medio ambiente, lo que incluye desde el daño ambiental hasta los delitos contra la flora y la fauna incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas. Así pues, *la posibilidad de una competencia transnacional y simultánea no es algo «escandaloso»* ni tiene por qué ser fuente de conflictos internacionales, sino que podría contribuir a la mejor defensa del bien tutelado[4].

Por supuesto que en principio no es admisible la idea de negar la competencia al Estado en cuyas aguas territoriales se ha producido el daño, y esa es una prevención que no solamente tiene sentido para los supuestos de destrucción de recursos marinos, sino también para cualquier otro delito. Ahora bien, sería ingenuo y peligroso olvidar que las acciones destructivas en materia ambiental —y no solo me refiero a la destrucción o el abuso pesquero— pueden haberse producido con la tolerancia o pasividad del Estado en cuyas aguas ha acaecido el hecho o cuya bandera porta el buque que comete el hecho (parte «flotante» de su territorio).

Por lo tanto, el *problema de la competencia jurisdiccional penal será una cuestión central en el análisis de la lucha contra las actividades dañinas para los recursos marinos*. Precisamente por ese motivo causa escándalo la última posición[5] del Tribunal Supremo español sobre los límites de la competencia jurisdiccional, que más adelante analizaremos.

La UE ha aprobado directivas y reglamentos que necesariamente determinan, al menos en teoría, la introducción de cambios en el Derecho interno, determinado la creación de delitos contra bienes jurídicos que tienen carácter supranacional, y, junto al ambiente, tenemos los riesgos catastróficos por la energía nuclear, el control de alimentos y medicamentos, el blanqueo de dinero, etc., y, con ellos, por supuesto, los delitos contra intereses de la propia UE[6].

Se trata, pues, de continuar una senda que ya está abierta.

2. LA PESCA ILEGAL Y EL DERECHO PENAL

La pesca ilegal —de lo que haya de calificarse como pesca ilegal a efectos penales me ocuparé después— es un problema de enorme gravedad por motivos que sería ocioso exponer, pues son de todos conocidos. Una parte de esa actividad se desarrolla en aguas internacionales, hecho que no quiere decir que esas aguas estén sustraídas al Derecho, pues existen diferentes

tratados y convenios que disciplinan lo que en ellas puede y no puede hacerse.

Otra dimensión de la actividad pesquera es que, a veces, se realiza por buques que portan *pabellón de conveniencia*[7], o que son apátridas. De lo que son y suponen estos pabellones en el Derecho internacional no voy a ocuparme especialmente, pero la dimensión penal y procesal del uso de banderas de conveniencia será el tema central de mi estudio.

Al margen de que la pesca ilegal pueda ser delictiva en sí misma, es una actividad que puede ser además campo para la comisión de otros delitos (contrabando, tributarios, relativos a la competencia, contra los derechos de los trabajadores). La apreciación de infracciones penales que se pueden cometer en el marco de la actividad de pesca ilegal (la pesca no declarada y no reglamentada (INDNR)) depende, por supuesto, de las tipicidades que contenga *cada legislación penal nacional*, y en estas páginas me limitaré al Derecho penal español, el cual declara delictiva (art. 334-1-a del Código Penal) la pesca de *especies protegidas.*

A la posible tipicidad de actividades ligadas a la pesca ilegal se une el no menor problema de la capacidad para juzgar que han de tener los tribunales penales españoles, la cual dependerá, en primer lugar, de la propia legislación orgánica española sobre alcance de la jurisdicción penal (básicamente, la Ley Orgánica del Poder Judicial), a lo que deberá añadirse los límites que al ejercicio de esa jurisdicción puedan oponerse desde el Derecho internacional.

Un problema de singular importancia en relación con la cuestión jurisdiccional es el ya mencionado uso de pabellones *de conveniencia,* cuya utilización, al margen de que persiga eludir obligaciones de toda clase —entre ellas, responder penalmente—, puede generar un problema de limitación del alcance de la jurisdicción.

Se parte de que buques con pabellón de conveniencia practican una pesca ilegal o abusiva que, además, tiene consecuencias de toda índole. Lógicamente, cuando un problema reviste suma gravedad se vuelve la mirada hacia el Derecho penal *en sentido amplio* esto es, sin concretar si debieran crearse *nuevos delitos* o si la preocupación procede de una supuesta *ineficacia del Derecho penal vigente.*

Es posible que ambas inquietudes tengan una razón de ser, y más adelante lo veremos. Pero bueno es advertir que, muchas veces, la sensación de ausencia de reacción represiva no trae causa de las carencias de la ley penal, sino de *dificultades para su aplicación* derivadas de otros factores. En segundo lugar, es importante tener en cuenta que existen vías no penales que pueden ser mucho más eficaces que el Derecho penal (lo cual no quiere decir que sean incompatibles con este), como es, por ejemplo, el recientemente entrado en vigor Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada[8].

En tercer lugar, es también importante recordar que las necesidades de tipificación de nuevos delitos pueden referirse no solamente a acciones *directamente ligadas a la pesca ilegal,* sino también a *derivaciones colaterales* de esa actividad. Así se comprende que en el Informe del Consejo de Estado sobre las reformas a introducir en el Derecho español para adaptarlo a la normativa internacional y comunitaria en relación con la lucha contra la pesa INDNR[9] se aconsejara, paralelamente a la adopción de medidas de lucha contra esta: por una parte, la reforma de la normativa tributaria para seguir el rastro de las ganancias en territorio español y, por otra, la tipificación autónoma de conductas de ingeniería financiera y societaria como delito específico.

En el marco internacional no puede apreciarse con claridad absoluta una corriente de opinión que reclame la intervención —o una mayor intervención— del Derecho penal. En el Derecho comunitario se indica a los Estados miembros que deben prever *sanciones administrativas fuertes y disuasorias*, empleando una terminología usual, y así lo hace el Reglamento del Consejo de 2008[10], que en su art. 42 se-

ñala cuáles son las infracciones más graves, si bien en el art. 44-3 deja *al criterio de los Estados miembros el recurso al Derecho penal.*

Las acciones relativas a la pesca INDNR y las falsificaciones son las infracciones que se mencionan expresamente, pero eso no cierra la posibilidad de tratar penalmente esas infracciones e intervenir en otras dimensiones del problema que puedan propiciar nuevas tipificaciones.

No es esa la única muestra del criterio de la UE sobre el recurso al Derecho penal, si bien hay que recordar que *en algunos problemas concretos, como el de la tutela del medio ambiente*, concepto mucho más amplio que el de pesca destructiva, hace ya tiempo que se pronunció expresamente sobre la conveniencia de recurrir al Derecho penal[11]; pero lo cierto es que, prescindiendo del interesante problema de la incapacidad de la UE para dictar directamente normas penales, hay que tener en cuenta que, en muchos problemas de los que se ocupa el Derecho comunitario, el protagonismo corresponde a entes más que a personas físicas. De ahí nació, precisamente, la recomendación de que se establecieran mecanismos para sancionar directamente y, si se creía adecuado, a través del Derecho penal, a las *personas jurídicas.*

Esa relativa prioridad cuantitativa de las empresas explica en parte la orientación a la sanción administrativa que tienen muchas de las indicaciones, lo cual, por supuesto, no excluye en modo alguno la vía de la exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica.

3. INCRIMINACIONES Y JURISDICCIÓN

La intervención del Derecho penal, por lo tanto, está sometida a dos condiciones, derivadas del principio de legalidad tanto en su dimensión básica (*nullum crime sine lege*) cuanto en su garantía criminal procesal (*nullum crime sine legale iudicium*), que implica la necesidad de que los delitos sean juzgados respetando las condiciones de un proceso justo y por un tribunal que actúe de acuerdo con sus competencias constitucionales y respetando la eventual prioridad jurisdiccional de otros Estados.

Por supuesto, no se plantean problemas competenciales en relación con los delitos que se cometan en el mar territorial español[12], con independencia de que, en virtud de acuerdos bilaterales, España pueda renunciar a su jurisdicción a favor de la de los autores y víctimas de los delitos (personalidad activa y pasiva simultánea, por ejemplo: delito cometido por alemán contra alemán en un buque anclado en puerto español).

Diferente del concepto de mar territorial es el de *zona económica exclusiva,* reconocida por la Convención de Derecho del Mar de 1982[13]. Es esta una franja marítima que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta una distancia de 200 millas marinas. En esa zona, cada Estado tiene derechos de explotación (art. 56 de la Convención) y debe asegurar la preservación de los recursos vivos frente a los riesgos derivables de un exceso de explotación. Es fácil comprender que, en relación con esa obligación, pueden darse diferentes situaciones:

a) Que el Estado titular de esa zona (Estado ribereño) no tenga capacidad para ejercer ese control o, simplemente, no lo ejerza.

b) Que el Estado ribereño no pueda explotar por sí solo los recursos posibles y permita a otros Estados realizar actividades pesqueras.

c) Que el Estado ribereño forme parte de una organización superior —como es el caso de la UE— en cuyo marco se haya establecido para todos los miembros un sistema de cuotas por Estado, situación que, por razones en las que me detendré, es variable, sin olvidar algún problema concreto de enorme gravedad[14].

En lo que interesa en estas páginas, el Estado ribereño tiene *jurisdicción sobre la protección y preservación del medio marino,* respetando, dentro de los límites que haya marcado en virtud de acuerdo, la libertad de pesca.

La conclusión que se deriva es clara: en el concepto de aguas *exclusivamente internacionales* solo podrán entrar *aquellas que no pertenezcan a la zona económica de ningún Estado.* El posible ejercicio de la jurisdicción penal de un Estado —respecto de hechos acaecidos fuera de su mar territorial— deberá analizarse desde la doble posibilidad de que se haya cometido en aguas internacionales o en aguas pertenecientes a la zona económica exclusiva de un Estado *que* de facto *no ejerza el control al que está obligado por el Derecho internacional.*

3.1. LOS HECHOS DELICTIVOS

En todo lo que rodea a la pesca INDNR es posible encontrar asidero para una tipificación penal en relación con algún hecho, pero está fuera de duda que la totalidad de las actividades constitutivas de pesca INDNR no son tipificables como infracciones penales, y, posiblemente, hacerlo sería un exceso legislativo que infringiría el principio de intervención mínima.

Sentado lo anterior, veamos qué actividades pueden tener dimensiones penales*, con arreglo, repito, al Código Penal español,* y prescindiendo momentáneamente del problema de la *preferencia competencial del Estado del pabellón,* veamos cuáles son las infracciones penales directa o indirectamente vinculables a las directamente atenientes a la pesca ilegal.

3.1.1. Infracciones penales relacionadas con la pesca

De acuerdo con el art. 334.1 del Código Penal, es claro que la pesca de especies protegidas es, en todo caso, *un supuesto de pesca ilegal perseguible como delito*. Para interpretar del tipo es preciso centrarse, como es lógico, en el concepto de especie «protegida», que, evidentemente *no se limita a una sola razón de la protección,* ya que puede provenir tanto de la condición de especie en extinción como de especie en peligro. La *condición de protegida surge en la medida en que existan normas nacionales y, especialmente, supranacionales que impidan la pesca libre,* impedimento que puede llegar a la prohibición absoluta de su captura.

Se trata, técnicamente, de un elemento normativo del tipo y, por lo tanto, hay que acudir a fuentes extrapenales para interpretarlo. En el caso concreto de la especie conocida como *Dissostichus eleginoides,* comúnmente llamada merluza negra austral —o bacalao o róbalo de profundidad—, así como su pariente el *Dissostichus mawsoni*, cuya sobreexplotación ha llevado a los científicos a advertir que puede desaparecer en unos cuatro o cinco años, cabe plantear si su pesca es delictiva, pero respecto de su consideración como especie protegida hay que señalar que:

a) En el catálogo que ofrece Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas ciertamente no aparece el *Dissostichus eleginoides* ni el *Dissostichus mawsoni*.

b) Pero la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos de la Antártida (CCRVMA) *la declara especie protegida.* Esta Convención es un acuerdo internacional que fue adoptado en la Conferencia sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos celebrada en Canberra, Australia, el 7-20 de mayo de 1980. España forma parte de la Convención desde 1984. Además, la Convención se articula como parte del Tratado Antártico, del que España es parte por instrumento de adhesión de 9 de marzo de 1984. La CEE es parte contratante desde septiembre de 1981 (Decisión del Consejo

81/691/CEE, 04.09). España también es miembro desde su adhesión por instrumento de 9 de marzo de1984.

c) El artículo 96.1 de la Constitución española dispone: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». La CCRVMA es parte del Tratado Antártico, suscrito y ratificado por España (*vid.* BOE 18 de febrero de 1998). En consecuencia, el concepto de especie protegida que utiliza el art. 334 del Código Penal también *se puede y se debe interpretar* acudiendo al mencionado Tratado y, en virtud de ello, cabe sostener que la pesca de las especies a las que se refiere la CCRVMA puede tipificarse como delito con arreglo al Derecho español.

d) El Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), al que España se adhirió en 1986, es aplicado por la UE desde 1982. Desde 2002, los Estados que pertenecen al CITES, directamente o a través de su pertenencia a la UE[15], se comprometieron a vigilar la pesca de la merluza negra, que habita a gran profundidad en aguas de América del Sur y en zonas cercanas a la Antártida, tras rechazar incluirla en las listas para su protección. Sin perjuicio de ello, algún Estado —por ejemplo, Francia— aplica una regulación muy estricta en lo que concierne a la merluza negra austral[16]. En todo caso, la pesca de esa especia está en la actualidad sometida a un plan de recuperación. El hecho de que el CITES no se pronuncie en la manera en que lo hace la CCRVMA *no resta valor a la declaración de especie protegida que hace esta.*

En conclusión: no hay problema para la tipificación de la conducta. Cuestión diferente es la de su perseguibilidad y castigo por los tribunales españoles. El Tribunal Supremo acaba de responder *negativamente* a esa pregunta —por cierto, sin entrar a discutir la tipicidad, pero aceptándola tácitamente, pues si se pronuncia sobre la competencia de los tribunales españoles para juzgar un hecho acaecido en aguas internacionales es *porque estima que ese hecho es delictivo*: si fuera atípico no tenía necesidad de entrar en ese aspecto de la cuestión—. La Audiencia Nacional había abierto causa por delito relativo a la fauna y lo que llegó al Tribunal Supremo[17] no fue eso, sino la cuestión de la competencia jurisdiccional. La decisión del Tribunal Supremo no es admisible. Sin perjuicio de que pueda cambiar de criterio en el futuro, intentaré exponer las razones que me llevan a rechazarla.

3.2. EL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

En relación con la competencia de los Tribunales españoles, el artículo 23.4 p) de la LOPJ dispone que conocerán de *cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.*

Partiendo de ese dato, puede plantearse si ese compromiso internacional existe en relación con los delitos de pesca ilegal *cometidos en aguas internacionales*. Y yendo a lo dispuesto en el Convenio de la Comisión para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos de la Antártida, podemos ver que, de acuerdo con esa Convención, y en lo que concierne a la competencia de los Tribunales españoles, habrá *aparentemente* una base competencial, puesto que:

a) En su artículo XXI dispone que «Cada una de las Partes contratantes *adoptará las medidas adecuadas, dentro de su competencia, para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente Convención* y de las medidas de conservación adoptadas por la Comisión que sean obligatorias para la Parte de conformidad con el artículo IX de esta Convención. Cada una de las Partes contratantes *transmitirá a la Comisión información sobre las medidas adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 supra, incluyendo la imposición de sanciones* por cualquier violación de esta Convención».

b) En su art. XXIV, dispone: «Las Partes contratantes *cooperarán entre sí para asegurar la aplicación efectiva del sistema de observación e inspección*, teniendo en cuenta las prácticas internacionales existentes. Dicho sistema *incluirá,* entre otras cosas, procedimientos para el abordaje e inspección por observadores e inspectores designados por los miembros de la Comisión, y *procedimientos para el enjuiciamiento y sanciones por el Estado del pabellón* sobre la base de la evidencia resultante de tales abordajes e inspecciones».

Se abren así problemas diferentes:

1. El Convenio para la conservación antes citado declara que cada una de las Partes contratantes adoptará las medidas adecuadas, dentro de su competencia, para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención. La atribución *a la propia competencia* tenemos que interpretarla conforme a lo que eso significa en Derecho español: por lo tanto, alcanza claramente a la zona económica exclusiva de cada Estado.

2. En relación con los *supuestos de extraterritorialidad* de la ley penal establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, tenemos que esta incluye una genérica indicación de que los tribunales españoles podrán juzgar c*ualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro.* Fuera de duda están los deberes que tiene España *derivados del Convenio de Conservación de la Antártida*, que incluyen inspección y abordaje, pero *cuesta afirmar que esos deberes equivalen a una atribución de competencia jurisdiccional penal* o, dicho de otro modo, que el deber de cooperar en el cumplimiento del Convenio incluye el poder y el deber de juzgar con arreglo a las leyes españolas *a cualquier persona española o extranjera que haya cometido esos hechos en aguas afectadas por el Tratado Antártico.*

3. Pero, por otra parte, si se acepta la tesis de que no habría competencia jurisdiccional de España (ni de nadie), *se llegaría al absurdo de entender que la pesca ilegal en aguas internacionales no puede ser perseguida por ningún Estado firmante del Tratado,* salvo aquellos que sean ribereños y, *además,* en el caso de que el hecho se haya producido en sus aguas jurisdiccionales. Si se llega a esa conclusión, está servido el incumplimiento de las obligaciones contraídas en los citados arts. XXI y XXIV del Convenio, que claramente incluyen la obligación del Estado de aportar *todo lo que en su mano esté* para lograr la eficacia de los acuerdos del Convenio. Se trataría, entonces, de un Convenio que se niega a sí mismo. Por lo tanto, la conclusión ha de ser favorable a reconocer la competencia de los tribunales españoles[18] para juzgar esos hechos cometidos por españoles o extranjeros en aguas internacionales, *pues cualquiera otra interpretación conduce al absurdo.*

4. Con más claridad, cabe sostener que los españoles que participen en esos hechos pueden ser juzgados en España de acuerdo a lo dispuesto en el art. 23.2. LOPJ: «[…] conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles[19] o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y 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, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

   b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los tribunales españoles.

   c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

5. La cláusula competencial del art. 23.2 LOPJ es aplicable a los españoles que delinquen en el extranjero y, además, el requisito de doble incriminación viene resuelto a través del Convenio (un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte). Hasta aquí, pues, tenemos una solución que, prescindiendo de la necesidad de haber detenido a los responsables de los hechos, deja fuera de alcance jurisdiccional a los extranjeros, salvo que se acudiera a la interpretación del art. 23.4 p) y los deberes derivados del tratado en el modo antes expuesto.

6. En cuanto a la posibilidad de enjuiciar a extranjeros que hayan realizado pesca *siempre pirata, de especies protegidas, llevada a cabo* por extranjeros *en aguas internacionales* —dejando de lado, por un momento, que lo hayan hecho desde buques apátridas o con pabellón de conveniencia, como es habitual—. A la pregunta sobre si esa acción *puede también ser perseguida en España*, debe darse una respuesta positiva, *prescindiendo de la bandera del buque y de la nacionalidad de los tripulantes*. La efectividad de la competencia depende, por supuesto, de que esas personas, por cualquier razón, lleguen a ser detenidas en España; si así fuera, pueden y deben ser juzgados en España.

3.3. ESPAÑOLES EMBARCADOS EN BUQUES EXTRANJEROS DEDICADOS A LA PESCA ILEGAL

Diferente de la situación de los extranjeros es, por supuesto, la de los ciudadanos *españoles que estén embarcados en buques extranjeros* dedicados a la pesca ilegal. Al margen de las competencias sancionadoras o penalizadoras que correspondan a otro Estado (con la lógica salvedad de evitar el *bis in ídem*), tenemos, ante todo, un *sistema sancionador administrativo* que se recoge en el Real Decreto 1134/2002, de 31 de octubre, sobre aplicación de sanciones en materia de pesca marítima a españoles enrolados en buques con abanderamiento de conveniencia, que introdujo varias medidas para desalentar la actividad de pesca ilegal por nacionales españoles, entre las que cabe destacar el establecimiento de un mecanismo para *la aplicación del régimen sancionador español a los nacionales españoles, personas físicas o jurídicas, que lleven a cabo actividades de pesca ilegal mediante buques de pabellón de conveniencia, aplicando subsidiariamente el principio de la nacionalidad sobre el de la territorialidad, cuando los*

Estados competentes según su bandera no ejerzan su jurisdicción de manera eficaz.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó diversos aspectos de la Ley 3/2001, entre otras cosas para agravar la calificación de las infracciones pesqueras cuando estas son cometidas por *personas físicas o jurídicas con nacionalidad española y vinculadas jurídicamente a buques con pabellón de países calificados por las organizaciones internacionales de pesquerías, por haber incurrido en actividades de pesca ilegal*. Asimismo, incluye como sujetos responsables de este tipo de infracciones no solo a los capitanes sino también *empresas, personas jurídicas*[20], vinculadas jurídicamente a un buque con pabellón de conveniencia o con pabellón de un tercer país no cooperante.

La cuestión que se suscita no se reduce, por supuesto, a la posibilidad de imponer sanciones administrativas, *sino a la posibilidad de enjuiciar penalmente a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española que hayan realizado actividades de pesca ilegal desde un buque de pabellón extranjero (sea o no de conveniencia).* En relación con las sanciones administrativas, ya hemos visto que se aplica *subsidiariamente el principio de la nacionalidad sobre el de la territorialidad cuando los Estados de bandera competentes no ejerzan su jurisdicción de manera eficaz.*

Entiendo que la respuesta ha de ser *abiertamente positiva* y, además, ha de darse una singular importancia a la proclamación, aunque sea en una norma no penal, de la regla de la legitimación de la propia jurisdicción ante la inhibición de la del pabellón del buque, pues podría llegar a plantearse el seguimiento del mismo principio en la jurisdicción penal.

Problema diferente, del que me ocuparé más adelante, es el que genera el uso de pabellones de conveniencia, que, por supuesto, no son solo un problema para la pesca prohibida, pues son corazas protectoras frente a otras muchas obligaciones y prohibiciones, y para eso los usan los armadores.

3.4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPETENCIA

En Derecho penal es clásica la diferenciación entre fuentes de competencia jurisdiccional, especialmente cuando se trata de competencia *extraterritorial.* La extraterritorialidad se presenta como algo excepcional, inspirado en principios también clásicos, como el real o de protección, el personal o el de justicia universal. Gracias a este último, un Estado puede juzgar hechos que no han ocurrido en su territorio y que no han sido protagonizados por sus nacionales ni como autores ni como víctimas.

Es posible que alguien considere exagerado que la protección de especies marinas pueda tener, en cuanto a la competencia jurisdiccional, una extensión similar a la del principio de justicia universal, al permitir que todos los Estados firmantes de un convenio puedan llegar, dadas unas circunstancias, a poder juzgar hechos que no se han cometido en su territorio, que no necesariamente han sido protagonizados por sus nacionales ni estos son tampoco las víctimas. La razón, es esa línea de ideas, es la presencia de un interés común en relación con un bien (los recursos marinos) que tiene un impacto directo en la preservación del equilibrio ambiental y la supervivencia de las especies.

En cuanto a la *naturaleza jurídica* de esa competencia, es evidente que no se trata de un caso de justicia universal, entre otras razones porque esos supuestos de hecho están tasados y expresamente regulados en la LOPJ. Dado que la idea es evitar la impunidad que se produciría con el juego de factores tales como el lugar del hecho, la nacionalidad del buque o de su propietario, la razón determinante de esa intervención jurisdiccional es no permitir que a la postre el hecho no sea juzgado por ningún Estado. Cuando eso sucede, estamos ante lo que en la ciencia penal se denomina *principio de justicia supletoria o suplente,* aunque formalmente no se haga uso de esa calificación.

En teoría, el Derecho español, centrado en la LOPJ, y esas son sus más graves carencias, no acoge el llamado principio de justicia suple-

toria o subsidiaria, que sí es admitido en otras legislaciones, y cuyo significado analizaremos después, ni tampoco el de *personalidad pasiva*. Gracias al principio de justicia supletoria, un Estado se declara competente para juzgar aquellos graves crímenes que, en teoría, pertenecen a la jurisdicción de otro Estado que no los va a perseguir o, con mayor importancia, aquellos en los que es imposible determinar dónde se ha producido el crimen en orden a decidir la competencia. Se trata de un principio inspirado en la solidaridad penal internacional y con un objetivo sencillo: evitar la impunidad. En cierto modo, se asemeja a la cláusula *aut dedere aut judicare,* presente en algún convenio y en cuya virtud el Estado que lo suscribe se obliga a extraditar siempre al sujeto acusado de ciertos delitos —o, si no lo extradita, a juzgarlo por el delito en cuestión—.

3.5. PESCA EXCESIVA Y PESCA PROHIBIDA REALIZADA Y VENDIDA FUERA DE ESPAÑA

3.5.1. Pesca excesiva

De la *pesca que supera las cuotas asignadas* se ha dicho con razón que, a la larga, es una actividad que va a dificultar la reproducción, pero sucede que el de «superación», por su propia condición de concepto derivado de un cálculo conjunto de «Totales Admisibles de Capturas» (TACs), *no puede reducirse a la actividad de un sujeto concreto.* Se trata de una responsabilidad de los Estados: según un estudio de la New Economics Foundation del año 2015, las cuotas pesqueras de la UE están un 20 por ciento por encima de los niveles recomendados por los dictámenes científicos, una cifra que se eleva hasta el 37 por ciento en los casos de España y Portugal.

Así y todo, por supuesto, cabe plantear *la infracción concreta* que se puede cometer aisladamente en atención a que las cuotas pueden ser asignadas por Estados, que a su vez las pueden redistribuir por flotas o zonas pesqueras. Atendiendo a ello, podría llegar a sostenerse que la actividad pesquera fuera del período autorizado para faenar es calificable como actividad que dificulta la reproducción. Pero sería excesivo llegar al Derecho penal, pues *el bien jurídico protegido (limitación de la pesca para facilitar la reproducción) se sitúa demasiado lejos de la acción de un buque concreto, que, aun siendo ilegal, resulta suficientemente sancionada en la vía administrativa*[21] y permite prescindir de una complicada interpretación del artículo 334.1 c) del Código Penal.

Por otra parte, en medios conocedores del problema se dice que los dictámenes científicos que establecen los índices de explotación máxima no son los únicos criterios que deciden a la Comisión Europea a asignar cuotas y licencias comunitarias de pesca.

3.5.2. Pesca prohibida realizada y vendida fuera de España

Claro es que puede darse venta de pesca prohibida y pesca ilegal fuera de España realizada *por buques españoles o extranjeros en los que hayan trabajado tripulantes españoles,* la merluza negra de profundidad vendida, por ejemplo, en EE. UU. por los que ilegalmente la han capturado).

En su caso, podría sostenerse la jurisdicción de los tribunales españoles para juzgar a los autores de esos hechos si fueran detenidos en España. Pero no se puede despreciar la realidad de que esa es una posibilidad muy difícil, y que poco se puede hacer si los responsables del puerto de descarga, en el ejemplo, el hecho de que sea de EE. UU. (cuestión diferente es que la pesca entre allí de contrabando) no hacen objeción alguna al desembarco de esas capturas.

3.6. OTRAS POSIBLES INFRACCIONES PENALES

Desde el comienzo de estas páginas vengo diciendo que, en derredor de la pesca ilegal y del uso de pabellones de conveniencia, se gene-

ran o conviven otros delitos, más o menos relacionados con la pesca, pero en los que priman otros bienes jurídicos. Solo a título meramente enumerativo, sin propósito de entrar en el análisis de esas infracciones, tenemos:

3.6.1. Delitos tributarios

Los delitos tributarios pueden cometer por diferentes vías. A título de ejemplo, cabe señalar las siguientes:

- Ocultación de rendimiento y ganancias de sociedades o de personas físicas.
- Fraude a través de la llamada «refacturación» de pesca por pesqueros españoles, con recompra de pesca propia a barcos y empresas supuestamente extranjeros, pero materialmente españoles.
- Blanqueo del dinero obtenido a través del delito de pesca ilegal.

3.6.2. Alteración de precios en el mercado pesquero

Como es lógico, la entrada de pesca ilegal en puertos españoles (con o sin refacturación) coloca en situación de desventaja a los que han pescado respetando todas las normas, pesqueras, laborales y fiscales. El problema es, entonces, decidir si esa actividad puede llegar a ser calificada como delito contra la libre competencia o de alteración del precio de las cosas, y la respuesta ha de darse en dos pasos:

- Sin duda alguna, se trata de conductas que pueden afectar a los precios y que suponen un grave ataque a las condiciones de igualdad en las que debe desarrollarse el negocio pesquero, lo cual les confiere una importante dimensión de *competencia desleal.*
- Lamentablemente, de acuerdo con la vigente regulación de los delitos contra la competencia por alteración de precios (*cfr.* art. 281 CP), esa clase de conductas no pueden subsumirse en los tipos de delito, que están centrados en la alteración de los precios a través de dos clases de acciones: la manipulación del mercado (difusión de noticias falsas, etc.) y la detracción de mercancías para provocar una elevación de precios.
- Todo ello es independiente de que los hechos puedan ser constitutivos de otros delitos, como el de contrabando[22].

3.6.3. Delitos contra los derechos de los trabajadores

Desde diferentes instancias se ha señalado que las legítimas preocupaciones por la pesca IDNDR, el impacto en los recursos marinos, las organizaciones criminales tejidas en torno a ellos, el abuso de banderas de conveniencia, los fraudes fiscales, parecen dejar de lado que, *además*, existe un problema que debería ser colocado a la cabeza de todos, que es el de la explotación y abuso de los tripulantes hasta niveles cercanos a la esclavitud y a la trata de seres humanos, todo favorecido por la práctica inexistencia de lo que puede tenerse como condiciones de contratación y por la dificultad de impedir abandonos e imposición de condiciones inhumanas[23].

Es claro que no estamos ante un problema de «ausencia de respuesta penal», sino de efectiva posibilidad de hacer efectiva la vigencia de la ley penal, lo cual no es sencillo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores no forman parte de los supuestos de *extraterritorialidad de la ley penal.* La competencia de los tribunales españoles ha de limitarse a los casos en los que la relación laboral ha sido creada en España.

También en este punto se impone un cambio de legislación, a la luz de lo que disponen el Convenio sobre el trabajo marítimo 200 y el Convenio sobre el trabajo en la pesca, de 2007.

4. LA PREFERENCIA JURISDICCIONAL DE OTROS ESTADOS

Hemos visto cuáles son los delitos que se pueden producir en el ámbito de la pesca ilegal. He hecho también, de pasada, alguna alusión a problemas de persecución de los delitos ecológicos o contra la fauna marina, los delitos fiscales, los de blanqueo de capitales, los delitos contra derechos de los trabajadores, los delitos contra la libre competencia o los de alteración del precio de las cosas.

La competencia penal[24] de los tribunales españoles, cuando esos hechos se producen fuera del territorio español, no es siempre sencilla. No plantea especiales problemas en caso de delitos fiscales o de blanqueo, pues la estructura de esos delitos es independiente de componentes de lugar de comisión ya que se basan en deberes de orden tributario, que se evaden, o en actividades que se plasman en el territorio propio antes o después, como es el caso del blanqueo.

Pero la cuestión se complica, como antes hemos visto, al llegar a la pesca en alta mar o aguas internacionales. Como regla básica, la comisión del delito de pesca ilegal, hecho descrito en el art. 334 del Código Penal, tal como ya he dicho antes, *puede ser juzgada por los tribunales españoles,* siempre que los autores, cualquiera que sea su nacionalidad, estén a disposición de los tribunales españoles y se cumplan los demás requisitos señalados en la LOPJ.

De esa manera, se sigue el criterio sentado por la reglamentación comunitaria, cuya vocación es ser aplicada en las aguas sometidas a la jurisdicción de países ribereños y a las actividades pesqueras realizadas en alta mar.

Pero hay importantes problemas se cruzan con esta cuestión: la jurisdicción preferente del Estado en cuyas aguas se hubiera cometido el delito o la del Estado del pabellón, y ahí se inserta el problema de los pabellones de conveniencia.

4.1. LA JURISDICCIÓN DE OTRO ESTADO O LA DEL ESTADO DEL PABELLÓN

4.1.1. La jurisdicción de otro Estado

Teóricamente, es imaginable que la pesca ilegal de una especie protegida por acuerdos internacionales se lleve a cabo en aguas de un Estado que no haya suscrito los acuerdos internacionales o que, a pesar de haberlo hecho, lo permita. No voy a entrar en los problemas de Derecho internacional que de eso se pueden derivar, sino solamente en un aspecto penal: la posibilidad de que esa *tolerancia* de un Estado genere un insalvable obstáculo: la desaparición del requisito de *doble incriminación* y, con ella, la posibilidad de que sea juzgado en España.

La respuesta, en principio, se puede extraer de lo dispuesto en el art. 23.2 de la LOPJ, que, como sabemos, condiciona la competencia 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.*

En mi opinión, y al menos cuando se trate de pesca ilegal que ha sido objeto de un tratado multinacional que compromete a los firmantes a luchar contra ella, *debe entenderse prescindible el requisito de doble incriminación.*

Problema más complejo se dará cuando «formalmente» el hecho haya sido castigado, pero solo en apariencia, con penas insignificantes o no ejecutadas, orientadas solo a generar el requisito negativo de que el hecho ya ha sido juzgado y castigado.

Volveremos a ello a propósito de lo que puede suceder, en la misma línea, con las banderas de conveniencia.

4.1.2. Los territorios flotantes

Una parte tradicional del territorio, a efectos penales, son los buques nacionales (nacionalidad determinada por el pabellón). De esa manera, el Derecho penal internacional acepta

la existencia del *mar territorial*, como es lógico, y también los por algunos llamados *territorios flotantes.*

Nuestro Derecho también los incluye en el art. 23.1 de la LOPJ[25], aunque evidentemente llamar territorio español a un buque que está fuera de España no deja de ser una *ficción jurídica*, como tantas otras construidas por el Derecho, que posibilita la aplicación de la ley penal a hechos cometidos por *cualquier persona*, aunque sea en aguas de soberanía extranjera o en alta mar, con las excepciones, por supuesto, que se deriven de los tratados o de los acuerdos internacionales. Los hechos que se cometen en el territorio de otro Estado (aguas jurisdiccionales) pueden estar sometidos también a la jurisdicción territorial de ese otro Estado, y solo los tratados o acuerdos específicos pueden dar preferencia al Estado del pabellón, ya que un Estado no puede limitar *unilateralmente* la jurisdicción territorial de otro Estado. Por lo tanto, aunque materialmente sea imposible, formalmente cabe que coexistan dos territorios nacionales en el mismo espacio físico[26].

Cuestión distinta es que se pueda limitar la jurisdicción del Estado del pabellón cuando los hechos delictivos se cometen en aguas internacionales. Una reacción primaria es, lógicamente, la de defender la prioridad del Estado del pabellón, pues parece un criterio razonable jurídicamente. Pero esa razonabilidad se tambalea cuando surge la *duda fundada de que el Estado del pabellón vaya a aplicar justicia penal de especie alguna*[27].

Diferente, aunque parecido en muchos aspectos, es el caso de los buques sin pabellón ni registro alguno, aunque puedan llevar una bandera falsa. En esos supuestos de buques «apátridas» no parece existir jurisdicción alguna, lo cual, para el conjunto de las naciones es inadmisible. Se ha dicho, pero es discutible, que si se cometen crímenes en aguas internacionales en un buque se pueden aplicar las leyes penales del país del autor o las del país de la víctima, pero eso solo es posible (dando por supuesto que el autor ha sido detenido) cuando el Estado que reclame la competencia tenga haya incorporado a su Derecho el principio *absoluto* de personalidad *pasiva* (nacionalidad de la víctima), que determina la competencia de ese Estado cualquiera que sea el lugar en que se ha cometido el delito, o *activa* (personalidad del autor), que permite aplicar las leyes de su propio Estado.

Pero esas condiciones no son ni sencillas ni fáciles de conciliar, pues ulteriormente se han de comprobar otros requisitos usuales, como por ejemplo el de doble incriminación. A modo de ejemplo de esta dificultad, conviene recordar que el Derecho español no contiene el *principio absoluto de personalidad pasiva.*

Claro está, y es importante, que también existe la competencia de la Corte Penal Internacional, pero esta se ciñe a una relación limitada de crímenes (contra la humanidad, genocidio, tortura, desplazamiento forzoso, desaparición forzada, esclavitud) que no son juzgados por el Estado del que es nacional el acusado porque el hecho no se castiga en ese Estado, no hay voluntad de castigarlo o ha sido arbitrariamente indultado o amnistiado. La legislación española (art. 23.5 LOPJ) permite declinar competencia a la jurisdicción penal española en relación con esa clase de delitos cuando se haya incoado un proceso en el Estado al que pertenece el acusado o donde ocurrieron los hechos, o cuando se haya iniciado un proceso en una corte o tribunal internacional.

En todo caso, la vía de la Corte Penal Internacional no está contemplada para cualquier clase de delito ni podría ser una solución para todos los hechos delictivos cuya persecución es dificultosa.

4.1.3. La jurisdicción preferente del Estado del pabellón

La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar[28] sienta como principio el derecho de todos los Estados a que los buques que portan su pabellón, y que, por esa causa, son *nacionales suyos,* de modo que pueden na-

vegar por todos los mares, sean o no ribereños (arts. 90 y 91).

La nacionalidad de los buques es y debe ser una *garantía para los demás Estados,* que de esa manera tienen la seguridad de que un Estado concreto garantizará el cumplimiento de las leyes y el castigo de los delitos que se cometan en o desde esos buques. También eso explica que se pueda perseguir a los buques sin bandera o con bandera falsa (art. 92)

La preferencia del Estado del pabellón está, pues, ampliamente proclamada.

El propio Convenio para la protección de las especies marinas de la Antártida se refiere a los procedimientos para el abordaje e inspección por observadores e inspectores designados por los miembros de la Comisión, así como a los *procedimientos para el enjuiciamiento y sanciones por el Estado del pabellón* sobre la base de la evidencia resultante de tales abordajes e inspecciones.

Leyendo esa disposición, parece claro que el criterio del Convenio es el reconocimiento de la preferencia del Estado del pabellón, como *no podía ser de otra forma*, puesto que difícilmente se puede imaginar un tratado internacional en el que las partes contratantes excluyan expresamente de la «igualdad como parte» a una relación de Estados bajo la imputación de ser vendedores de pabellones. A ello ha de añadirse que los convenios y tratados solo comprometen a los Estados que los ratifican.

Así las cosas, se comprende que exista un *movimiento orientado a no reconocer a esos pabellones de conveniencia,* y que, en su lugar, se busquen otras calificaciones orientadas a debilitar la pretendida *nacionalidad del buque* (como la adoptada por la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos de la Antártida a través de la Resolución 19/XXI (R01/XXI), que es la de «*banderas de* incumplimiento *aplicable a las de los Estados de pabellón […] (que) no cumplen con sus obligaciones de jurisdicción y control de conformidad con la legislación internacional* relativa a barcos pesqueros, que tienen el derecho de enarbolar su pabellón […]».

Es evidente la importancia que tienen esas líneas de actuación, que pueden permitir incluso la actuación contra barcos que practican pesca INDNR, sean o no sean firmantes del Convenio. Pero también es evidente que, *no es posible negarle la competencia penal en caso de que el Estado del pabellón reclame su preferencia jurisdiccional.*

Ese es, al menos, el principio. Cuestión diferente es lo que deba hacerse cuando ese Estado, que ha reclamado la competencia penal, *no la haya ejercido o la haya ejercido ficticiamente.*

5. LOS PROBLEMAS DE LOS PABELLONES DE CONVENIENCIA

La utilización de banderas de conveniencia no es un fenómeno nuevo; de hecho, comenzó con el comercio de los buques negreros que buscaban sortear la acción de los Estados que habían prohibido el comercio de esclavos, y continuó después siendo impulsada por empresas, principalmente norteamericanas, para eludir obligaciones fiscales[29]. Cuando un buque enarbola una bandera que no se corresponde con la del país en que reside la empresa propietaria del buque, tenemos una bandera de conveniencia.

Por supuesto, eso es solo un aspecto del problema, pues hay que añadir otros que se suman a la bandera de conveniencia, como la dificultad para detectar el domicilio real de quien sea el armador real o para determinar a quién pertenece la propiedad de la carga, o la existencia de otros buques o propiedades del armador.

En estas pocas páginas, como es lógico, solamente me ocupo de la cuestión de la bandera de conveniencia en relación con los delitos vinculados a la pesca ilegal; pero sería injusto no señalar otros supuestos de impunidad o imposibilidad práctica de exigir responsabilidades en orden a la reparación de daños causados.

Todo lo que rodea al problema de las banderas de conveniencia va *mucho más allá de la ya de por sí importante cuestión de la competencia jurisdiccional del Estado al que pertenece esa bandera.*

A modo de pequeño recuento, pueden señalarse, además de las agresiones propias de la pesca ilegal, los siguientes casos:

a) La explotación esclavista de tripulaciones[30].

b) Los desastres ecológicos de los que nadie responde.

c) La elusión de obligaciones fiscales mediante el refugio de las actividades en paraísos fiscales.

d) El incumplimiento de tratados que en ocasiones los Estados de pabellón ni siquiera han suscrito, pero que se consideran esenciales para la mayoría de las naciones.

e) La seguridad del tráfico marítimo.

f) La ayuda a toda clase de criminalidad organizada.

g) La competencia desleal para todos los armadores que, en sus respectivas actividades, respetan el Derecho nacional e internacional.

h) El abandono de buques en puerto, muchas veces dejando a las tripulaciones a su suerte.

No continuaré con la descripción de un dramático problema que es sobradamente conocido y en el que participan Estados que han hecho del «abanderamiento» una fuente de ingresos[31]. Me centraré en el hecho de que la explotación de los recursos económicos marinos está marcada por la realidad de las banderas de conveniencia. Los dedicados a la pesca ilegal pueden usar banderas de conveniencia, domicilios ficticios de las navieras, cadenas de sociedades propietarias y cuantas otras argucias sean precisas para no respetar el Derecho internacional.

Lo lamentable es que la UE no tome decisiones contundentes, y posiblemente esa es la causa de los muchos intereses navieros creados en torno a las banderas de conveniencia, pero también de las dificultades en un mundo globalizado, en el que se han de respetar las potestades nacionales a la vez que se defiende la libertad de comercio y de circulación y otros principios que, a la postre, acaban transformándose en excelentes burladeros para las actividades delictivas.

5.1. LOS RIESGOS DE LA «JUSTICIA PENAL FICTICIA»

Para encuadrar adecuadamente esta cuestión, es preciso tener en cuenta que estamos pensando en la conducta de Estados calificados como «no cooperadores» en la lucha contra la pesca ilegal. En la UE existe incluso una «lista negra» de esos Estados, y está precisamente orientada a lograr una cooperación internacional efectiva para combatir la pesca ilegal, *para asegurar que los operarios que quieran saltarse la ley no puedan cambiar simplemente la bandera de sus barcos a fin de evadir responsabilidades*. La inclusión en esa lista no es algo meramente simbólico, sino que comporta consecuencias, entre ellas, como es lógico, las que afectan a la imprescindible *reciprocidad* en las relaciones internacionales y, en especial, a la aplicación práctica de los principios del Derecho penal internacional o internacional penal. En el plano comercial, el Consejo de la UE tiene decidido que queda prohibida la importación en la UE de los productos de la pesca capturados por buques que enarbolen el pabellón de esos países.

En ese marco se han de encuadrar reglas como, por ejemplo, el art. 54 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen[32] (CAAS) o el art. 20.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[33]. En todas ellas late una misma idea: el respeto a la cosa juzgada internacional exige que *realmente se haya producido un proceso y una condena comparativamente adecuada.*

Así las cosas, y partiendo de esas prevenciones, se puede entrar en el tema de un grave riesgo, que podría darse en la práctica —o no, eso es cosa diferente—: que un Estado, competente por un domicilio ficticio o competente por razón del pabellón ejerza la jurisdicción penal de manera que favorezca los intereses de los infractores. En este supuesto, pueden tomarse dos vías:

a) Aceptar denuncias contra buques portadores de su pabellón para luego imponer condenas simbólicas que generen efecto internacional de *cosa juzgada,* en orden a la operatividad de la condición de que el hecho no haya sido ya juzgado en otro Estado.

b) Reclamar la competencia cuando un Estado incoe procedimiento penal contra un infractor por haber cometido delito desde un buque portador de bandera de conveniencia.

Tanto en uno como en otro caso se plantearía la misma cuestión: ¿debe un tribunal, —concretamente, un tribunal español— aceptar que el hecho ya ha sido juzgado en otro país y que, por lo tanto, no puede ser juzgado de nuevo? Y, en segundo lugar, ¿es atendible una demanda de extradición cuando se tiene la seguridad de que su objetivo no es realmente someter al extraditable a un auténtico proceso penal?

La respuesta es, en el fondo, común para ambos casos. En relación con los hechos que pueden conocer los tribunales españoles en supuestos de delitos de pesca ilegal, la invocación de que el hecho ha sido ya juzgado en el Estado del pabellón puede ser rechazada si se trata de una condena meramente simbólica, sin contenido punitivo alguno. Es cierto que la condición marcada por la LOPJ es que el hecho «*no haya sido juzgado ya*», condición coherente con el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[34]. Una primera variante de esa regla se produjo, gracias al antes citado Estatuto de Roma, con los crímenes contra la humanidad, respecto de los cuales no se respetan los pseudoprocesos[35] o las amnistías o indultos dictados en los Estados en los que se produjeron los delitos. Es otro precedente a tener en cuenta.

Es cierto que en ningún momento se dice que haya sido «juzgado *de verdad*», pero la LOPJ también ha de ser objeto de interpretación, como cualquier otra ley, y no debe olvidarse que el Convenio de protección de la Antártida frente a la pesca ilegal, *obliga a los Estados (y a sus tribunales) a aportar en defensa de los principios del convenio su competencia jurisdiccional*. Por eso mismo, el tribunal español podría decidir si la sentencia dictada es una reacción adecuada de acuerdo con el sentido de los convenios internacionales de lucha contra la pesca ilegal y, de no ser así, rechazar la *excepción de cosa juzgada internacional,* pues de no operar de esa manera —rechazar lo que con razón se ha calificado de «cosa juzgada fraudulenta»— desaparecería cualquier esperanza de eficacia del Derecho internacional penal[36].

En cuanto a la petición de extradición o la reclamación de preferencia jurisdiccional, el art. 9.3 de la Ley de Extradición Pasiva prevé una solución, inspirada en el fondo en las mismas ideas, toda vez que el proceso de extradición pasiva tiene una fase política o ejecutiva previa: «[…] El Ministerio de Justicia, en un plazo máximo de ocho días, computados desde el siguiente al de la recepción de la solicitud, o en su caso, de los justificantes, aclaraciones o traducciones por él reclamados, elevará al Gobierno propuesta motivada sobre si ha lugar o no a continuar en vía judicial del procedimiento de extradición […] El Gobierno adoptará su decisión dentro del plazo de quince días, contados desde la elevación de la propuesta por el Ministerio de Justicia […]». Siendo así, es lógico pensar que una extradición solicitada por un Estado calificado como *no colaborador* en la eficacia de un tratado internacional suscrito por España debería ser rechazada tan pronto como se percibiera que el objetivo último de la misma sea solamente proteger al responsable de la pesca ilegal.

6. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVA Y LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

6.1. LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Con lo dicho hasta ahora, es fácil concluir que la nacionalidad de la persona que ha realizado el delito de pesca ilegal y por cualquier razón ha sido detenida en España, no supone obstáculo alguno para la aplicabilidad de le ley penal, con independencia del lugar en el que cometió el delito. De nuevo, surge, claro está, el posible problema de que aparezca una solicitud de extradición emitida por un Estado que se considere preferente por razón territorial o de pabellón.

Si eso sucediera, la posibilidad de *denegar la extradición por falta de fiabilidad de la justicia penal de ese Estado* tendría que ser asumida por las razones que antes he indicado.

6.2. LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS DAÑOS TRANSNACIONALES

En materia de daños ambientales, que incluyen los daños a la fauna marina, es motivo de preocupación la *impunidad de sociedades multinacionales residenciadas en el mundo desarrollado o en paraísos fiscales*, que cometen sus abusos ya en el tercer mundo o en espacios de imprecisa jurisdicción (como es el caso de las aguas internacionales) y que disfrutan de todas las ventajas de los negocios ilícitos. Pero el análisis de ese gravísimo problema humano y jurídico tendría que ser objeto específico de otro trabajo. A buen seguro que los habrá, ya que la importancia de la cuestión no consiente que se trate como una simple repetición del abuso de los países ricos sobre los países pobres —entre otras cosas, porque es inadmisible confundir a un Estado con una empresa multinacional—. Pero ahora hemos de ocuparnos de los específicos problemas que plantea la persecución penal de las personas jurídicas cuando se dedican a la pesca ilegal.

La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas da entrada a un problema nuevo: el establecimiento de la competencia jurisdiccional penal para los delitos que cometan, dado que esas personas pueden a su vez *ser multinacionales*. El problema es grave, porque normalmente la justicia penal del Estado en que haya acaecido el hecho podrá alcanzar a juzgar, como mucho, a las personas físicas que han actuado, pero no será fácil llegar a la persona jurídica de la que dependen y, como máximo, esa persona jurídica podrá ser formalmente encausada, sin que sea fácil hacer efectiva la condena. Es posible que un Estado proceda criminalmente contra empresas domiciliadas en ese Estado como también lo pueden estar en otro, lo cual no resuelve el problema principal, a saber: que cuando se declara la competencia penal respecto a los delitos cometidos por (o contra) los nacionales de un Estado no queda resuelta sin más la complicada cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas, problema que se estudia en Derecho internacional y mercantil, pero que, en el ámbito penal, puede generar dificultades.

Ahora bien, en lo que se refiere específicamente a la pesca ilegal, entiendo que, del mismo modo que pueden juzgar a los autores sin limitaciones derivadas de la nacionalidad de estos (no entro ya en la posible preferencia jurisdiccional de otro Estado), los tribunales españoles *pueden declarar a la vez la responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo interés hayan obrado.*

Dicho esto, pero retornando *a la realidad de las cosas,* forzoso será reconocer que la efectividad de la declaración de responsabilidad penal de personas jurídica tropieza con dificultades casi *insalvables:*

– Como antes se ha señalado, una característica de los negocios ilegales marítimos es que, en los casos de buques con pabellón de conveniencia, existe una empresa por buque, y eso es así precisamente para poder burlar cual-

quier responsabilidad patrimonial que se quiera acordar. Y ello en el casos de que el buque haya sido aprehendido, pues de lo contrario ni siquiera cabría esa posibilidad.

– En el supuesto de que sea fácil determinar cuál es la nacionalidad de la persona jurídica[37] en cuyo interés han obrado las personas físicas sometidas a proceso penal, habrá de ser llamada juicio, citación que tendrá éxito o no; teniendo en cuenta el carácter de las empresas dedicadas al negocio de la pesca ilegal, es difícil que esa llamada sirva de algo.

– Asimismo, en el supuesto de que se quiera contar con la colaboración del Estado al que pertenezca esa empresa, y esa colaboración sea posible (lo que es mucho suponer), será preciso también que se cumplan las condiciones derivadas del principio de doble incriminación, esto es, que en su legislación penal también sea posible derivar responsabilidad criminal de personas jurídicas por esa clase de delitos.

Claro es que también queda la vía de renunciar a la declaración de responsabilidad penal de la empresa propietaria del buque o de la carga y limitarse a reclamar las reparaciones económicas que se estimen oportunas, si estas se impusieran. También eso dependerá de que el otro Estado esté dispuesto a exigir el cumplimiento de acuerdos de responsabilidades civiles dictados en el marco de un tratado internacional (por ejemplo, el Convenio de Lugano)[38]. Pero lo cierto es que cuesta mucho superar el escepticismo.

Se dirá que faltan *normas de Derecho internacional penal* capaces de afrontar estos problemas, pero lo cierto es que la competencia de los Estados para enjuiciar hechos delictivos que han sido cometidos en aguas internacionales no está suficientemente desarrollada. Es verdad que, en algunos casos —como el de la pesca ilegal—, la competencia de los Estados ribereños, si es que estos desean ejercerla, es clara, aunque en muchas ocasiones no la ejerzan, pero se puede fundamentar la competencia propia, siempre que un tratado ayude a ello, circunstancia que puede no darse.

Para algunos, la solución ideal sería proclamar que los delitos de esa clase quedan sometidos al principio de justicia universal, pero eso sería de muy difícil consecución y poco practicable. Lo único tal vez viable sería, con las cautelas precisas, abrir el paso al principio de justicia supletoria, guiado por la sencilla regla de que, en todo caso, la impunidad ha de evitarse.

6.3. EL PROBLEMA DE LOS *HOLDINGS* ENCUBIERTOS

En el apartado precedente se ha planteado la posibilidad de aplicar las disposiciones penales sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a las empresas responsables de esos delitos, prescindiendo, por un momento, de los problemas de competencia jurisdiccional penal y de la concreta calificación penal de los hechos enjuiciables. Pero, tal como planteó la profesora Valeije Álvarez[39], en el campo de la pesca prohibida o ilegal las tramas de empresas, españolas o extranjeras, son muy espesas, y eso dificulta apreciar que se está ante *una sola empresa* que tiene múltiples «caras» aparentemente sin relación entre sí.

Ante esa realidad, Valeije se preguntaba con razón cuál es la causa de que en el Derecho penal no se aplique la vía de la simulación contractual o levantamiento del velo societario para evitar el abuso de personalidad jurídico societaria como en Derecho mercantil o Derecho laboral, que levantan el velo incluso en los casos de grupos de sociedades. Si así se hiciera, podría detectarse la existencia de una sola sociedad, subdividida formalmente en muchas sociedades, muchas de ellas de simple fachada, pero que tienen entre sí confusión de patrimonio, de plantillas, unidad de caja, un mando único, mando que los trabajadores de cada «empresa» puede que ni siquiera sepan dónde está. La Directiva 94/45/CE del Consejo de 22 de septiembre de 1994 sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria tiene presente estas

situaciones, aunque no recoge la clase de problemas que se producen en el mundo de la pesca ilegal.

En relación con estas cuestiones pueden decirse muchas cosas, pero eso desbordaría los objetivos de este trabajo. No obstante, es preciso recordar algunos problemas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) que no han sido resueltos:

a) En primer lugar, en el régimen de la RPPJ del Derecho penal español parece ignorarse lo que son los *holding*; en ellos se toman decisiones desde la empresa matriz, pero sus responsables no están presentes en la empresa subordinada, pues por definición esos sujetos no son integrantes de un órgano de *esa* persona jurídica ni ostentan facultades de organización y control *dentro de la misma.* Simplemente, participan en la toma de decisiones de la empresa principal, que la subordinada ejecutará. La única solución será, en tales casos —pero con grandes dificultades, pues se cruzarán problemas de nacionalidad de las empresas materialmente «filiales» o controladas—, dirigir la posible RPPJ a la empresa matriz.

b) En segundo lugar, la creación y utilización de sociedades ficticias, que no tienen otra finalidad que la de desviar obligaciones laborales o tributarias, no recibe, que doctrinalmente se ha reclamado con frecuencia, y que, incluso, aparecía en el anteproyecto de 2007, no ha llegado al Código Penal.

Así las cosas, la posibilidad de dirigir eficazmente la acción penal contra una empresa controladora de un enjambre de empresas diseminadas por diferentes lugares del mundo, en aplicación del régimen legal de la RPPJ, resulta altamente improbable.

Las consecuencias de esa realidad, no se plasman solamente en el problema de la pesca ilegal, sino también en los delitos fiscales y los delitos contra los derechos de los trabajadores, aspecto antes mencionado.

7. LA ÚLTIMA Y PREOCUPANTE JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL: UN PASO ATRÁS

De consecuencias impredecibles para la lucha contra la pesca ilegal, y para la propia respetabilidad de España en cuanto Estado miembro del Tratado Antártico[40], puede considerarse la STS 974/2016 de 23 de diciembre. En ella, el Tribunal Supremo archiva causa seguida en la Audiencia Nacional contra varios armadores españoles por delitos asociados a la extracción de austromerluza o «merluza negra» en aguas internacionales del océano Antártico por falta jurisdicción de los tribunales españoles. Veamos, en síntesis, la sentencia y el voto particular. Luego expondré mi opinión, que, por demás, puede deducirse fácilmente de todo lo antes expuesto.

7.1. LA SENTENCIA Y EL VOTO PARTICULAR

La tesis de la sentencia se resume, en lo más importante, del siguiente modo:

a) De acuerdo con lo que dispone el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los tribunales españoles no tienen capacidad jurisdiccional para conocer de los concretos delitos investigados en la causa (protección de la fauna, falsedad, blanqueo de capitales y organización ilícita) cometidos en aguas internacionales por barcos españoles.

b) Los hechos tuvieron su punto de partida el 6 de enero de 2015, cuando una patrullera de Nueva Zelanda abordó el buque pesquero *Shongua* que se encontraba pescando*, bajo pabellón de Guinea*

Ecuatorial, en aguas internacionales del océano Antártico. Días más tarde, el 13 de enero, patrulleras de Nueva Zelanda abordaron también a los pesqueros *Yongding* y *Kunlun*, bajo *idéntico pabellón* que el anterior, cuando faenaban en la misma zona.

c) Los buques faenaban en el área regulada por la Convención sobre la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos, de 20 de mayo de 1980.

d) Tales hechos estarían siendo llevados a cabo por los investigados y sus beneficios económicos supuestamente blanqueados a través de un entramado societario radicado en España y fuera de nuestro territorio.

e) El *principio de personalidad* (artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) no ofrece cobertura para afirmar la capacidad de jurisdicción de los tribunales españoles en este caso. Este principio asocia la aplicación de la ley penal de un Estado a la condición de ciudadano de este, más allá del lugar en el que se encuentre en territorio extranjero.

f) La doble incriminación actúa, por tanto, como *conditio sine qua non* para que el delito cometido fuera de España por un español o por un extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad con posterioridad al hecho imputado pueda ser investigado y enjuiciado por los tribunales españoles.

g) El ciudadano español que viaja más allá de nuestras fronteras no lleva en su mochila un Código Penal con vocación de reprimir hechos cometidos allí donde tales conductas no han sido penalmente desvaloradas por el legislador del país de destino. De ahí la trascendencia de la doble incriminación como elemento llamado a contrarrestar cualquier tentación de vigencia ultraterritorial de la ley penal, más allá de la referencia axiológica que impone la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados.

h) La ley indica que la jurisdicción española sí conocerá de hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como una serie de delitos entre los cuales no están los que se imputan a los acusados.

i) Los delitos contra el medio ambiente por pesca ilegal (arts. 335 o 336 CP), falsedad documental (arts. 390 y 392 CP) o integración en grupo u organización criminal (arts. 570 ter 1 y 570 quáter 2 y 3 CP) no protegen, a juicio del legislador, un bien jurídico de valor singular para la comunidad nacional, hasta el punto de que resulte justificado romper las barreras impuestas por el principio de territorialidad, indica el Supremo.

j) Ni la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos del Antártico, ni los preceptos indicados de la Ley Orgánica del Poder Judicial española proporcionan las bases necesarias para la proclamación jurisdiccional.

El voto particular, formulado por Antonio del Moral, coincide en muchos puntos con las ideas expresadas en este trabajo. Parte de una cuestión previa —la improcedencia de un recurso de casación frente al auto de la Audiencia— para, además, entrar en cuestiones sobre el fondo. Pero, en lo que aquí interesa, destaca con rotundidad que «[…] no hay base material ni jurídica suficiente en el actual estado de las actuaciones para concluir con rotundidad, como hace la sentencia mayoritaria, que la jurisdicción penal española carece de competencia para conocer de ninguno de los diversos hechos que se están investigando […]».

En ampliación de su tesis, añade que los *investigados ostentan la nacionalidad española* y al parecer residen en España. Partiendo de ello, se plantea la posible aplicación del principio de

personalidad (art. 23.1 LOPJ) y se centra en el criterio mayoritario, que lo rechaza por no cumplirse el requisito de doble incriminación. Rechaza la necesidad de cumplir con este porque: «[…] Que los hechos no sean constitutivos de delito en Nueva Zelanda es indiferente. Hay que estar, sin perjuicio de matices que luego se introducirán, al pabellón del barco, Guinea Ecuatorial, que determina su nacionalidad y atrae la jurisdicción […]», y se desconoce si en Guinea Ecuatorial existe o un delito similar al español de pesca ilegal.

En seguida, el autor del voto sale al paso de su propio razonamiento, indicando que un hecho *cometido en aguas internacionales no puede considerarse ajeno a cualquier norma jurídica,* como si no hubiera más excepciones que las derivadas del principio de justicia universal.

Eso se agrava con el problema de los pabellones de conveniencia: no puede asumirse que las embarcaciones sin pabellón o las que llevan varios pabellones o un pabellón de conveniencia, sin vínculos reales con el país, no están sometidas a jurisdicción alguna y, por lo tanto, pueden hacer, en aguas internacionales, lo que les venga en gana, incluyendo, señala Del Moral, el asesinato de náufragos y otras atrocidades conocidas. Y concluye: «[…] Resulta un sinsentido premiar a quienes navegan sin pabellón o con una Bandera de conveniencia o no auténtica con el propósito de sacudirse del imperio de toda legislación nacional […]».

Termina el voto haciendo constar la perplejidad que produce la facilidad y falta de razonamiento con que la sentencia mayoritaria rechaza también la competencia para conocer de los delitos de falsedad.

7.2. VALORACIÓN CRÍTICA

Personalmente, *comparto la conclusión* del voto particular de Antonio del Moral en cuanto considera inadecuado rechazar la competencia jurisdiccional de los tribunales penales españoles para conocer de esos hechos.

El razonamiento, en el que puedo no tener razón, para llegar a esa conclusión difiere en algunos puntos:

a) La sentencia parte de que la pesca ilegal no tiene cabida en el artículo 23.2 de la LOPJ y de que tampoco la tienen los delitos de falsedad, blanqueo de capitales y asociación ilícita. A juicio del Tribunal Supremo, ni la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos del Antártico ni los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial española proporcionan las bases necesarias para sostener la competencia de la jurisdicción española. Esa tesis no puede suscribirse sin discusión.

b) Dejaré de lado los temas de la falsedad, el blanqueo de capitales y la asociación ilícita, pero no sin subrayar que en esos delitos el elemento relativo al lugar de comisión del hecho tiene una importancia menor, pues la actividad de blanqueo de capitales seguirá existiendo en el territorio nacional —la propia sentencia admite que los beneficios de la actividad pueden ser blanqueados a través de un entramado societario radicado en España y fuera de nuestro territorio—, al igual que la organización criminal o la utilización de documentos falsos. Dejar fuera de perseguibilidad esos hechos en nombre de que quedan fuera de los supuestos de extraterritorialidad supone despreciar la estructura típica de esa clase de delitos.

c) Fuera de duda está que los hechos se cometieron en *aguas internacionales,* desde un pesquero propiedad real de españoles, que enarbolaba bandera de conveniencia de Guinea Ecuatorial, Estado del que, hasta hoy, se desconoce que haya hecho esfuerzo alguno por juzgar los delitos que se cometen en buques que portan su bandera.

d) La zona en la que se cometieron los hechos está incluida en el área de apli-

cación de la Convención sobre la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos, de 20 de mayo de 1980, que, como se ha dicho, se incluye en el Tratado Antártico, del que España es parte.

e) La competencia de los tribunales españoles *no ha de buscarse a través del principio de personalidad,* sino del art. 23.4 LOPJ, que establece las obligaciones de juzgar derivadas, entre otras fuentes, de tratados internacionales suscritos por España. Como dije antes, los tribunales españoles han de juzgar c*ualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro.* En este caso, tenemos el Convenio de Conservación de la Antártida, parte del Tratado Antártico, del que deriva la obligación de las partes de perseguir y juzgar con arreglo a las leyes españolas, que, a su vez, integran al tratado (concretamente, a través del concepto de especies protegidas) *a cualquier persona española o extranjera que haya cometido esos hechos en aguas afectadas por el Tratado Antártico.*

f) Llevando el razonamiento *ad absurdum,* asumiendo indirectamente la tesis del Tribunal Supremo, llegaríamos a la conclusión de que en aguas internacionales no habría competencia jurisdiccional ni de España ni de nadie, con la consecuencia de que la pesca de las especies que un tratado *quiere proteger* no puede ser perseguida por los propios Estados que suscriben un convenio. Solo se perseguiría la pesca de especies protegidas cuando esta se lleve a cabo en aguas jurisdiccionales de un Estado que, *además*, *quiera proteger sus recursos naturales.* Para llegar a esta conclusión no hacía falta ningún convenio.

g) Ante la imposibilidad metodológica de sostener que un tratado se niega a sí mismo al no poder ser aplicado en la práctica —o, peor aún, que puede permitir abordajes, registros, inspecciones, detenciones, pero no enjuiciamientos—, lo lógico, para evitar ese sinsentido, es reconocer la competencia de los tribunales españoles para juzgar esos hechos cometidos por españoles o extranjeros en aguas internacionales, *pues cualquiera otra interpretación conduce al absurdo.*

h) El requisito de *doble incriminación* no puede operar cuando la conducta se ha descrito en un instrumento multilateral, como es un tratado, que produce el efecto de incorporar la declaración de ilegalidad de una conducta a todos los Derechos internos de los Estados firmantes. El sentido de ese principio se concreta en la aplicación del principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ), pero no en el presente caso. Por eso, y por otras razones, es inadmisible la idea de que el español no viaja con un código penal «[…] con vocación de reprimir hechos cometidos allí donde tales conductas no han sido penalmente desvaloradas por el legislador del país de destino […]», pues eso no tiene sentido cuando no se «viaja» a país alguno, sino a aguas internacionales sujetas a lo dispuesto en los tratados. La asunción conceptual de la existencia de espacios absolutamente carentes de ley aplicable es un postulado inadmisible en el siglo XXI.

Cuando esto escribo, *ha sido aceptado por el TS un recurso* contra la Sentencia presentado por *Oceana*, una ONG ecologista que ha alegado indefensión porque no fue escuchada en el juicio. Teóricamente, es posible que el Tribunal Supremo aproveche la oportunidad para cambiar su criterio, aunque desgraciadamente no parece fácil que eso suceda.

8. LA PESCA EXCESIVA

La frontera entre la pesca prohibida y la pesca ilegal es, a veces, borrosa; el propio concepto de especie protegida es difuso. La pesca prohibida de especies protegidas, por supuesto, reduce las posibilidades de reproducción de la especie afectada, pero *no todo lo que acaba dañando a la supervivencia de una especie tiene el carácter de pesca prohibida.* Por lo tanto, las nociones de especie protegida, pesca prohibida, pesa ilegal y pesca no regulada son diferentes, aunque puedan tener un común denominador: que se trata de conceptos que, en todo caso, implican que no es posible la pesca limitada y descontrolada de la especie afectada por protección, prohibición o regulación.

Si la pesca de una especie está regulada de una u otra manera, cualquier actividad de pesca a ella referida será «ilegal», lo cual no significa ni que se trate de una especie protegida ni que estemos en el territorio jurídico del Derecho penal, lo que no impide que el Derecho administrativo intervenga y sancione actividades pesqueras. El Derecho penal castiga:

a) Pescar, dificultar la reproducción o migración y traficar con especies *protegidas* (art. 334.1 CP), con un tipo cualificado si se trata de *especie protegida en peligro de extinción* (art. 334.2 CP).

b) Pescar una especie estando *prohibido* hacerlo, y esa prohibición no depende de que se trate de una especie protegida, sino que puede tener otras razones (art. 335.1 CP).

c) Pescar en zonas sometidas a concesión o autorización sin el debido título administrativo habilitante (art. 335.2 CP).

d) Pescar utilizando medios prohibidos, como los venenos o los explosivos (art. 336 CP).

Los hechos más gravemente penados son los reseñados en a) y d). Ciertamente, la diferencia entre las dos primeras conductas puede resultar poco clara, pero eso viene motivado por la concreción del concepto de «especie protegida». Si se acude al Catálogo nacional, que obra en el Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas, comprobaremos que la merluza negra de profundidad no aparece en el mismo, que no menciona al *Dissotichus eleginoides* ni el *Dissostichus mawsoni*. Algunos intérpretes de la ley (entre ellos, la Audiencia Nacional) limitan la indagación a ese catálogo *como si no cupieran más fuentes interpretativas de un elemento normativo del tipo que el Derecho interno,* en este caso el RD 139/2011.

Si nos detuviéramos en ese punto, tendríamos que la pesca de una especie como la merluza antártica de profundidad, en la medida en que pueda estar parcialmente autorizada, pierde la condición de protegida y pasa a la de pesca sometida a regulación —de menor significación penal— y, por ello, su práctica podría subsumirse en el art. 335.1 CP.

Pero esa interpretación parte de un error de enfoque: entender que solamente la legislación nacional puede determinar lo que es una especie protegida, lo cual no es cierto, pues eso también pueden hacerlo, y con eficacia para el Derecho interno, los tratados internacionales suscritos por España, como la ya citada Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos de la Antártida (CCRVMA), que *considera especie protegida* a la merluza negra de profundidad, pero la Convención no lo hace incluyéndola en un catálogo, sino que parte de una declaración de principios y un desarrollo de esos principios. Veamos:

El preámbulo de la Convención declara que las Partes contratantes reconociendo la importancia de salvaguardar el medio ambiente y de *proteger la integridad del ecosistema de los mares* que rodean la Antártida […] reconociendo las responsabilidades fundamentales de las Partes Consultivas del Tratado Antártico en materia de *protección y preservación del medio ambiente*

antártico y, en particular, sus responsabilidades en virtud del párrafo 1, (f) del artículo IX del Tratado Antártico con respecto a la protección y conservación de los recursos vivos de la Antártida. Sigue el art. IX de la Convención, atribuyendo a la Comisión (CCAMLR) la facultad de *designación de especies protegidas*.

En uso de esa potestad, la Comisión declara áreas de protección, zonas marítimas concretas, como la incluida en el Tratado Antártico, en las que se encuentran especies muy vulnerables, como la merluza de profundidad o el *krill.* El control de actividades sobre esas especies, especialmente, la merluza de profundidad, incluye el seguimiento por satélite y la vigilancia de las marinas de guerra de los Estados más próximos.

A partir de estos datos, puede salirse al paso de una idea muy extendida en relación con el concepto de especie protegida, que solo merecen esa consideración las que se encuentren en el catálogo nacional y, en segundo lugar, que son aquellas respecto de las cuales la pesca está *absolutamente prohibida.* Esta segunda condición puede no cumplirse si se establecen cupos cuantitativos y temporales, pero no por ello se perderá la condición de «protegida» que procede de estar *incluida en una política de protección,* y eso se cumple sobradamente en relación con la merluza de profundidad.

Cuestión diferente es que la preferencia por aplicar el artículo 335 CP, en concreto, en relación con el caso que se contempla en estas páginas, *no varía las conclusiones,* pues si el Tribunal Supremo llega, como veremos, a excluir la aplicación de la ley penal española no es por resistencia a aplicar el art. 334 CP o el 335 CP, sino por su *negativa a aceptar que los Tratados generen extraterritorialidad de la ley penal española.*

Es posible, sin duda, que el legislador penal español no pensara en las obligaciones internacionales en el momento de redactar los arts. 334 y 335 del CP, y, aún menos, en las obligaciones que se derivarían de la pertenencia de España a la UE por la vía de los tratados que esta suscribe.

NOTAS

1. Este pequeño estudio tiene, en parte, su origen en la conferencia que pronuncié en el Colegio de Abogados de Vigo, promovido por la profesora Dra. Inma Valeije, en un Curso sobre «El papel de los pabellones de conveniencia en el sector de la pesca y normativa de la Unión Europea». Workshop Jean Monnet Module «Summer Course Crossing Borders in the European Area of Justice: Civil, Commercial and Criminal Matters (Ref. 2013/2942)», organizada por el Centro de Excelencia Europeo Jean Monnet de la Universidade de Vigo con la colaboración del Colegio de Abogados de Vigo el 15 de junio de 2016

2. Del tema me ocupé en Quintero (2006).

3. *Cfr.* Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la orden europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros de 13 de junio de 2002 y Ley 3/2003, de 14 de marzo y Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre orden europea de detención y entrega, actualmente integrada en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, como Título II.

4. En el tema del mandato europeo de arresto, sin cuestionar su enorme importancia como avance en orden a la unificación de la justicia penal en el territorio UE, conviene ser prudentes y no caer en la equivocada idea de que constituye una extensión «europea» de la competencia de todos los jueces penales de la UE: no es eso, entre otras cosas, porque tiene importantes restricciones y limitaciones. Es cierto que el llamado «euroarresto» —prescindiendo de sus actuales restricciones— es imprescindible para una política unitaria de lucha contra la criminalidad.

5. Se expresa en la STS 974/2016 de 23 de diciembre, por la que el TS archiva una causa por extracción de merluza negra en Antártico por falta jurisdicción tribunales españoles. La sentencia incluye un importante voto particular.

6. *Vid*., especialmente, el Reglamento de la UE para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, que entró en vigor el 1 de enero de 2010, y la normativa vinculada al mismo. Una exposición completa (hasta 2008) de la producción normativa de la UE con relevancia para el Derecho penal puede verse en Arroyo y Nieto (2008); VVAA (2009); Quintero (2009) o en las Decisiones Marco de la Unión Europea (2009).

7. Un pabellón de conveniencia (*flag of convenience* o FOC en sigla inglesa) es aquel que un buque enarbola y es de un país diferente al de su propietario. Eso significa que entre el naviero y el Estado del pabellón solo hay una relación formal, determinada por el registro del buque en ese Estado y nada más. Con ello se consiguen ventajas económicas y de toda clase respecto del país de origen.

8. El Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto Destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada fue aprobado por la Conferencia de la FAO durante su 36º período de sesiones (Roma, 18-23 noviembre de 2009), de conformidad con el párrafo 1 del artículo XIV de la Constitución de la FAO, por medio de la Resolución 11/2009 de 22 de noviembre de 2009. Todos los Estados de la UE participan en ese convenio. Es un instrumento esencial para la lucha contra la pesca ilegal, la pesca no declarada y la pesca no reglamentada, así como la pesca irresponsable de especies sobre las que no hay reglamentación.

9. Informe del C. de E. Nº: E 2/2007 sobre la Adaptación del Ordenamiento jurídico español a las nuevas exigencias internacionales y de Derecho comunitario europeo relacionadas con la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (pesca INDNR). Consejo de Estado, julio, 2009.

10. Reglamento (CE) No 1005/2008 del Consejo de 29 de septiembre de 2008.

11. La conveniencia de aplicar sanciones penales fue indicada por el Consejo de Europa en su Resolución 28/1977, relativa a la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente. Posteriormente, en 1999 se aprobó el Tratado de Amsterdam, y bajo su vigencia, se adoptó el programa de Tampere (en octubre de 1999), que expresamente se refería a la necesidad de tutelar el medio ambiente a través del Derecho penal. Luego llegaría la Directiva 2008/99/CE del Parlamento y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Sobre el tema, ampliamente, puede verse Quintero (2013).

12. En relación con el concepto de mar territorial, hay que señalar que actualmente, y tras una evolución que ha ido de una relativa imprecisión a una concreción acorde con el Derecho internacional marcado especialmente por la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958, a la que España se adhirió con fecha 25 de febrero de 1971. En el Derecho español, la norma fundamental es la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial. De acuerdo con lo que se establece en esa ley, la anchura de esa zona es de doce millas marinas, que es el límite más común entre los Estados y por eso es considerado acorde con el Derecho internacional. Es también el límite válido a efectos pesqueros (Ley 20/1967, de 8 de abril) y fiscales (Decreto 3281/1968, de 26 de diciembre). Hay que tener en cuenta también las potestades que en diversas materias confiere a cada Estado la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, según la cual el Estado, en la franja contigua al mar territorial, que no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas, puede tomar medidas para prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios.

13. Para profundizar en el alcance de la Convención, *vid*. Cervera Pery (1992).

14. Me refiero en concreto al problema del *Brexit,* pues la salida de la UE decidida por los británicos —no entro en la discusión sobre cómo se llevará a cabo— parece agradar al sector pesquero británico mediano y pequeño, cuyo mercado es exclusivamente el interior, y que se oponía tradicionalmente a la posibilidad de que otros buques de otros Estados de la UE pudieran faenar en sus aguas. *Cfr.*, información de *El País*, 20/06/2016, «Los pescadores británicos enarbolan la bandera del "Brexit"». En cambio, el *Brexit* supone un grave problema para las compañías propietarias de grandes buques pesqueros, que deseaban continuar en la UE (disfrutando de sus cuotas pesqueras alcanzadas por tratados).

15. La aplicación en la UE, y por tanto en España, del Convenio CITES se lleva a cabo mediante el Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, y mediante un reglamento de ejecución más detallado: el Reglamento (CE) 865/2006 de la Comisión de 4 de mayo de 2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 338/97.

16. Francia mantiene la exclusividad de la pesca de la merluza negra en sus aguas territoriales, que se extienden 360 kilómetros alrededor de las islas de Kerguelen, Crozet y St. Paul Amsterdam, cerca de la Isla Reunión, capital de los territorios árticos franceses.

17. Indebidamente, pues, como destaca el voto particular suscrito por Antonio del Moral, el auto de la Sección Cuarta de lo Penal de la Audiencia Nacional, que era el recurrido en este caso, no era recurrible en casación ante el Tribunal Supremo.

18. Cuestión distinta, en la que no voy a entrar, es la absurda regla que atribuye el conocimiento y fallo a la Audiencia Nacional.

19. Por razones históricas, hay que entender que esta regla, en lo que se refiere a «españoles» solo está dirigida a personas físicas, pues es anterior a la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero, evidentemente, y como luego veremos, no determina una exclusión competencial.

20. Es claro que se trata de una norma administrativa, pero evidentemente marca una dirección lógica del Derecho: de las acciones ilegales responden tanto las personas físicas como las jurídicas, también penalmente. Cuestión diferente, y de difícil solución como en su momento veremos, es determinar cuándo una persona jurídica es «española» a efectos penales.

21. *Cfr.* art. 100. 3, letra e de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, revisada en 31 de julio de 2015. Se califica como infracción grave la captura, tenencia, transbordo, desembarque, custodia o almacenamiento, antes de su primera venta, de especies pesqueras no autorizadas o de las que se hubieran agotado los totales admisibles de capturas (TACs) o cuotas.

22. No hay que olvidar que, según informaciones más o menos fidedignas, es enorme la cantidad de pescado de contrabando que se consume en Europa.

23. *Cfr.* Entrevista a Luz Baz Abella, Inspectora de la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte, en *Faro de Vigo,* 04/04/2015.

24. La competencia en materia sancionadora administrativa es mucho más clara, a tenor de los dispuestos en el art. 104 de la Ley 3/2001 de Pesca marítima del Estado, que establece: «Infracciones muy graves. 1. A los efectos de la presente ley se consideran infracciones muy graves c) Toda conducta tipificada como grave, cuando suponga un incumplimiento de las obligaciones establecidas en virtud de tratados internacionales o normas de terceros países, que estén relacionadas con actividades de pesca de buques apátridas, buques con pabellón de países calificados reglamentariamente como de abanderamiento de conveniencia o buques de países terceros identificados por las organizaciones regionales de ordenación pesquera u otras organizaciones internacionales por haber incurrido en actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada o contrarias a las medidas de conservación y gestión de los recursos pesqueros».

25. En el orden penal corresponderá a 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 los que España sea parte. A su vez, la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial, describe cuáles son las aguas territoriales españolas.

26. De esa posibilidad hay que excluir el régimen de los buques militares, pero en ese punto no entraremos.

27. La gravedad del problema va mucho más allá del tema de la pesca ilegal, se puede captar cuando se han conocido casos de clamorosa impunidad. Por ejemplo: asesinato cometido en un buque que enarbola pabellón liberiano (de conveniencia) en aguas internacionales, siendo el autor del hecho de nacionalidad guineana y la víctima, de nacionalidad nigeriana. Arriba a puerto español y no se encuentra el criterio jurisdiccional adecuado para poder detener al autor, que había sido detenido a denuncia de otros tripulantes, y ser juzgado por tribunales españoles. Solo queda la vía de ofrecer la posible petición de extradición a Liberia (jurisdicción «preferente») o a Nigeria si su derecho contiene el principio de personalidad pasiva. Si transcurre el tiempo máximo de detención previa a extradición sin que se haya producido esa petición, no queda otra vía que dejar en libertad al detenido (así sucedió en un caso real).

28. *Vid.* Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, BOE del 14 de febrero de 1997.

29. *Vid.* Del Pozo (2015).

30. De hecho, la lucha contra las banderas de conveniencia ha sido encabezada por organizaciones preocupadas por los derechos humanos, entre ellos los que afectan a las relaciones de trabajo, destacando la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF), y sus inspecciones y denuncias.

31. Al respecto, es de interés el trabajo de Irujo (2002). Un buen ejemplo, que reúne casi todos los vicios señalados, fue el conocido caso del *Prestige.*

32. Artículo 54: «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

33. Artículo 20.3: «Cosa juzgada. 1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.
2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.
3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:
a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o.
b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia».

34. Art. 14, apdo. 7: «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».

35. Expresamente se excluyen los casos en los que «el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte» (art. 20.3. a del Estatuto de la CPI).

36. A este respecto, escribe García Ramírez: «[…] Es notoria la decadencia de la autoridad absoluta de la cosa juzgada inherente a la sentencia definitiva y firme, entendida en el sentido tradicional de la expresión. Difícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos». Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. *Vid.*, también, Albán (2013).

37. Se acepta que las personas jurídicas poseen derechos de su especial personalidad jurídica: derecho al nombre, a los signos distintivos de la empresa, a la nacionalidad y al domicilio. En cuanto a la nacionalidad, son variables los criterios seguidos en cada legislación estatal que normalmente se inclinan por establecer la nacionalidad en función del domicilio en que se constituye la persona jurídica. Pero también se ha defendido la tesis de que la nacionalidad de una persona jurídica debe marcarla la que mayoritariamente tengan sus socios o el Estado en que desarrolle prioritariamente su actividad. Por otra parte, para aceptar la competencia jurisdiccional de un Estado tan importante es la nacionalidad como el domicilio del autor del delito (o de la víctima). El domicilio es la sede legal y jurídica de las personas. Su fijación tiene especial importancia práctica para las personas jurídicas, pues ha de ser el centro de la vida social; será el que publique el registro correspondiente; determinará, en muchos casos, la jurisdicción de los tribunales y puede ser tenido en cuenta para delimitar su nacionalidad y su vecindad. Los criterios para decidir que una empresa es española son aparentemente claros. El problema aparece cuando *la legislación de otro Estado también le reconoce su propia nacionalidad, esto es, cuando una empresa ostenta en apariencia varias nacionalidades.* Eso en principio no es cierto, sino manifestación de diferentes domicilios de una misma empresa o de diferentes empresas que comparten nombre a partir de una matriz común, pero que se constituyen específicamente en el Estado. Ahora bien, con eso no se resuelve la competencia por personalidad activa más que cuando se reúnan las condiciones para poder afirmar que una empresa tiene una concreta nacionalidad. Cuestión diferente, por supuesto, es que la competencia de los tribunales nacionales no dependa de la personalidad activa.
Más allá del problema de la nacionalidad de la persona jurídica, aparece otro: la decisión sobre cuál es el *locus commissi delicti*, lo cual nos lleva a los obstáculos que se producen cuando se imputa la comisión de un delito a una persona jurídica multinacional. Cierto que tendrá un domicilio «fundacional», pero eso no obsta a que haya constituido

sociedades filiales en otros Estados. En ese supuesto, que es perfectamente imaginable, un Estado podrá estimar que si esa Empresa ha constituido otra, aunque sea filial, en su territorio, y tiene allí un domicilio, puede considerarla «nacional» a efectos penales.
Sin duda, el problema más importante es el del delito cometido por una persona jurídica que está domiciliada o presente en diferentes Estados. Esa es una posibilidad que, aunque se parezca al problema de la delincuencia organizada transnacional (un mismo grupo organizado que desarrolla sus actividades criminales en diferentes Estados) difiere abiertamente. La lucha contra la criminalidad organizada es un objetivo que se han marcado los Estados de la UE, junto con otros, y para ello han sido creados organismos y redes de colaboración de enorme importancia. Cierto que la responsabilidad de las multinacionales puede verse de otros modos; destaca el de la cooperación en la ejecución de sentencias dictadas por un Estado, que podrían ser efectivas en todos los Estados en los que esa empresa estuviera presente, gracias a lo que teóricamente se ha avanzado en el tema del reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas por tribunales de otros Estados, aunque es prudente no confiar excesivamente en la eficacia de esa solidaridad. Pero eso no resuelve la cuestión de la competencia para juzgar y, concretamente, la que puede corresponder a España; con toda probabilidad, el problema se planteará en otros Estados).
Con esas reservas, podemos regresar al problema inicial referente a la competencia para juzgar a una persona jurídica que está domiciliada en diferentes Estados, o que para muchas legislaciones es suficiente para fundar la propia competencia. Puede suceder que en diferentes Estados se abran, con relativa proximidad en el tiempo, procesos penales contra la misma empresa por los mismos hechos y que ninguno esté dispuesto a renunciar a juzgar ante la invocación de precedencia del proceso iniciado en otro Estado. La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción ofrece criterios para fijar la jurisdicción competente, pero no bastan para resolver el posible conflicto que se produciría en caso de procesos simultáneos (que, además, pueden dar paso a la invocación del principio *non bis in ídem*, posibilidad que contempla el art. 23.2 LOPJ).

38. Convenio de Lugano sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (último texto, 2007).

39. En el curso citado en nota 1.

40. La reacción en Nueva Zelanda y Australia ha sido de asombro e indignación. El tiempo dirá qué consecuencias tendrá eso.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁN, Juan Pablo (2013) «Cosa juzgada fraudulenta *vs.* prohibición de doble juzgamiento, en Pro Homine», [en línea], <https://prohomine.wordpress.com/2013/11/24/cosa-juzgada-fraudulenta-v-prohibicion-de-doble-juzgamiento/>.
ARROYO, Luis y Adán NIETO (2008): *Código de derecho penal europeo e internacional* (coord.), Madrid: Ministerio de Justicia, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, UCLM.
CARRA, Alejandro (2015): «A la caza de la merluza negra, el "oro blanco" de la Antártida», *ABC*, 24 de abril.
CERVERA PERY, José (1992): *El Derecho del Mar. Evolución, contenido, perspectivas*, Madrid: Editorial Naval.
DEL POZO, Fernando (2015): *Las banderas de conveniencia y la seguridad marítima*, Madrid: Publicación del Instituto Español de Estudios Estratégicos.
DECISIONES MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA (2009): Madrid: Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones.
HUESA VINAIXA, Rosario (2016): «La jurisdicción extraterritorial española sobre el tráfico ilícito de armas y los tratados internacionales suscritos por España», *Revista electrónica de estudios internacionales,* 31, 1-44.
IGLESIAS, Leyre (2016): «Los "piratas" gallegos de la merluza negra», *El Mundo*, 14 de marzo.
IRUJO, José María (2002): «La ley de los nuevos piratas», *El País*, 15 de diciembre.
NIETO, Adán (2012): «Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente», en C. Massicci y F. J. Garcimartín (coords.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, 137-164.
PAPASTAVRIDIS, Efthymios (2010): «Enforcement Jurisdiction in the Mediterranean Sea: Illicit Activities and the Rule of Law on the High Seas», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 25, 569-599.
QUINTERO, Gonzalo (2006): *Lugar de comisión del delito. El principio de territorialidad. Estado miembro de ejecución y de emisión*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha.

— (2009): «La última transposición de directivas medio ambientales al derecho penal», *Actas del Congreso V Foro de Derecho Agrario y Desarrollo Rural*. Cáceres: Fundación R. Hernández Mancha y Junta de Extremadura.
— (2013): *Derecho Penal Ambiental*, Valencia: Tirant lo Blanch.
REBOLLO VARGAS, Rafael (2009): «El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11, 9-23.
VVAA (2009): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 16 de marzo de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

LOS CONTEXTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: PARADIGMAS Y NUEVAS FRONTERAS

THE CONTEXTS OF FREEDOM OF EXPRESSION: PARADIGMS AND NEW FRONTIERS

Francisco Javier Ansuátegui Roig

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid/ Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho

RESUMEN

El carácter histórico de los derechos invita a contextualizar sus justificaciones y condiciones de ejercicio. En el caso de la libertad de expresión, el contexto viene determinado, entre otros elementos, por internet y por el lenguaje del odio. Estamos frente a dos realidades —en donde la vulnerabilidad del individuo y de los grupos se hace más evidente— que obligan a reformular aspectos básicos de la regulación jurídica de la libertad de expresión, a plantear hasta qué punto la respuesta jurídica siempre es la más conveniente y a poner en duda la distinción entre distintos modelos de democracia en función de la mayor o menor amplitud de los límites de la libertad de expresión.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, internet, lenguaje del odio, democracia.

ABSTRACT

The historical nature of rights leads to the necessary contextualization of the justifications and conditions of the exercise of the rights. In the case of freedom of expression, the context is determined, among other elements, by internet and hate speech. It is about two realities —where individual and group vulnerability becomes more evident— which force to reformulate fundamental aspects of the legal regulation of freedom of expression, as well as to wonder how far the legal response can always be considered as the most appropriate. Moreover, it is crucial to question the distinction between different models of democracy, on the basis of the major or minor extent of freedom of expression edges.

KEYWORDS

Freedom of expression, internet, hate speech, democracy.

LOS CONTEXTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: PARADIGMAS Y NUEVAS FRONTERAS*

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid/Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho

Sumario: 1. Premisa. Sobre el carácter contextual de las teorías de los derechos. 2. La propuesta liberal de la libertad de expresión. 3. Internet y la reformulación del espacio público. 4. Discurso del odio y modelos de democracia. 5. Recapitulación.

1. PREMISA. SOBRE EL CARÁCTER CONTEXTUAL DE LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS

La libertad de expresión constituye un elemento básico en una democracia constitucional, de manera que existe una «relación simbiótica» entre la libertad de expresión y la democracia constitucional (Revenga Sánchez, 2015: 15). Reflexionar y/o discutir sobre esta libertad supone, en realidad, plantearse de nuevo la cuestión de los fundamentos de la democracia. Dada la posición basilar, la posición preferente, de la libertad de expresión en el sistema democrático (STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 159/1986, de 16 de diciembre), pensar sobre ella implica también abordar los aspectos fundamentales de un modelo jurídico y político de organización social.

Mi intención en esta ocasión es plantear una serie de problemas que caracterizan el contexto en el que se desarrolla en la actualidad aquello que podríamos denominar el «discurso de la libertad de expresión». No se trata de hacer un inventario y, por tanto, una presentación completa y detallada de problemas. Al contrario, se identificarán algunas cuestiones que nos van a permitir constatar, de nuevo, el carácter contextual de las condiciones de realización y efectividad de los derechos y, por tanto, la necesidad de adecuación de las argumentaciones justificatorias a esas condiciones. En este sen-

* Este texto tiene su origen en la ponencia presentada en el III Congreso Internacional El tiempo de los derechos: Los derechos humanos en el siglo XXI, Universidad de Cádiz, 17 y 18 de noviembre de 2016. Versiones anteriores del mismo han sido expuestas también en sendos seminarios en las Universidades de Modena e Reggio Emilia y de Bolonia. Agradezco a los profesores Miguel Revenga, Gianfrancesco Zanetti, Francesco Belvisi, Thomas Casadei, y Marina Lalatta la oportunidad de beneficiarme de un magnífico y fructífero intercambio de ideas.

tido, la presente aportación pretende ser también una aplicación a un caso concreto —la libertad de expresión— de la afirmación general del carácter histórico de los derechos, a partir de la cual podemos afirmar que las condiciones de realización de los derechos condicionan la conceptualización de los mismos y la propuesta en relación con sus límites, por ejemplo. Por otra parte, la forma más fecunda de plantear estas cuestiones consiste en presentarlas en términos aporéticos.

Antes de continuar, conviene extraer algunas consecuencias de la tesis del carácter histórico de los derechos. La afirmación de dicho carácter afecta directamente a su concepto. Es decir, afirmar el carácter histórico de los derechos implica reconocer que el concepto de «derecho humano» surge en determinados contextos históricos gracias a la concurrencia de determinadas circunstancias y evoluciona de acuerdo con la transformación de las mismas (Peces-Barba, 1988).

Hay que tener en cuenta que a la historia se ha recurrido también para subrayar su relevancia en el ámbito de la fundamentación. Así, se ha aludido a una fundamentación histórica o historicista de los derechos (Fernández García, 1984: 100-104). Pero cabe señalar aquí que una cosa es afirmar que la historia constituye el fundamento de los derechos y otra aseverar que la historia constituye el marco, el escenario en el que se produce ese fundamento, y que, por lo tanto, lo condiciona. En este sentido, es importante reconocer esta diferencia. La afirmación del carácter histórico de la fundamentación de los derechos no debería confundirse con la tesis de que la historia constituye el fundamento de los derechos. La historia no ofrece un fundamento. Son los valores —que adquieren sentido en contextos históricos— los que fundamentan.

En todo caso, lo que interesa subrayar en estas reflexiones preliminares es lo que podríamos considerar el carácter contextual de las teorías de los derechos y de sus fundamentaciones. En efecto, sostener que el desarrollo histórico de los derechos es importante para entender su sentido quiere decir no solo que las circunstancias históricas condicionan los argumentos que respaldan los derechos y también sus condiciones de realización; al mismo tiempo, quiere decir que el ejercicio de los derechos está relacionado también con lo que podría considerarse el «contexto material» y las «condiciones técnicas». Esto me parece especialmente relevante en el caso de la libertad de expresión, cuyo ejercicio ha estado condicionado por la realidad técnica del canal a través del cual se expresa el pensamiento, la opinión. Por eso, a lo largo de la historia se ha hablado de la libertad de palabra, de imprenta, de prensa, de los medios de comunicación, haciendo referencia a los medios técnicos mediante los que se expresa el pensamiento, la opinión y la información.

Pues bien, a la hora de analizar los elementos contextuales que afectan directamente al discurso de la libertad de expresión no solo en lo que se refiere a las condiciones técnicas de realización, sino también a la justificación de esta libertad y a la reflexión sobre sus límites en el marco de un determinado contexto social y político —que es el de nuestros sistemas democráticos—, seguramente podríamos pensar en internet, de un lado, y en el problema del lenguaje del odio, de otro.

Centrar la atención en estas dos cuestiones puede ser relevante porque, por una parte, contribuye a tener presentes aspectos básicos de la transformación de las condiciones en las que se ha ejercido la libertad de expresión, y, por otra, obliga a abordar un elemento esencial de la teoría de la libertad de expresión, como el referido a los límites de la misma. Además, conduce a la comparación entre diversos modelos de democracia. En fin, nos permite reflexionar sobre la capacidad del Derecho a la hora de evitar/gestionar determinados conflictos. Como veremos a continuación, pretendo articular mi reflexión de acuerdo con estos argumentos.

Pero, para poder entender los problemas contemporáneos a los que se enfrenta el dis-

curso de la libertad de expresión, parece útil recordar de dónde venimos.

2. LA PROPUESTA LIBERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La teoría contemporánea de la libertad de expresión hunde sus raíces en la primera propuesta liberal (Ansuátegui Roig, 1994). La libertad de expresión se presenta como una manifestación de una teoría de la libertad más general. En efecto, el concepto de libertad del primer liberalismo se refiere a una libertad negativa, cuya reivindicación es la de un ámbito de autonomía en el interior del cual se pretende el reconocimiento del dominio del titular del mismo, considerándose ilegítimas las agresiones e imposiciones por parte de terceros.

Cuando Benjamín Constant pronuncia en 1819 en el Ateneo Real de París su famoso discurso sobre la libertad, el trasfondo intelectual y político es el de la preocupación por la dominación de la libertad por parte del poder colectivo, en una representación de la tensión entre lo público y lo privado propia del liberalismo. Ahí radica el sentido de su famosa distinción entre la libertad de los modernos y la de los antiguos. La primera se identifica con una esfera en la que el sujeto no se va a ver obligado a hacer lo que no quiere y a la vez no es obstaculizado para hacer lo que quiere. La libertad de los antiguos, por su parte, es compatible con la sumisión del individuo a la autoridad del conjunto social, y consiste en «ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar en la plaza pública, sobre la guerra la paz, en concluir alianzas con los extranjeros, en votar las leyes, en pronunciar sentencias […]» (Constant, 1989: 260). La libertad de expresión, entendida como ámbito de autonomía, se ha solido identificar siempre con la libertad de los modernos. Sin embargo, también es importante en el marco de la libertad de los antiguos, desde el momento en que su ejercicio supone la participación en la deliberación pública: sin libertad de expresión no hay opinión pública. El ejemplo de la libertad de expresión, en este sentido, constituye un ejemplo en el que se pone de manifiesto la tensión entre los dos tipos de libertad señalados por Benjamin Constant. Por una parte, la libertad de expresión entendida como un ámbito de autonomía que resiste frente a la intervención de lo público; por otra parte, la libertad de expresión como un elemento sin el cual no se puede conformar una auténtica opinión pública —que, en nuestras sociedades, constituye una de las formas de presión de lo público sobre lo privado—. Cabe recordar, en este sentido, que en los párrafos finales de su conferencia el propio Constant propugna una combinación de la dos libertades, atribuyendo a las instituciones la responsabilidad de completar la educación moral de los ciudadanos, garantizándoles, entre otras cosas, «el derecho de control y vigilancia a través de la manifestación de sus opiniones» (Constant, 1989: 285). Como ya se ha señalado, la distinción de Constant no es sino expresión de diferentes concepciones de la relación entre lo público y lo privado. Así, los modernos reivindican la efectiva defensa de un ámbito de autonomía o independencia, entendido como elemento definidor de estatuto de libertad del individuo frente a la participación en las instituciones.

La propuesta doctrinal en torno a la libertad de expresión se refleja de manera clara en los primeros textos liberales. Es un contexto cultural y social en el que se alude primero a la libertad de imprenta y luego a la libertad de prensa: pensemos, por ejemplo, en el artículo 10 de la Declaración de 1789 («Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi»); o en el artículo 11 del mismo texto («La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi»).

Cabe recordar también el artículo 371 de la Constitución española de 1812: «Todos los españoles tienen la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes»[1].

Estamos, por tanto, ante la propuesta liberal en torno a la libertad de expresión, que puede considerarse basada en cuatro argumentos principales. Así, la libertad de expresión constituye, en primer lugar, un ámbito en el que no se puede intervenir, ya que constituye una esfera de individualidad y autonomía. Además, en segundo lugar, es una condición necesaria para la ilustración personal y social. En tercer lugar, es un mecanismo a través del cual —mediante el libre intercambio de las ideas— se accede a la verdad. En cuarto y último lugar, se articula como un mecanismo de control del poder, en la medida en que este queda sometido a la crítica.

Estos argumentos adquieren sentido en el marco de un discurso más amplio, en el que el liberalismo reivindica el valor de la individualidad. En efecto, en la inicial propuesta liberal, la libertad de expresión —junto a la libertad de religión y a la libertad de materializar los propios planes de vida— constituye uno de sus componentes básicos. En este contexto, el respeto por la individualidad constituye un principio básico de lo que se puede considerar una buena sociedad. El respeto del individuo es el respeto de las diferencias individuales, que se manifiestan en las preferencias y en las decisiones autónomas. La libertad pierde sentido desde el momento en que se niega la pluralidad y la diversidad y el sujeto queda constreñido por los mismos deseos y opciones de los otros. Así, la libertad que no produce diversidad —y que no se desarrolla en un marco de diversidad— es contradictoria con el ideario liberal. La reivindicación de la diversidad implica el rechazo de la uniformidad como un bien primario básico.

Pero si tuviéramos que encontrar una propuesta que concentra los principales argumentos liberales en pro de la libertad de expresión, posiblemente esa sería la de John Stuart Mill, obra en la que podemos encontrar el mejor ejemplo de teoría liberal de libertad de expresión. Como sabemos, en 1859 Mill publica *On liberty*, en opinión de I. Berlin, «la obra clásica en pro de la libertad individual» (Berlin, 1988: 245).

En Mill, la defensa de la libertad de expresión se enmarca en un discurso genérico sobre la libertad individual y los límites de la intervención de lo público en la esfera privada. En efecto, el problema básico que se plantea Mill es la justificación de la intervención de lo público en lo privado. Así, partiendo de la afirmación del principio general de libertad, afirma que no hay causa que justifique la intervención en la esfera de libertad individual si los actos individuales que se desarrollan en la misma no perjudican a los intereses ajenos. La afectación de esos intereses es la única causa que puede justificar la rendición de cuentas del sujeto frente a la sociedad. A partir de este esquema general, Mill identifica determinados ámbitos de la acción humana en los que la intervención ajena no se encuentra justificada: el ámbito de la conciencia, de la expresión y de la opinión; el de la elección de las preferencias, las inclinaciones y la determinación de estilos y opciones de vida, así como el de la asociación.

Como es sabido, Mill centra su discurso sobre la libertad de expresión en el capítulo II de *On liberty*, en el que parte de un principio básico: «Debe existir la más completa libertad para profesar y discutir, como materia de convicción ética, toda doctrina, por inmoral que pueda ser considerada» (Mill, 1986: 76). Partiendo de esta premisa, Mill desarrolla argumentos que podrían considerarse clásicos en la fundamentación de la libertad de expresión y que ya fueron utilizados en la defensa que de la libertad de opinión y de imprenta hiciera John Milton en *Areopagítica* (1644): a) la afirmación de la falibilidad de las opiniones; b) la importancia del contraste y de la discusión, incluso en presencia de opiniones consideradas verdaderas o compartidas; y c) la negación del monopolio

de la verdad por parte de determinadas opiniones, con la consiguiente reivindicación del valor de la diversidad (Barendt, 1987: 8-23).

En la defensa clásica de la libertad de expresión —y en Mill en particular—, el argumento referido al «mercado de las ideas» es fundamental[2]. La verdad es el resultado del contraste, de la refutación, del libre intercambio de las opiniones diferentes. Se tiene fe en la capacidad de la verdad para imponerse sobre el error. Esta fe es la que tienen autores que precedieron a Mill en este discurso, como Milton, Locke, Voltaire o Jefferson. La confianza en las virtudes del libre encuentro de las ideas implica la deseabilidad de la búsqueda de la verdad y la bondad para la sociedad del avance del conocimiento. Existe un nexo entre libertad de expresión e incremento del conocimiento. En este sentido, la libertad de expresión es un medio y no un fin: tiene una naturaleza instrumental respecto al avance del conocimiento y la búsqueda de la verdad.

El argumento del mercado de las ideas se complementa con el argumento de la diversidad (Berlin, 1988; García Añón, 2004: 39-64), que supone una reivindicación de la riqueza de la diversidad y de su valor moral; lo cual, por otra parte, es especialmente importante en los contextos de las democracias pluralistas y complejas, como las actuales.

El panorama se completa con el argumento de la democracia, de acuerdo con el cual la libertad de expresión es un componente estructural de la misma. Es un elemento configurador de una opinión pública libre y, al mismo tiempo, un mecanismo de control y crítica al poder. Esto es especialmente relevante en un contexto como el del constitucionalismo democrático, construido en torno a la idea de limitación del poder. Estos límites pueden ser formales (los jurídicos) o informales (el desarrollo de una opinión pública libre y la libertad de opinión y de expresión). De la misma manera, podemos distinguir entre una opinión pública «institucionalizada» (la que se manifiesta en el Parlamento) y otra «no institucionalizada» (la que se manifiesta en la prensa, en la discusión pública). La opinión pública en cualquiera de sus manifestaciones es inconcebible sin la libertad de expresión.

Pero el modelo liberal es un modelo que incluye contradicciones internas (Ansuátegui Roig, 2009: 6-65). Son contradicciones que afectan a los derechos y en particular a la libertad de expresión. Las contradicciones son aquellas que se producen entre la afirmaciones generales referidas a la libertad y a la igualdad, de un lado, y la aplicación práctica de esos principios, de otro.

En realidad, podemos reconocer que el derecho que se constituye en eje de la dimensión desigualitaria del liberalismo es el derecho de propiedad, «inviolable et sacré», de acuerdo con el artículo 17 de la Declaración de 1789. Por cierto, es importante recordar aquí que esos calificativos no acompañan a ninguno de los otros derechos que se incluyen en la Declaración. En efecto, el derecho de propiedad introduce elementos de desigualdad en el efectivo disfrute de las libertades por parte de los individuos al ser un elemento configurador de la noción de soberanía nacional, dado su carácter de elemento definidor de la participación política y de la ciudadanía a través del sufragio censitario. La dimensión desigualitaria del modelo liberal provoca la necesidad de su superación por otro modelo, el de los derechos sociales y el del Estado social, a través del proceso de generalización de los derechos.

¿En qué afecta a la libertad de expresión esta dimensión desigualitaria del liberalismo? Sabemos que la libertad de expresión se configura como una libertad autonomía. Pero en realidad es una libertad condicionada de manera práctica por elementos intrínsecos y extrínsecos. En relación con los elementos intrínsecos, la razón pública, la opinión pública, se configura a partir de la concurrencia de los propietarios (Habermas, 1994). Los propietarios son los individuos cualificados política y jurídicamente a partir de la propiedad. Los elementos extrínsecos tienen que ver con el condicionamiento de

la libertad de prensa por determinados factores materiales y económicos, factores que tienen que ver con la propiedad de los medios de comunicación y con las dificultades de acceso a los mismos. A consecuencia de la confluencia de estos elementos intrínsecos y extrínsecos, la libertad de expresión, en su manifestación de libertad de prensa, se convierte en una auténtica libertad censitaria. Al menos desde el punto de vista teórico, la libertad de imprenta —luego la libertad de prensa— es una libertad igual para todos que exige una competa ausencia de intervenciones ajenas. Pero este esquema no se ajusta a la realidad, ya que estamos frente a unas libertades cuya realización exige determinados medios o, por lo menos, el acceso a los mismos. Son libertades condicionadas materialmente.

Podríamos decir que este condicionamiento ha llegado hasta nuestros días. Pero internet nos obliga a reformular la percepción y comprensión de las condiciones de ejercicio y de efectividad de la libertad de expresión.

3. INTERNET Y LA REFORMULACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

El 28 de julio de 2015 se aprobó, en el seno del Parlamento italiano, la Dichiarazione dei diritti in internet[3]. Si traigo a colación este texto es porque en su preámbulo se resume de manera adecuada lo que internet ha supuesto para los derechos. En efecto, ahí se puede leer: «Internet ha contribuito in maniera decisiva a ridefinire lo spazio pubblico e privato, a strutturare i rapporti tra le persone e tra queste e le Istituzioni. Ha cancellato confini e ha costruito modalità nuove di produzione e utilizzazione della conoscenza. Ha ampliato le possibilità di intervento diretto delle persone nella sfera pubblica. Ha modificato l'organizzazione del lavoro. Ha consentito lo sviluppo di una società più aperta e libera. Internet deve essere considerata come una risorsa globale e che risponde al criterio della universalità». Y más adelante se añade: «Internet si configura come uno spazio sempre più importante per l'autorganizzazione delle persone e dei gruppi e come uno strumento essenziale per promuovere la partecipazione individuale e collettiva ai processi democratici e l'eguaglianza sostanziale».

En sus afirmaciones teóricas y en sus consecuencias prácticas, el discurso de los derechos supone una determinada teoría sobre el espacio público como ámbito en el que afirma su titularidad y su realización. La distinción de Constant entre libertad de los antiguos y libertad de los modernos puede ser interpretada en función de la mayor o menor relevancia del espacio público en la determinación del sentido de los derechos. Pues bien, posiblemente la primera consecuencia de internet para el discurso de los derechos, y específicamente para la libertad de expresión es la que tiene que ver con la reformulación de la idea de espacio público. Es más, internet constituye el espacio público moderno, entendiendo por tal «el conjunto de instituciones políticas, prácticas y actividades cuyos participantes intercambian ideas sobre asuntos de interés público» (Arias Maldonado, 2016*a*: 36).

La relevancia del espacio público en el ejercicio de los derechos es incuestionable, y constituye el ámbito en el que este es factible; se trata del espacio en el que dicho ejercicio expande sus consecuencias; la esfera, en definitiva, en la que los derechos son eficaces en el campo de las relaciones sociales.

Internet constituye un espacio público que escapa a los condicionamientos que tradicionalmente han vinculado las relaciones sociales y políticas. En este sentido, internet es una de las expresiones más claras de la globalización, de acuerdo con una concepto de la misma que la identifica con una superación de los impedimentos y obstáculos temporales y espaciales que han venido condicionando las relaciones humanas. Así, internet es la plaza pública en la que se reivindican y se ejercen los derechos y se controla al poder. Es, en definitiva, cada vez

más el espacio en el que el individuo se presenta como ciudadano. Internet es el espacio público más visitado del mundo, la principal *res publica universalis* (Kaufman, 2015: 18) en la que nos relacionamos con los otros. Es el espacio en el que ejercemos nuestra libertad. Es, en definitiva, nuestra comunidad. Pero es una comunidad que se caracteriza por rasgos que implican una novedad en la misma idea de comunidad, lo cual nos obliga a modificar nuestra comprensión de la misma. En efecto, es una comunidad en la que ni conocemos ni vemos a aquellos con los que nos relacionamos.

El objeto de la libertad de expresión es el discurso. Pero no cualquier tipo de discurso, sino el discurso público. El ejercicio de la libertad de expresión tiene una vocación de publicidad, de trascendencia en la esfera pública. De ahí la «utilidad» de las redes sociales a la hora de aumentar la potencialidad de los efectos de la libertad de expresión. La libertad de expresión es, en esta medida, el requisito básico de la comunicación política en democracia.

Pues bien, esta comunicación política se desarrolla hoy en el entorno privilegiado de las redes sociales, en unas condiciones y con unas consecuencias caracterizadas por dos giros: el giro digital y el giro afectivo. En efecto, Manuel Arias Maldonado ha señalado que existen argumentos suficientes para pensar en la existencia de un giro digital (Clough, Halley, 2007). Así, «i) nuestras vidas están cada vez más medidas por las tecnologías digitales y la propia subjetividad está cambiando en consecuencia; ii) las formas tradicionales de organización política, cultural y económica están transformándose por efecto de la digitalización; iii) la producción y reproducción social del conocimiento se están viendo alteradas y adoptan formas hasta ahora inéditas; y iv) la digitalización produce ideologías propias que modifican nuestra percepción de la realidad y de nosotros mismos, así como novedosas costumbres y formas de interacción» (Arias Maldonado, 2016*a*: 32). Este giro digital implica una simplificación del discurso político y del mensaje público, que necesariamente ha de adecuarse a las exigencias de la plataforma digital de turno. El espacio público se articula más a través de eslóganes que de argumentos. Parecería que tiende a desaparecer la necesidad de fundamentar el propio discurso, que debe presentarse apoyado en bases sólidas. El clásico mercado de las ideas se convierte en un «poliálogo» (Arias Maldonado, 2016*a*: 30) en el que se supera la bilateralidad del diálogo y en el que se quebranta «la confianza en la capacidad civilizadora de la conversación democrática» (Arias Maldonado, 2016*b*: 172). Por su parte, el giro afectivo (Arias Maldonado, 2016*b*: 169-184) presenta una dimensión inclusiva, nuevas posibilidades de movilización social —provocadas en muchas ocasiones más por la convergencia emocional que por la deliberación racional—, una multiplicación de las posibilidades de interacción, y una «solidaridad cosmopolita de coste cero»[4]. Pero también implica que las nuevas tecnologías de la información favorecen la creación de redes de comunicación en las que se profundiza más en las dimensiones expresivas y sentimentales que en las deliberativas. En un contexto en el que el sujeto está sometido a «innumerables reclamos afectivos» (Arias Madonado, 2016*b*: 91), el mensaje, que en muchas ocasiones se presenta como si fuera un fogonazo, no pretende tanto persuadir como contagiar. La pretensión de racionalidad implícita en la otra metáfora, la del mercado de las ideas, desaparece en el marco de un «desorden conversacional», de una «cacofonía digital» en donde «el ciudadano no haría uso de la razón, sino que se embarcaría en un uso *expresivo* de las redes, satisfaciendo sus necesidades emocionales pero dificultando el debate público racional sobre los asuntos de interés general» (Arias Maldonado, 2016*a*: 40). Parece evidente que todo ello pone en peligro la dimensión deliberativa y argumentativa de la democracia (Lalatta Costerbosa, 2014: 13-58).

Pero de internet también se derivan consecuencias para la ordenación jurídica de las libertades en general y de la libertad de expresión en particular. Pensemos en alguna de ellas. Por ejemplo en la progresiva irrelevancia de la noción de territorio. En internet el territorio, el

espacio físico en el que se ejercen y reivindican los derechos es en sí mismo una negación de la idea de territorio, que tradicionalmente se ha vinculado a un determinado espacio físico. Estamos frente a una «desterritorialización» de los derechos y de su ejercicio que nos obliga a una reformulación de la idea de confín, de límite, de frontera. Internet nos obliga, por lo menos a los juristas, a repensar la relevancia de conceptos y paradigmas a través de los cuales hemos interpretado la realidad y hemos construido nuestro discurso, comenzando por la relevancia del Estado como marco de ejercicio de la soberanía. El Derecho moderno se ha presentado como un *Diritto sconfinato* (Ferrarese, 2006), poniendo así de relieve la perdida de vinculación necesaria y excluyente entre el Derecho y la dimensión territorial o espacial. En relación con la libertad de expresión, el referente físico (libro, texto, periódico, plaza en la que se habla) desaparece. Internet es un espacio inmaterial. Internet nos obliga a proceder a una reformulación de la idea de territorio, a elaborar un nuevo discurso sobre la territorialidad, que ha sido consustancial al Derecho moderno.

Como se ha señalado anteriormente, las contradicciones de la propuesta liberal sobre la libertad de expresión tenían que ver, entre otras cosas, con el hecho de que estábamos frente a una libertad condicionada desde el momento en que, más allá de una inicial reivindicación de la libertad de palabra, sus posteriores manifestaciones podían verse dificultadas por las circunstancias en las que se accedía a los medios a través de los cuales se expresaba y expandía la propia opinión, el propio pensamiento (imprenta, prensa, medios de comunicación…). Eso explicaba por qué una libertad inicialmente negativa se convertía en una libertad condicionada económicamente y por qué el mercado de las ideas, presentado como un mercado de acceso libre y directo, no era tal. Pues bien, con internet estos condicionamientos desaparecen o tienden a desaparecer. En efecto, desaparece la vinculación con la propiedad de los medios de comunicación, que demostraba las insuficiencias de la tesis del «libre mercado de las ideas» y el hecho de que dicho mercado no fuera tan libre como se pensaba, por lo menos en lo que al acceso al mismo se refiere.

En definitiva, internet supone un reto para la teoría de la libertad de expresión y, sin duda, para la teoría de los derechos y para el Derecho en general. En lo que a nosotros nos interesa en este momento, baste recordar, por ejemplo, el efecto multiplicador que el mensaje tiene en internet. Eso, que es una virtud en lo que se refiere a la efectividad del ejercicio de la libertad de expresión (el emisor pretende la mayor difusión posible del mensaje), presenta una evidente dimensión problemática, ya que el efecto multiplicador lo es también de los efectos de la agresión que puede llevarse a cabo a través del ejercicio de la libertad de expresión. Internet multiplica la potencialidad del daño y plantea dificultades en lo que a la identificación del responsable se refiere.

Lo dicho debería ser suficiente para justificar la necesidad de volver sobre la cuestión de los límites a la libertad de expresión y pensar hasta qué punto las estrategias que tradicionalmente se han utilizado para limitar la libertad de expresión siguen siendo válidas. En efecto, los límites o filtros que han afectado a la libertad de expresión hasta ahora han sido de varios tipos (Kaufman, 2015: 60 ss.). Así, en primer lugar, límites institucionales, mediante los cuales los medios de comunicación asumían normas deontológicas; en segundo lugar, límites sancionadores, que podían llegar a implicar incluso una sanción penal frente a agresiones como las calumnias, las injurias, etc.; en tercer lugar, límites de identificación, debido a que el medio físico a través del cual se expresaba el mensaje permitía la identificación del autor del mismo y la atribución de la responsabilidad pertinente.

Pues bien, el ejercicio de la libertad de expresión en internet obliga a reformular las estrategias limitativas desde el momento en que las que se han utilizado hasta ahora parece que pierden operatividad. Para empezar, hay un hecho relevante, y es el que tiene que ver con el

anonimato que procura internet. Dicho anonimato facilita la desinhibición y la disminución de la intensidad de la autolimitación. El alto nivel de agresividad que en muchas ocasiones se percibe en las redes sociales tiene que ver directamente con esta oscuridad desde la que puede actuar el participante en las mismas. Por otra parte, internet, y su carácter global, implica dificultades a la hora de diferenciar entre lo permitido y lo no permitido. Dicha delimitación implica necesariamente asumir puntos de vista políticos o morales, que adquieren sentido en contextos culturales. Y el carácter global de internet dificulta identificar punto de vista compartidos. En este sentido, se ha hablado de la «tragedia intercultural» de internet para aludir al hecho de que los sistemas de tolerancia no son compartidos (Kaufman, 2015: 135). El espacio de internet es global, pero no es global la respuesta jurídica, que aún sigue siendo construida desde perspectivas locales. En internet, la falta de certeza axiológica (Omaggio, 2015: 66) que puede caracterizar las sociedades pluralistas adquiere la dimensión global que es propia de la red. A lo que cabe sumar otra dificultad: la que se refiere a la identificación de la autoridad y al ámbito de competencia espacial. Aquí también seguimos instalados en perspectivas locales: frente a la globalidad de internet, ¿qué autoridad va a regular la respuesta jurídica? ¿Cuál es el ámbito de competencia espacial desde el cual va a llevar a cabo esa tarea reguladora?

En definitiva, creo que internet, que es posiblemente el espacio privilegiado al que tenemos más posibilidades de acceder en condiciones de libertad sin las restricciones tradicionales derivadas del derecho de propiedad y del acceso a los medios, implica la necesidad de reformular aspectos básicos de la regulación de las libertades. En relación con la libertad de expresión, conviene no olvidar que la globalidad de internet y las nuevas formas de ejercicio de derechos y de acción política que nos permite desarrollar no tienen que ver con una hipotética ausencia de límites en el ejercicio de las libertades —y, en particular, de la libertad de expresión—. Si internet es un espacio de ejercicio y de agresión potencial a las libertades, requiere una respuesta por parte del Derecho, pues, entre otras cosas, contribuye a dotar de nuevo significado el sentido del linchamiento (Arias Maldonado 2016*b*: 177), la infamia y la exclusión.

4. DISCURSO DEL ODIO Y MODELOS DE DEMOCRACIA

Internet ha demostrado y está demostrando un enorme potencial, tanto en lo que se refiere a la generación de espacios de participación y a la ampliación del espacio público como en lo que se refiere a la aparición de nuevas formas de violación de los derechos. Nos basta con pensar en el grado de exposición que el derecho a la intimidad y otras dimensiones de la personalidad tienen en la red. En este sentido, internet nos hace más vulnerables. En el caso de la libertad de expresión, el discurso del odio adquiere un nuevo significado, desde el momento en que el potencial multiplicador que la red ofrece a dicho discurso aumenta el daño que dicho discurso puede producir. El análisis de algunos aspectos del discurso del odio es interesante, además, por el hecho de que nos permite reconocer diversos modelos de democracia en función del tratamiento jurídico que se ofrezca.

A continuación me detendré en tres cuestiones. En primer lugar, haré referencia a la caracterización del lenguaje del odio; posteriormente, abordaré de manera diferenciada el problema de la tensión entre libertad de religión y libertad de expresión con la intención de diferenciar la crítica a las creencias religiosas del lenguaje del odio; para terminar, plantearé de manera crítica la distinción entre modelos de democracia en función de la posición, más o menos restrictiva, que se mantenga respecto al lenguaje del odio.

La aproximación al lenguaje del odio tropieza con un primer problema terminológico.

Y es que el mismo término «discurso o lenguaje» del odio, ha sido criticado por confuso: «El que se halla dominado por el odio es inmune a los argumentos y, desde esa perspectiva, la expresión "discurso del odio" resulta incongruente […]» (Vives Antón, 2015: 37): hay una tensión entre el odio (que tiene lugar en el mundo de las emociones y de las pasiones) y el carácter argumentativo y discursivo del lenguaje. En este sentido, se ha propuesto sustituir por el término por el de «discurso discriminador»: posiblemente es una expresión «menos expresiva, pero sí más útil y precisa. El "odio" es una actitud interna del sujeto que se puede traducir en una conducta discriminatoria que, a su vez, puede ser o no violenta. El "odio" es, pues, la munición de la discriminación. Y la violencia es una especie del género "discriminación". En otras palabras, el concepto central es el de discriminación. Ese "odio" es la expresión más radical de racismo, o xenofobia, o sexismo, o fundamentalismo, u homofobia, etc., según su contenido» (Rey Martínez, 2015: 54).

Parece útil, para evitar estos problemas terminológicos, recurrir a alguna caracterización general. Pensemos, por ejemplo, en la definición que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asume. Es la de la Recomendación (1997) 20, de 30 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa: «Cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante»[5].

Por otra parte, el Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, en su Recomendación general nº 35 (agosto 2013) recomienda a los Estados miembros que declaren y castiguen como delitos punibles:

«a) Toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial o étnico, por cualquier medio;

b) La incitación al odio, el desprecio o la discriminación contra los miembros de un grupo por motivos de su raza, color, linaje, u origen nacional o étnico;

c) Las amenazas o la incitación a la violencia contra personas o grupos por los motivos señalados en el apartado b);

d) La expresión de insultos, burlas o calumnias a personas o grupos, o la justificación del odio, el desprecio o la discriminación por los motivos señalados en el apartado b) anterior, cuando constituyan claramente incitación al odio o a la discriminación;

e) La participación en organizaciones y actividades que promuevan e inciten a la discriminación racial».

En el mismo documento, se han propuesto determinados elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de distinguir el discurso del odio de otros tipos de discurso. Así, el contenido y la forma del discurso; el clima económico, social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso; la posición o condición del emisor del discurso en la sociedad y el público al que se dirige el discurso; el alcance del discurso, con inclusión del tipo de audiencia y los medios de transmisión; o los objetivos del discurso.

De manera que es posible identificar el discurso del odio a partir de determinados criterios (Kaufman, 2015: 135; Parekh, 2006: 213-223). Así, a) El criterio del grupo en situación de vulnerabilidad tipificado, que exige una referencia que ha de ser indudable, ya sea explícita o implícita, a un grupo que ha sufrido discriminación en un contexto histórico cierto; b) El criterio de humillación: implica la existencia de una alusión humillante o degradante respecto al grupo en situación de vulnerabilidad, o una referencia que, de manera indudable, exprese un apoyo o una reivindicación de episodios en los que se ha humillado o degradado a esos grupos; c) El criterio de malignidad, que implica una invitación a terceros para humillar o degradar a grupos en situación de vulnerabilidad, o a los integrantes de esos grupos; d) El criterio

de intencionalidad, de acuerdo con el cual debe existir una intención deliberada de humillar o excluir a personas que sufren discriminación o que se identifican como integrantes de los grupos discriminados.

Pues bien, esta caracterización del discurso del odio es útil precisamente para establecer diferenciaciones entre el lenguaje del odio y la crítica a la religión o a las creencias religiosas. Si bien en alguna ocasión se ha podido establecer alguna vinculación entre el lenguaje del odio y la ofensa extrema a los sentimientos religiosos (Garriga Domínguez, 2014: 97-115), me parece que estamos frente a dos situaciones conceptualmente diferentes. La blasfemia no es discurso del odio religioso (Vázquez Alonso, 2015: 117-121). Esta cuestión es relevante porque la posible tensión entre libertad de religión y libertad de expresión constituye uno de los aspectos más vidriosos de la práctica de la libre expresión en sociedades como las nuestras, caracterizadas por una progresiva pluralidad y diversidad de creencias religiosas. Así, constituye un *test* a la hora de elaborar una teoría sobre los límites de la libertad religiosa, y permite, al mismo tiempo, valorar la posición que ambas libertades tienen en el andamiaje constitucional. Por otra parte, este hipotético conflicto es el que está detrás de trágicos episodios que han traumatizado a la sociedad europea en los últimos tiempos (Martínez-Torrón, 2015: 22-31).

En definitiva, la cuestión a plantear es si se puede poner un límite a la libertad de expresión para proteger creencias religiosas. Dicho límite, en su caso, estaría justificado por el específico carácter —sagrado— de esas creencias. Eso permite plantear también el problema del valor de lo sagrado en una sociedad democrática (Lema Añón, 2009: 79-116). En definitiva, la cuestión es saber qué tiene más valor —y, por lo tanto, merece una mayor protección—: la libertad de expresión o las creencias religiosas.

Atienza (2013: 65 ss.) ha señalado que aquí cabe identificar cuatro posiciones básicas: a) Los fundamentalistas religiosos y los comunitaristas extremos, para los que lo sagrado y lo religioso merecen más respeto que la libertad de expresión. La cultura islámica y la doctrina tradicional de la iglesia católica son buenos ejemplos de esta posición. Pero también lo son los comunitaristas extremos: que consideran que la religión «es, simplemente, un rasgo de la identidad de algunos grupos sociales, con la consecuencia de que esos valores comunitarios (el "bien común", tal y como lo entiende el grupo) debe prevalecer sobre la autonomía de los individuos aislados» (Atienza, 2013: 65); b) Los comunitaristas moderados y los creyentes no fundamentalistas, que consideran que en este conflicto la cuestión es conciliar dos valores que tienen la misma relevancia: por una parte, un derecho sagrado a la identidad religiosa y, por otra, un derecho sagrado a la libertad de expresión; c) Los liberales moderados, que asumen el carácter no absoluto de la libertad de expresión y por tanto la necesidad de ponderar en aquellos casos en los que colisione con otros derechos o valores; y d) Los liberales radicales, que defienden la tesis según al cual la libertad de expresión siempre ha de prevalecer. Estamos ante una libertad que no se debe ponderar con la protección de los sentimientos religiosos, ya que estamos manejando dos ámbitos diferentes. Por una parte, la libertad de expresión forma parte de la ética pública —es un valor constitucional—, mientras que el espacio de las creencias religiosas es el privado.

Me parece que el terreno de las creencias religiosas es un ámbito muy específico, dotado de caracteres que tienden a diferenciarlo de otros. Estamos, en efecto, frente a un ámbito en el que hay una específica sensibilidad, la que se tiene en relación con los sentimientos religiosos (Vázquez Alonso, 2015: 90-91). Pero posiblemente este no es un motivo suficiente para blindar esos sentimientos, cuya intensidad puede llegar a depender en última instancia de las posiciones individuales. La cuestión es si esas creencias han de gozar de un mayor nivel de protección de las creencias de otro tipo. En este punto el recurso a la distinción entre ética pública y ética privada puede ser de uti-

lidad (Peces-Barba, 1993; Peces-Barba, 1995; Peces-Barba, 1997). El ámbito de la libertad de expresión es el de la ética pública. Mientras que el de las creencias religiosas es el de la ética privada. Las dimensiones de la ética privada (en la que se incluyen las creencias religiosas) no forman parte de los contenidos de ética pública —que, incluso siendo mínimos, merecen protección—. En un Estado democrático, las posiciones particulares no deberían prevalecer sobre los planteamientos generalizables. Eso no implica una limitación de la crítica que desde planteamientos particulares se pueda hacer respecto otros planteamientos diferentes. Pero el hecho de que determinadas creencias religiosas —y, por tanto particulares, y no necesariamente generalizables— tengan un valor supremo para aquellos que las comparten no es una razón suficiente para que sean elevadas a la dignidad del ordenamiento: «[…] las religiones, todas ellas, pueden hacer valer sus argumentos para censurar moralmente ciertas conductas y provocar su disfavor en la opinión pública. Lo que en ningún caso pueden pretender es que el Estado tipifique como delito o simplemente prohíba, determinadas expresiones por el simple hecho de que puedan ser contrarias u ofensivas de aquellas creencias que ellas tienen como sagradas» (Vazquez Alonso, 2015: 121). Ronald Dworkin ha señalado de manera concluyente que la religión debe acatar los principios de la democracia, y no al revés: «No one's religious convictions can be thought to trump the freedom that makes democracy possible» (Dworkin, 2006).

Pero, ¿de lo anterior debería derivarse que las creencias religiosas no han de estar protegidas en modo alguno?; ¿la burla, el escarnio, como formas extremas de crítica, no tienen límite? El problema de la tensión entre libertad de crítica/libertad de expresión y creencias religiosas es un caso en donde cabe plantear el problema de la incapacidad del Derecho a la hora de ofrecer la mejor solución. No estoy seguro de que la solución jurídica sea la mejor: ya sea una solución que afirme la primacía total de la libertad de expresión, ya otra que ofrezca un margen a la censura. Lo preferible es un enfoque pragmático y prudencial que evite el carácter definitivo de las decisiones jurídicas (en especial aquellas que recurren a la penalización).

Todorov señala que entre el ámbito legal y el personal existe un ámbito social en el que la ética de la responsabilidad es más oportuna que la ética de la convicción y donde actuamos guiados por el imperativo del respeto y de no herir responsabilidades. Es un ámbito donde rige un consenso social (Todorov, 2008: 206), que también limita la libertad de expresión y que nos hace evitar, por ejemplo, burlarnos en público de los obesos, aunque ninguna ley lo prohíba, u ofender gratuitamente sentimientos religiosos. Yo creo que esta idea es la misma que Mill señala al final del capítulo II de *On Liberty*, al referirse a la moralidad del debate público, que implica moderación, evitación de las ofensas inútiles, de la mala fe, del fanatismo, y de la intolerancia: «[…] debe ser condenado todo aquel en cuya requisitoria se manifiesta la mala fe, la maldad, el fanatismo o la intolerancia […]; y debe reconocerse el merecido honor a quien, sea cual sea la opinión que sostenga, tiene la calma de ver y la honradez de reconocer lo que en realidad son sus adversarios y sus opiniones, sin exagerar nada que pueda desacreditarlas, ni ocultar lo que pueda redundar en su favor. Esta es la verdadera moralidad en la discusión pública» (Mill, 1986: 122). Es evidente que estamos en el ámbito de las virtudes y de la predisposición personal hacia el otro, difícilmente formalizables jurídicamente Estamos hablando de un respeto moral por las convicciones ajenas, que se manifiesta en la idea de que no todo aquello que permiten las normas o que no está prohibido por la ley debe hacerse, aunque solo sea por el imperativo del buen gusto, lo cual nos sitúa en el ámbito de la educación personal y de la consideración por el otro. De acuerdo con esto, determinadas críticas a la religión o a las creencias personales, deberían estar limitadas por la prudencia o por la educación (Carrillo Donaire, 2015: 242-243), pero no por el Derecho.

En definitiva, la reflexión que se propone es una reflexión sobre los límites del Derecho a la hora de regular los conflictos. De acuerdo con un cálculo prudencial, hay que hacer una valoración de los beneficios/perjuicios de la intervención jurídica (Martínez-Torrón, 2015; Boix Palop, 2016: 55-112). Pero al mismo tiempo, probablemente hay limitaciones que el Derecho no debe imponer. En este caso, los individuos se deben guiar por los imperativos de la prudencia, el buen gusto, la educación, la cortesía y el respeto. La normatividad del Derecho debe ser complementada con otro tipo de normatividad. Se trata de reconocer la importancia de la autolimitación, que solo es posible a partir de la educación que impone el imperativo del respeto al otro. Hay limitaciones que el Derecho no debe imponer y que derivan de la consideración respecto al otro. A través de un proceso de responsabilización de las decisiones individuales, el sujeto no ha de verse constantemente respaldado por las normas jurídicas. Es decir, es un proceso inverso a aquel otro que nos presenta Habermas cuando señala que la positivación de la moral produce una exoneración de la responsabilidad moral del individuo (Habermas, 1998: 184). Para Habermas, esa exoneración supone la reducción de las incertezas cognitivas, motivacionales y organizativas propias de la moral. Pero hay que analizar críticamente las virtudes de esta exoneración. Este razonamiento puede ser de aplicación al caso de la libertad de expresión. En efecto, existiendo ámbitos en los que el Derecho no interviene (o no quiere intervenir) —como los que tienen que ver con la crítica a la religión—, en ellos el sujeto debe decidir por sí mismo si critica o no, si ataca o no. El hecho de que el Derecho calle, permita o no prohíba no quiere decir que el individuo esté totalmente amparado, ya que, aunque no haya limitaciones impuestas por el Derecho, puede haberlas de otro tipo: aunque no haya responsabilidad jurídica puede haber responsabilidad moral derivada de la violación de un imperativo que prohíbe hacer o decir determinadas cosas.

Pero es momento de regresar al lenguaje del odio, y aquí la argumentación debe ser diferente. Ya se ha señalado que la blasfemia no es lenguaje del odio. Como es sabido, respecto a esta cuestión hay dos grandes posiciones básicas, que podemos identificar con dos modelos de democracia: democracia neutral (o tolerante) y democracia militante. Pensamos en dos modelos de democracia que a su vez se manifiestan en dos direcciones jurisprudenciales; en términos generales, podemos identificarlas con la norteamericana y la europea (de origen alemán) (Pérez de la Fuente, 2010: 67-104). De forma resumida, las diferencias entre ambas estriban en los siguientes puntos (Gascón Cuenca, 2013: 163-182): a) En primer lugar, la diversa valoración que se hace de la libertad de expresión y del derecho a la igualdad en aquellos casos en los que se produce un conflicto entre ambos; b) En segundo lugar, una diferente consideración de las finalidades que la libertad de expresión debe perseguir en la sociedad; c) Y, en tercer lugar, el mayor o menor grado de intensidad con la que se defiende la idea de que la libertad de expresión es un derecho individual y que, por tanto, debe estar protegido de las intervenciones estatales.

Pues bien, la primera posición, la de la democracia neutral o tolerante, es la asumida por el modelo norteamericano construido a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema (Rodríguez Montañés, 2012: 107-220). En efecto, a partir de la Primera Enmienda («El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios»), se entiende que existe un derecho sin restricciones a expresarse libremente siempre que el discurso en cuestión no esté afectado por limitaciones neutrales, entendidas estas como limitaciones *a priori*, o que implique una incitación clara y directa a la comisión de un delito (principio del daño a terceros: peligro inminente de violencia). Tal y como manifes-

tó el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *United States vs. O'Brien* (391 U. S 367, 1968), se puede regular el momento, el lugar y la manera de expresarse, pero no el contenido de las expresiones. Estamos frente a un modelo que reivindica el carácter negativo de la libertad de expresión —que no ha de verse afectada por interferencias externas y que es expresión de la dignidad humana—, que defiende el papel prioritario y preferente de la libertad de expresión en una democracia y que asume el valor de la metáfora del mercado de las ideas (Cueva Fernández, 2012: 437-455). En términos de Salvador Coderch, la tesis de la prioridad de la libertad de expresión se basa en los siguientes argumentos (Salvador Coderch, 1993: 40): a) epistemológico: la búsqueda de la verdad es factible mediante el debate libre de las ideas; b) político: el autogobierno exige un discurso político a salvo de las interferencias del poder; c) humanista: la dignidad humana y la autorrealización personal exigen el respeto de las opiniones de todos; d) escéptico: la libertad de crítica a los gobernantes es un medio necesario para el control de los abusos en los que puede incurrir su actividad.

Ronald Dworkin ha señalado que es posible distinguir dos justificaciones de la libertad de expresión. De acuerdo con la primera, la libertad de expresión es importante desde el punto de vista instrumental, «not because people have any intrinsic moral right tos ay what they wish, but because allowing them to do so will produce good effects for the rest of us» (Dworkin, 1996: 200). De acuerdo con la segunda, la libertad de expresión es importante «not just in virtue of the consequences it has, but because it is an essential and "constitutive" feature of a just political society that government treat all its adult members, except those who are incompetent, as responsable moral agents» (*Ibíd.*). Aunque Dworkin se encarga de señalar que ambas justificaciones no se excluyen mutuamente, lo cierto es que la justificación constitutiva es la que está detrás de la vinculación entre libertad de expresión —de un lado— y responsabilidad moral y dignidad, de otro: «[…] we are a liberal society committed to individual moral responsability, and any censorship on grounds of content is inconsistent with that commitment» (Dworkin, 1996: 205).

En definitiva, estamos frente a una posición que asume que la expresión de las ideas es merecedora de una mayor protección frente a otras esferas de la intervención humana. Obsérvese que hablamos de intervención y no de acción humana. Ello, precisamente, para intentar poner de relieve una de las diferencias principales entre el modelo norteamericano y el europeo —en el que, en mi opinión, se asume de manera más clara la dimensión performativa del lenguaje: hablar no es solo decir cosas, sino también hacer cosas (Austin, 1962; Searle, 1969)—. Si esto es cierto, debería ser tenido en cuenta a la hora de valorar el daño que puede provocar el ejercicio de la libertad de expresión.

La segunda posición es la referida a la democracia militante, que es el modelo europeo, a partir de la jurisprudencia constitucional alemana y asumida posteriormente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por otras jurisprudencias, entre ellas la española. Es un modelo condicionado por la importancia del contexto histórico y social, constituido por la experiencia europea en el siglo XX y por las políticas de odio racial. El modelo afirma la existencia de ámbitos de «tolerancia cero» a partir de la interpretación del art. 17 del Convenio Europeo de derechos humanos (Prohibición del abuso de derecho: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo»)[6]. El modelo de democracia militante prevé una respuesta frente a los enemigos de la democracia o aquellos que atentan contra los valores básicos de la democracia, y asume la dimensión perfor-

mativa del lenguaje: hablando se hacen cosas (Saavedra, 2006: 568-570).

La reciente Sentencia 820/2016 del Tribunal Supremo, es un buen exponente de esta posición. Para el Tribunal Supremo, la simple conexión de una actuación con derechos que ostentan «un máximo rango en un Estado democrático» (FJ 1) como la libertad de expresión —o como la libertad ideológica— no exime de la evaluación de la existencia de posibles excesos, ya que «el ejercicio de esos derechos cuenta también con barreras, mínimas y lejanas; pero barreras. O, por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales» (FJ 1). El discurso del odio, en su manifestación de alabanza o justificación de acciones terroristas, no merece cobertura constitucional, pues «el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa "en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades". […] no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido» (FJ 2).

Pues bien, me parece que esta distinción entre modelos de democracia es confusa. En realidad, toda democracia es militante (Revenga, 2015: 29-30). No se puede hablar de neutralidad en relación con un sistema democrático y en relación con un sistema de derechos. La democracia y los derechos implican una concepción del bien que, aunque sea entendida de modo amplio, de manera que sea operativa en un sistema social plural, no deja de ser una concepción del bien concreta y determinada. Por tanto, el sistema democrático asume unos contenidos básicos referidos a determinados valores y a una determinada concepción de la persona. Y la referencia a estos contenidos y a estos fines debe ser tenida en cuenta a la hora de elaborar una propuesta sobre la limitación del discurso del odio.

En este sentido, Michael Sandel ha señalado que «reconocer el daño que pueden producir las expresiones de odio no basta para demostrar la necesidad de restringir la libertad de expresión» (Sandel, 2008: 337). Se trata de ponderar el daño causado con el bien que supone la libertad de expresión. «Lo que cuenta es la importancia moral del discurso o la expresión en relación con el estatus moral de las identidades establecidas que ese discurso o esa expresión atacaría u ofendería» (*Ibíd.*). Por eso, no es lo mismo impedir una manifestación a favor de los derechos civiles (que puede suponer un daño para una comunidad segregacionista), que impedir una manifestación del Ku Klux Klan). Mientras que en el primer caso se defiende el reconocimiento de los derechos de los negros, en el segundo caso se promueve la eliminación racial. «La diferencia consiste, pues, en el contenido del discurso, en la naturaleza de la causa» (*Ibíd.*). La imposible ausencia de neutralidad en democracia explica por qué la libertad de expresión —particularmente, la que exterioriza el lenguaje del odio—, no puede ser ilimitada.

Por otra parte, la conveniencia de limitar el lenguaje del odio es una razón que nos hace dudar de la fe ilimitada en la capacidad del mercado de las ideas a la hora de discriminar lo verdadero de lo falso, ya que si esa capacidad fuera real, la «depuración» del discurso que haría la sociedad demostraría que la respuesta jurídica es innecesaria. En todo caso, con esta revisión de uno de los postulados clásicos de la teoría liberal de la libertad de expresión, volveríamos al punto de partida de estas reflexiones: el carácter contextual de las teorías de los derechos.

5. RECAPITULACIÓN

Al principio de estas reflexiones se ha aludido al carácter histórico de los derechos fun-

damentales. Dicho carácter no solo implica un punto de vista conceptual sobre los derechos; al contrario, posee consecuencias prácticas que tienen que ver, entre otras cosas, con la evolución de los derechos, que viene determinada por los rasgos del contexto en el que los derechos han de ser justificados, pero también ejercidos. En el caso concreto de la libertad de expresión, el contexto está condicionado, de un lado, por los medios técnicos a través de los cuales el individuo participa en el discurso público, y, de otro, por determinadas dimensiones del contenido de dicho discurso.

En este trabajo se ha asumido la hipótesis de que internet y el lenguaje del odio bien pueden ser identificados como rasgos definitorios del contexto contemporáneo —técnico, social, político— en el que se desarrolla el discurso sobre la libertad de expresión. Son, por tanto, elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar una teoría de la libertad de expresión en las sociedades democráticas y que, posiblemente, obligan a reformular determinados paradigmas en lo referido a los límites de esta libertad, por una parte, y a su relación con la democracia, por otra.

NOTAS

1. Ciertamente, el alcance de este artículo debe ser interpretado a la luz de las restricciones derivadas del artículo 12 del mismo texto constitucional: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra».

2. Como es sabido, la idea del mercado de las ideas es propuesta por O. W. Holmes en *Abrams vs. United States,* 250 U.S. 616 (1919): «[…] the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out». Al «marketplace of ideas» se refiere el juez W. J. Brennan Jr. en *Lamont vs. Postmaster General of United States*, 381 US 301 (1965): «[…] It would be a barren marketplace of ideas that had only sellers and no buyers […]».

3. Disponible en: <http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_pubblicata.pdf>. Agradezco al prof. Miguel Revenga la información sobre esta referencia.

4. «Es una solidaridad que no puede entenderse desligada de la disminución de sus costes, que banalizan el compromiso e incluso lo hacen divertido en sus formas; es el llamado *slacktivism* o activismo del vago: un doble clic desde el salón de casa basta para alinearnos con causas nacionales o globales donde el deslindamiento de la razón y la sinrazón morales es tan diáfano como, por ello mismo, íntimamente satisfactorio» (Arias Maldonado, 2006*a*: 40).

5. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b>. Es útil la consulta del estudio sistemático de Anne Weber (2009).

6. Coincidente con el art. 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (1994): *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.

— (2009): «Libertad de expresión y liberalismo en el siglo XIX», en VVAA, *Historia de los de los derechos fundamentales. Siglo XIX*, en G. Peces-Barba, E. Fernández, R. de Asís y F. J Ansuátegui (dirs.), vol. III, libro I, Madrid: Dykinson.

ARIAS MALDONADO, Manuel (2016*a*): «La digitalización de la conversación pública: redes sociales, actividad política y democracia», *Revista de Estudios Políticos*, 173, 27-54.

— (2016*b*): *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, Barcelona: Página Indómita.

ATIENZA, Manuel (2013): «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», en *íd.*, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid: Pasos Perdidos.

AUSTIN, John L. (1962): *How to do things with words*, Oxford: Clarendon Press.

BARENDT, Eric (1987): *Freedom of speech*, Oxford: Clarendon Press.

BERLIN, Isaiah (1988): «John Stuart Mill y los fines de la vida», en *íd*, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de N. Rodríguez Salmones, Madrid: Alianza.
BOIX PALOP, Andrés (2016): «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, 173, 55-112.
CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2015): «Libertad de expresión y "discurso del odio" religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social*, 70, 205-243.
CLOUGH, Patricia y Jean HALLEY, Jean (eds.) (2007): *The Affective Turn: Theorizing the Social*, Durham: Duke University Press.
CONSTANT, Benjamin (1989): «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en *íd.*, *Escritos políticos,* tradd., estudio preliminar y notas de M. L Sánchez Mejía, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo (2012): «El "discurso del odio" y su prohibición», *Doxa*, 35, 437-455.
DWORKIN, Ronald (1996): *Freedom's Law,* Harvard University Press.
DWORKIN, Ronald (2006): «The Right to Ridicule», *The New York Review of Books*, 23, march. [en línea] <http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>.
FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (1984): «El problema del fundamento de los derechos humanos», en *íd.*, *Teoría de la justicia y derechos humanos,* Madrid: Debate.
FERRARESE, Maria Rosaria (2006): *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari: Laterza.
GARCÍA AÑÓN, José (2004): «Libertad, diversidad y conflictos culturales: la respuesta del Derecho según John Stuart Mill», en J. M Escamilla Castillo (ed.), *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Granada: Universidad de Granada.
GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana (2014): «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 97-115.
GASCÓN CUENCA, Andrés (2013): «La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», *Anales de la Cátedra Francisco* Suárez, 47, 163-182.
HABERMAS, Jürgen (1994): *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. de A. Domènech, Barcelona: Gustavo Gili.
— (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* intr. y trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta.
KAUFMAN, Gustavo Ariel (2015): Odium dicta*. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet,* México: Consejo nacional para prevenir la discriminación.
LALATTA COSTERBOSA, Marina (2014): *La democrazia assediata*, Roma: Derive Approdi.
LEMA AÑÓN, Carlos (2009): «Para un concepto secular de lo sagrado: la institución de lo sagrado como tarea democrática», *Derechos y Libertades*, 20, 79-116.
MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (2015): «La tragedia de *Charlie-Hebdo*: algunas claves para un análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 50, febrero, 22-31.
MILL, John Stuart (1986): *Sobre la libertad*, trad. de Pablo de Azcárate, Madrid: Alianza.
OMAGGIO, Vincenzo (2015): *Saggi sullo Stato costituzionale*, Turín: Giappichelli.
PAREKH, Bhikhu (2006): «Hate speech. Is there a case for banning?», *Public Policy Research*, vol. 12 (4), 213-223.
PECES-BARBA, Gregorio (1988): «Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales», en *íd.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid: EUDEMA.
— (1993): *Etica pública y Derecho*, Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
— (1995): *Etica, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales*,* Madrid.
— (1997): «Etica pública-ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho,* XIV, 531-544.
PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar (2010): «Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio.* Un aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21.
REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2015): «Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?», en M. Revenga Sánchez, M. (coord.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares: Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá.
REY MARTÍNEZ, Fernando (2015): «Discurso del odio y racismo liquido», en M. Revenga Sánchez (coord.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares: Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá.
RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.
SAAVEDRA, Modesto (2006): «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Persona y Derecho*, 55, 547-576.
SALVADOR CODERCH, Pablo (1993): *El derecho de la libertad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SANDEL, Michel (2008): *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, trad. de A. Santos Mosquera, Barcelona: Marbot Ediciones.
SEARLE, John (1969): *Speech acts: An essay in the Philosophy of Language,* Cambridge: Cambridge University Press.
TODOROV, Tzvetan (2008): *Miedo a los bárbaros. Más allá del choque de civilizaciones,* trad. de Noemí Sobregues, Barcelona: Círculo de Lectores.
VAZQUEZ ALONSO, Victor J. (2015): «Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la moralidad cristiana al miedo postsecular», en M. Revenga Sánchez (coord.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares: Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá.
VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (2015): «Sobre la apología del terrorismo como "discurso" del odio», en M. Revenga Sánchez (coord.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá.
WEBER, Anne (2009): *Manual on Hate Speech,* Council of Europe Publishing.

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

JUSTICIA DE TRANSICIÓN: UNA VISIÓN DE CONJUNTO CON LA LENTE DEL PENALISTA
TRANSITIONAL JUSTICE: AN OVERVIEW FROM THE PERSPECTIVE OF AN ACADEMIC IN CRIMINAL LAW

Gabriele Fornasari
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Trento

RESUMEN

El trabajo analiza los diversos modelos de justicia de transición, con la descripción de sus características principales y colocando particular atención a las experiencias italiana, española, alemana, sudafricana y de otros países sudamericanos y africanos para finalmente desarrollar algunas reflexiones críticas acerca del efecto de estos modelos en algunos principios fundamentales de garantía del derecho penal contemporáneo.

PALABRAS CLAVE

Justicia de transición, principios constitucionales, derechos humanos, comisiones para la verdad.

ABSTRACT

The paper analyses various paradigms of transitional justice, by outlining their fundamental fatures and devoting particular attention to the experiences of Italy, Spain, Germany, South África and several others South American and African ones. In the final part, the essay investigates into the influence of such models on some of the fundamental safeguarding principles of guarantee of modern criminal law.

KEY WORDS

Transitional justice, human rights, fundamental safeguarding principles.

JUSTICIA DE TRANSICIÓN: UNA VISIÓN DE CONJUNTO CON LA LENTE DEL PENALISTA*

Gabriele Fornasari
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Trento

Sumario: 1. La justicia de transición. Noción, historia y relaciones con el Derecho penal. 2. Los modelos de justicia de transición. 3. Los modelos «puros». De la ausencia del Derecho penal al derecho penal como único protagonista. 4. Las combinaciones de modelos. Un caso de combinación «diacrónica» y uno de combinación «sincrónica» entre punición y amnistía. 5. Los aspectos particulares de las transiciones sudamericanas. Las oscilaciones entre instancias de punición e instancias de pacificación en la fase de retorno a la democracia y el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el giro definitivo neopunitivista. 6. Un modelo para la superación del presente. El caso colombiano. 7. Modelos con interferencia entre Comisión por la Verdad y cortes penales. Un caso abierto y uno todavía por abrir. 8. Reflexiones criticas sobre los «nudos» penales. 9. Conclusiones.

1. LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN. NOCIÓN, HISTORIA Y RELACIONES CON EL DERECHO PENAL

Este estudio aborda una cuestión muy debatida recientemente, pero que tiene antecedentes incluso en la Antigüedad: el tratamiento que debe dispensarse a aquellos que han gozado de una posición de poder y que han violado sistemáticamente derechos humanos fundamentales en el momento en que se verifica una transición hacia una forma de gobierno respetuosa de tales derechos.

Aquí se utilizarán fórmulas sumamente genéricas en términos conceptuales: la noción de «tratamiento» deja abiertas diversas posibilidades, que abarcan desde el uso exclusivo del Derecho penal hasta formas de reparación de daños causados o incluso de intervenciones de naturaleza casi exclusivamente simbólica; por «violación de derechos humanos» se entiende tanto los más evidentes crímenes contra la humanidad como casos menos cruentos como la denegación sistemática de justicia; finalmente, la expresión «transición de formas de gobierno irrespetuosas a otras respetuosas de los derechos humanos» reenvía a algo más que aquello que intuitivamente podría pensarse —es decir, el paso de la dictadura a la democracia—, dado que, en algunos casos, la violación de derechos humanos se realiza por gobiernos que formalmente no son dictatoriales y en ámbitos en los

* Este artículo ha sido traducido por el Dr. Carlos Cabezas, profesor de Derecho penal, Universidad de Antofagasta.

que la democracia es una entidad que se ha afirmado solo recientemente, especialmente en el mundo occidental.

Con algunas excepciones recordadas por quien ha afrontado en términos históricos el tema de la justicia de transición, hasta avanzado el siglo XX las cuentas con el pasado, especialmente en el caso de revoluciones, fueron saldadas mediante enormes derramamientos de sangre o haciendo rodar cabezas coronadas, sin demasiadas cautelas relativas a exigencias de pacificación social y con escaso respeto de las garantías procesales de los acusados, con el efecto mitigante parcial del uso de la amnistía[1].

Posteriormente ha aparecido, al menos en parte, una sensibilidad distinta, aunque con diversas modulaciones.

El pasaje histórico fundamental está determinado por el final de la Segunda Guerra Mundial.

Se incoaron procesos tanto a nivel internacional —Nuremberg y Tokyo— como a nivel nacional en los que fueron juzgados especialmente aquellos que habían colaborado con el ejército alemán o japonés durante los periodos de ocupación.

En relación con esta experiencia, es interesante verificar las notables diferencias en el equilibrio entre instancias represivas y reconciliatorias; la experiencia italiana, a la que se dedicará el correspondiente parágrafo, es ciertamente una de las más paradigmáticas.

El elemento que permite diferenciar estos procesos respecto de la realidad precedente, incluyendo los procesos de los tribunales de Nuremberg y Tokyo, es el intento más o menos logrado de evitar la aplicación de la llamada «justicia de los vencedores», que tiende a anular las garantías más elementales de los acusados y se inscribe en una idea de la justicia fuertemente vinculada a un concepto de palingenesia moral[2].

Pero el otro aspecto de gran interés de las más recientes experiencias transnacionales se encuentra en el esfuerzo de individualizar en el Derecho y en el proceso penal solo uno de los instrumentos orientados a la superación del pasado, utilizando al mismo tiempo como alternativa instrumentos de tipo resarcitorio, reparador, simbólicos u orientados a la comprobación de la verdad histórica, o incluso aplicando causas de extinción de los delitos cometidos eventualmente condicionadas a prestaciones por parte de los sujetos beneficiados por ellas.

De aquí nace el discurso sobre los modelos de justicia de transición, que esencialmente giran en torno a las distintas opciones sobre el énfasis del rol atribuido al Derecho y al proceso penal.

Como se ha anticipado, se trata de un discurso no lineal, pues los modelos deben ajustarse a realidades muy diversas, prescindiendo del objetivo común de la recuperación de una dimensión pacífica y democrática de la vida social, aun cuando en algunos casos la utilización del concepto de democracia tal y como lo entendemos en Occidente resulte impropio, tratándose ordenamientos excéntricos a nuestra gramática institucional.

2. LOS MODELOS DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN

Un examen detallado de todas las experiencias transnacionales de los decenios sucesivos al final de la Segunda Guerra Mundial es una empresa inafrontable que excede los límites de este estudio —y demasiado ardua incluso si nos hubiésemos puesto esos límites—.

La justicia de transición se ha producido en casi todos los continentes en virtud de la herencia terrible de los Estados criminales y liberticidas y de los sanguinarios conflictos del siglo XX, […] perpetradas en muchas zonas al inicio del nuevo milenio.

Las últimas experiencias tuvieron lugar a partir 2014, tras la denominada «primavera árabe», e involucran a un país al que se prestará especial atención por su cercanía con Europa, Túnez.

Antes de tratar el tema con mayor detalle, es necesario aclarar que los modelos de justicia de transición raramente han sido adoptados de forma exclusiva por los Estados: la norma general es que, tal y como ha sucedido en Sudamérica, en el mismo país los diversos modelos se han sucedido en el tiempo; también es posible que sean alternativos —como en la conocida experiencia sudafricana— o incluso acumulativos, con el peligro de incurrir en serios problemas de coordinación, como en Sierra Leona.

Para los propósitos de este trabajo, la principal distinción entre diversos modelos es la que diferencia los que se fundan en la utilización del instrumento del Derecho y del proceso penal y los que prescinden de ellos; sin embargo, esta es solo una primera aproximación, pues la realidad muestra que en muchos casos la amenaza penal no ha sido un fin en sí misma, sino que ha tenido una eficacia instrumental para la consecución de objetivos externos de naturaleza política[3].

Las dos soluciones más «puras», es decir, aquellas que no han sido afectadas por la *praxis* muy difusa de contaminación entre modelos, son las experiencias europeas de transición del siglo XX, es decir, la de Alemania después de la disolución de la República Democrática Alemana y la de España tras el final del régimen franquista.

Se trata de soluciones, en todo caso, diametralmente opuestas: la primera se centró exclusivamente en el instrumento penal y la segunda estuvo totalmente fundada en la renuncia al recurso penal —pero también de cualquier otra intervención sancionadora— y orientada decididamente a una reconciliación *soft* de un pueblo dividido primero por una guerra civil atroz y posteriormente por la sistemática represión que caracterizó la dictadura más larga del siglo XX.

Precisamente por ser opuestas, ambas soluciones han dado lugar a opiniones críticas también opuestas: en Alemania surgieron dudas sobre el Derecho penal aplicable, pues al tratar de abarcar todas las violaciones de derechos humanos cometidas durante la etapa de la DDR, se sobrepasaron los límites de principios penales fundamentales, entre ellos el de legalidad[4]; en España, en cambio, se ha criticado duramente la ausencia de toda exigencia de responsabilidad a los autores de los crímenes de la dictadura como una grave forma de injusticia hacia las víctimas que sufrieron sus consecuencias[5].

Las soluciones «espurias» tienen orígenes muy diversos, a veces fundadas en un diseño racional meditado desde el inicio y otras, en cambio, caracterizadas de un trazado que ha ido modificándose con base en elecciones políticas (o judiciales) determinadas del cambio de dirección del gobierno o de factores exógenos, tales como el mantenimiento de una cierta cuota de poder de los sujetos comprometidos con la violación de derechos humanos o la aparición de nuevos y determinados actores en la escena como las cortes regionales para la tutela de derechos del hombre.

Por lo demás, en primer lugar y luego de haber ofrecido un panorama más o menos detallado de las diversas experiencias, lo que aquí interesa es el *côté* penal del asunto, es decir, los términos de compatibilidad entre el uso que se hace del Derecho penal y los principios que lo gobiernan (o deberían gobernarlo) en un Estado de Derecho, además de las condiciones de admisibilidad de opciones de naturaleza política con una fuerte incidencia en la esfera de lo penal, como la amnistía.

Antes de dar mayor concreción al discurso a través de la descripción de algunos modelos tal y como se han llevado a cabo en algunos países, es necesario todavía precisar que el objeto de análisis serán los casos de transición regulada mediante instrumentos de Derecho interno. No se tratarán aquí las soluciones vehiculadas a través de la intervención de tribunales penales internacionales *ad hoc* —como en el caso de Ruanda o la ex Yugoslavia[6]— o de la Corte Penal Internacional permanente ni las que se han articulado a través de tribunales mixtos —como el caso de Camboya—, instrumentos exclusivamente punitivos en los que se

aplican premisas normativas distintas a las del Derecho penal estatal.

3. LOS MODELOS «PUROS». DE LA AUSENCIA DEL DERECHO PENAL AL DERECHO PENAL COMO ÚNICO PROTAGONISTA

Como se ha anticipado, hay situaciones transicionales en las cuales el Derecho penal y, más en general, el intento de exigir responsabilidades por violaciones de derechos humanos, no han encontrado espacio alguno.

En España, tras la muerte de Francisco Franco, el 20 de noviembre de 1975, se inició de inmediato un proceso de democratización con elecciones libres; ahora bien, por lo que respecta a la responsabilidad por los crímenes cometidos durante la dictadura, dos actos normativos fundamentales de 1976 y 1977 realizaron conscientemente una operación muy clara destinada a favorecer el olvido.

El Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía, favorecía a los opositores del régimen declarando amnistiados todos los delitos políticos o de alguna manera vinculados a la lucha política —y sustancialmente coetánea a la eliminación del Código Penal de la disposición que calificaba como asociaciones ilícitas a todos los partidos políticos—. Posteriormente, la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, extendió la amnistía a los delitos contra el ejercicio de derechos fundamentales cometidos por la autoridad, funcionarios y agentes del orden público con motivo o en ocasión de investigaciones o persecuciones de actos de disenso político.

En ambos casos, la motivación hacía expresa mención a la necesidad de olvidar la herencia dictatorial del pasado para lograr una convivencia fraterna y una reconciliación del pueblo español, dando por supuesto que eran los mismos ciudadanos quienes querían pasar página y olvidar el pasado.

Naturalmente, las razones políticas de esta opción son complejas y escapan a la posibilidad de un análisis detallado en esta sede; para ejemplificar lo anterior, es preciso indicar que no solo no se incoó ningún proceso relativo a los crímenes de la dictadura, sino que ni siquiera se articuló ningún mecanismo alternativo orientado al reconocimiento de reparaciones materiales o morales a las víctimas ni se contempló la posibilidad de organizar comisiones para la verdad[7].

Solo después de muchos años, con la Ley 52/2007 —conocida como la «ley de la memoria histórica»—, se inició un proceso de reconsideración de los años de la dictadura, pero también en este caso las medidas adoptadas prescindían por completo de la intervención del Derecho penal, concentrándose más bien en la rehabilitación de aquellos que habían sido perjudicados por sentencias debidas a motivos de discriminación política durante la dictadura —con la posibilidad de obtener indemnizaciones económicas— y en la localización e individualización de las víctimas del régimen —por ejemplo, de aquellas que habían sido enterradas en lugares ocultos luego de fusilamientos ilegítimos—[8].

El camino seguido por Alemania tras la reunificación fue completamente opuesto y se centró fundamentalmente en el Derecho penal. Aquí, sin lugar a dudas, el «ajuste de cuentas» con el pasado fue confiado al desarrollo de procesos que suscitaron una serie de problemas jurídicos cuyas soluciones dividieron a menudo a la doctrina y la jurisprudencia; ello se manifestó del modo más evidente en los procesos contra los fusileros del muro de Berlín abiertos en los inicios de los años noventa, que tuvieron una cobertura mediática muy amplia[9].

Las polémicas estaban relacionadas con las fuentes aplicables y su interpretación, la aplicación retroactiva de normas desfavorables, la aplicabilidad de disposiciones acerca de la autoría y participación a personas en el vértice político, el rol de la prescripción y la relación entre las normas penales internas y las obliga-

ciones derivadas de fuentes internacionales; en conclusión, un cúmulo de problemas de tal calado que inducían a repensar los mismísimos fundamentos del Derecho penal.

En cuanto a las fuentes utilizadas, la duda estribaba en si era aplicable el Derecho vigente en el *locus commissi delicti* al momento del hecho o el de la República Federal, cuestión que el Tribunal Supremo resolvió adoptando el primero para evitar una violación al principio de tipicidad[10].

Más dudas generaba la cuestión de si debía aplicarse la ley vigente en la disuelta República Democrática según la interpretación «inmanente al sistema» —es decir, aquella que habrían dado los jueces en el marco jurídico de ese régimen— o si debía aplicarse a los hechos la legislación de un Estado de Derecho: también en este caso, la elección, al menos en principio, fue la de privilegiar el estatuto originario, es decir, prescindir de determinados vínculos constitucionales que habrían condicionado al juez de la República Federal[11].

De todos modos, esta afirmación de principio fue varias veces contradicha en la práctica sobre la base de la existencia de vínculos de distinta naturaleza, especialmente aquellas referidas a las convenciones internacionales sobre protección de derechos fundamentales idóneas para obligar incluso a los jueces de la DDR por ser comúnmente reconocidas[12].

El terreno de aplicación de este entramado teórico fueron los procesos relativos a las muertes y lesiones cometidos en la frontera interalemana.

Aquí no se ponía en discusión la tipicidad del hecho, sino la aplicabilidad a los guardias fronterizos de causas de no punibilidad, particularmente la causa de justificación prevista en el art. 27 de la ley sobre la frontera de 1982, que en ciertas condiciones les permitía el uso de armas de fuego para impedir el paso no autorizado de la frontera; contra la opinión de una parte de la doctrina, el Tribunal Supremo federal optó por una interpretación muy extensa de la eximente «inmanente al sistema»[13], pero no por ello aceptó la consecuencia de dejar impunes a los imputados.

De hecho, por regla general, se entiende que el efecto de exclusión de la responsabilidad podía ser eludido por la clara incompatibilidad con la concepción común de la justicia y de la humanidad, fundada teóricamente por la denominada «fórmula de Radbruch»[14] y, desde la perspectiva normativa, en numerosos documentos internacionales, pudiéndose eventualmente reconocer a los guardias fronterizos, si fuesen verificadan en el caso concreto, las eximentes de haber obedecido a una orden ilegítima pero obligatoria o de haber comprendido erróneamente que actuaban bajo una causa de justificación.

Frente a la objeción de que en tal caso operaba una aplicación retroactiva *in malam partem* del Derecho penal que excluía *a posteriori* la relevancia de una causa de justificación, se replicaba que no era la norma la que era aplicada retroactivamente, sino que esta únicamente se interpretaba correctamente, punto de vista que genera perplejidad a la luz de las contribuciones de la doctrina reciente según las cuales la retroactividad de la interpretación de la norma que tiene efectos desfavorables sobre el reo es tan ilegítima como la propia retroactividad de la norma.

Por lo demás, cuando la Corte Constitucional alemana fue llamada a pronunciarse, reconoció el carácter retroactivo de la operación hermenéutica de la jurisprudencia, pero al mismo tiempo la justificó basándose en el hecho que el ordenamiento puede admitir excepciones al principio de irretroactividad en caso de conflicto con intereses de mayor importancia[15].

Sobre estas mismas bases fue reconocida la responsabilidad de los vértices políticos de la DDR, aplicando una noción muy extensa de la autoría, particularmente de la mediata, y sin tomar en consideración la alegación de la inmunidad de dichos sujetos, dado que quien los juzgaba no podía definirse como un tribunal extranjero tras la reunificación de Alemania[16].

Otro aspecto de extremo interés en la experiencia que estamos exponiendo se relaciona con la prescripción, pues se vincula con delitos respecto a los cuales aquella ya se había verificado en el momento en que se iniciaron los procesos.

También esta cuestión fue objeto de amplia discusión en el seno de la doctrina y la jurisprudencia, controversia que dio lugar a importantes intervenciones del legislador.

La tesis prevaleciente en la jurisprudencia fue considerar irrelevante, para los fines de la maduración de los plazos de prescripción, el tiempo transcurrido desde el momento del hecho hasta el 3 de octubre de 1990, es decir, hasta la entrada en vigor del Tratado de reunificación[17]; en 1993, el propio legislador avaló este punto de vista.

Sin embargo, dado que, incluso teniendo presente este nuevo plazo *a quo*, varios procesos que fueron iniciados corrían el riesgo de ser cancelados por la prescripción, el legislador intervino en dos ocasiones —en 1993 y 1997— para postergar el *dies ad quem*, fijándolo más adelante respecto a aquel comúnmente previsto para los delitos objetos del proceso.

Es inútil decir que esta solución, que trataba de satisfacer tendencias represivas muy arraigadas en ese momento, comportaba un alto coste: constituía una verdadera vulneración del principio de legalidad y, por ello, fue muy objetada en doctrina[18]; más adelante, al revisar varias experiencias de transición, veremos si y en qué medida es legítimo pagar tal precio.

4. LAS COMBINACIONES DE MODELOS. UN CASO DE COMBINACIÓN «DIACRÓNICA» Y UNO DE COMBINACIÓN «SINCRÓNICA» ENTRE PUNICIÓN Y AMNISTÍA

Los modelos simples de transición (nada de Derecho penal en España, solo Derecho penal en Alemania) encuentran una combinación diacrónica en la transición desde el fascismo a la democracia en Italia que trataremos a continuación, combinación aun más compleja en otros ordenamientos de los que se hablará más abajo.

En Italia, la primera reacción, aun durante la guerra y con una parte del país ocupada por las tropas nazis, se verificó con el decreto legislativo *luogotenenziale* n. 159, de 27 de julio de 1944, con el que se trataba de una respuesta «transicional» que dejaba poco espacio al perdón y a la reconciliación, sancionando penalmente conductas como la propia creación del fascismo —para las cuales se preveía la pena de muerte (art. 2)[19]—, los actos de apoyo al fascismo (art. 3) y el colaboracionismo (art. 5)[20]; en los casos más graves se declaraba la imprescriptibilidad (art. 6) y, finalmente, se ordenaba el comiso de todos los bienes de los colaboracionistas (art. 9).

En los meses inmediatamente posteriores y particularmente hasta la liberación, la amenaza penal fue cualquier cosa menos estéril; se iniciaron numerosos procesos, se dictaron muchísimas sentencias condenatorias, algunas de ellas de muerte (aproximadamente 250, con 91 ejecuciones efectivas)[21], pero ya en la segunda mitad de 1945 esta tendencia se atenuó por dos razones. En primer lugar, porque la Corte de Casación inició una línea hermenéutica menos agresiva (uno de cuyos objetivos era evitar la incriminación de un enorme número de personas que de un modo u otro habían estado comprometidas con el fascismo). En segundo lugar, porque se produjo un debate público en el que surgieron objeciones sobre la naturaleza retroactiva de las disposiciones penales sobre el fascismo.

Aquí citamos sin profundizar el instructivo cambio de opiniones que involucró a algunos de los más importantes intelectuales de su tiempo: por un lado, Arturo Carlo Jemolo[22] —y, con él, otras figuras importantes como Benedetto Croce— en defensa de los límites formales (que pronto se convertirían en consti-

tucionales) del Derecho penal y, por tanto, en sentido crítico respecto a normas que inevitablemente sancionaban el pasado; del otro, en respuesta a Jemolo y a favor de la idea de que el principio de irretroactividad de la ley penal vale dentro del ordenamiento jurídico en situaciones normales y no en situaciones excepcionales, cuando es necesario marcar una discontinuidad con el pasado, Piero Calamandrei[23] y, entre otros, el gran crítico literario Luigi Russo[24].

Por lo demás, después de la liberación el «ajuste de cuentas» con el pasado se había convertido en justicia sumaria, en una sanguinaria continuación de la guerra civil, particularmente en diversas zonas del norte del país, con una impresionante cantidad de muertos y heridos[25].

También en consideración de todo ello se inició el *iter* que condujo al decreto presidencial n. 4, de 22 de junio de 1946, uno de los primeros actos del primer presidente de la República tras el referéndum de 2 de junio que abolió la monarquía.

Con un cambio notable respecto de la opción punitiva adoptada tras la desautorización de Mussolini, el primer Gobierno republicano, a través del ministro de Justicia Togliatti, aprobó, con aquel decreto, una amnistía relativa a los delitos políticos cometidos con posterioridad al 8 de septiembre de 1943 —con exclusión de los homicidios, otros delitos en materia de prostitución y corrupción y de otras hipótesis (art. 2 y art. 4)—, así como a los actos de apoyo al fascismo y las conductas de colaboracionismo, también en este caso con algunas excepciones respecto de hechos muy graves, las funciones que realizaban sus autores o la presencia de fines de lucro (art. 3).

Si se piensa que este acto normativo había sido precedido por una amnistía para los delitos políticos cometidos por los antifascistas durante el fascismo (decreto *luogotenenziale* de 17 de noviembre de 1945, n. 719) y, antes, por una amnistía para los delitos cometidos por partisanos antifascistas durante la resistencia (decreto real de 5 de abril de 1944, n. 96), la impresión general es que se abrió paso una tendencia hacia una forma de «pacificación nacional».

Prescindiendo de un análisis de las modalidades fuertemente influidas por la indulgencia con la que la magistratura —especialmente la Corte de Casación— aplicó la amnistía, ignorando prácticamente las excepciones específicas que la misma ley preveía cuando debía juzgar a los jerarcas fascistas y, en cambio, tendiendo a negarla a menudo cuando se trataba de partisanos, lo cierto es que en pocos años los procesos penales por crímenes del fascismo terminaron casi todos con declaraciones de impunidad y en buena medida anularon los efectos del decreto de 1944.

Como se sabe, el juicio histórico sobre la experiencia italiana es todavía controvertido.

Quienes consideran que se trata de una experiencia negativa señalan que la consecuencia de la misma fue una impunidad excesiva, dada la gravedad de los crímenes cometidos y, al mismo tiempo, la falta de formación de una memoria histórica compartida; desde este punto de vista, no se ajustaron las cuentas con el pasado.

Los que, por el contrario, justifican el recurso a la amnistía, recuerdan que las contingencias históricas fueron particulares y en algunos casos dramáticas[26]: dramáticas porque en diversas partes del territorio nacional estaba en curso una especie de continuación de la guerra civil entre grupos todavía armados, con derramamiento de sangre, contienda en la que a menudo se mezclaban razones políticas y rencores privados; particulares, dado que la transición italiana no seguía, como en muchos otros países europeos de aquel tiempo, un breve periodo de ocupación alemana, sino una compleja fase en la cual se había formado una entera clase dirigente difícil de sustituir y cuya represión habría determinado una especie de criminalización de masa[27].

Además, si bien puede ser cierto que no se ha formado una memoria colectiva, no está claro que este sea un objetivo realista; lo que es seguro es el descenso de la conflictividad deter-

minado por la amnistía, que podría ser uno de los factores que han contribuido a la construcción de una democracia constitucional imperfecta, pero estable y sólida[28].

Dicho esto, y como veremos en la última parte de este trabajo, la experiencia transicional italiana invita a una reflexión de conjunto sobre un tema muy relevante: los límites de admisibilidad de los mecanismos de amnistía, teniendo presente que estos se sitúan inevitablemente en el confín entre las exigencias de justicia y las exigencias de pacificación[29].

Es preciso decir, como ha sido afirmado por la doctrina penal italiana dedicada específicamente al tema —cuyos extremos son plenamente compartibles—, que las principales responsabilidades del carácter amnésico de nuestra transición no son imputables a la generación que la condujo (que quizás no podía obrar de modo diverso, renunciando ampliamente a la represión de los crímenes cometidos), sino a las generaciones sucesivas, que en momentos históricos más propicios no fueron capaces de realizar un intento genuino de hacer las cuentas con el pasado, de reflexionar sobre las causas y efectos de aquella degeneración y de restituir las bases para la construcción de una memoria que no fuera amnésica, falsa y autoabsolutoria[30].

El modelo sudafricano agrega un elemento al complejo prisma de los instrumentos utilizados en las fases de transición.

Se trata del recurso a las comisiones para la verdad y la reconciliación, ya conocido en algún caso precedente, pero que tiene en este caso tiene connotaciones peculiares por el modo en que la actividad de la comisión se ha combinado con la de los jueces penales[31].

El esquema es el siguiente: para gestionar la superación del régimen de *apartheid* y evitar la enorme potencialidad conflictiva presente en la fase de transición a un régimen fundado en el respeto de los derechos humanos, se adoptó un modelo basado en la asunción de responsabilidad a cambio de impunidad.

La impunidad tenía relación solo con las sanciones penales: el mecanismo elegido impuso resarcimientos a las víctimas, la imposibilidad de conservar oficios públicos y la asunción de responsabilidad (relativa a todas las partes en el proceso y, por tanto, incluso a las violaciones de derechos humanos cometidas por la mayoría de color en el ámbito de conflictos intraétnicos), lo que se llevó a cabo a través de declaraciones públicas efectuadas en presencia de la Comisión a las que el declarante se sometía voluntariamente con la finalidad de evitar un proceso.

Solo en el caso en que tales testimonios fuesen considerados completos y verídicos por la Comisión[32] podía generarse una declaración de amnistía que anulaba cualquier consecuencia en el plano penal; si, en cambio, el testimonio vertido semejaba parcial o falso, entonces se reabría el camino de la justicia ordinaria, con la posibilidad de condenas a penas muy severas.

La combinación es, entonces, sincrónica: mientras que en la Italia en la postguerra la estrategia de transición inicial fundada en la represión penal fue seguida, para casi los mismos hechos, por una amnistía con efectos sustancialmente «sepulcrales», en Sudáfrica las dos posibilidades convivieron y la amenaza del proceso penal se mantuvo en el trasfondo como incentivo para que las declaraciones ante la Comisión fueran auténticas y útiles para reconstruir una verdad reconocida sobre la cual pudiese cimentarse un pacto constituyente[33].

Se fijaron, en todo caso, límites. Por una parte, el mecanismo activado se refería solo a actos, omisiones y violaciones políticamente motivadas («associated with political objectives», dice el prólogo del Estatuto de la Comisión) y es claro que tal definición no se presta fácilmente a una interpretación unívoca; con todo, la Comisión fue más bien selectiva al respecto y se basó en criterios sintomáticos; por ejemplo, la comisión de actos por parte de órganos del Estado o de organizaciones políticas con base en planificaciones deliberadas —o dirigidos contra opositores políticos—, así como

aquellos realizados durante revueltas, huelgas, protestas o manifestaciones.

Por otro lado, la tipología de los actos por los que era admitida la solicitud de amnistía tras las declaraciones también era restringida: se trataba solo de tres crímenes, la *torture and abduction* (tortura y transferencia o captura forzada e ilegal de una persona), *killing* (ejecuciones ilegítimas ordenadas por el Estado o por movimientos de liberación) y *severe ill treatment* (noción que, según la interpretación de la Comisión, comprendía, entre otras, la violencia sexual, la mutilación, la detención sin acusación o sin proceso, las vejaciones, el exilio y la proscripción), incluyendo la tentativa, la participación, la instigación, la *conspiracy* y la orden de cometerlos tanto en el territorio de la República como en el extranjero.

Las estadísticas nos dicen que la Comisión ha rechazado *in limine* más de la mitad de las solicitudes, considerando ausente la motivación política; pero en los casos en los que las admitió, fueron consideradas siempre verídicas y se pronunció a favor de la concesión de la amnistía, aunque con algunas excepciones «excelentes».

En este segundo momento del juicio, puede decirse que la Comisión privilegió la reconciliación sobre la verdad; por otra parte, este fue el camino que tomó tras del fin de su actividad el presidente de la República Thabo Mbeki, quien, en el curso del decenio de su mandato, concedió numerosas declaraciones de perdón incluso por delitos diversos de aquellos que eran competencia de la Comisión, probablemente con la intención de cerrar definitivamente las cuentas con el pasado en un país en el que todos los focos de violencia se estaban apagando completamente[34].

De la particular experiencia sudafricana es necesario decir que la amnistía no fue «sepulcral», dado que, como hemos dicho, no fue concedida a una parte importante de aquellos que fueron candidatos bajo la premisa de que los motivos de esos crímenes no fueron políticos[35].

Más allá del juicio político sobre los resultados del mecanismo fundado en la conveniencia de la respuesta penal y de la instancia de reconciliación, debe insistirse en que en Sudáfrica no se vulneró ningún principio del Derecho penal, pues en los juicios penales fueron aplicadas siempre disposiciones en vigor, incluso en el momento de los hechos, y no se creó ninguna regla especial *in malam partem.*

Hay una sola duda, que se refiere al respeto de un principio del Derecho procesal. En los casos en que las declaraciones eran consideradas solo parcialmente verídicas, el acceso a la amnistía era negado, abriéndose el camino a la celebración de un proceso penal ordinario; entonces surgía el problema del valor probatorio de las declaraciones acusatorias o autoacusatorias efectuadas ante la Comisión: es cierto que el art. 31.3 del Estatuto de la Comisión prescribía que toda prueba incriminatoria obtenida durante las declaraciones no podía ser admitida contra una persona involucrada en un proceso penal, pero se trata de una prohibición formal que no es difícil de obviar.

5. LOS ASPECTOS PARTICULARES DE LAS TRANSICIONES SUDAMERICANAS. LAS OSCILACIONES ENTRE INSTANCIAS DE PUNICIÓN E INSTANCIAS DE PACIFICACIÓN EN LA FASE DE RETORNO A LA DEMOCRACIA Y EL ROL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL GIRO DEFINITIVO NEOPUNITIVISTA

Los modelos de superación del pasado de los países de Latinoamérica presentan algunos elementos diferenciales, en ocasiones no irrelevantes, aun dependiendo del hecho que cada régimen que ha producido sistemáticas viola-

ciones a los derechos humanos en el último tercio del siglo XX han tenido peculiaridades específicas.

Con todo, todas ellas se caracterizan por un elemento de novedad que las distingue de aquellas hasta ahora delineadas y de todas las demás que se han verificado en otros continentes.

De hecho, ya en el curso de los años noventa —pero luego muy contundentemente, en particular desde el 2001—, cobró protagonismo un actor inédito en otras experiencias, la Corte interamericana de Derechos humanos de San José de Costa Rica.

Asumiendo un rol absolutamente protagónico, esta corte regional contribuyó de modo decisivo, como se verá mejor en seguida, a disipar todas las dudas de muchos países, alternando fases orientadas a intervenciones muy duramente punitivas y otras en las que se imponía la idea de una pacificación social[36].

Es necesario puntualizar que este fuerte impulso a hacer prevalecer el Derecho y proceso penal ha sido seguido absolutamente en algunos contextos y ha tropezado con más resistencias en otros, pero lo importante es subrayar desde ahora que el tejido argumentativo que, por ejemplo, en países como Argentina y Chile ha dado fundamento a la apertura o reapertura de procesos penales y a sus conclusiones —con condenas a veces muy severas— ha sido ciertamente proporcionado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, particularmente en la sentencia Barrios Altos.

Algunos datos de fondo parecen necesarios para encuadrar mínimamente —y en términos históricos— los sucesos que motivaron el inicio del camino a la justicia de transición sudamericana.

El continente sudamericano, muy inestable políticamente ya durante todo el siglo XX, fue el escenario, sobre todo en los años setenta y ochenta, de feroces dictaduras militares que se inscribían en la escena más amplia de la guerra fría mundial y que se caracterizaron —con ejemplos impactantes en Argentina, Chile, Brasil, Paraguay y Uruguay— por la sistemática y despiadada violación de los más elementales derechos humanos a través del asesinato individual y de masa, la tortura y las desapariciones forzadas de opositores políticos, pero también de todo aquel que era sospechoso de no ser fiel al régimen; los números que arroja la reconstrucción histórica de estos acontecimientos son absolutamente impresionantes[37].

Además de su feroz represión, es una característica común de estas experiencias políticas el hecho de no terminaron mediante procesos revolucionarios, sino tras la articulación de formas negociadas con algunas fuerzas políticas orientadas a garantizar un retorno gradual y, en lo posible, pacífico a la democracia.

En el marco de estas formas de negociación, o a veces antes de que se iniciaran, se situaba casi de forma inevitable el recurso a procedimientos extintivos de los hechos cometidos en el ejercicio del poder para conculcar derechos fundamentales.

Un caso particular que es necesario mencionar, pues no sigue exactamente este esquema, es el del Perú; no sigue este esquema pues el protagonista de estas conductas represivas, Alberto Fujimori, había sido elegido democráticamente y mantuvo las estructuras formales de una democracia, pero dirigió personalmente un grupo paramilitar que cometió gravísimos crímenes fuera de todo control democrático. Es necesario mencionarlo, ya que, más allá del hecho que las conductas antiliberales se encuentran en la misma línea que las los países arriba mencionados, precisamente un episodio acontecido en Perú dio lugar al dictado de la sentencia de la Corte Interamericana que imprimió el más decidido giro jurisprudencial tendente a privilegiar la utilización del instrumento penal.

Iniciado el proceso de democratización, en estos países surgió de inmediato la cuestión de la punibilidad de los más graves crímenes cometidos por los detentadores del poder, crímenes que, en algunos casos como en Argentina, se habían cometido solo pocos años antes de

la época en que los regímenes los habían cometido. Las respuestas, en realidad, fueron diferentes.

En Argentina, el primer Parlamento democráticamente elegido abrogó de inmediato la ley de autoamnistía que los militares habían aprobado poco antes de ceder el poder, luego de haber sido instituida la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) para de arrojar luz sobre el terrible fenómeno de las desapariciones forzadas (a menudo acompañadas de torturas y seguidas por la muerte) y de los secuestros de niños con la finalidad de obtener medidas de reparación para las familias de los desaparecidos o, cuando fuese posible, reintegrar tanto en empleos públicos como en privados a aquellas personas que habían sido apartadas de los mismos a causa de su oposición al régimen; finalmente, en virtud del decreto ley n. 158, de 13 de diciembre de 1983, fueron sometidos a proceso, ante el más alto órgano de la justicia militar, los miembros de las primeras Juntas de Gobierno —excluyendo, en cambio, a aquellos que habían formado parte de las Juntas que habían negociado la transición—[38], acusados de homicidio, privación ilegal de la libertad y tortura de los detenidos.

En Uruguay las cosas no fueron muy distintas: el Parlamento aprobó una ley de amnistía referida solo a los delitos políticos de los opositores de la dictadura y dos de sus comisiones (desprovistas de poderes judiciales) se empeñaron en arrojar luz acerca de la responsabilidad de los militares en las graves violaciones de derechos humanos; en un primer momento, el juicio de los crímenes de los detentadores del poder fue confiado a la competencia de los tribunales militares, pero pronto una sentencia importante de la Corte Suprema la transfirió a la justicia ordinaria.

En Chile, la primera respuesta se dividió en dos direcciones diversas aunque concomitantes: por una parte, no se quiso discutir la ley de amnistía que aprobó por Pinochet durante su Gobierno, aunque esta disposición fue interpretada en el sentido que, si bien debían desarrollarse procesos para comprobar la responsabilidad en las graves violaciones de derechos humanos, esta verificación no debía acarrear finalmente consecuencias jurídicas: la amnistía se transformó así en una especie de gracia que no impidiese el conocimiento de los hechos históricos[39]; por otra parte, fue instituida la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, conocida como Comisión Rettig, encargada de redactar un documento con base en el cual fueron introducidas posteriormente medidas orientadas a la reparación de aquellos que habían sufrido las más graves violaciones a los derechos humanos.

Solo en Brasil no existió una reacción inmediata fundada en la apertura de procesos penales; más bien, el primer Parlamento democráticamente elegido, aun pudiendo hacerlo, no abrogó las leyes de amnistía que los militares habían aprobado durante la etapa de negociación; probablemente, lo que explica está circunstancia es que no se trataba de una amnistía unilateral, sino que cubría los crímenes cometidos por todas las partes involucradas en el conflicto que había ensangrentado el país[40]; por otro lado, no se puede decir que el nuevo Brasil democrático haya ignorado la responsabilidad por los crímenes de la dictadura, pero las medidas adoptadas con posterioridad a la transición se orientaron a resarcir a las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos y los miembros de sus familias y todos aquellos que habían sufrido perjuicios en la propia libertad o en la actividad profesional, además de incrementar en general la educación sobre el respeto de estos derechos.

Unas pocas líneas, finalmente, son suficientes para describir la experiencia del Perú, que es cronológicamente sucesiva a las demás: el presidente Fujimori, tras numerosos escándalos de diverso tipo, huyó al extranjero dejando tras de sí una ley de autoamnistía absolutamente unilateral que había bloqueado la actividad de la magistratura durante su presidencia; pero, inmediatamente después de su huida, el nuevo Gobierno instituyó una Comisión para la Verdad y la Reconciliación y, al mismo tiempo, la

Corte Interamericana de Derechos Humanos se encontró frente a recursos que se lamentaban de la inactividad de los tribunales ordinarios de cara a la exigencia de hacer justicia en los crímenes que, en ocasiones, tenían las dimensiones de verdaderas ejecuciones de masa.

Precisamente, en respuesta a uno de estos recursos, se dictó la sentencia Barrios Altos.

En este punto, es preciso dar un paso atrás para indicar que la opción punitiva elegida en algunos países sudamericanos inmediatamente después del retorno a la democracia fue pronto puesta en cuestión y, en algunos casos, absolutamente ignorada por los parlamentos de esos mismos países.

Particularmente interesantes son las experiencias de Argentina y Uruguay.

En Argentina, la anulación de las leyes de autoamnistía permitió el inicio de muchos procesos, algunos de los cuales concluyeron bastante rápido con condenas más bien severas, como en el caso del general Videla y del almirante Massera, condenados al presidio perpetuo; además, los procesos involucraron no solo a sujetos pertenecientes al vértice de las juntas militares, sino a muchos sujetos que formaban parte de cuadros intermedios, lo que originó que los conflictos ideológicos se radicalizaran y que las fuerzas armadas manifestaran una fuerte insatisfacción por la extensión de la persecución penal.

No del todo insensible a la necesidad de la pacificación social, el presidente Alfonsín propuso e hizo aprobar por el Parlamento la denominada «Ley de punto final» (ley n. 23492 de 26 de diciembre de 1986), que no era una amnistía generalizada, sino solo el instrumento jurídico para impedir, a tres años de la fin de la dictadura, el inicio de acciones penales por la violación de derechos humanos y delitos políticos violentos (a excepción de los secuestros de niños y modificación de su estado civil) para aquellos que en ese momento ya no hubiesen sido acusados o no lo fuesen en los sesenta días siguientes a la publicación de la ley.

Sin embargo, el efecto de la ley fue opuesto al deseado, pues en el transcurso de los sesenta días en que aun era posible, se presentaron un numerosas denuncias que terminaron por saturar las oficinas del Ministerio Público.

La fuerte tensión social que se produjo fue el motivo principal de la dictación de la denominada «Ley de obediencia debida», publicada en el Boletín oficial el 9 de junio de 1987 con el número 23.521.

Ni siquiera en este caso se trataba de una amnistía generalizada: el objetivo de la ley era intervenir sobre un punto muy específico y al mismo tiempo relevante: la aplicación de la eximente de obediencia a la orden del superior.

Se estableció que, en todos aquellos casos en que los hechos habían sido cometidos por cuadros intermedios o subordinados de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de Seguridad o de la Policía Penitenciaria, se debía presumir, sin posibilidad de prueba en contrario, que habían actuado acatando una orden vinculante del superior, con la consecuencia de la aplicación incondicionada de la eximente; en cambio, en el caso de que los autores de los hechos hubiesen sido oficiales superiores, pero no pertenecientes a la cúpula de la escala jerárquica, correspondía al juez establecer en cada caso si los crímenes cometidos fueron fruto de una orden del superior o de una decisión autónoma: en este último caso, no se aplicó la eximente.

Por lo demás, las disposiciones de la ley no eran válidas para todos los casos de secuestro y cambio de estado civil de niños, además de violencia sexual.

Con una sentencia adoptada con voto de mayoría, pocas semanas después de la publicación de la ley la Corte Suprema la estimó constitucionalmente legítima, valoración basada en un razonamiento esencialmente político: la necesidad de tener en cuenta la difícil coyuntura y los posibles efectos desestabilizadores de su eventual invalidación[41].

También la ley de 1987, aun produciendo notables efectos, no significó una impunidad

generalizada y dejó abiertos todos los procesos contra los jerarcas militares.

Por esto, desde los inicios de los años noventa, el nuevo presidente de la República, Carlos Menem, con el deseo de cerrar definitivamente el pasado, dictó una serie de decretos presidenciales que, en un primer momento, contenían perdones individuales para todos aquellos que estaban procesados y, en un segundo momento, también para aquellos que ya habían sido condenados; entre las poquísimas excepciones que se hicieron al perdón generalizado figuraban los hechos relacionados con el secuestro de niños[42].

Antes de llegar al momento que determinó nuevamente la apertura de los procesos penales, la experiencia argentina se caracteriza por otro suceso de relevancia para el análisis de la justicia de transición.

Puesto que, tras la aprobación de los decretos de perdón, algunos oficiales que ya estaban «protegidos» del riesgo de los procesos penales, reconocieron públicamente la responsabilidad de las Fuerzas Armadas y propias en violaciones de derechos humanos y descorrieron el velo acerca de hechos desconocidos en ese momento —particularmente respecto de las desapariciones forzadas—, se iniciaron desde 1995 los denominados «juicios por la verdad», es decir, procedimientos seguidos ante cortes penales pero con la sola finalidad de comprobar la responsabilidad y sin la posibilidad de dictar sentencias de condena.

Declarados inconstitucionales en 1998 por la Corte Suprema —pero aprobados en el conocimiento de un recurso por parte de la Comisión Interamericana en 2000—, los juicios por la verdad no fueron jamás regulados normativamente, por lo que cada tribunal se daba a sí mismo sus propias reglas[43]; se celebraron muchos y en ellos se recogió una notable cantidad de información, pero dejando detrás de sí la cuestión, denunciada por la doctrina, de la utilización de las declaraciones acusatorias o autoacusatorias en eventuales procesos penales futuros, cuestión que se actualizó sucesivamente gracias a la sentencia Simón[44].

En parte paralela a la experiencia argentina fue la del Uruguay. En este país, las medidas punitivas de los primeros años posteriores a la dictadura provocaron un aumento en las tensiones internas y condujeron al Gobierno, que no deseaba enemistarse con las Fuerzas Armadas, a aprobar la controvertida Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (ley n. 15.848, de 22 de diciembre de 1986).

El punto esencial de la ley[45] era la no perseguibilidad de los delitos cometidos —por motivos políticos o en el ejercicio de sus funciones o por órdenes superiores— por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía o de personas que se podían equiparar a estos sujetos durante el periodo de la dictadura; en cuanto a los procesos ya iniciados, se dispuso que la autoridad judicial demandara al ejecutivo, en el plazo de treinta días, que se pronunciase sobre su decisión de reconducir o no el caso a las hipótesis en las cuales caía la pretensión punitiva del Estado, quedando vinculado por dicha decisión.

Con una decisión de mayoría, la Corte Suprema declaró la legitimidad constitucional de la ley[46], que había sido cuestionada porque se había aprobado sin respetar el *iter* previsto por la Constitución para las leyes de amnistía, ya que confiaba al Poder Ejecutivo un juicio considerado impropio sobre la procedibilidad y no tenía en cuenta las obligaciones internacionales vinculantes en materia.

Con todo, luego de la necesaria reunión de firmas, se llamó a un referéndum popular, celebrado el 16 de abril de 1989, que confirmó la ley por una mayoría del 57%; durante 10 años no se celebró ningún proceso ni se puso en marcha ninguna otra iniciativa judicial o política que tuviese por objeto los crímenes de la dictadura.

Finalmente, en Chile las grietas dejadas abiertas por la «doctrina Aylwin» fueron utilizadas varias veces por las cortes, que no solo iniciaron diversos procesos ni se conformaron

con la comprobación de la responsabilidad, sino que condenaron a los imputados inaplicando la amnistía con base en argumentos del Derecho internacional; sin embargo, la Corte Suprema anuló sistemáticamente tales sentencias recurriendo también a argumentos de Derecho internacional, en este caso, el Protocolo adicional del Convenio de Ginebra que en el inciso 5º del art. 6 admite que la autoridad de un Estado, luego del final de un conflicto armado, pueda recurrir a la amnistía a favor de las personas que hubiesen participado en dicho conflicto.

Pero antes de que en Chile produjese sus efectos la sentencia Barrios Altos, otro importante suceso judicial concentró la atención del mundo sobre ese país. Recuperándose en una clínica londinense, Augusto Pinochet fue arrestado por mandato internacional de la autoridad judicial española, que deseaba obtener la extradición; sometida a fuertes presiones políticas, la House of Lords en un primer momento (marzo de 1999) negó que se le pudiese reconocer a Pinochet la inmunidad penal (como senador vitalicio en un país extranjero) y, por tanto, autorizó la extradición, fundando su decisión en que las graves violaciones de los derechos humanos respecto de los cuales era imputado no eran delitos comunes, sino crímenes internacionales tan graves que su perseguibilidad no admitía obstáculos[47].

Sin embargo, tras un periodo en Gran Bretaña sometido a arresto domiciliario, en marzo de 2000, se autorizó su regreso a Chile en razón de su edad y estado de salud.

El retorno a la patria no significó, en todo caso, el final de los problemas judiciales de Pinochet; al contrario, quizás la iniciativa judicial de una autoridad extranjera, aunque resultó finalmente fallida, incentivó a la autoridad chilena a buscar la comprobación plena de la responsabilidad del exdictador, hasta el punto de que, ya en 2000, la Corte de apelaciones de Santiago le negó la inmunidad y fijó la premisa que la amnistía no podía encontrar aplicación al menos por los crímenes de los que era imputado y que en la misma no estaban previstos, como la desaparición forzada (que no se entendía prescrita, al tratarse de un delito permanente); en un segundo momento, se le denegó la inmunidad y la amnistía fue considerada irrelevante en el caso del asesinato del general Prats, su predecesor como comandante del ejército.

Dictada el 14 de marzo de 2001, la sentencia Barrios Altos había sido precedida de otras dos referidas a violaciones cometidas en Perú, que se limitaron a acreditar la responsabilidad del Estado con la obligación consiguiente de indemnizar a las víctimas[48].

En cambio, Barrios Altos va mucho más allá y establece un principio inédito que funge de base de toda su jurisprudencia sucesiva y de aquellos países que decidieron reactivar las instancias punitivas.

El punto 41 de la sentencia constituye el corazón del argumento: «Esta Corte considera 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».

En suma, sin posibilidad de equívocos, la Corte impide a los Estados colocar obstáculos jurídicos a la persecución penal de graves violaciones a los derechos humanos a través de dos vías: por un lado, imponiendo la inaplicabilidad de la amnistía, de prescripciones ya verificadas u otras causas de no punibilidad presentes en los ordenamientos nacionales; por otro, disponiendo que deben ser castigadas incluso conductas como la desaparición forzada, que en muchos ordenamientos no constituían delitos *ad hoc* al momento de los hechos[49].

En relación con la amnistía, la misma sentencia subraya en varios puntos la absoluta ineficacia de las disposiciones de autoamnistía

que constituyen una peculiaridad del caso peruano, lo cual ha inducido a algunos Estados a considerar que no se ven afectados por el dispositivo de la sentencia; así, han dictado amnistías basadas en procedimientos democráticos y válidos para todas las partes en conflicto[50].

Respecto a esta sentencia, otra cuestión jurídica relevante es su eficacia en la esfera jurídica de los Estados que han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, diversa de la que afecta a las partes involucradas en el recurso.

En rigor, la Convención prevé en su art. 68 que las decisiones de la Corte obligan exclusivamente a los Estados contra los cuales se presenta el recurso, pero en algunos casos los jueces nacionales han ignorado este límite[51], hasta el punto de que esta sentencia ha representado la piedra angular que ha marcado el inicio de una nueva fase de la regulación de las cuentas con el pasado caracterizada por el absoluto protagonismo de las cortes penales y de la propia Corte Interamericana, que ha sistemáticamente acogido recursos de particulares o de asociaciones que lamentaban la inercia de los tribunales nacionales[52].

La vía de la persecución penal no ha sido una opción exenta de problemas, especialmente por los obstáculos provenientes de principios cardinales del Derecho y del proceso penal.

Nuevamente, el caso argentino es emblemático por estos contrastes y por el modo en que el fuego se mantuvo bajo las cenizas incluso en los años de la (casi) total impunidad.

Los poquísimos procesos que no encontraron impedimentos en las leyes de 1986 y 1987 y en los decretos de perdón, es decir, los relativos al secuestro y la modificación del estado civil de niños, se habían cerrado con sentencias clamorosas contra algunos jerarcas militares, pero el paso fundamental fue la iniciativa de un juez del Tribunal de Buenos Aires, Gabriel Cavallo, que en el caso Simón —marzo de 2001[53]— declaró inconstitucional la Ley de punto final y la Ley de obediencia debida. La decisión fue confirmada algunos meses después, en noviembre, por la Corte de apelaciones y fue tal su resonancia que debió pronunciarse la Corte Suprema, dado que muchos otros jueces territoriales habían emulado al de Buenos Aires.

La sentencia fue dictada en junio de 2005 y probablemente estuvo condicionada por dos sucesos externos: la anulación por el Parlamento en 2003 de las dos leyes objeto del juicio[54] y el dictado por la Corte Interamericana de una sentencia originada de un recurso argentino, el caso Bulacio, también de 2003, en el cual había ordenado de continuar con las investigaciones penales aun si ya había transcurrido el plazo de prescripción.

En la misma línea argumental ya utilizada por los jueces ordinarios, la Corte Suprema declaró la ilegitimidad de la Ley de punto final y de la Ley de obediencia debida basándose sobre todo en fundamentos del Derecho internacional, quizás ante la necesidad de justificar el cambio de criterio respecto a la sentencia dictada dieciocho años antes en la que se había declarado su legitimidad[55].

El discurso parte de la invocación de normas internacionales, que en los años precedentes se habían integrado en el ordenamiento jurídico interno luego de su ratificación y que contienen la obligación de perseguir como crímenes contra la humanidad las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura: así, se mencionan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura.

Pero, para imprimir mayor énfasis a la argumentación, se cita el precedente de la sentencia Barrios Altos como una referencia no discutible, si bien a veces en la conciencia de que el Estado argentino no tenía la obligación de observarlo[56].

Estos son los pasajes claves de la sentencia de la Corte Suprema.

Durante la dictadura militar se habían consumado graves violaciones de derechos humanos calificables, con base en el Derecho

consuetudinario, como crímenes contra la humanidad; se trata, por ello, de crímenes que no pueden prescribir ni ser sometidos a amnistía —ni siquiera de forma enmascarada—, sino que deben ser siempre castigados aun al precio de violar la cosa juzgada; si la aplicación de las normas que sirven para sancionarlos es formalmente retroactiva, se trata de una retroactividad solo aparente, pues hechos de tal tenor ya se percibían como ilícitos por la «conciencia jurídica universal»[57].

Sobre la base de estos argumentos fue posible continuar, abrir o reabrir una importante cantidad de procesos penales sin tener que recurrir a estratagemas jurídicas de ningún tipo.

El mismo caso Simón fue resuelto con una dura condena y a ella le siguieron muchas otras, también contra figuras relevantes de la dictadura.

Un resultado parecido se logró en Uruguay después de 2004, año de la elección del Presidente Tabaré Vázquez, pero no con la abrogación de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, sino concediendo la opinión favorable a la instauración de procesos requerido por la misma ley en un número elevado de casos; así fue posible, por ejemplo, someter a juicio al dictador Juan María Bordaberry, que fue condenado a una severa privación de libertad en primer grado, aunque falleció durante el proceso de apelación[58].

En años más recientes, la situación uruguaya se reavivó a causa de algunos eventos que se relacionan con la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado.

El año crucial fue 2009: el 19 de octubre, la corte Suprema declaró la ley inconstitucional en el marco del caso Sabalsagaray, mientras que el 25 de octubre, cuando fue llamado a pronunciarse de nuevo, el pueblo uruguayo rechazó la propuesta de declarar la ilegitimidad de la ley.

Pero la historia no termina aquí.

En el caso Gelman (2011), la Corte Interamericana condenó a Uruguay a abrogar la ley; el Parlamento obedeció y en octubre del mismo año, mediante la ley 18.831, se restableció la pretensión punitiva del Estado para reprimir como crímenes contra la humanidad los delitos cometidos por el terrorismo de Estado. El último acto es, por ahora, la sentencia n. 20 de 2013, en la que Corte Suprema declaró inconstitucional las disposiciones de esta ley que imponían la aplicación retroactiva *in malam partem*, reservándose por tanto el poder de realizar una ponderación entre principios constitucionales y principios convencionales[59].

En Chile, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha producido importantes efectos, en particular luego de la sentencia Almonacid Arellano de 2006; desde entonces, están en curso numerosos procesos penales, mientras otros ya han concluido con sentencias confirmadas en forma definitiva por la Corte Suprema[60].

Además, el 10 de diciembre de 2014 fueron presentados al Congreso dos proyectos de ley, el primero orientado a dar una interpretación aun más restringida de la aún vigente ley de amnistía y el segundo a introducir una reforma constitucional dirigida a prohibir la aplicación de la amnistía o la prescripción en los casos de graves crímenes contra la humanidad a fin de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por Chile[61]. Hasta ahora, estas propuestas no han producido ningún resultado, aunque quizás esto no sea necesario, dado que los procesos continúan celebrándose y la amnistía ha sido sistemáticamente inaplicada[62].

Finalmente, la excepción de Brasil. Aquí la condena de 2010 de la Corte Interamericana —en el caso Guerrilha do Araguaia— a abrir procesos a pesar de la amnistía ha producido solo inicialmente algún efecto: algunas Fiscalías, entre ellas la federal, han iniciado procedimientos penales bloqueados después por la Magistratura requirente, que ha considerado vinculante la sentencia de la Corte Suprema en la que la ley de amnistía fue considerada legítima con base en el principio de la prevalencia de la Constitución nacional sobre las normas que fijan obligaciones internacionales.

Entretanto, la Comisión por la Verdad que había entrado en funciones en mayo de 2012 (como respuesta parcial a la citada sentencia de la Corte Interamericana) ha presentado su informe final el 10 de diciembre de 2014: al final de un imponente trabajo de investigación que ha comprendido los crímenes cometidos por el Estado brasileño entre 1946 y 1988 (es decir, un periodo más amplio que el de la dictadura), este documento da cuenta de la desaparición o la ejecución ilegal de al menos 434 ciudadanos brasileños o extranjeros[63].

6. UN MODELO PARA LA SUPERACIÓN DEL PRESENTE. EL CASO COLOMBIANO

Para cerrar el discurso sobre los modelos de transición, vale la pena tratar algunas experiencias verificadas en los últimos años que presentan elementos originales, especialmente en lo que respecta al rol confiado al Derecho penal en la dinámica de la superación del pasado.

En el caso colombiano, la Ley de Justicia y paz de 2005 fue dictada tras decenios de guerra civil como un intento de facilitar el proceso de paz y obtener la reinserción individual o colectiva en la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley (art. 1).

Con este objetivo, en un primer momento, son individualizados los sujetos que pueden ser admitidos en el mecanismo previsto por la ley, es decir, sujetos «desmovilizados» que hayan entregado sus armas a la autoridad pública y abandonado su grupo armado —y si el abandono es solo individual y no colectivo, hayan entregado informaciones útiles para combatir al grupo que han dejado—.

En un segundo momento, estos mismos sujetos son llamados a admitir su responsabilidad a través de una declaración (versión libre) que se toma como punto de partida a fin de tener elementos útiles para reconstruir la verdad de los hechos.

La consecuencia de esta admisión no es una amnistía ni un «golpe de almohadas» de algún tipo, sino la condena a una pena privativa de libertad no inferior a cinco años ni superior a ocho años, que sustituye a la pena —abstractamente individualizada— que sería proporcional a la gravedad del delito. La pena se complementa con la obligación de reparar completamente los daños sufridos por las víctimas; a la ejecución de la pena le sigue un periodo de observación al final del cual, si no se han cometido nuevos delitos y si se han respetado todas las obligaciones estipuladas en la sentencia, la pena principal se declara extinguida[64].

Llamada a pronunciarse a un año de distancia, en la sentencia 370 de 2006 la Corte constitucional declaró la ley conforme a la Constitución, corrigiéndola en algunos puntos relativos esencialmente a las obligaciones de reparación —que, tras la enmienda, son más exigentes— y a la valoración de las declaraciones, subrayando la necesidad de que deben ser completas, además de verídicas[65].

Este mecanismo tiene algunos puntos en común con el sudafricano, pero con la diferencia de que la pena, aun reducida, se da por descontada y que el órgano competente es un tribunal y no una comisión de la verdad. También es en parte similar a la experiencia italiana en lo que respecta al terrorismo, en el sentido de que fueron fijados sustanciosos descuentos de pena para aquellos que abandonaran las asociaciones a las que pertenecían[66], lo cual, según algunos observadores, podría presentar problemas de compatibilidad con el principio de complementariedad del art. 17 del Estatuto de la Corte penal internacional.

Colombia adhirió al Tratado y se podría entender que las disposiciones citadas constituyen el síntoma de una falta de voluntad o de imposibilidad para perseguir los graves crímenes cometidos en el conflicto armado, con la consecuencia de la intervención de la Corte Penal Internacional[67]; con todo, se puede observar que el art. 53 inc. 1 letra c) del mismo Estatuto prescribe que si, en consideración a la

gravedad del delito o de los intereses de las víctimas, existen motivos graves que indiquen que una investigación no favorecería los intereses de la justicia, el procurador puede decidir la no apertura de la misma[68].

Pero el proyecto transicional colombiano no termina con la Ley de Justicia y Paz, sino que ha proseguido recientemente en clave holística[69] con disposiciones normativas extrañas al Derecho penal en sentido estricto como la Ley de víctimas y restitución de tierras de 2011, orientada a la introducción de un procedimiento de restitución de tierras a las víctimas a las que los grupos armados habían sustraído ilegalmente propiedades raíces y la institución, en el mismo año, del Centro Nacional de Memoria Histórica con la misión de reconstruir el conflicto y las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante el mismo.

Los últimos desarrollos en Colombia son interesantes; el 26 de septiembre de 2016 se llegó a un acuerdo histórico entre el Gobierno y las FARC basado en seis puntos[70]. Sometido a referéndum, el acuerdo ha sido rechazado por una pequeña mayoría, circunstancia que no ha detenido el proceso, ya que, tras haber introducido muchas de las propuestas presentadas por quienes sostenían la opción «no»[71], el acuerdo ha sido adoptado en una nueva versión y firmado definitivamente el 24 de octubre; el 30 de diciembre fue publicada una nueva ley de amnistía y en las primeras semanas de 2017 está ya en curso la selección de los magistrados que formarán parte de la nueva jurisdicción especial que deberá conocer de los crímenes cometidos durante el conflicto.

7. MODELOS CON INTERFERENCIA ENTRE COMISIÓN POR LA VERDAD Y CORTES PENALES. UN CASO ABIERTO Y UNO TODAVÍA POR ABRIR

El modelo adoptado para superar la sangrienta guerra civil en Sierra Leona presenta algunas peculiaridades. Al término del conflicto, pero con los focos de combate aun en curso, se firmó un acuerdo de paz (Acuerdo de Lomé, de 1999) que disponía, entre otros puntos, la constitución de una Comisión por la verdad y la reconciliación con la finalidad de crear una memoria histórica imparcial de las violaciones y abusos del Derecho internacional humanitario, ajustar las cuentas con la impunidad, promover la paz y la reconciliación y prevenir la repetición de las violaciones a los derechos humanos.

En particular, la Comisión tenía la tarea de indagar las causas, la naturaleza y la extensión de las violaciones y del conflicto. Su función era de reconciliación y catarsis y tenía por objeto una investigación sustancialmente histórica en dos fases: la primera destinada a la recopilación de testimonios y la segunda a la reproducción pública de estos.

Pero en la fase inicial del trabajo de la Comisión nació, con base en un acuerdo entre el Gobierno y las Naciones Unidas, la Corte especial para Sierra Leona, un tribunal híbrido formado por jueces tanto locales como internacionales cuyo cometido es la persecución de las personas que habían tenido las mayores responsabilidades por las graves violaciones de los derechos humanos (previstas tanto por el Derecho internacional como por el Derecho interno) cometidas en el territorio de Sierra Leona.

Es fácil intuir que el trabajo simultáneo de dos órganos podía ser fuente de conflictos entre ellos, con mayor razón si se piensa que no se aprobó ninguna norma de coordinación y que, mientras el art. 21(2) del acuerdo que instituyó la Corte disponía que cada organismo creado con base en la ley de Sierra Leona debía atenerse a las directivas específicas de la Corte —y, por tanto, parece afirmar la primacía de la Corte sobre la Comisión—, el art. 7(3) del acto que instituyó la Comisión dispone que, deforma discrecional, esta puede permitir a algunos sujetos entregar declaraciones y testimonios de modo reservado y que no está obligada a desvelar esas informaciones entregadas en reserva[72].

Esto puso en evidencia la delicada cuestión del valor de los testimonios entregados ante la Comisión, que no tenía el poder de conceder amnistías o indultos.

Mientras que, obviamente, ante la Corte se debía comprobarse una responsabilidad penal partiendo de los delitos imputados y con las reglas y restricciones del proceso penal, la Comisión debía investigar las causas y la naturaleza del conflicto y, por tanto, podía utilizar el más amplio arsenal del historiador; esta división competencial generaba el riesgo de obstaculizar —y aun hacer imposible— el trabajo de la Comisión debido a la posibilidad de que los testimonios entregados ante ella pudiesen ser usados para una eventual persecución penal[73]. Una prueba fehaciente de ello es el caso Hinga Norman.

Jefe de una de las formaciones paramilitares que habían defendido el país de las fuerzas revolucionarias, Sam Hinga Norman fue arrestado por orden de la Corte por ser sospechoso de complicidad con graves violaciones del Derecho humanitario; habiendo tenido una intervención importante en la guerra civil, la Comisión requirió una audiencia con Norman para recabar informaciones útiles destinadas a la comprobación de la verdad histórica; a pesar de que, tras algunas dudas, se puso a disposición de la Comisión para ser oído, en un primer momento la Trial Chamber de la Corte no acogió la solicitud e hizo prevalecer el interés asegurar que Norman sería sometido a un *fair trial* orientado a determinar su inocencia o culpabilidad, juicio justo que habría estado en riesgo si primero hubiese sido escuchado por la Comisión en la calidad de responsable de violaciones de derechos humanos.

La Appeal Chamber de la Corte, requerida por la eventual lesión al derecho de las víctimas a conocer la verdad, aun manteniendo la opinión de que la Corte tenía primacía sobre la Comisión, concedió que Norman fuese escuchado por esta última, pero no en audiencia pública, lo que motivó que Norman finalmente rechazara la posibilidad de ser oído, pues su objetivo era hablar directamente al pueblo.

Este ejemplo ilustra la problemática coexistencia de dos mecanismos de transición diversos —uno orientado a la comprobación de la verdad histórica y el otro a la comprobación de específicas responsabilidades penales— cuando no se definen previamente las relaciones recíprocas.

Un camino no muy diferente parece ser el que se siguió tras una de las denominadas «primaveras árabes»: Túnez. Con un complicado dispositivo legal aprobado en junio de 2014 fueron dictadas numerosas normas, denominadas en su conjunto «Ley orgánica para la instauración y la organización de la justicia de transición» (Loi organique relative à l'instauration de la justice transitionelle et à son organisation). La ley está dividida en dos partes. La primera trata las distintas funciones de la justicia de transición (revelar la verdad y preservar la memoria; comprobar la responsabilidad y evitar la impunidad por las graves violaciones de derechos humanos; garantizar la reparación y la rehabilitación a favor de las víctimas; aprobar reformas constitucionales con el fin de que tales violaciones no se repitan; facilitar la reconciliación, la paz y la unidad nacional). La segunda se ocupa específicamente de la instauración de una comisión independiente, denominada «Comisión para la verdad y la dignidad» (Instance de la verité et de la dignité) y fija los criterios de composición, competencia, obligaciones, organización y presupuesto.

En referencia a los delitos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos, se prevé la creación en los tribunales de primera instancia, de secciones especializadas creadas *ad hoc* (y formadas por jueces que deberán seguir cursos especiales acerca de justicia de transición) que deberán ocuparse de violaciones tales como homicidio voluntario, violencia sexual, tortura, desaparición forzada, ejecuciones ilegales y, cuando lo requiera la Comisión para la verdad y la dignidad, fraude electoral, corrupción, abuso de fondos públicos e inducción forzada a la emigración por razones políticas.

En cuanto al rol de la Comisión, el art. 39 dispone que se realicen audiencias privadas o

públicas de víctimas de violaciones, se examinen los casos de desaparición forzada en que se ignore el destino de las víctimas, se cree un *database* con todos los datos e informaciones reunidas acerca de las violaciones antedichas, se determine la responsabilidad del Estado o de otras partes en causa clarificando sus razones y sugiriendo remedios para evitar que se repitan y se elabore un programa para la reparación de las víctimas.

Por su parte, el art. 40 define los instrumentos a los que puede recurrir la Comisión, entre ellos el acceso sin limitaciones a archivos privados y públicos, la utilización de cualquier mecanismo ordinario de investigación que no viole el derecho de defensa, la adopción de medidas de protección de los testimonios, el auxilio de la autoridad pública para conseguir actas de investigación —además de obtener de quien las posea documentos necesarios para su trabajo—, el poder para confiscar objetos y documentos relativos a las violaciones objeto de investigación y obtener información incluso de la autoridad extranjera u organizaciones no gubernamentales según lo dispuesto en tratados o convenciones internacionales.

El art. 41 establece la creación de un fondo para la dignidad y la rehabilitación de las víctimas de la tiranía.

Finalmente, el art. 42 prescribe que la Comisión debe remitir al Ministerio Público aquellos casos en que la comisión de graves violaciones a los derechos humanos esté probada y que se le deberán notificar todas las medidas que disponga el Poder Judicial. En estos casos, no será posible oponer la excepción de cosa juzgada.

El contenido de esta disposición no es del todo claro y podría dar lugar a dificultades aplicativas, considerando que la norma parece prever que la prueba de la responsabilidad criminal de un sujeto sea determinada prescindiendo de la actividad de una autoridad judicial a la que correspondería solo tomar las medidas del caso: un mecanismo que nos parece bastante oscuro[74].

El camino posterior de la transición tunecina ha sido muy accidentado. Tras el cambio de dirección política debido a los resultados de las elecciones legislativas y presidenciales de 2014 y 2015, los nuevos Gobiernos no han visto con buenos ojos la prosecución de la actividad de la Comisión, en parte porque se encuentra investida de tareas excesivas respecto a sus posibilidades (por ejemplo, debe ocuparse también de fraudes y corrupción y no solo de violaciones a los derechos humanos) y en parte por el temor a que la revelación de los crímenes del pasado pueda minar la unidad de un Estado todavía débil, hasta el punto de que hay quienes sostienen la necesidad de que la prosecución del proceso de transición exige la aprobación de normas idóneas para facilitar el trabajo de la Comisión[75].

8. REFLEXIONES CRITICAS SOBRE LOS «NUDOS» PENALES

La variedad de modelos responde a elecciones políticas que cada país adopta teniendo en cuenta exigencias propias; a este respecto, en esta sede no se puede ir más allá de una perspectiva meramente descriptiva.

Cabe, en cambio, realizar un análisis unitario con la lente del penalista sobre el estrés al que se someten, en muchas de las experiencias citadas, los principios del Derecho penal ante la necesidad de reprimir graves violaciones de derechos humanos: la anulación de actos de amnistía a la reapertura de plazos de prescripción ya caducados con disposiciones o interpretaciones de carácter retroactivo; también retroactivamente se inaplican causas de no punibilidad o se aplican tipos penales inexistentes en el momento de ocurrencia de los hechos; finalmente, se afirma a través del *ius cogens* un rol de la costumbre como posible fuente de normas penales.

La amnistía es un acto político que se realiza a través de formas jurídicas comprensibles —a

veces con límites constitucionales rígidos—, dada su naturaleza excepcional respecto a la necesidad de sancionar conductas penalmente ilícitas. Es aun más evidente la naturaleza intrínsecamente política de las amnistías que son utilizadas en contextos de transición[76]. Siempre han sido un instrumento que, en aquellos contextos, desempeña el rol de facilitar, a través la clemencia sobre los «vencidos», la reconciliación entre quien ha sido parte de un conflicto con el deseo de una unificación de las fuerzas para mirar hacia el futuro.

Pero las experiencias recientes de transición, en la línea de numerosos instrumentos internacionales, incitan a discutir el recurso a este instrumento, ya que se ha observado que constituye un obstáculo para la afirmación del principio fundamental según el cual todas las graves violaciones a los derechos humanos deben ser siempre castigadas penalmente por razones de justicia sustancial.

En este punto, es oportuno distinguir, dado que bajo una única denominación se comprenden instituciones que pueden tener efectos diferentes y que, por tanto, pueden recibir valoraciones distintas.

En efecto, si no hay duda de que en los procesos de transición una amnistía que extinga el delito sin prever al mismo tiempo algún tipo de condición —y que emane exclusivamente a favor de quien ha detentado el poder (y no también de quien ha sufrido condenas por delitos políticos cometidos en contra de quien detentaba el poder)— no satisface ni exigencias de justicia retributiva ni exigencias de reconciliación social, especialmente si ha sido establecida por los mismos sujetos que se benefician de ella, prescindiendo de un procedimiento democrático, resulta posible construir otro discurso para los casos en que sus características son más articuladas.

La cuestión es esencialmente política, es necesario reconocerlo, y el juicio depende de factores contingentes que conciernen a cada realidad local, pero en principio parece sostenible la afirmación según la cual cabe negar la naturaleza de acto jurídicamente válido a las amnistías autoconcedidas por los autores de graves violaciones a derechos humanos, si son unilaterales y no prevén condiciones[77].

Desde este punto parten cuestiones de oportunidad.

La tendencia reciente a deslegitimar cualquier tipo de amnistía en razón de la necesidad de castigar siempre y en todo caso graves violaciones a los derechos humanos con base en una concepción absoluta de justicia vinculada a obligaciones internacionales no parece aceptable.

Como se ha observado, en contextos de transición política el concepto mismo de justicia no puede ser aquel, de supuesta derivación kantiana, que se incardina exclusivamente en el camino de la punición de los crímenes, sino que debe combinar este aspecto con la instancia esencialmente conciliadora de restauración pacifica de la comunidad[78] y para lograr este fin no puede ser negado *a priori* un papel a la amnistía[79].

Debe tratarse de una amnistía sin amnesia[80] acompañada de mecanismos de comprobación de la verdad histórica, disposiciones encaminadas a la reparación de los daños sufridos por las víctimas y procedimientos de inhabilitación para los autores de los crímenes, y todo esto debe valer también para las amnistías democráticamente legitimadas[81].

La otra causa extintiva del delito en la dinámica de la justicia de transición es la prescripción. El esquema panpunitivo que caracteriza a gran parte de las experiencias aquí descritas rechaza radicalmente la admisibilidad de la prescripción de graves violaciones a derechos humanos y con tal finalidad no se duda en hacer retroactiva la imprescriptibilidad[82], incluso sin consideración a la cosa juzgada.

Respecto al nuevo dogma de la imprescriptibilidad, se puede discutir largamente acerca de su oportunidad en el plano jurídico y metajurídico; siempre con la premisa de que todavía existen buenas razones para mantener el instituto de la prescripción aun en estos contextos (con tiempos adecuados a la gravedad de los

delitos), no es esta la sede para profundizar al respecto[83]. Más bien vale la pena detenerse en los límites dentro de los cuales una nueva regulación *in pejus* pueda ser aplicada a los hechos cometidos por un régimen normativo precedente más favorable con base en el cual hayan ya prescrito o estén por prescribir.

A este fin, debe considerarse irrelevante el resultado, por lo demás muy incierto, del tradicional debate sobre la naturaleza de la prescripción (si sustancial o procesal): cualquiera sea la solución, se mantiene el hecho que puede incidir en la libertad personal y ello es suficiente para negar en principio la eficacia retroactiva *in malam partem*[84].

Con todo, en la particular situación de los procesos de transición hay un elemento más a tener en cuenta que puede condicionar la elección del punto de vista a adoptar.

Las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por quien detenta el poder autoritario no son generalmente perseguibles, por razones fáciles de intuir, durante el tiempo en el cual el poder se mantiene en manos de sus perpetradores, por lo que no es ilegítimo hipotetizar una suspensión del *dies a quo* en el que se inicia el plazo de prescripción hasta el momento en el cual el hecho deviene perseguible por un Ministerio Público no vinculado al Poder Ejecutivo; tal solución, adoptada a nivel jurisprudencial por las cortes alemanas en los procesos posteriores a la reunificación, ya está presente en algunas legislaciones[85] y no representa una violación al principio del Estado de Derecho ni un alejamiento de la *ratio essendi* del instituto de la prescripción, que se funda en la inacción de la máquina de la justicia, no en la voluntad de no castigar.

Los procesos de transición recientes y pasados han recurrido a menudo a la aplicación de disposiciones retroactivas. Por ejemplo, buena parte de las infracciones penales aparecidas en la legislación italiana en 1944 para sancionar los crímenes del fascismo preveían conductas no punibles antes de su entrada en vigor; del mismo modo, en muchos países sudamericanos se iniciaron procesos con la finalidad de sancionar las desapariciones forzadas utilizando, antes que el instrumento —poco eficaz— del secuestro de personas, disposiciones *ad hoc* emanadas muchos años después de la comisión de los hechos.

Esta vulneración del principio de irretroactividad de las normas penales (ya se trate de nuevas infracciones criminales, ya de nuevas disposiciones que abroguen causas de no punibilidad preexistentes) es, en el fondo, un residuo de la justicia de los vencedores que se desea camuflar con procedimientos propios de un Estado de Derecho.

Un residuo que sería necesario eliminar, como lo ha hecho el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo art. 24 no deja espacio para su aplicación hacia el pasado.

Por otro lado, tampoco aparece defendible la tesis según la cual en estos casos la retroactividad sería solo aparente, tesis apoyada en el argumento de que, cuando la conducta no estuviera prevista como delito en el momento de su realización (o lo fuese, pero como delito más leve), las graves violaciones de derechos humanos debieran ser consideradas de todos modos ilícitas (o ilícitas en mayor medida) en cuanto ya previstas en instrumentos internacionales como *ius cogens*[86].

De hecho, incluso queriendo admitir la validez de la fuente consuetudinaria como premisa para la individualización de la conducta punible, la pena a aplicar no puede en ningún caso derivarse, ni siquiera en forma aproximativa, de textos convencionales, al punto de que su determinación terminaría dependiendo por completo del juez, sin ningún vínculo normativo, lo que no es en modo alguno compatible con los principios del Estado de Derecho[87], cuyos estándares de certeza en materia penal son de otro nivel[88].

Otra cuestión problemática —que emerge en particular en las experiencias en las que conviven simultáneamente comisiones para la determinación de los hechos históricos y tribunales penales que deben comprobar la responsabilidad por graves violaciones a los derechos

humanos— es la del rol de las declaraciones hechas ante comisiones por la verdad cuando estas contienen elementos probatorios contra quien las emite u otros sujetos que podrían tener alguna importancia en materia procesal.

El problema se ha producido en Argentina[89] y posteriormente en Sierra Leona, y amenaza con presentarse también en Túnez debido a la configuración del mecanismo de transición aprobado recientemente.

Es oportuna la creación de un sistema de coordinación que conjure la posibilidad de condenas fundadas en pruebas obtenidas de modo informal y sin garantías procesales; a título de ejemplo, se podría pensar en asegurar, en el momento de las declaraciones ante la comisión, la vigencia de todas las garantías procesales necesarias cuando aquellos testimonios puedan referirse a responsabilidades específicas de carácter penal; o se podría inhibir a las comisiones de la obtención de declaraciones de este tipo; o, finalmente, se podría admitir su utilización procesal si provienen del autor de las violaciones y si se impone una sanción reducida como compensación por el efecto reconciliador que caracteriza estas declaraciones.

9. CONCLUSIONES

La cuestión del ajuste de cuentas con el pasado produce problemas tanto al historiador como al jurista y en particular al penalista de hoy, hasta el punto de que suscita interrogantes sobre algunos principios cardinales que han determinado su formación.

Se trata de nudos problemáticos centrales, vinculados a fundamentos constitucionales — el sistema de fuentes, la idea de legalidad, el poder soberano de amnistiar— o a la naturaleza del *ius puniendi*, como la posibilidad de dar significado al transcurso del tiempo a través de la prescripción de los delitos.

Ciertamente, estamos ante crímenes horribles que turban la conciencia en el momento en que son desvelados. Pero si se desea dar una respuesta que no sea solo emotiva a la exigencia de reafirmar los principios de una convivencia civilizada sobre las ruinas dejadas por sistemas políticos antiliberales, reparamos rápidamente en que el Derecho penal, con sus procesos, puede ser solo una parte de la respuesta; y esto es una razón suficiente para no dudar a la hora de mantener firmes los principios penales de matriz liberal.

En la medida en que las graves violaciones de los derechos humanos puedan juzgarse en el marco de un debido proceso y de los principios de legalidad y culpabilidad, los nuevos ordenamientos están plenamente legitimados para perseguir y condenar severamente aquellas violaciones, aunque con la recomendación de ponderar adecuadamente las medidas penales con las medidas orientadas a la reparación de los daños sufridos por las víctimas al inicio de un proceso de pacificación social; y no constituye una concesión respecto a aquellos principios la posibilidad, aquí admitida, de considerar nulos los actos de amnistía autoconcedida o incondicionada y de no esti relevante para el cálculo de la prescripción el tiempo transcurrido entre los crímenes y el momento en que deviene realista la posibilidad de perseguirlos.

Fuera de este ámbito, hay espacio solo para un regreso al pasado caracterizado por formas inquietantes de *Derecho penal del enemigo* resueltas en una curiosa paradoja: castigar a quien es sospechoso de violaciones de los derechos humanos a través de la violación de derechos humanos.

NOTAS

1. *Vid.* el trabajo fundamental de Elster (2008: 47 y ss.).

2. Un análisis completo de esta evolución en Portinaro (2011: 95 y ss.).

3. Para una presentación abstracta de los modelos, se reenvía a Fornasari (2013: 12 y ss.).

4. En este sentido, Gropp (1996: 393).

5. Se puede mencionar sobre este punto a Chinchón Álvarez (2012, *passim* y, particularmente, 30 y ss.).

6. Por lo demás, el hecho que se hayan celebrado y se estén celebrando procesos penales internacionales no significa que no se haya relizado al mismo tiempo, en algunos contextos, una transición «constitucional» que haya comportado sanciones de otro tipo como la destitución de políticos y funcionarios y la exclusión de muchas personas del ejercicio de funciones de policía o de seguridad pública. Es el caso de Bosnia, descrito por Woelk (2008: 137 y ss. y 159 y ss.).

7. Aunque es necesario recordar que hubo un intento de abrir, pocos años atrás, un proceso penal para acreditar la responsabilidad por algunos crímenes durante la guerra civil a pesar de los muchos años pasados desde ese momento; sin embargo, el Tribunal Supremo abolió ese intento, observando que, además de los sesenta años transcurridos desde los hechos, es una ficción irracional considerar que las personas secuestradas y no reaparecidas puedan estar aun con vida (presupuesto que habría permitido entender aun no prescritos aquellos delitos) y que por lo tanto tal proceso se hubiera transformado impropiamente en un juicio por la verdad histórica más que sobre la responsabilidad por hechos específicos. Así la sentencia 101/2012, particularmente FJ 3, apartado 2.

8. Ampliamente sobre esta ley, Terradillos Basoco (2010: 151 y ss.) y Gil Gil (2010: 99 y ss.).

9. Para un reciente y detallado análisis acerca del trasfondo político del modelo de transición alemán, se puede ver Weinke (2016: 267 y ss.).

10. Así, la primera de estas sentencias, BGH 37, 320; la decisión traía el corolario de que si la ley sucesiva de la República Federal fuese más favorable para el reo, esta sería aplicable. En el mismo sentido se pronunciaba la más autorizada doctrina; *vide* Tröndle (1997, *vor* § 3, n. 39).

11. BGH 39, 10. Decididamente por una interpretación restrictiva, entre otros, Ambos (1997: 988).

12. BGH 40, 41; BGH 41, 112. En todo caso, según esta jurisprudencia, el correctivo debería aplicarse solo en casos de evidentes violaciones a derechos fundamentales.

13. BGH 39, 11.

14. «El conflicto entre justicia y la certeza del Derecho debe ser resuelto en el sentido que el derecho positivo, asegurado por la sanción y por la fuerza, conserva su preeminencia aun cuando su contenido sea injusto e inadecuado a sus fines, a menos que el contraste entre el Derecho positivo y la justicia alcance tal nivel de intolerabilidad que la ley, en cuanto derecho injusto, deba ceder ante la justicia» (Radbruch, 1946: 197). Para un análisis más profundo, remito al excelente estudio de Vassalli (2001).

15. BVerfG 24.10.1996, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, 929 ss.

16. Respecto a los procesos de los dirigentes políticos es importante señalar que, respondiendo al recurso por ellos presentado luego la de la condena pronunciada en Alemania, la Corte Europea de derechos humanos, en la sentencia *Streletz Kessler and Krenz vs. Germany* del 22 de mayo de 2001, considera adecuado el criterio expresado por los jueces alemanes, con el argumento, a menudo utilizado posteriormente, según el cual al tiempo de la comisión de los hechos constituían delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsibilidad por las reglas del Derecho internacional orientado a la protección de derechos humanos (§ 105).

17. BGH 40, 55, con la confirmación posterior de la Corte Constitucional, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1998: 456).

18. Se hace presente que, a pesar del intento jurisprudencial y las intervenciones normativas, los procesos penales que efectivamente concluyeron con condenas para los imputados representan un porcentaje mínimo respecto a aquellos que se iniciaron: según el estudio de Lang (2005: 481), el 98,4% de los procesos iniciados concuyó con el archivo de los antecedentes, mientras en particular Blanke *et. al.* (1998: 766) señalan como de los 12.000 procesos intentados por el delito de *Rechtsbeugung* concluyeron con una condena apenas una decena.

19. «Los miembros del gobierno fascista y los jerarcas del fascismo, culpables de haber anulado las garantías constitucionales, destruido las libertades populares, creado el régimen fascista, comprometido y traicionado la suerte del país

conducido a la actual catástrofe, son castigados con el presidio perpetuo y, en los casos de más grave responsabilidad, con la muerte».

20. «Aquel que, con posterioridad al 8 de septiembre de 1943 haya cometido o cometa delitos contra la fidelidad y la defensa militar del Estado con alguna forma de inteligencia o correspondencia o colaboración con el invasor alemán, de ayuda o asistencia a ellos prestada, será castigado con las normas del Código Penal militar de guerra».

21. *Cfr.* Dondi (1999: 48 y ss.); Franzinelli (2006: 23 y ss.).

22. Jemolo (1945: 277 y ss.).

23. Calamandrei (1945, 285).

24. Para un examen de este debate, remito a Donini (2009, 22), que afirma que, si como penalistas no podemos más que considerar equivocado a Calamandrei y acertado a Jemolo, por otra parte los números de las purgas nos obligan a reconocer que, aunque Calamandrei no tenía razón, al menos tenía algo de razón en preferir la retroactividad legal para evitar el riesgo que las venganzas privadas devinieran en una guerra civil. Pero, a mi entender, se podría incluso invertir la pespectiva, colocando una cuestión tan hipotética que quizás no sería posible encontrar una respuesta: precisamente, a la luz de los números impresionantes de la justicia «no jurídica», ¿podemos afirmar que las leyes contra el fascismo, con sus figuras retroactivas, produjeron el resultado previsto por Calamandrei, o sea, sustituir el Derecho a la venganza privada?

25. Por todos Woller (1997, 373 y ss.).

26. Además, cabe destacar el hecho de que un número consistente de figuras eminentes del fascismo, entre ellas el mismo Mussolini, habían encontrado ya la muerte en los meses precedentes a través de ejecuciones extrajudiciales.

27. Un aspecto evidenciado en el ensayo de Seminara (2014: 59 y ss.).

28. Un análisis más profundo puede verse en Fornasari (2013, 28 y ss.).

29. Para una lectura reciente de las etapas de la justicia de transición italiana, con informaciones útiles sobre las fases cronológicas sucesivas, que aquí no es posible tratar, *vide* Fronza (2017, 689 y ss.).

30. Caroli (2017, 310 y ss.).

31. La historia, el mecanismo de funcionamiento y las cifras de la actividad de la Comisión, que aquí no pueden ser analizadas en detalle, están reconstruidas con riqueza de detalles en el sitio oficial. Disponible en: <http://www.justice.gov.za/trc/report/index.htm>.

32. Esto es, naturalmente, un aspecto delicadísimo, pues no es fácil establecer qué debe entenderse por «declaración completa y verídica», siendo posible muchas variables difícilmente racionalizables, como los errores de memoria, las dificultades en la exposición o la reticencia a revelar ciertas condiciones personales. Un trabajo muy interesante para clarificar este concepto a través de un análisis de la medida de juzgamiento de la Comisión se encuentra en Du Bois-Pedain (2007: 139 y ss.).

33. Muy útiles en este punto resultan las reflexiones de Lollini (2005: 249 y ss.) y de Fiandaca (2009: 20 y ss.).

34. Acerca de la política del perdón tras la conclusión del trabajo de la Comisión por la Verdad y la Reconciliación, remitimos a Fernández (2006: 65 y ss.).

35. De aquí el juicio de legitimación jurídica y moral de los trabajos de la Comisión, expresado, por ejemplo, por Villa-Vicencio (2003: 2), que afirma que el órgano ha alcanzó sustancialmente los resultados políticos esperados, es decir, restablecer el respeto por la inviolabilidad de la vida y del Estado de Derecho, denunciar como inaceptable el ejercicio de la violencia en la política, legitimar el gobierno y llevar a muchas personas a contribuir a clarificar los abusos del anterior régimen discriminatorio.

36. Para las referencias necesarias sobre el rol y funcionamiento de la Corte interamericana, *vide* Mondragón Reyes (2010: 135 y ss.).

37. Solo como ejemplo, se pueden citar el informe de la Comisión Nacional sobre desaparición forzada de personas (CONADEP) en argentina, presentado en 1994, con una segunda edición en 2006 y los dos informes de las comisiones chilenas, la Comisión Rettig (1991) y la Comisión Valech (2005).

38. Es importante notar que el mismo decreto preveía que las sentencias del juez militar fuesen luego apelables ante otras cortes civiles, mientras otro decreto, poco tiempo después, estableció la competencia ante los tribunales civiles en caso de retardo injustificado en la conducción del juicio militar.

39. Es la denominada «doctrina Aylwin», que recibe el nombre del presidente de la República elegido tras la caída de Pinochet, quien la enunció en un discurso de marzo de 1991. Aunque no reflejase en realidad la concepción de la amnistía en la doctrina jurídica chilena (Bruna, 1991: 103 y ss.), tuvo éxito en la Corte Suprema, pues podía constituir la premisa de una transición más pacífica.

40. En este sentido, por ejemplo, Zilli (2011: 96).

41. Sentencia de 22 de junio de 1987. Es oportuno precisar que en Argentina no existe una Corte Constitucional y el juicio de constitucionalidad de las leyes es difuso, correspondiendo a cada juez de cualquier grado con eficacia solo para el caso concreto. Es además indiscutible que un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema en estos asuntos tiene habitualmente un efecto muy condicionante para los restantes jueces.

42. Es necesario recordar, por una parte, que los decretos de perdón de Menem beneficiaron también a los jefes de los Montoneros, la organización de guerrilleros que los militares habían combatido y que, a la vez, habían sido responsables en algunos casos de violaciones a derechos humanos y, por otra, que fueron aprobadas contemporáneamente algunas leyes con las cuales se fijaron indemnizaciones para aquellos que habian sufrido encarcelaciones injustas bajo el régimen militar y compensaciones económicas para los familiares de los «desaparecidos».

43. Para un panorama amplio y opiniones del todo compartibles, *vide* Maculan (2013).

44. *Vide* Pastor (2009: 158 y ss.). En el mismo ensayo, el autor formula una serie de objeciones adicionales al desarrollo de los juicios por la verdad, esencialmente centradas en lo inoportuno de que la comprobación de la historia sea confiada a órganos judiciales que no tienen competencias específicas y que en su actividad están vinculados a las reglas del proceso, por ejemplo, a los límites temporales de adquisición y uitilidad de las pruebas. *Vide*, en todo caso, para una valoración del proceso como sede posible de comprobación de la verdad histórica, respondiendo directamente la tesis de Pastor, Taruffo (2015: 40 y ss.).

45. Ley que no se quiso llamar «de amnistía», precisamente porque los militares, que eran sus destinatarios naturales, pretendían que no se utilizara el término en cuanto presupone la existencia de delitos; por el contrario, consideraban que habían actuado, quizás con algún exceso, simplemente para salvar a la patria de la amenaza del terrorismo y de la subversión.

46. También en Uruguay el juicio de constitucionalidad es difuso.

47. Para un detallado análisis de estos sucesos, se puede revisar en la literatura italiana Pasculli (2011, 154 y ss.).

48. Son los casos *Castillo Páez vs. Perú*, de 3 de noviembre de 1997 y *Loayza Tamayo vs. Perú*, de 17 de septiembre de 1997.

49. Texto integral de la sentencia española: Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>.

50. Es esto precisamente lo que sostiene autorizadamente el juez García Ramírez en su voto particular cuando indica que son ilegítimas las amnistías «expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos» (punto 10).

51. Es el caso de la sentencia Simón en Argentina.

52. Aunque aquí se enfatiza el rol de la Corte Interamericana, es necesario señalar que también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es un actor ausente en ámbito de la justicia de transición, especialmente en relación a los sucesos de los países de la Europa exsocialista. Particularmente significativo y ejemplar es el caso Kononov, nacido de un recurso proveniente de Letonia: en la sentencia de la Gran Cámara, pronunciada por mayoría el 17 de junio de 2010, que modificó la sentencia de primera instancia de dos años antes, se afirmaron principios de fondo completamente

asimilables a los de la sentencia Barrios Altos: para un comentario amplio de la sentencia y de su contexto se reenvía al trabajo de Fronza & Scaletta (2011, 87-105). Más en general, sobre las contribuciones de la Corte de Estrasburgo en el desarrollo de la justicia de transición se puede ver Buyse y Hamilton (2011).

53. A pocos días de diferencia de la sentencia Barrios Altos.

54. Se trataba, en realidad, de una medida esencialmente simbólica, pues el sistema argentino reserva solo al Poder Judicial la competencia para anular las leyes, aunque debía funcionar como instrumento de presión psicológica sobre la Corte Suprema por parte del nuevo presidente de la República, Néstor Kirchner, político más favorable a escuchar las voces de quienes privilegiaban las exigencias de represión de los crímenes de la dictadura sobre las de pacificación social.

55. Este argumento es enunciado expresamente en el voto del presidente de la Corte, el juez Petracchi, quien en 1987 había optado en cambio por la legitimidad constitucional, tal como lo reporta Malarino (2009, 44 y ss.).

56. Se evidencia con claridad en el voto del juez Highton de Nolasco, que declara que la doctrina afirmada en la sentencia Barrios Altos es imperativa e impone que queden sin efecto las normas objeto del juicio y cualquier otra norma futura que funcionase como impedimento al desarrollo de procesos por crímenes contra la humanidad, mientras que en el voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti a los argumentos antes mencionados se agrega la consideración que una decisión conforme al *dictum* de la Corte Interamericana se justificaba en la necesidad de evitar una análoga sentencia de condena por parte de la CIDH contra la Argentina.

57. Una referencia a esta noción se encuentra en el voto del juez Boggiano y antes en el voto del juez Cançado Trindade en la sentencia Barrios Altos.

58. Sobre este importantísimo caso judicial se reenvía a Fornasari (2011: 2281 y ss.), también en versión castellana (2016: 171 y ss.).

59. Esta historia enseña que de lo que se trata, como bien ha señalado Rincón-Covelli (2016: 120), es la decisión sobre la primacía de los ciudadanos o del Derecho en una sociedad democrática: según la sentencia Gelman, la voluntad de la mayoría o el consenso de los ciudadanos no puede prevalecer sobre los derechos humanos y, en consecuencia, no debe privar a los ciudadanos de los derechos fundamentales: se puede decir, y esto lo agrego yo, que la opinión opuesta de la Corte Suprema de Uruguay parta del presupuesto de que entre los derechos humanos fundamentales esté también aquel de ser juzgado en sede penal solo con base en leyes que ya han entrado en vigor en el momento del hecho.

60. La relación más actualizada sobre este punto se encuentra en el Observatorio de Justicia Transicional de la Universidad Diego Portales de Santiago, *Boletín Informativo n. 38, noviembre-diciembre 2016* que reporta con riqueza de referencias la situación de los procesos en curso y aquellos terminados.

61. Textos disponibles en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>.

62. En el último caso, de marzo de 2016, la Corte Suprema ha confirmado la dura condena contra 33 exagentes de la DINA por el secuestro de varios miembros del Frente Patriótico Manuel Rodríguez en 1987.

63. Ulteriores informaciones sobre este caso están disponibles en: <http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>. La presentación de este documento en tres enormes volúmenes ha reactivado la instancia favorable a la apertura de los procesos penales con el fin de acreditar la responsabilidad y condenar a los autores de los graves crímenes de la dictadura, como lo demuestra la entrevista en televisión, realizada pocos días después, el 13 de diciembre, a Marlon Weichert, un autorizado exponente de la Fiscalía Federal. Con todo, a día de hoy no existen indicios de que tal instancia haya tenido efectos en la opinión de la magistratura.

64. Para un análisis profundo de este mecanismo, *vide* Grasso (2009).

65. El Congreso colombiano, con el acto legislativo de 31 de julio de 2012, ha querido insertar en la Constitución el nuevo articulo transitorio n. 66, mediante el cual se subraya la excepcionalidad de los instrumentos de justicia de transición y de su justificación con base en la finalidad de terminar el conflicto armado interno, obtener una paz interna estable y duradera y garantizar a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos el derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación, estableciendo que, para tal fin, será instituida a través de una ley ordinaria, una comisión de la verdad con la tarea de aportar sugerencias para la realización de medidas de transición.

66. La conexión con la experiencia italiana de las leyes antiterrorismo (y antimafia) es reconocida por la misma doctrina colombiana; *vide* Aponte Cardona (2009: 181).

67. En este sentido, por ejemplo, Easterday (2009). Disponible en: <http://works.bepress.com/jennifer_easterday/2/>.

68. Es, por lo demás, la opinión difusa que el art. 17 del Estatuto sea un testimonio indirecto del hecho que no existe un *duty of prosecute* indiscriminado. En tal sentido Werle y Jessberger, (2014: 89 y ss.) y Fronza (2016: 53).

69. Según la definición de Maculan (2017).

70. Política de desarrollo agrícola integral; participación política con garantías de igualdad, representación y acceso a medios de comunicación; fin del conflicto; solución al problema de la producción y tráfico de drogas; atención a las víctimas con mecanismos de justicia transicional como la jurisdicción especial y la Comisión por la Verdad; aplicación de la garantía de efectividad de todo lo acordado.

71. Es muy importante, en la reciente experiencia colombiana, la implicación de las víctimas en el proceso de decisión relativo al acuerdo de transición, como subraya Aponte Cardona (2017); más en general sobre las peculiaridades del «modelo» colombiano de transición entre actualidad y futuro, *vide* Maculan (2017: 53).

72. Varios aspectos problemáticos de la coexistencia de estos dos órganos no pueden ser tratados aquí: sobre ello, remitirnos al trabajo de Nesbitt (2007: 977).

73. Aunque es necesario aclarar que, si bien la cantidad de testimonios fue importante, como señala Schabas (2004: 42), quien (hablando por conocimiento directo pues era miembro de la Comisión, además de jurista y académico de indiscutido prestigio) subraya que eso sucedió frente a la ausencia de la zanahoria (la amnistía) y de la presencia del palo (la posibilidad de ser perseguido), considerando sin embargo que ello no sea particularmente sorprendente dado que la experiencia enseña que son muchos los autores de graves crímenes que simplemente (más allá de la zanahoria y el bastón) desean hablar de aquello que han hecho; el mismo Schabas agrega, con ironía anglosajona, que otro asunto es si lo hacen de modo completamente honesto.

74. La ambigüedad es denunciada también por voces internas, como la de una jurista a cargo de la oficina tunecina del ICTJ (International Centre for Transitional Justice): El Gantri, 2015, 9. Disponible en: <https://www.ictj.org/publication/tunisia-transition-one-year-after-creation-truth-dignity-commission>.

75. *Cfr. Tunisie: Justice transitionelle et lutte contre la corruption*, International Crisis Group, Rapport Moyen Orient/Afrique du Nord n. 168, Tunis/Bruxelles, 3 mai 2016, 11 ss.

76. El dato aparece claramente, por ejemplo, del resultado del estudio de Mallinder (2008: 29 y ss.).

77. Nino (1996: 163).

78. Así, por ejemplo, Ambos (2009: 58). Sobre las mismas bases, Bartoli (2011: 75), sostiene que la mera justicia tradicional, con su impronta polemológica, no puede adaptarse a las exigencias de la transición política.

79. Para un juicio análogo, *vide* Dugard (1999: 1001 ss.).

80. Así, Cornacchia (2009: 209 y ss.).

81. Son admitidas aquellas definidas como *amnistie responsabili (accountable amnesties)*; en este sentido, también Du Bois-Pedain (2012: 459 ss.).

82. O, si se trata de delitos que no constituyen crímenes contra la humanidad, han operado retroactivamente nuevas disposiciones sobre la prescripción más gravosas para el imputado, como ha sucedido en los procesos posteriores a la reunificación alemana.

83. Remitimos al trabajo de Guzmán Dalbora (2005, 69 ss.).

84. Así, Hassemer (1990: 262 y ss.), quien conecta el principio de irretroactividad a todos aquellos presuestos procesales de la punibilidad que inciden en el Derecho penal sustancial en sus efectos concretos. También en Italia este punto de vista es conocido: lo han propuesto recientemente Valentini (2012: 245) y Borgna (2014: 1006). El intento

reciente de la Corte de Justicia de la Unión Europea en el caso Taricco de 2015 de llevar adelante y al mismo tiempo hacia atrás las lancetas de la historia imponiendo al juez nacional italiano la inaplicación retroactiva de la prescripción en los delitos financieros ha sido, justamente, objeto de duras críticas por parte de la doctrina italiana. *Ex plurimus* Negri (2016), y ahora con una severa toma de posición por parte de la Corte Constitucional que con la ordenanza n. 24 de 2017 ha amenazado directamente con la activación del «controlímite» constitucional.

85. *Vide* el art. 98 del Código General del Proceso de Uruguay, según el cual no transcurre el plazo cuando una justa causa o una fuerza mayor impiden el ejercicio de la acción.

86. Se trata de la tesis de la «doble subsunción». Sobre el particular, Fornasari y Fronza (2009: 9).

87. De hecho, la Corte Constitucional italiana, hace varios años, intervino por *mucho menos*, es decir, por abrogar, en cuanto incompatible con el principio de determinación, el art. 122 c.p.m.p., que preveía para el delito militar de violación de entrega especial una pena mínima de dos años y una máxima de veinticuatro años de reclusión. *Cfr.* Corte constitucional n. 299/1992

88. En el mismo sentido, Donini (2011: 77 y ss.); más ampliamente, en relación con el rol de la costumbre en los contextos de justicia de transición, Fornasari (2013: 195 y ss.).

89. Donde existió un contraste entre los jueces que, en la celebración de los procesos relativos a los *juicios por la verdad*, admitieron pacíficamente como elementos probatorios de la acusación las declaraciones autoacusatorias y los que, en cambio, las reputaron nulas, dado que su utilización habría constituido una violación del *nemo tenetur se detergere;* para un detallado examen de estos diversos criterios jurisprudenciales, *vide* Maculan (2010: 365 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai (1997): «Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer» *Juristische Arbeitsblätter*, 983-990.

— (2009): «Sobre las ruinas dejadas por sistemas políticos antiliberales. El marco jurídico de la justicia de transición», en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), *Justicia de transición. Informes de América LAtina, Alemania, Italia y España*. Berlín-Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 23-132.

APONTE CARDONA, Alejandro (2009): «La Colombia: un caso *sui generis* nell'ambito della giustizia di transizione», en E. Fronza y G. Fornasari (eds.), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, Trento: Università degli studi di Trento, 177-254.

— (2017): «El acuerdo de paz y el modelo transicional colombiano: hacia un reconocimiento y dignificación de las víctimas», en A. Gil Gil y E. Maculan, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid: Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.

BARTOLI, Roberto (2011): «La "giustizia di transizione": amnistia, giurisdizione, riconciliazione», en F. Palazzo y R. Bartoli (eds.), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze: Firenze University Press, 57-96.

BLANKE, Thomas (1998): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechtstaats.* Baden-Baden: Nomos.

BORGNA, Giulia (2014): «Retroattività in mitius e norme sulla prescrizione: profili critici della giurisprudenza CEDU sul regime transitorio della exCirielli» *Diritto penale e processo*, 8, 1001-1010.

BRUNA, Guillermo (1991): «La Amnistía en la Constitución», *Revista Chilena de Derecho*, 18, 101-113.

BUYSE, Antoine y Michael HAMILTON (2011): *Transitional Jurisprudence and the ECHR. Justice, Politics and Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.

CALAMANDREI, Piero (1945): Postilla, *Il Ponte*.

CAROLI, Paolo (2017): *La giustizia di transizione in Italia. L'esperienza dopo la seconda guerra mondiale*, Trento: Università degli studi di Trento.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2012): *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional,* Bilbao: Universidad de Deusto.

CRONACCHIA, Luigi (2009): *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milán: Giuffrè.

DONDI, Mirco (1999): *La lunga liberazio liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma: Editori Riuniti.

DONINI, Massimo (2009): «La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica y la elaboración del pasado "mediante el Derecho penal"», *Revista Penal*, 23, 13-32.

— (2011): *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milán: Giuffrè.

Du BOIS-PEDAIN, Antje (2007): *Transitional Amnesty in South Africa.* Cambridge: Cambridge University Press.

— (2012): «Post-conflict Accountability and the Demands of Justice: can conditional Amnesties take the place of criminal Prosecutions?», en N. Palmer, P. Clark y D. Granville (eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 459-484

DUGARD, John (1999): «Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty still an Option?», *Leiden Journal of International Law*, 12(4), 1001-1015.

EASTERDAY, Jennifer (2009): «Deciding the Fate of Complementarity: a Colombian Case Study», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 26, 49-111.

El GRANTRI, Rim (2015): «Tunisia in Transition: One Year After the Creation of the Truth and Dignity Commission», *ITCJ Briefing*, 1-12.

ELSTER, Jon (2008): *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bolonia: Il Mulino.

FERNÁNDEZ, Lovell (2006): «Post-TRC Prosecutions in South África», en G. Werle (ed.), *Justice in Transition. Prosecution and Amnesty in Germany and South África*, Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 65-82.

FIANDACA, Giovanni (2009): «I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione», en G. Fiandaca y C. Visconti, *Punire, mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Turín: Giappichelli, 13-22.

FORNASARI, Gabriele (2013): *Giustizia di transizione e diritto penale,* Turín: Giappichelli.

FORNASARI, Gabriele y Emanuela FRONZA (2011): «Le antinomie tra Diritto penale interno e Diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano», en G. Fornasari y E. Fronza, *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani*, Trento: Università degli Studi di Trento, 1-32.

FRANZINELLI, Mimmo (2006): *L'amnistia Togliatti. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milán: Feltrinelli.

FRONZA, Emanuela (^{3}2016): «Complementarietà, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno», en E. Amati, V. Caccamo y M. F. Costi, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 53-92.

— (2017): «La poirsuite des crimes fascistes et nazistes en Italie», en *Humanisme et Justice. Mélanges en l'honneur de Genevieve Giudicelli-Delage*, París: Dalloz, 689-712.

FRONZA, Emanuela y Marco SCOLETTA (2011): «Corti regionali, crimini internazionali e legalità penale: spunti (e problemi) a partire dal caso Kononov». *ius17@unibo.it*, 89-107.

GIL GIL, Alicia (2010): *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona: Atelier.

GRASSO, Valeria (2009): «La Ley de Justicia y Paz colombiana. Un modello di giustizia penale di transizione», *Diritto penale XXI secolo*, 2, 227-242.

GROPP, Walter (1996): «Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? Zur Strafbarkeit der Berliner Mauerschützen», *Neue Justiz*, 390-410.

GUZMÁN DALBORA, José Luis (2005): «Crímenes internacionales y prescripción», en K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (eds.), *Temas actuales de Derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Berlín-Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 69-82.

HASSEMER, Winfried (^{2}1990): *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Berlín: Beck.

INTERNATIONAL CRISIS GROUP (2016): *Tunisie: Justice transitionelle et lutte contre la corruption*, Bruselas: International Crisis Group.

JEMOLO, Arturo Carlo (1945): «Le sanzioni contro il fascismo e la legalità», *Il Ponte*, 277-286.

LANG, Bettina (2005): *Strafrechtsbezogene Vergangenheitspolitik. Politischer Wille und Strafrechtsrealität im Spannungsverhältnis am Beispiel von Deutschland und Südafrika,* Freiburg: Iuscrim.

LOLLINI, Andrea (2005): *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione,* Bologna: Il Mulino.

MACULAN, Elena (2010): «Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei "giudizi per la verità"», *Indice penale*, XIII (1), 331-370.

— (2013): «Los juicios por la verdad en Argentina. ¿Un mecanismo novedoso de justicia de transición o un paliativo de carácter provisional?», en *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 147-245.

— (2017): «El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada», en A. Gil Gil, E. Maculan y S. Ferreira (eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 53-89

— (2017): «Il processo di pace colombiano: una nuova pagina nella storia della giustizia di transizione» *Diritto penale XXI secolo*.

MALARINO, Ezequiel (2009): «Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni di diritti umani. Un analisi della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso

Simón», en E. Fronza y G. Fornasari, *Il superamento del passato e il superamento del presente* (pp. 31-98). Trento: Università degli Studi di Trento, 31-98.
MALLINDER, Louise (2008): *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Portland: Hart Publishing.
MONDRAGÓN REYES, Salvador (2010): «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 29, 135-149.
NEGRI, Daniele (2016): «Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Taricco», en C. Paonesa y L. Ziletti (eds.), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa: Pacini Giuridica, 69-76.
NESBITT, Michael (2007): «Lessons from the Sam Hinga Norman Decision of the Special Court for Sierra Leone: How trials and truth commissions can co-exist», *German Law Journal*, 8 (10), 977-1006.
NINO, Carlos Santiago (1996): *Radical Evil on Tria,* Yale: Yale University Press.
PASCULLI, Maria Antonella (2011): *Una umanità una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Padova: Cedam.
PASTOR, Daniel (2009): «Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina», en E. Fronza y G. Fornasari (eds.), *Il superamento del passato e il superamento del presente* (pp. 99-176). Trento: Università degli studi di Trento, 99-176.
PORTINARO, Pier Paolo (2011): *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia.* Milano: Feltrinelli.
RADBRUCH, Gustav (1946): «Gesetzliches Unrecht und übergesetliches Recht», *SJZ*, 105-108.
RINCÓN-COVELLI, Tatiana (2016): «Democracia y derechos humanos: la sentencia de la CIDH en el caso Gelman vs. Uruguay», en P. Galain Palermo, (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 120-160.
SEMINARA, Sergio (2014): «Die Aufarbeitung der faschistichen Vergangenheit in Italien. Strefrechtliche Probleme», en *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, 3-65.
SHABAS, William A. (2004): «A synergic relationship: the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone», *Criminal Law Forum*, 15, 3-54.
TARUFFO, Michelle (2015): Verità e giustizia di transizione. *Criminalia*, 21-52.
TERRADILLOS BASOCO, Juan María (2010): «La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica», *Revista penal*, 25, 151-166.
TRÖNDLE, Herbert (1997): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Kommentar,* München: Beck.
VALENTINI, Vico (2012): *Diritto penale intertemporale*, Milán: Giuffrè.
VASSALLI, Giuliano (2001): *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista,* Milán: Giuffrè.
VILLA-VICENCIO, Charles (2003): «Introductory Remarks», en C. Villa-Vicencio y E. Doxtader (eds.), *The Provocations of Amnesty*, Claremont: Institute for Justice and Reconciliation, 1-4.
WERLE, Gerhard y Florian JESSBERGER (2014): *Principles of International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
WINKE, Annette (2016): *Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit.* Göttingen: Wallstein.
WOELK, Jens (2008): *La transizione constituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dallórdinamento impostoallo stato multinazionale sostenible?*, Padova: Cedam.
WOLLER, Hans (1997): *Il conti con el fascismo. L'epurazione in Italia in 1943-1948*, Bolonia: Il Mulino.
ZILLI, Marcos (2011): «Il brasile e il rigolamento dei conti con el passato», en G. Fornasari y E. Fronza (eds.), *Recorsi giurusprudenziale in tema di gravi violazioni di diritti humani. Material dal laboratorio dell'America latina*, Trento: Università degli studi di Trento, 79-116.

Fecha de recepción: 1 de abril de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

LA RECIENTE EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTRACTUALES. UNA CUESTIÓN DE FUNDAMENTACIÓN Y DE TÉCNICA JURÍDICA

THE RECENT EVOLUTION OF THE SPANISH CASE LAW ON ALTERATION OF CONTRACT CIRCUMSTANCES. A QUESTION OF JUSTIFICATION AND LEGAL TECHNIQUE

Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universitat de València

RESUMEN

El artículo analiza la nueva doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus* formulada en la STS 333/2014, de 30 de junio, y confirmada por la STS 591/2014, de 15 de octubre, profundiza en la relación que cabe establecer entre los intentos de fundamentación de la figura *rebus* que apelan a las exigencias de la justicia y la equidad y su fundamentación técnico jurídica objetiva en el marco del Derecho positivo, incide en la necesaria ponderación y consiguiente equilibrio entre el principio de vinculación contractual y la doctrina *rebus* ligada a los principios de conmutatividad del comercio jurídico y de buena fe y destaca la importancia de conciliar la flexibilidad y la atención a las circunstancias del caso concreto, propias de un enfoque no formalista, con el rigor científico a través de la elaboración técnico jurídica de los requisitos de aplicación de la figura: la excesiva onerosidad y la no asunción e imprevisiblidad razonable del riesgo.

PALABRAS CLAVE

Rebus sic stantibus, conmutatividad, fundamentación causal del contrato, onerosidad excesiva, riesgo contractual.

ABSTRACT

The article analyzes the new jurisprudential doctrine on the *rebus sic stantibus* clause formulated in STS 333/2014, of June 30, and confirmed by STS 591/2014, of October 15, furthering the relationship that can be established between attempts of foundation of the clause rebus that appeal to the demands of the justice and the equity and its objective technical and juridical foundation in the frame of the positive law; focusing on the necessary balance between the principle of the binding character of the contract and the doctrine rebus linked to the principles of commutativity of legal trade and bona fide; and emphasizing the importance of reconciling flexibility and attention to the circumstances of the specific case, which are characteristic of a non formalist approach, with scientific rigor through the technical —legal elaboration of the application requirements of the clause: Hardship and the non— assumption and reasonable unpredictability of the risk.

KEY WORDS

Rebus sic stantibus, commutativity, causal foundation of the contract, hardship, contract risk.

LA RECIENTE EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTRACTUALES. UNA CUESTIÓN DE FUNDAMENTACIÓN Y DE TÉCNICA JURÍDICA

Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Planteamiento general del problema. 3. Estado de la cuestión en el Derecho español. 4. Especial referencia a la jurisprudencia anterior. 5. La nueva doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*. 5.1. Razones de justicia y fundamentación técnico jurídica objetiva. 5.2. La conmutatividad como regla de la economía contractual y el sinalagma funcional. 5.3. El principio de la buena fe. 5.4. Hacia una articulación técnico jurídica de la aplicación de la figura. 5.5. Concreción funcional y aplicativa. 5.6. Discusión. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Todo indica que la cuestión de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y sus posibles efectos jurídicos va a ser una materia de gran trascendencia en el futuro del Derecho español y europeo de los contratos. Buena prueba de ello es la tendencia a incorporar esta problemática en la legislación de numerosos países de nuestro entorno cultural (Código Civil italiano de 1942, Código portugués de 1966, Código holandés de 1992, BGB alemán tras la reforma de 2001 que entró en vigor el 1 de enero de 2002, Código Civil

francés tras la reciente reforma que entró en vigor el 1 de octubre de 2016), así como en los principales textos internacionales de armonización del Derecho de los contratos, como los principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), el Borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame od Reference*, DCFR) y la propuesta de Reglamento sobre Compraventa Europea (CESL); y también en las propuestas de modernización del Derecho español como la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, publicada en 2009 y el anteproyecto de Código Mercantil aprobado en 2014.

En estas circunstancias, y en el marco de la reciente crisis financiera y económica que se desencadenó a finales del 2007 y cuyas consecuencias todavía estamos experimentando, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha revisado su posición en relación con el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y ha flexibilizado la aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, especialmente en dos sentencias emblemáticas de 30 de junio de 2014 y de 15 de octubre de 2014, que constituyen auténticos *leading cases*.

Esta evolución de la jurisprudencia sobre la materia ha generado un intenso debate en la doctrina iusprivatista española entre quienes valoran positivamente este giro jurisprudencial —y entienden que supone una adaptación de las instituciones a la realidad social— y quienes, por el contrario, ven en él una deriva peligrosa que debilita la fuerza vinculante de los contratos y supone una amenaza para la seguridad jurídica. Lo que subyace a estos debates son algunas de las grandes cuestiones que siempre han preocupado a la filosofía del Derecho: la tensión entre seguridad y justicia, entre autonomía de la voluntad y exigencias objetivas de la realidad y entre permanencia y evolución. De ahí que esta nueva doctrina jurisprudencial y la polémica que ha suscitado constituyan una ocasión propicia para reflexionar sobre las implicaciones iusfilosóficas de la cláusula *rebus sic stantibus* y, más concretamente —ese es el objetivo específico del trabajo—, para profundizar en el debate sobre la fundamentación de esta figura y sobre su elaboración técnico jurídica con particular referencia al Derecho positivo español a partir del análisis de la posición al respecto mantenida por la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

2. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

El principio de vinculación contractual, formulado como *pacta sunt servanda* (hay que cumplir lo pactado), es un principio jurídico fundamental indiscutido e indiscutible en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos. Se trata de una exigencia de la seguridad jurídica en su dimensión más básica que es la certeza, la previsibilidad, el saber a qué atenerse; y también es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema económico (Salvador, 2009: 11-14). Pero, además, el principio *pacta sunt servanda* es asimismo una exigencia de la justicia que impone la fidelidad a la palabra dada.

No obstante, cuando se trata de relaciones jurídicas duraderas que se prolongan en el tiempo, como los contratos de tracto sucesivo —o incluso los de tracto único pero con cumplimiento diferido para un momento futuro—, el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a la alteración sobrevenida y no prevista de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato puede, en determinados casos, aparecer como una exigencia de la justicia material y como una consecuencia necesaria de la incidencia en el ámbito del Derecho del propio transcurso del tiempo, en la medida en que una mutación las circunstancias puede producir una ruptura del equilibrio interno del contrato y provocar que, para alguna de las partes, la prestación se torne excesivamente onerosa, o incluso la frustración del fin

del contrato. En tales supuestos, las doctrinas de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales permitirían, bajo determinadas condiciones, modificar los términos del contrato y acomodarlo a las circunstancias sobrevenidas a fin de restaurar el equilibrio de las prestaciones que se ha visto alterado o incluso resolver el contrato.

A efectos de claridad conceptual, es importante distinguir el supuesto de hecho de aplicación de las mencionadas doctrinas (la excesiva onerosidad sobrevenida y la frustración del fin del contrato) y el supuesto, distinto del anterior, de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento.

En el primer caso, aunque el cumplimiento de la obligación no es imposible, la prestación resulta excesivamente onerosa para el deudor e irrazonablemente desproporcionada en relación con la prestación que recibe de la otra parte[1], o bien las nuevas circunstancias hacen que la contraprestación que, según el contrato, le corresponda, sin ser imposible, carezca de todo valor para el deudor, con lo cual el contrato perderá para esta parte todo sentido y finalidad[2].

No obstante, en la práctica no siempre resulta fácil delimitar uno y otro supuesto; además, y en su esfuerzo por suministrar soluciones de justicia material, en ocasiones los tribunales los equiparan, considerando que la frustración del fin del contrato o la imposibilidad económica es equivalente a la imposibilidad física o legal.

Así ocurrió en el caso de la diligencia de Rouen, resuelto por los tribunales de Rouen en 1843, en el que se estimó que había imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor. En aquel caso, una firma de París y otra de Rouen habían celebrado un contrato por un período de dos años sobre la común explotación de una diligencia que debía hacer el recorrido entre las dos ciudades en tres días. Al año siguiente, de forma inesperada, se inauguró el ferrocarril entre París y Rouen, que solo empleaba medio día en el trayecto. La firma de París pidió la resolución del contrato, carente ya de finalidad. Los tribunales estimaron la demanda, admitiendo que la inauguración del ferrocarril constituía un caso de fuerza mayor que hacía imposible el cumplimiento del contrato. Sin embargo, lo cierto es que en aquel caso el cumplimiento era perfectamente posible, pero económicamente no tenía finalidad, es decir, estaríamos ante un caso de desaparición de la base del contrato, de imposibilidad de alcanzar el fin del contrato, no de imposibilidad de cumplimiento (Larenz, 2002: 107-108).

Asimismo, el Tribunal Supremo español equiparó la frustración del fin del contrato con la imposibilidad de cumplimiento en el caso conocido como «de las guijeras», resuelto por la STS de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216). El objeto del procedimiento era un contrato de arrendamiento de una finca para la extracción de guijo, actividad que con posterioridad se reveló inviable, hasta el punto —declaró la sentencia— que, de seguir con la explotación, los arrendatarios perderían entre 85 y 290 pesetas por tonelada. Se estimó la resolución del contrato, pero sin efecto retroactivo. El TS argumentó que la imposibilidad de la prestación puede ser no solo física o legal, sino también económica, cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinoso para él recibirla. Se produce entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo.

Un ordenamiento jurídico contractual equilibrado debe preservar las dos exigencias a las que venimos refiriéndonos: la obligatoriedad de los contratos y la necesidad de modificar o adaptar el contrato a las nuevas circunstancias para restablecer el equilibrio de las prestaciones que se ha roto como consecuencia de un cambio sobrevenido o, incluso, resolver el contrato. Y ello, además, sin que quepa establecer *a priori* y en abstracto una solución de carácter general acerca de cuál de esas dos exigencias debe prevalecer en caso de conflicto: por el contrario, habrá que atender a las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular para darle una respuesta adecuada (Vázquez-Pastor, 2015:

66-67) porque, como ya señalaba Aristóteles, lo que es justo nunca puede determinarse por entero con independencia de la situación que exige justicia (Aristóteles, 1959: V, 10.; Gadamer, 1977: 389). Se trataría de dos principios que, en caso de conflicto, deben ponderarse, de manera que la prevalencia de uno u otro dependerá de su peso específico, de su importancia relativa en el caso concreto, de modo que se atribuirá valor decisorio al principio que en el caso concreto tenga un peso relativo mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con peso relativo menor. En otros contextos y supuestos, el peso de los principios podría estar repartido de manera opuesta (Dworkin, 1995: 72 ss.; Alexy, 1993: 89-98). Dado que ambos principios son válidos, lo que resulta indispensable es la búsqueda de un equilibrio armónico entre ellos.

A lo largo del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia comparadas han elaborado diversas teorías para abordar los problemas que suscita la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales. Por ejemplo, la doctrina de la presuposición y la de la base del negocio en Alemania, la de la excesiva onerosidad en Italia, la de la frustración del fin del contrato en el Derecho anglosajón y la de la imprevisión en Francia. La doctrina relativa a la denominada cláusula *rebus sic stantibus* es la más antigua y el germen de todas las que pueden ser consideradas como «equivalentes» o análogas a la doctrina *rebus*, en el sentido de que tratan de dar respuesta al mismo problema, aunque desde puntos de vista distintos. Aun sin perder de vista las restantes teorías a las que haremos referencia, este estudio se centrará especialmente en la doctrina relativa la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, pues es la que ha sido acogida y aplicada por nuestro Tribunal Supremo.

3. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Código Civil español consagra el principio *pacta sunt servanda* en los artículos 1091, 1256 y 1258. Una vez que concurren los requisitos de consentimiento de las partes, objeto cierto, causa y, en su caso, la formalidad que eventualmente exija la ley, el contrato queda perfeccionado y, desde entonces, obliga a las partes (artículos 1091 y 1258 CC), sin que su eficacia pueda quedar al arbitrio de una de ellas (art. 1256).

La facultad de resolver el contrato solo se contempla para aquel contratante que, habiendo llevado a efecto aquello a lo que estaba obligado, se ve afectado por el incumplimiento de la contraparte (art. 1124 CC), lo que en realidad viene a confirmar el principio general de vinculatoriedad de los contratos (Rodríguez Caro, 2015). En efecto, en el supuesto de que el acreedor resuelva el contrato ante el incumplimiento del deudor, el principio *pacta sunt servanda* no se ve debilitado. En ese caso, «es el propio *pacta sunt servanda*, convertido u observado desde el prisma del acreedor a obtener la prestación tal y como esta fue originalmente configurada, lo que le faculta a no cumplir con su obligación contractual, y también a exigir al deudor un comportamiento distinto al cumplimiento. Y no supone esto una excepción al principio *pacta sunt servanda* por la sencilla razón de que este principio no se agota en el derecho y deber de cumplimiento *in natura*, sino que además incluye todas aquellas consecuencias derivadas de esa falta de cumplimiento» (Castiñeira, 2014: 14-15).

En cambio, nuestro Código Civil no incorpora formalmente la doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, en ninguna de sus modalidades, como un principio de carácter general aplicable a los contratos. No obstante, hay algunas instituciones que pueden ser consideradas como manifestaciones particulares de las exigencias de esa doctrina: así, la revocación de las donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos y por ingratitud (artículos 644 y 648 CC); la revocabilidad de la aceptación/repudiación de una herencia en la que apareciese después un testamento no conocido (art. 997 CC) o la repudiación de la herencia a título intestado sin noticia de ser heredero testamentario (art. 1009 CC).

Aunque la doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales no está regulada en el Derecho civil común, desde 1973 está incluida como principio general en el Fuero Nuevo de Navarra, concretamente en la ley 493, párrafo tercero. Y la materia se ha incorporado asimismo a las recientes propuestas de reforma del Derecho español civil y mercantil a las que aludíamos al principio.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR

A pesar de que no está legalmente reconocida, después de la Guerra Civil (1936-1939) la jurisprudencia del Tribunal Supremo recuperó la doctrina tradicional relativa a la denominada cláusula *rebus sic stantibus*[3] con un carácter rigurosamente excepcional, por razones de equidad, pero de forma muy restrictiva, es decir, sometiendo su aplicación a unos requisitos muy estrictos —interpretados, además, con mucho rigor—.

Esta doctrina restrictiva quedó plasmada en la sentencia del TS de 17 de mayo de 1957, la cual concluyó: «A) que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por los tribunales; C) que es cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles». En estos términos quedaron formulados los requisitos que, con posterioridad, han sido invariablemente reiterados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que han de concurrir de forma conjunta para la aplicación de la cláusula.

A estos tres requisitos, la sentencia del TS de 6 de junio de 1959 añadió otro más: que no haya otro medio de remediar y salvar el perjuicio. Por tanto, la doctrina *rebus* sería un mecanismo jurídico no solo excepcional, sino también subsidiario.

La jurisprudencia tradicional admitía la aplicación de la doctrina *rebus* a los contratos de tracto sucesivo y también a los de tracto único pero con cumplimiento diferido, como una compraventa con precio aplazado o una opción de compra. Ahora bien, esta jurisprudencia coincidía en señalar que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a contratos de tracto único es «aún más excepcional que en los contratos de tracto sucesivo», por lo que su aplicación ha de tener un «carácter aún más restrictivo»[4].

Esta ha sido una posición jurisprudencial reiterada y consolidada que se ha mantenido hasta fechas relativamente recientes. De hecho, son muy escasas las sentencias en las que el TS ha aplicado esta doctrina para modificar los contratos y mucho más numerosas las que rechazaban su aplicación al caso (Díez-Picazo, 1996: 671-678), argumentando la no concurrencia de sus requisitos, especialmente en lo que respecta a la imprevisibilidad y a la presencia de circunstancias extraordinarias.

Las razones de esta tradicional desconfianza de la jurisprudencia hacia la doctrina *rebus* serían básicamente tres. En primer lugar, el hecho de que no esté legalmente prevista. En segundo término, la excepcionalidad que comporta su fundamentación con base en la equidad como justicia del caso concreto, que resultaba contraria tanto al método de la codificación como a la estructura económica liberal de la época, lo cual determinó su olvido o ausencia de regulación en los códigos y también el carácter sumamente restrictivo con el que la doctrina jurisprudencial procede a su

admisión (Orduña, 2017: 161). Esto conecta con la tercera (y más profunda) causa del recelo hacia la *rebus*, que radica en los planteamientos dogmáticos que prevalecieron en el período de la codificación —y que todavía hoy persisten—, que condujeron a la elaboración de pretendidos dogmas, entre ellos y de manera destacada el dogma del *pacta sunt servanda*. La razón por la cual el principio *rebus sic stantibus* fue erradicado de los Códigos elaborados en el siglo XIX es que en la época se consideraba que este principio era incompatible con el principio general (ahora convertido en dogma) que consagra el carácter vinculante de los contratos (Amunátegui, 2003: 34-43). Lo cierto es que los principios jurídicos no son absolutos, sino que pueden conjugarse con otros que maticen su alcance, hasta el punto de que la verdadera proyección de cada principio se delimita al conciliarse con otros. Y esto es lo que sucede en la relación entre *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. Los dogmas, en cambio, pretenden ser absolutos y no admiten excepciones.

Como destaca Javier Orduña, estos planteamientos dogmáticos condujeron a formulaciones extremadamente restrictivas de todas aquellas instituciones y principios jurídicos que, pese a su abolengo jurídico, se presentaron en el contexto de la codificación como contrarios a la economía liberal y susceptibles de poner en riesgo la seguridad del nuevo orden patrimonial establecido y, en particular, la estabilidad y el mantenimiento de los contratos. Así, el disfavor alcanzó no solo a la cláusula *rebus*, sino también a la propia acción de resolución contractual del art. 1124 del Código Civil, —para cuya aplicabilidad inicialmente se exigió el «incumplimiento rebelde del deudor»—, al enriquecimiento injusto —que quedó relegado a una figura de carácter residual—, a la rescisión por lesión y a la acción rescisoria por fraude de acreedores (Orduña, 2017: 158-159 y 197-199).

5. LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

En el contexto de la crisis económica iniciada en 2007 y hallándose la misma muy avanzada, el Tribunal Supremo ha renovado su posición sobre la materia que nos ocupa, abandonando la tradicional desconfianza de la jurisprudencia anterior hacia la doctrina *rebus*. Aunque hay algunos precedentes anteriores, el hito decisivo lo marcó la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 (STS 333/2014. Ponente: Javier Orduña) en la que no solamente se aplica la doctrina *rebus sic stantibus*, sino que además se reformula su fundamento y requisitos de aplicación con el objetivo declarado de normalizar dicha figura en el marco del Derecho contractual español; no obstante, su aplicación concreta tendrá que ser ineludiblemente casuística, prudente y moderada, y solo será procedente cuando se den las condiciones para ello[5].

La doctrina establecida en la STS 333/2014 fue confirmada en otra sentencia posterior, también de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2014 (STS 591/2014), en la que también fue Ponente Javier Orduña. Estas dos sentencias coincidentes han sentado una nueva doctrina jurisprudencial sobre la materia, cuyo alcance ha sido perfilado por la sentencia de 24 de febrero de 2015.

Antes de entrar en el examen de estas sentencias, conviene tener presente el contexto en el que ha surgido y cobra sentido la nueva doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*.

Como pone de relieve Javier Orduña, dicho contexto viene dado por el desenvolvimiento de las directrices de orden público económico que son reglas básicas del campo económico, que actúan como verdaderos principios jurídicos generales, y entre las que destacan los principios de buena fe y de conmutatividad del comercio jurídico. Este desarrollo de las

directrices de orden público económico estaría en la base tanto de la relevancia actual de los controles de transparencia y abusividad en el marco de las condiciones generales de contratación como de la reciente evolución en la configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*. De acuerdo con su actual desarrollo, las directrices de orden público económico «ya no solo se proyectan en una defensa formal de los valores de libertad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato, bajo la égida del dogma *pacta sunt servanda*, sino que alcanzan también a una defensa "material" de los valores de igualdad y de justicia contractual que subyacen en la valoración causal y en la función de figuras de nuestro sistema patrimonial. Como, entre otras, la cláusula *rebus sic stantibus*». Una vez superado el dogma —no el principio— del *pacta sunt servanda*, se tiende a conferir mayor protagonismo a los principios de justicia y de buena fe contractual (Orduña, 2017: 201 y *passim*).

Este es el contexto en el que hay que enmarcar la STS de 30 de junio de 2014, que es la que formula con carácter general y de manera amplia y pormenorizada la nueva doctrina jurisprudencial, desarrollando con cierta extensión la fundamentación y caracterización técnica de la cláusula *rebus*.

La sentencia hace alusión, en primer término, al cambio progresivo que está teniendo lugar en la concepción tradicional de la figura *rebus*, en el sentido de una tendencia hacia la aplicación normalizada de la misma. En esa línea, cita las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013 y los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios UNIDROIT, Principios Europeos de la Contratación o el propio anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de nuestro Código Civil). Desarrolla a continuación la fundamentación objetiva de la figura que sitúa en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y en principio de la buena fe. Posteriormente, la sentencia establece los criterios para la aplicación de la doctrina *rebus*: la doctrina de la base del negocio y el riesgo normal del contrato.

5.1. RAZONES DE JUSTICIA Y FUNDAMENTACIÓN TÉCNICO JURÍDICA OBJETIVA

Por lo que respecta a la fundamentación de la figura, la sentencia parte de la premisa de que para hacer posible la aplicación normalizada de la misma se requiere dotarla de una fundamentación técnico jurídica objetiva que permita y justifique su aplicación en el marco del Derecho positivo. En ese contexto, la sentencia declara lo siguiente:

«[…] todo parece indicar que debe abandonarse su antigua fundamentación según reglas "de equidad y justicia" en pro de una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado»[6].

Prima facie, este pasaje puede dar a entender que la fundamentación basada en la equidad y en las exigencias de la justicia, de un lado, y la fundamentación técnico-jurídica objetiva, de otro, son mutuamente excluyentes. Y también que la fundamentación en criterios de equidad y justicia es una fundamentación subjetivista. Entiendo, sin embargo, que ambas apreciaciones serían inexactas y que tampoco se corresponden con lo que realmente significa esta doctrina jurisprudencial.

Las doctrinas subjetivistas tratan de encontrar el fundamento de la figura en la voluntad tácita de las partes. En este grupo quedarían incluidas (i) las formulaciones iniciales de la teoría que la presentaban como una condición implícita en el contrato; (ii) la teoría de la presuposición de Windscheid; y (iii) algunas versiones de la teoría de la pérdida de la base del negocio jurídico, en particular la versión inicial elaborada por Oertmann. Por su parte, las teorías objetivas buscan el fundamento de la figura en los principios, criterios y presupuestos

objetivos que rigen los contratos (Díez-Picazo, [6]2008: 1067-1068).

Ciertamente, las doctrinas subjetivistas resultan inadecuadas para fundamentar los efectos jurídicos de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Y ello porque no se corresponden con la realidad, sino porque se apoyan en una ficción.

Precisamente, las situaciones a las que la doctrina *rebus* y otras equivalentes tratan de dar respuesta son situaciones que de ninguna manera han podido ser previstas o «presupuestas» por las partes, que las partes no se han «representado» en modo alguno. Y como destaca Larenz, cuando las partes no piensan para nada en la posibilidad de una alteración esencial de la situación existente al concluirse el contrato, no hay que suponer que eso significa que tienen una representación positiva de que persistirán las mismas circunstancias o de que no se producirá variación alguna, lo cual revela la necesidad de apoyarse en criterios distintos de los psicológicos (Larenz, 2002: 1-24).

La alteración sobrevenida de las circunstancias representaría, de algún modo, un desafío de las exigencias objetivas de la realidad al que las teorías de la voluntad no están en condiciones de dar una respuesta. «Colocar el centro de gravedad —destaca Díez-Picazo— de los efectos jurídicos que la alteración de circunstancias pueda determinar en la autonomía de la voluntad no es suficiente […] los efectos jurídicos se producen objetivamente y no simplemente *ex voluntate*» (Díez-Picazo, [6]2008: 1060-1061).

Desde ese punto de vista, es evidente que la invocación de la equidad como justicia del caso concreto no es una fundamentación subjetivista que apele a un hipotético consentimiento de las partes, sino una fundamentación de carácter objetivo que trata de ajustar la relación jurídica contractual a unas circunstancias objetivas que los contratantes no han previsto ni han podido prever.

No obstante, lo que sí es cierto es que la invocación de la justicia y la equidad es insuficiente por sí sola para garantizar la objetividad en la aplicación de la figura, debiendo complementarse con una elaboración técnico-jurídica que sirva de cauce para esa búsqueda de la justicia material y que garantice al mismo tiempo la seguridad jurídica. Y esa es precisamente la tarea que se aborda de manera decidida en esta sentencia, que aporta sin duda un claro avance en la configuración técnico-jurídica de la doctrina *rebus*.

Por lo demás, entre criterios de equidad y justicia, de un lado, y fundamentación técnico-jurídica con base en el Derecho positivo, de otro, existe un *continuum* y no una incompatibilidad. En realidad, estas dos líneas de argumentación no serían mutuamente excluyentes, sino complementarias, pues, como veremos, los conceptos técnico-jurídicos que se manejan para justificar la figura aparecen en última instancia como formulaciones, concreciones o explicitaciones de exigencias de justicia. En el tema que nos ocupa, puede constarse sin dificultad lo acertado de la tesis de Capograssi cuando afirma que en los conceptos técnico jurídicos con los que opera la ciencia del Derecho en ocasiones se encuentran implícitas profundas verdades acerca del *quid ius*, acerca de la justicia como objetivo último del Derecho (Capograssi, 1959: 19-26).

El punto de partida de las argumentaciones que apelan a criterios de justicia para fundamentar la figura suele ser la invocación de la equidad como justicia del caso concreto, en el sentido de señalar que, en determinados supuestos, el cumplimiento estricto de lo estipulado puede resultar injusto. Este es el trasfondo permanente que subyace a la doctrina *rebus*: la búsqueda de soluciones de justicia material para los casos concretos. La única diferencia entre la equidad y *rebus sic stantibus* es el campo en el que operan respectivamente (la legislación general o la contratación) (Lluis, 1956: 387-388).

Ahora bien, más allá de las apelaciones vagas y genéricas a la equidad, es necesario preguntarse cuál es la razón de la que en determinados supuestos el cumplimiento estricto de lo

estipulado puede resultar injusto. Aquí entran en juego, principalmente, argumentos basados en las exigencias de la justicia conmutativa, pero también argumentos relacionados con la justicia distributiva.

De acuerdo con la formulación clásica aristotélica, en los cambios voluntarios rige la justicia conmutativa, que consiste en el equilibrio o proporción entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes (Aristóteles, 1959: V, 1-5). El fin de la doctrina *rebus* y de sus homólogas es mantener o restablecer la justicia contractual (conmutativa) que se ha visto alterada por la modificación sobrevenida de las circunstancias. De lo contrario, el contrato quedaría desnaturalizado en su función de intercambio patrimonial equilibrado, el deudor se vería injustamente empobrecido por una prestación excesivamente onerosa —no prevista al inicio—y el acreedor se vería beneficiado gratuitamente y obtendría un enriquecimiento injustificado. De ahí que en ocasiones se haya señalado como fundamento jurídico de la doctrina *rebus* el enriquecimiento injusto o sin causa. En conexión con lo anterior, esta figura también se ha vinculado con la prohibición del abuso de Derecho (Gómez-Ferrer, 1970: 115) y con el principio de la buena fe.

Para justificar la doctrina *rebus* y sus equivalentes se pueden invocar también consideraciones de justicia distributiva. Esta fue una idea sugerida por Hauriou a propósito de la teoría del riesgo imprevisible aplicada por el Consejo de Estado francés. Hauriou entendía que esa doctrina suponía la introducción de criterios de justicia distributiva en un contrato conmutativo. El riesgo previsible continuaba sometido a los principios de la justicia conmutativa («cada uno soporta sus riesgos»), mientras que el riesgo imprevisible se declaraba común y se distribuía equitativamente, de manera que ninguna de las partes contratantes resultara arruinada. Y ello en aras del interés general, con la finalidad de asegurar el mantenimiento de los servicios públicos (Hauriou, 1926: 2). Esos mismos criterios de solidaridad y de justicia distributiva podrían aplicarse —apunta Hauriou— para asegurar la subsistencia de las empresas en cuanto unidades económicas necesarias para el mantenimiento del sistema productivo (Hauriou, 1926: 7-13). Este argumento, que apela en definitiva al interés general y a la solidaridad, me parece un argumento de peso que refuerza y complementa a aquellos que giran en torno a la conmutatividad del comercio jurídico y que, adecuadamente desarrollado, puede resultar especialmente fecundo y oportuno en el actual contexto de crisis económica para justificar una flexibilización de la rigidez contractual que evite la ruina de empresarios y de particulares —y, por tanto, el incremento de la pobreza— en determinados supuestos.

Ahora bien, más allá de las consideraciones de justicia que pueden aportar la razón última del porqué del recurso a la figura, se requiere una fundamentación técnica que dote de objetividad a su aplicación, esto es, unas categorías técnico-jurídicas objetivas, o por lo menos objetivables, que permitan garantizar no solo la equidad, sino también la seguridad jurídica.

Se ha señalado acertadamente que «la fundamentación de determinadas figuras en reglas de equidad o moralizantes suele ser propio de sus fases iniciales de configuración jurídica […] Esta inicial fase suele superarse mediante la progresiva decantación técnica de la figura» (Orduña, 2017: 162). En el tema que nos ocupa, la fundamentación en la equidad resulta insuficiente, en el sentido de que debe complementarse con una elaboración técnico jurídica. Pero no es menos cierta la existencia de una continuidad entre ambas vías de fundamentación. La puesta en práctica del principio *rebus*, inspirado en la equidad, tiene que canalizarse a través de categorías técnico jurídicas rigurosas.

Como destaca Gurvitch, un Derecho digno de tal nombre es siempre un intento, más o menos logrado, de realizar la justicia (Gurvitch, 1933: 96-102). Aunque, al mismo tiempo, es cierto que el Derecho —cualquier Derecho— nunca puede satisfacer plenamente las exigencias de la justicia de manera completa y acabada. La justicia es como el horizonte:

cuando se cree haber dado un paso hacia ella, se aleja de nuevo en la misma medida que la distancia recorrida.

Ahora bien, los instrumentos para llevar a cabo esa tarea son, en todo caso, las normas, los procedimientos y una técnica jurídica rigurosa, sin la cual puede fracasar el objetivo último del Derecho. Al contrario de lo que a menudo se piensa, en el ámbito jurídico no hay una incompatibilidad entre las aspiraciones de justicia y el necesario rigor científico. La relación entre ambas dimensiones de la experiencia jurídica sería de complementariedad y refuerzo mutuo.

Esta complementariedad es reconocida por Javier Orduña en relación con la *rebus* cuando señala que la concreción funcional y aplicativa de la figura «encierra una revisión de la justicia contractual del caso concreto, como paso previo para su posible aplicación», tarea esta de una gran complejidad para la cual es de gran importancia contar con una decantación jurídica adecuada de la figura que explicite su naturaleza jurídica y su fundamento técnico jurídico objetivo y que precise y desarrolle los presupuestos y requisitos para su aplicación (Orduña, 2017: 165).

En esa línea, la STS de 30 de junio de 2014 explicita el fundamento objetivo de la doctrina *rebus*, destacando su compatibilidad con el sistema codificado y con el principio *pacta sunt servanda* en los siguientes términos:

«[…] conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos. Por contra, su aplicación, cifrada en una sobrevenida mutación de las circunstancias que dieron sentido al negocio celebrado, se fundamenta en criterios o reglas que también pueden definirse como claves de nuestro sistema codificado, ya que desde su moderna configuración la figura obtiene su fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe»[7].

Esta sentencia revisa y supera, así, la posición tradicional que había abordado la confluencia de los principios de conmutatividad y de *pacta sunt servanda* claramente en favor de este último (Orduña, 2017: 201-202); esto es, supera los planteamientos dogmáticos que habían consagrado el dogma del *pacta sunt servanda* y da entrada al juego de los principios, a la ponderación y a la conciliación entre ellos. Y ello aunque de modo impropio la sentencia utilice el término «regla» para referirse tanto al principio de vinculación contractual como al de conmutatividad. En definitiva, el tribunal sostiene que la aplicación de la doctrina *rebus* no es incompatible con el principio *pacta sunt servanda*, en la medida en que se fundamenta en otros principios igual de importantes dentro del sistema codificado y compatibles con el anterior, como lo son, en concreto, los principios de la conmutatividad del comercio jurídico y de buena fe. A su vez, estos dos principios no serían argumentos disociados o divergentes, sino principios concurrentes y estrechamente entrelazados que se refuerzan mutuamente.

5.2. LA CONMUTATIVIDAD COMO REGLA DE LA ECONOMÍA CONTRACTUAL Y EL SINALAGMA FUNCIONAL

El primero y principal de esos fundamentos de carácter objetivo sería para el Tribunal Supremo la causa del contrato y, específicamente, el postulado de la conmutatividad. Al respecto, la sentencia declara:

«[…] todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este "equilibrio básico", que no cabe confundir con la determinación del precio de las cosas fuera de la dinámica del mercado (precios intervenidos o declarados judicialmente), resulta también atendible desde la fundamentación causal del

contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, artículo 1289 del Código Civil, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, *ab initio*, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula *rebus sic stantibus*».

Ese equilibrio de las prestaciones al que alude la sentencia, esa igualdad de expectativas, sacrificios y ventajas que se condicionan recíprocamente forman el sinalagma del contrato.

En nuestro Derecho existen normas concretas que garantizan de alguna forma el equilibrio de las prestaciones contractuales. Así, ante todo, el art. 1274 del Código Civil, de acuerdo con el cual la causa en los contratos onerosos consiste en la reciprocidad de las prestaciones, pues dispone: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte». Y de ahí se desprende que el sinalagma forma parte de la causa del contrato (Amunátegui, 2003: 132; Castiñeira, 2014: 10; Vázquez-Pastor, 2015: 70-71)[8]. Destacan, asimismo, el art. 1124 CC, que permite la resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, y el art. 1289 CC, que cuando establece como criterio de interpretación de los contratos onerosos (aunque sea tan solo respecto de las circunstancias accidentales) resolver las dudas a favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Esto significa que en nuestro Derecho las exigencias de la justicia conmutativa de algún modo están incorporadas al Derecho positivo. Y así lo reconoce la sentencia que estamos comentando cuando declara que el principio de conmutatividad (o, si se quiere, de justicia conmutativa) puede ser considerado como clave dentro de nuestro sistema codificado.

Por lo demás, en esta sentencia el Alto Tribunal acoge una tesis doctrinal que en España procede de Federico de Castro.

En Derecho español, a tenor del art. 1261 CC, la causa es, junto con el consentimiento y el objeto, uno de los requisitos esenciales del contrato. Nuestro sistema, como el francés, es un sistema causalista en el que se requiere la existencia de la causa para que el contrato exista y produzca efectos, a diferencia tanto del Derecho alemán —que, por influencia de los pandectistas, abandonó el sistema causalista del Derecho común— como del sistema del *Common Law* —que ha sido tradicionalmente un sistema abstracto, caracterizado por el formalismo y el literalismo—.

La existencia de la causa es necesaria no solo inicialmente, en el momento de la conclusión del contrato, sino que debe mantenerse durante todo el tiempo que dure la relación contractual (Amunátegui, 2003: 129.130. Vázquez-Pastor, 2015: 70). Esta posición fue defendida por Federico de Castro, quien hablaba de la «continuada influencia de la causa» (De Castro, 1985: 313-314), lo cual implica una visión no formalista y dinámica del negocio jurídico con base en la cual sostiene que el «remedio de la cláusula se reduce a tener […] en cuenta la causa durante el funcionamiento de la relación negocial. Lo que estará permitido solo cuando un cambio imprevisto de circunstancias haga que el mantenimiento de la relación negocial resulte en contradicción con el propósito negocial, sea respecto de la naturaleza del negocio (carencia de verdadera contraprestación) o de [su] propósito concreto» (De Castro, 1985: 318-319).

Esta tesis fue desarrollada por Díez-Picazo, para quien el fundamento objetivo de la doctrina *rebus* puede encontrarse en la «ruptura del mecanismo causal», en la «aparición de una anomalía funcional sobrevenida». A juicio del autor, «La causa del contrato, entendida como la función concreta que este cumple, desaparece parcial o totalmente, cuando queda roto el equilibrio entre las prestaciones, en el contrato conmutativo, o cuando resulta imposible alcanzar el fin del contrato». Y esas serían las dos variantes del supuesto de hecho para la aplicación de la doctrina *rebus*: la ruptura de la

relación de equivalencia u onerosidad sobrevenida y la imposibilidad, también sobrevenida, de alcanzar el fin del contrato (Díez-Picazo, [6]2008: 1069-1071). En el fondo, se trataría del mismo fenómeno, dado que la parte para la que el contrato resulta frustrado se vería obligada a realizar una prestación a cambio de la cual no obtendría ventaja patrimonial alguna, lo que es otra forma de convertir su prestación en excesivamente onerosa, pues el deudor pagaría por algo que no le reporta utilidad. En ambos supuestos, la *ratio* de este requisito sería la misma: la ruptura del sinalagma, «pero no solo examinada con microscopio —desde dentro—, sino también desde un prisma macroscópico, social, buscando el beneficio de la comunidad» (García Caracuel, 2014: 237 y 336-337). De este modo, como apuntábamos antes, en la doctrina *rebus* se produciría una convergencia de los requerimientos de la justicia conmutativa (privada) y de la justicia distributiva (pública).

De acuerdo con ese enfoque, la correlación entre prestación y contraprestación ha de mantenerse durante la ejecución de lo convenido (sinalagma funcional), de manera que cuando la desigualdad llega a tal magnitud que desaparece la idea básica de correspondencia, se rompe el sinalagma, lo que da lugar a una alteración causal del contrato y a la posibilidad de que entre en juego la doctrina *rebus*.

Comentando esta sentencia, Castiñeira destaca que en nuestro Derecho no se exige una equivalencia objetiva de las prestaciones. No es necesario que estas tengan el mismo valor, ni siquiera que sea equiparable, aunque tampoco puede ser cualquiera. La equivalencia debe ser suficiente para que podamos hablar de verdadera onerosidad. No basta con la existencia formal de prestación y contraprestación. Si el precio es irrisorio o la prestación excesiva en relación con la contraprestación, no hay verdadera onerosidad. «Si el mínimo equilibrio exigido para que un contrato continúe siendo oneroso tras su perfección desaparece, no puede seguir hablándose de la existencia de una causa onerosa. Y sin esa causa onerosa, ese contrato pierde su sentido». En resumidas cuentas, a la hora de aplicar la figura que nos ocupa, lo que debe valorarse es si la alteración sobrevenida de las circunstancias ha perturbado de tal modo la equivalencia prestacional que el contrato, como contrato con causa onerosa, ha quedado desfigurado. «La equivalencia entre las prestaciones es la decidida por las partes, en efecto. En cambio, la decisión acerca de si esa equivalencia, *ab initio* o sobrevenidamente, es insuficiente desde una perspectiva causal debe regirse por criterios objetivos» (Castiñeira, 2014: 10-12).

Por lo que respecta a la jurisprudencia anterior, destacan algunos pronunciamientos clásicos que apelan a la ruptura sobrevenida del equilibrio contractual o a la falta de reciprocidad de las prestaciones como justificación para modificar los términos de un contrato, aunque sin mencionar expresamente la doctrina *rebus* (De Castro, 1985: 319-321). Dos importantes sentencias en esta línea son la STS de 13 de junio de 1944 (asunto Carbonell) y la STS de 23 de noviembre de 1962.

En la STS de 13 de junio de 1944, los hechos fueron los siguientes. En 1936 se habían vendido 200.000 kilos de aceite que no se habían entregado a causa de la guerra. Finalizada esta, la compradora demandó el cumplimiento del contrato y por el precio entonces pactado, que ya tenía pagado. El tribunal procedió a una revisión equitativa del contrato, reduciendo el número de kilos a entregar, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el «elemento de justicia objetiva implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida en todos los onerosos a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones; de tal suerte que en algunas contadas situaciones la ley permite mitigar el excesivo rigor de aquel principio de autonomía confiriendo al juzgador la facultad de acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de ser cumplido lo que se prometió».

En la STS de 23 de noviembre de 1962 se trataba de un contrato de conmutación de un

usufructo vidual por una renta vitalicia. El contrato se celebró en 1939 y fijaba una pensión de 7200 pesetas anuales. La viuda solicitaba la revisión de la pensión, dado el aumento del valor de los frutos y de las rentas de la tierra (en referencia a las fincas respecto a las que le correspondería el usufructo vidual). El Tribunal Supremo confirmó la sentencia del inferior que había revisado la pensión elevándola a 30.000 pesetas. El TS fundó su decisión en dos argumentos: el equilibrio de las prestaciones se había roto «por la anormal e imprevisible alteración, en alza desproporcionada, en el precio de los frutos y el valor de las rentas de la tierra, afectando a la base del negocio». Y que «es justa consecuencia de la buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones, para el mejor cumplimiento de una finalidad legal; conforme a la causa motivadora del contrato, cuando median las excepcionales circunstancias que en el presente caso concurren». Aunque una sentencia anterior de 19 de enero de 1957 había declarado no ser aplicable la doctrina *rebus* a los contratos de renta vitalicia por su carácter aleatorio, la sentencia de 1962 atiende al carácter de pago de la cuota vidual, por lo que no tendría naturaleza aleatoria.

También apela a la ruptura del equilibrio originario de las recíprocas prestaciones, y además en este caso aplicando expresamente la doctrina *rebus*, la STS de 11 de junio de 1951, al analizar un aumento de tarifas en un contrato de transporte concluyó que «en contratos a muy largo plazo habría de entrar en juego la justiciera norma de la cláusula *rebus sic stantibus*, que autoriza el acoplamiento de lo convenido a las nuevas circunstancias sobrevenidas que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones, circunstancias que si autorizan a la Compañía del N. para elevar sus tarifas por depreciación del poder adquisitivo del dinero, por aumento exorbitante el precio de los elementos necesarios para realizar el transporte, o por otros motivos semejantes».

Un caso típico en el que se invoca explícitamente el fundamento causal, aunque no se aplica la doctrina *rebus*, sino que de forma incorrecta se aplica la imposibilidad sobrevenida, es el conocido como caso de las guijeras resuelto por STS de 20 de abril de 1994 al que ya nos hemos referido con anterioridad, y en el que el Tribunal Supremo argumentó, entre otras cosas, que la causa como finalidad común perseguida por los contratantes ha de mantenerse durante todo el tiempo que continúe la relación contractual y, si desaparece, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, sino que hay que poner fin al mismo. Como antes vimos, en este caso el Tribunal Supremo aplicó la noción de frustración del fin del contrato refiriéndose a la desaparición de su base económica, pero en vez de aplicar la doctrina *rebus* que hubiera sido lo adecuado en ese supuesto, aplicó la imposibilidad sobrevenida[9].

5.3. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

La STS de 30 de junio de 2014 enfatiza sobre todo la alteración sobrevenida del mecanismo causal, poniéndola, además, en conexión con la doctrina de la base del negocio y con la conmutatividad o equilibrio prestacional del contrato, dado que el principio de la buena fe actúa como cauce complementario de justificación. Al respecto. la sentencia declara que:

«[…] el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (art. 1258 CC), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probi-

dad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado»[10].

La fundamentación de la figura *rebus* en el principio de la buena fe es generalmente admitida por la doctrina (Díez Picazo, [6]2008: 1068; Gómez-Ferrer, 1970: 104, 109, 110, 116 y 127; Orduña, 2017: 162-163; y Martínez Velencoso, en Orduña, 2017: 83, entre otros) y por la jurisprudencia. Es más, según esta última, el principio de buena fe objetiva ha sido tradicionalmente la «justificación preferida de nuestros jueces […], por encima de la doctrina de la causa […], y con independencia de considerarlas en ocasiones como nociones no excluyentes» (Amunátegui, 2003: 140). En esa línea destaca, entre otras, la STS de 21 de mayo de 2009[11], citada expresamente por STS de 30 junio de 2014.

Sin embargo Castiñeira sostiene que resulta arriesgado basar la incidencia del cambio de circunstancias en el principio de buena fe, ya que, debido a su falta de concreción, abriría un espacio para la discrecionalidad en las decisiones judiciales y podría, además, generar inseguridad jurídica para las partes (2014: 12). El límite de lo que puede reclamar el acreedor en virtud del contrato debe fijarse con criterios más precisos.

Esta misma objeción fue planteada por Larenz. Para justificar la aplicación de la teoría de la base del negocio antes de que esta fuera incorporada al Derecho positivo alemán, Larenz recurría a los artículos 242 y 157 BGB, relativos, respectivamente, a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y a la interpretación de los contratos. En cambio, consideraba que basar directamente en la buena fe las consecuencias jurídicas de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales resultaba inadecuado debido a la imprecisión de dicho concepto. Frente a la falta de rigor que eso supone, Larenz destaca la necesidad de que el supuesto de hecho jurídicamente relevante de la base del negocio se tipifique con suficiente certeza, de manera que pueda servir de guía a la jurisprudencia (2002: 31). De nuevo, nos encontramos ante la complementariedad y la importancia del mutuo refuerzo entre las aspiraciones de justicia (a las que se encuentra muy próximo el principio de la buena fe) y el necesario rigor científico.

En esa línea se sitúa la STS de 30 de junio de 2014, que apela para fundamentar la aplicación de la doctrina *rebus*, junto al principio de la conmutatividad del comercio jurídico, al principio de la buena fe, pero que a continuación procede a la elaboración técnica de la figura, a su concreción funcional y aplicativa, ligándola principalmente al primero de dichos fundamentos, esto es, a la eficacia causal de la relación negocial, cuestión que examinaremos en el apartado siguiente.

5.4. HACIA UNA ARTICULACIÓN TÉCNICO JURÍDICA DE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA

En cuanto a los presupuestos y requisitos de aplicación de la figura, la aplicación concreta de la misma exige, de acuerdo con la sentencia, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias, valoración que se efectúa en relación con la posible alteración causal del contrato y que se realiza de un modo objetivado mediante el recurso concorde a dos criterios: la teoría de la base del negocio y el riesgo normal del contrato[12].

Así, el primer criterio de delimitación de la figura consiste en que la alteración sobrevenida afecte a la base del negocio. Como explica la sentencia, «a través de la doctrina de la base del negocio, se contrasta principalmente el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sen-

tido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo». La mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición la base objetiva del negocio cuando: (i) «la finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable»; o (ii) «la conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación». Complementariamente, la base subjetiva desaparece cuando «la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado».

Por otro lado, el Tribunal Supremo recurre además a un segundo criterio básico de delimitación de la cláusula *rebus*: el denominado «riesgo normal del contrato». En este sentido, para que la ruptura de la base del negocio pueda ser alegada es necesario también que el cambio o mutación, configurado como riesgo, no forme parte del riesgo normal del contrato asignado expresamente en el mismo ni que se derive del sentido y la naturaleza de la relación obligatoria.

En suma, continúa diciendo la sentencia, estos criterios responden, en una primera instancia o contraste, a dos cuestiones básicas: (i) «si dicho cambio tiene entidad suficiente, esto es, altera el estado de las cosas de un modo relevante». En este sentido, la base económica del contrato opera como parámetro de la relevancia del cambio; y (ii) «si dicha alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas». Y aquí es donde entra en juego el criterio de la asignación contractual del riesgo.

La teoría alemana de la base del negocio ha tenido una gran influencia en numerosos países, entre ellos España. La jurisprudencia española la ha acogido en diversas sentencias relativas a casos de alteración de la equivalencia de las prestaciones. Así la STS de 23 de noviembre de 1962 tomó en consideración el desequilibrio sobrevenido entre las prestaciones cuyo resultado es la afectación de «la base del negocio». También la STS de 11 de junio de 1951 aludía a la alteración de la base económica del contrato.

No obstante, en los supuestos de frustración del fin del contrato la recepción de la doctrina alemana de la base del negocio ha sido más clara, doctrina conectada, además, con la causa del negocio (Díez-Picazo, [6]2008: 1069). El caso clásico que suele citarse es el asunto *Mas vs. Carsi* resuelto por STS de 30 de junio de 1948 (RJ 1948/1115). Las demandantes habían celebrado con el demandado un contrato de opción de compra de una parcela de terreno de este último, a fin de que la propiedad de las actoras pudiera tener fachada a una nueva calle en proyecto. Las actoras, que habían enajenado su propiedad, reclamaban, sin embargo, el cumplimiento de la opción de compra. Su demanda fue desestimada en atención a que el fin del contrato era permitir que su propiedad tuviera fachada a la nueva calle, de manera que, al haber enajenado aquella, ya no era posible obtener el fin perseguido con el convenio concertado. El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que, dado que las actoras enajenaron los terrenos, había dejado de existir «la condición motriz de la voluntad contractual determinante del derecho de las actoras a exigir el cumplimiento de lo pactado por desaparición de la base en que se asentaba».

En la doctrina jurisprudencial reciente, la teoría de la base del negocio y su vinculación con la causa del contrato están plenamente admitidas. Destaca, en este sentido, la STS de 21 de julio de 2010 (Rec. 1965/2006) que, confirmando la sentencia recurrida, falló a favor de la resolución de un contrato de opción de compra al negar el Ayuntamiento la calificación urbanística. La sentencia califica el caso como un supuesto de ruptura de la base del negocio y de ausencia sobrevenida de la causa.

Esta línea jurisprudencial ha culminado con la STS de 30 de junio de 2014, en la que se

produce una total integración de la doctrina de la base del negocio en el marco de la valoración de la posible alteración causal del contrato.

Ahora bien, de acuerdo con esta sentencia, la incidencia del cambio de circunstancias debe ser relevante o significativa respecto a la base *económica* que informó inicialmente el contrato celebrado. Esto sucede cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio determina: (i) la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), o bien (ii) una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). La excesiva onerosidad puede ser debida a un sustancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, a una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida[13].

Orduña destaca que el concepto de base económica del negocio «especializa o particulariza […] la teoría general de la base del negocio […] en la medida en que el centro de atención no es tanto la frustración del contrato desde la finalidad subjetiva u objetiva perseguida por las partes, sino la frustración o alteración económica por la excesiva onerosidad» (Orduña, 2017: 183, *in fine* 184), esto es, la quiebra o ruptura de la conmutatividad, del equilibrio y onerosidad contractuales e incluso la frustración del fin del contrato, pero referida a la desaparición de su base económica (como ocurría en el «caso de la guijeras»). La aplicación de la cláusula *rebus* se habría especializado cada vez más, dejando fuera de su ámbito los casos en los que la alteración o cambio de circunstancias se produce respecto a la finalidad objetiva o subjetiva de la base del negocio, en sentido general, determinando la imposibilidad de alcanzar la finalidad del negocio, pero sin repercutir por ello en la onerosidad o equilibrio económico de las prestaciones —caso, por ejemplo, de la citada sentencia *Mas vs. Carsi*, en la que la base del negocio es tomada no como base económica, sino en relación con la causa concreta querida por los contratantes—. Tales casos serían supuestos de frustración del contrato propiamente dicho, que incluso podrían adscribirse en la tipología de los denominados incumplimientos resolutorios (Orduña, 2017: 173-175 y 192). En cambio, el supuesto de hecho de aplicación de la doctrina *rebus* sería la alteración sobrevenida de las circunstancias, sobre todo económicas, que sirvieron de base para la celebración del negocio jurídico. Ello determinaría una alteración causal del contrato, pero no una alteración cualquiera, sino una alteración consistente en la excesiva onerosidad. De acuerdo con esta interpretación, la diferencia entre los dos supuestos que distingue la sentencia —(i) la frustración de la finalidad económica del contrato; y (ii) la alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones— sería una diferencia de grado.

Además de la desaparición de la base del negocio en el sentido expuesto, la aplicación de la cláusula *rebus* requiere que el cambio de circunstancias no haya quedado configurado de forma previa como un riesgo contractual expresamente aceptado o que pueda inferirse de la naturaleza y distribución típica de los riesgos del contrato celebrado (Orduña, 2017: 176 ss.). Esto es, para que la ruptura de la base del negocio pueda ser alegada, es necesario que las partes no hayan asumido el riesgo del cambio de circunstancias ni explícita ni implícitamente.

La cláusula *rebus* tampoco resulta de aplicación cuando el cambio de circunstancias haya sido tenido en cuenta mediante cláusulas de adaptación del contrato (Orduña, 2017: 182-183).

En esa línea, la STS de 30 de junio de 2014 sostiene que «[…] la nota de la subsidiariedad con la que tradicionalmente viene calificada la aplicación de esta cláusula, […] fuera de su genérica referencia a la carencia de cualquier otro recurso legal que ampare la pretensión de restablecimiento del equilibrio contractual, […] hace referencia, más bien, a que su función no resulte ya cumplida por la expresa previsión de las cláusulas de revisión o de estabilización de precios». Y cita las STS de 24 de septiembre de

1994, que consideró que la cláusula *rebus* no es aplicable a los contratos de arrendamiento en el caso de que incluyan cláusulas de adaptación o de revisión de precios; y de 27 de abril de 2012, que descartó la aplicación de la doctrina *rebus* argumentando, entre otros extremos, que el contrato de arrendamiento contenía cláusulas de actualización de renta (Martínez Velencoso, 2012: 361-376).

Para concluir este apartado, es importante destacar el papel determinante de ambos criterios —la base del negocio y el riego normal del contrato— para la delimitación de la figura que nos ocupa y para su posible aplicación. «Si la mutación como riesgo estaba expresamente prevista o asignada, la aplicación de la cláusula no resultará posible aunque se dé un claro desequilibrio patrimonial o económico entre las prestaciones inicialmente pactadas» (Orduña, 2017, 167).

5.5. CONCRECIÓN FUNCIONAL Y APLICATIVA

Por lo que respecta a la aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado en la STS de 30 de junio de 2014, dicha sentencia versó sobre un litigio relativo a un contrato, celebrado en 2006, de explotación por un periodo de cuatro años de la publicidad de los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia (EMT), en virtud del cual la empresa concesionaria (PROMEDIOS) pagaba unas determinadas cantidades en concepto de canon. Entre 2007 y 2009 quedó acreditado en el curso del litigio que se había producido una merma del mercado publicitario en el sector del transporte del 67,62%, esto es, un descenso de un tercio del mismo. A raíz de esa circunstancia, la entidad explotadora de la publicidad solicitó una rebaja en el canon a satisfacer en el sentido de que se modificasen las bases de cálculo del mismo, fijándolo en un 70% de la facturación neta mensual o, alternativamente, en 70.000 euros mensuales (frente a los 244.000 euros a que ascendía el canon mínimo mensual correspondiente al año 2009, de acuerdo con el contrato y su adenda). Esta pretensión fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia, que acordó fijar el canon en un 80% de la facturación neta mensual, con un mínimo garantizada para la EMT de 100.000 euros. Tras ser revocada por la Audiencia Provincial, la sentencia de primera instancia fue confirmada después por el TS.

El análisis de la STS de 30 de junio de 2014, referida al caso concreto, se desarrolla del siguiente modo. La resolución afirma que, habiendo quedado acreditado el presupuesto general de la alteración de las circunstancias económicas por el hecho notorio de la actual crisis económica y su significativa incidencia en el mercado de la publicidad del sector del transporte, procede comprobar si concurren en el caso enjuiciado los requisitos de la imprevisibilidad del riesgo derivado del cambio de circunstancias y de la excesiva onerosidad resultante de la prestación debida.

En cuanto al requisito de la imprevisibilidad, el tribunal se pregunta si se le puede imputar a la empresa adjudicataria el riesgo de la falta de previsión de los efectos de la crisis económica en las expectativas de negocio, cuestión a la que responde negativamente porque «[…] aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, el riesgo y la envergadura de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora. De este contexto se comprende que en el momento de la contratación, de claras expectativas de crecimiento, solo se tuvieron en cuenta, de acuerdo con las prácticas negociales del sector, la participación de la empresa ofertante en el incremento esperado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación, caso que sí ocurrió, de forma llamativa, cuando dicha empresa, ya en la situación de crisis del sector, y desligada del anterior contrato, adapta su nueva oferta de adjudicación a la realidad del nuevo contexto económico» (FJ 3, apdo. 2).

En definitiva, para el tribunal el escenario de la crisis económica, en cuanto imprevisible, no sería un riesgo asignado a la empresa adjudicataria ni reconducible a riesgo normal o legal del contrato celebrado, de forma que, desde la naturaleza y la base económica de la relación negocial, puede interpretarse que sus consecuencias deben ser compartidas por ambas partes contratantes.

De la argumentación del tribunal se desprende que el requisito de la imprevisibilidad es interpretado no como imprevisibilidad absoluta, sino como imprevisión razonable. La contingencia que dispara la aplicación de la cláusula ha de ser razonablemente imprevisible para el deudor al tiempo de contratar (Munar, 2015: 18). La propia sentencia recuerda que esta es la tendencia seguida en el Derecho alemán, así como en los textos internacionales y de armonización. En el Derecho alemán, el párrafo primero del parágrafo 313 BGB no contempla expresamente la nota de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, requisito que debe ser inferido de la referencia que se hace a los cambios no previstos por las partes. En todo caso, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia alemanas este requisito se entiende cumplido en todos aquellos supuestos en los que una persona razonable, dentro del ámbito negocial de que se trate, no hubiera podido prever a través del empleo de medios exigibles la posibilidad del desequilibrio contractual (Martínez Velencoso, en Orduña 2017: 34-35).

«No puede entenderse ni resolverse el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias —señala Castiñeira comentando la STS de 30 de junio de 2014— sin atender a la configuración del riesgo contractual. Si las partes han asumido expresamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, ese riesgo era razonablemente previsible, no es posible aplicar las teorías relacionadas con la alteración sobrevenida […] La no asunción de un determinado riesgo unido a la razonabilidad de su imprevisión es lo que provoca, en definitiva, que no pueda afirmarse que la excusa del cumplimiento en un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias es contraria al respeto a los compromisos adquiridos» (Castiñeira, 2014: 18). Aquello que razonablemente no ha podido preverse no puede considerarse asumido o consentido, ni siquiera implícitamente (Castiñeira, 2014: 8-9).

En relación con el requisito de la excesiva onerosidad, el Tribunal Supremo constata que en el transcurso del ejercicio del 2008 al 2009 esta se desprende claramente del «balance negativo, ante la caída desmesurada de la facturación, que no solo cierra con sustanciales pérdidas la concreta línea de negocio en cuestión, sino que compromete la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado» (FJ 3, apdo. 4).

En cuanto a los efectos de la aplicación de la figura *rebus*, el TS confirmó el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de reducir el canon a pagar por la empresa adjudicataria. De este modo, en la línea de la doctrina tradicional de la Sala, para solucionar el supuesto de la excesiva onerosidad se da preferencia a la revisión de las prestaciones sobre la resolución del contrato.

La doctrina establecida en la sentencia que acabamos de examinar fue confirmada en otra sentencia posterior, también de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2014, que remite a dicha doctrina (sin reproducirla) y la aplica al supuesto enjuiciado en términos muy similares.

5.6. DISCUSIÓN

Estas dos sentencias, de 30 de junio y 15 de octubre, ambas de 2014, suscitaron un intenso debate doctrinal. Y ello principalmente por dos razones. Por haber aplicado la doctrina *rebus* atendiendo a las alteraciones económicas provocadas por la crisis económica a favor de contratantes profesionales, esto es, de empresas que actúan en el ámbito de su actividad (Alcover, 2014: 5; Raventós, Luna y Xiol, 2015: 12-

15; Luna y Xiol, 2015: 6-7; Carrasco, 2015: 194; y Vázquez-Pastor: 86-87). Y porque para algunos autores la aplicación normalizada de la cláusula puede dar lugar a una aplicación indiscriminada de la misma en detrimento de la seguridad jurídica.

En realidad, estas objeciones no son sino desafíos que exigen profundizar en la decantación técnica de la figura. Estas sentencias han supuesto un avance al normalizar la doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el Derecho español a través de la redefinición de sus requisitos de aplicación y, en particular, de los requisitos de la imprevisibilidad y la asunción del riesgo. Ahora bien, la verdadera superación de la doctrina tradicional exigirá concretar el alcance de los nuevos requisitos apuntados por el TS (imprevisibilidad razonable y no asunción de riesgos) frente a los requisitos tradicionales (imprevisibilidad absoluta y excepcionalidad del cambio de circunstancias) (Castiñeira, 2014: 22).

En esa línea, es especialmente relevante (i) la interpretación del contrato; y (ii) la utilización de criterios objetivos que permitan delimitar la imprevisibilidad razonable.

Por lo que respecta a la primera cuestión, es muy significativa la STS 64/2015, de 24 de febrero de 2015 (ponente: Javier Orduña), referida a un contrato de compraventa de solares, en la que la sociedad mercantil compradora solicitaba por vía reconvencional que se redujese el precio pactado en un 50% (o cuantía que resultase de la prueba pericial) en aplicación de la doctrina *rebus*, pues las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona se habían visto alteradas por la severidad de la crisis económica de 2008 y la consecuente caída del valor de los bienes inmuebles.

En su sentencia, el TS remite a la doctrina establecida en sus pronunciamientos anteriores de 30 de junio y de 15 de octubre de 2014 y, con base en ella, desestima la aplicación de la cláusula *rebus* al supuesto enjuiciado atendiendo a los criterios de asignación contractual del riesgo y mantenimiento de la base del negocio.

Con base en la interpretación del contrato, el TS entiende que, en este caso, las expectativas de desarrollo urbanístico de las fincas y la fluctuación del valor de mercado de los inmuebles constituyen «[…] un claro riesgo que asume la parte compradora y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector inmobiliario».

Además, el tribunal recuerda que la crisis económica no comporta por sí misma una aplicación generalizada o automática de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que es necesario comprobar su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate. Y sostiene que, en este caso, la crisis no ha producido una ruptura de la base económica del contrato ni ha comportado una injustificada excesiva onerosidad para la parte compradora.

Y lo argumenta del siguiente modo: «[…] si bien el contexto de crisis económica señalado ha podido incidir en un retraso de la ejecución del propósito urbanizador de la parte compradora, no obstante, no ha resultado determinante para la frustración de la base negocial del contrato (viabilidad del proceso de urbanización), pues las expectativas del aprovechamiento urbanístico resultante que se derive de las fincas adquiridas y, con ello, la inversión estratégica de la mercantil adquirente, permanecen inalteradas […] al ser incluidas en un área de expansión urbanística de la ciudad de Burgos», lo que impide que se constate el [envilecimiento] del valor de la contraprestación recibida. Por otra parte, tampoco se ha acreditado nada «[…] acerca del nexo o relación causal de la crisis económica respecto de un significativo incremento del coste de la prestación, especialmente con relación a las circunstancias y condiciones de financiación para el pago del precio, bien respecto de la restricción de la misma, o bien de su respectivo encarecimiento». Y no quedan tampoco acreditadas, respecto de la actividad del grupo empresarial, las pérdidas económicas sufridas, o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio. Al contrario, el precio pactado en el contrato está en consonancia con el precio medio de

adquisición de las fincas situadas en la citada zona de desarrollo urbanístico de la ciudad de Burgos (FJ 2, apdo. 7).

En cuanto a los criterios objetivos que permiten delimitar la imprevisibilidad razonable, el concepto de razonabilidad remite al parámetro de una persona media, no especialmente previsora o imprevisora ni indebidamente optimista o pesimista (Díez-Picazo, Roca y Morales, 2002: 295). Ahora bien, la diligencia media en la previsión exigida al contratante se elevará en función de las características personales de este (empresario o consumidor, conocedor del mercado o desconocedor) y del contrato celebrado (de suministro o de tracto único, sobre la materia incluida en su giro mercantil o no). Como señala Martínez Velencoso, «la previsibilidad ha de valorarse en relación con el tipo de contrato celebrado y la cantidad de información a la que tienen acceso las partes contratantes» (Martínez Velencoso en Orduña, 2017: 86).

En este contexto, uno de los principales criterios de identificación de la previsibilidad es la identidad de los contratantes. Los profesionales tienen un deber más intenso de previsibilidad en función de su grado de conocimiento del tráfico o giro económico en el que se desenvuelve el contrato (Munar, 2015: 18).

Ello no obstante, la distinción entre profesionales del sector y no profesionales y el plus de exigencia en la previsión predicable de las empresas del sector (por el conocimiento que tienen del mismo) son criterios relevantes pero no concluyentes. Deben ponderarse con los demás factores que concurran en el caso. El hecho de que a los empresarios del sector se les exija (y se les suponga) una diligencia cualificada en la previsión de los posibles cambios que se produzcan en el mismo, precisamente por el conocimiento que tienen de él, no significa que cualquier alteración de las circunstancias económicas que tenga lugar en su ámbito de actividad, sea cual fuere su grado de excepcionalidad, de anormalidad o de falta de habitualidad, deba ser considerada como previsible para los empresarios del sector. De ahí la importancia de estar al supuesto concreto que se enjuicia para aplicar con prudencia la cláusula (Munar, 2015: 19).

Se ha señalado acertadamente que «la ecuación entre la extraordinariedad de lo acontecido sobrevenidamente y la diligencia que le era exigible a la parte afectada al contratar darán el punto exacto de la imprevisibilidad» (García Caracuel, 2014: 330). Esta ecuación o ponderación solo se puede realizar a la vista de las concretas circunstancias del caso, sin que puedan establecerse criterios rígidos y absolutos *a priori.*

Esto significa que los diversos criterios a tener en cuenta para valorar si procede la aplicación de la figura *rebus* operan como principios y no como reglas taxativas. Proporcionan razones para decidir en un determinado sentido, pero sin imponer una decisión en particular. Así, en el tema que nos ocupa, el hecho de que el contratante sea un profesional del sector no implica que automáticamente quede excluida la aplicabilidad de la doctrina *rebus*. Los distintos criterios pueden conjugarse con otros que maticen su alcance, y es necesario ponderarlos, dado que la ponderación es el mecanismo argumentativo requerido para la aplicación de los principios.

En las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 se llevó a cabo explícitamente esa ponderación y se resolvió a favor de la aplicación de la *rebus* por el alto grado de excepcionalidad no ya de la crisis económica en abstracto, sino de su particular y específica incidencia en los respectivos sectores de la publicidad, turístico y hotelero, concretamente en la ciudad de Valencia. Esto determinó que, en esas circunstancias, se estimara que el peso específico o la importancia relativa de este factor era mayor que el del otro criterio relevante, a saber, el hecho de que las partes perjudicadas fueran, en ambos casos, empresarios líderes del sector.

Ahora bien, esto no excluye que, en otros contextos y supuestos, el peso relativo de los criterios esté repartido de manera opuesta, esto es, que tenga un peso relativo mayor y, por tanto, se atribuya valor decisorio al hecho de que el con-

tratante perjudicado sea un profesional a quien se le supone una mayor capacidad de prever los eventos que puedan afectar al contrato, tales como las dificultades para obtener financiación (STS 11 de diciembre de 2014, y sentencias de 19 de diciembre de 2014 (SSTS 741/2014 y 743/2014) o las fluctuaciones del mercado inmobiliario (STS de 24 de febrero de 2015).

Esto es, supuestos de hecho distintos reciben respuestas diferentes como consecuencia de la ponderación entre diversos criterios, todos ellos relevantes a la hora de valorar si procede de la aplicación de la doctrina *rebus*, pero cuyo respectivo peso específico y consiguiente valor decisorio no es idéntico en todos los casos.

6. CONCLUSIONES

De la profundización en el debate sobre la fundamentación y la elaboración técnico jurídica de la figura *rebus* al hilo de la reciente evolución de la jurisprudencia, pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes desde el punto de vista de la filosofía del Derecho.

Una de las cuestiones de fondo que subyacen a esta evolución jurisprudencial es la del tipo de relación que cabe establecer entre los intentos de fundamentación de la doctrina que apelan a las exigencias de la justicia y la equidad y su fundamentación técnico jurídica objetiva en el marco del Derecho positivo. A pesar de que el tema está abordado de manera confusa en la nueva doctrina jurisprudencial, en este estudio hemos argumentado que la relación entre ambas vías de fundamentación de la figura es de continuidad y complementariedad. La primera aportaría la razón última del porqué del recurso a esta institución jurídica. Y la segunda, el cauce técnico necesario para canalizar su aplicación.

La nueva doctrina jurisprudencial constituye un importante avance en el intento de superación de los planteamientos dogmáticos que lastran el Derecho privado desde el período de la codificación, y ello en la medida en que da entrada al juego de los principios y a la ponderación y conciliación entre ellos. En esta línea, destaca la defensa de la compatibilidad entre el principio de vinculación contractual y la doctrina *rebus* ligada a los principios de conmutatividad del comercio jurídico y de buena fe. Y también la ponderación entre los distintos criterios relevantes, pero no determinantes, a la hora de delimitar la imprevisiblidad razonable.

Este planteamiento no formalista lleva aparejada una insistencia en el necesario tratamiento casuístico, prudente y moderado de la cuestión debatida, de manera que la invocación de la crisis económica no es suficiente por sí sola para la aplicación de la doctrina *rebus*, debiendo acreditarse en cada caso la efectiva incidencia de la crisis en la relación contractual concreta. Esta fue una de las razones determinantes de la desestimación de la aplicación de la cláusula al supuesto enjuiciado por la STS de 24 de febrero de 2015.

Paralelamente, esta doctrina jurisprudencial representa un meritorio esfuerzo por conciliar la flexibilidad y la atención a las circunstancias del caso concreto, propias de un enfoque no formalista, con el rigor científico a través de la elaboración técnico jurídica de los requisitos de aplicación de la figura: la excesiva onerosidad y la no asunción e imprevisibilidad razonable del riesgo.

NOTAS

1. Ejemplos de excesiva onerosidad sobrevenida son los que resolvió el Tribunal Supremo en las sentencias de 30 de junio de 2014 y de 15 de octubre de 2014. La STS de 30 de junio de 2014 versó sobre un litigio relativo a un contrato, celebrado en 2006, de explotación por un periodo de cuatro años de la publicidad de los autobuses de la empresa municipal de transportes de Valencia, en virtud del cual la empresa concesionaria pagaba unas determinadas cantidades en concepto de canon. Entre 2007 y 2009 quedó acreditado en el curso del litigio que se había producido un

descenso del mercado publicitario en el sector del transporte al 67,62%, esto es, un descenso de un tercio del mismo. A raíz de esa circunstancia, la entidad explotadora de la publicidad solicitó una rebaja en el canon a satisfacer, pretensión que fue estimada por el TS. En este caso, ante la desmesurada caída de la facturación por publicidad, el pago del canon pactado en el contrato, aunque no era imposible, supondría grandes pérdidas para la empresa concesionaria. Por su parte, la STS de 15 de octubre de 2014 resolvió un litigio relativo a un contrato de arrendamiento de un edificio para destinarlo a actividad hotelera celebrado en 1999. El arrendamiento comenzó en 2004, cuando los bloques terminaron de construirse. En 2009, el rendimiento por habitación de hotel en Valencia había caído un 42,3% y los hoteles objeto del contrato habían sufrido pérdidas acumuladas de 3 millones de euros en el período 2005-2009. En este caso, de modo similar a lo que ocurría en el supuesto anterior, el pago de la renta pactada en el contrato, sin ser imposible, supondría grandes pérdidas para el arrendatario.

2. Ejemplos clásicos de frustración del fin del contrato son los llamados «casos de la coronación» en Inglaterra. Muchas personas alquilaron apartamentos o habitaciones para presenciar el desfile de coronación de Eduardo VII previsto para el día 26 de julio de 1902. El desfile fue suspendido a causa de la enfermedad del rey, lo cual convertía el arrendamiento en inútil para el arrendatario.

3. En Sentencias de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940\1135) y 17 de mayo de 1941 (RJ 1941\632), en las que admitió la posibilidad de su aplicación, aunque sin aplicarla efectivamente para la resolución de los respectivos casos en litigio.

4. SSTS de 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 22 de abril de 2004, 1 de marzo de 2007, 20 de febrero de 2011.

5. En ese sentido, STS de 30 de junio de 2014, FJ 2, apdos. 2 y 7; y STS de 15 de octubre de 2014, FJ 3, apdo. 6.

6. FJ 2, apdo. 4.

7. FJ 2, apartado 4.

8. Totalmente en contra, Carrasco (1985: 2588), quien sostiene que «[…] la "causa" de la prestación del vendedor es la contraprestación ajena, pero no su "justicia" o "equivalencia" porque, de ser así, ninguna razón habría para no dar entrada en nuestro sistema civil a la rescisión por lesión en los contratos sinalagmáticos».

9. Como destaca Orduña (2017: 173 *in fine*-175), en este caso es incorrecto apreciar la imposibilidad de la prestación porque esta aún resultaba factible, pues la extracción de guijo seguía siendo posible, aunque su explotación había devenido inviable económicamente; y además, porque en este caso no se enjuiciaba la liberación del deudor de la prestación supuestamente imposible que sería el arrendador.

10. FJ 2, apartado 4.

11. STS 339/2009, de 21 de mayo de 2009 (ponente Francisco Marín Castán). Esta sentencia declaró que la doctrina *rebus sic stantibus* se funda en el art. 1258 CC y desestimó su aplicación porque el demandado/recurrente no actuó buena fe y porque, a juicio del Alto Tribunal, el cambio de circunstancias no era en absoluto extraordinario, anómalo ni imprevisible (FJ 6).

12. FJ 2, apartado 5.

13. FJ 2, apdo. 7. Cursiva mía.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, Guillermo (2014): «La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil?», *La ley mercantil*, 4-5, julio-agosto, 1-5.
ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de (2003): *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia: Tirant lo Blanch.
ARISTÓTELES (1959): *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe y trad. por M. Araujo y J. Marías, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

CAPOGRASSI, Giuseppe (1959): «Il "quid ius" e il "quid iuris" in una recente sentenza», en *Opere*, vol. V, Milano: Giuffrè, 19-26.
CARRASCO PERERA, Ángel (1985): «Comentario a la STS de 19 de abril de 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 8, 2581-2589.
— (2015): «Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 98, 175-206.
CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge (2014): «Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1-26.
De CASTRO, Federico (1985): *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.
DÍEZ-PICAZO, Luis (1996): «La cláusula *rebus sic stantibus*», en J. R. Ferrándiz Gabriel (ed.), *Extinción de obligaciones*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
— ([6]2008): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Cizur Menor: Aranzadi.
DÍEZ-PICAZO, Luis, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO (2002): *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid: Civitas.
DWORKIN, Ronald (1995): *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, Barcelona: Ariel.
GADAMER, Hans-Georg (1977): *Verdad y método*, trad. de A. Agud Aparicio y R. De Agapito, Salamanca: Sígueme.
GARCÍA CARACUEL, Manuel (2014): *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid: Dykinson.
GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael (1970): «Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional», *Revista de Derecho notarial*, 104-151.
GURVITCH, Georges (1933): *L'Idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Paris: Sirey.
HAURIOU, Maurice (1926): «La teoría del "riesgo imprevisible" y los contratos influidos por instituciones sociales», *Revista de Derecho privado*.
LARENZ, Karl (2002): *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Granada: Comares.
LLUIS, Jaime (1956): «La llamada cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
LUNA YERGA, Álvaro y María XIOL BARDAJÍ (2015): «*Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-13.
MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz Mª (2012): «Sentencia de 27 de abril de 2012: Arrendamiento de inmueble objeto de un derecho de superficie. ¿Puede modificarse el contenido del contrato en atención a la transformación económica del lugar de localización del inmueble?», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 90, 361-376.
MUNAR BERNAT, Pedro A (2015): «Cláusula *rebus sic stantibus*, Tribunal Supremo y crisis económica: estado de la cuestión», *La Ley Mercantil*, 16, 1-29.
ORDUÑA MORENO, francisco J. y Luz Mª MARTÍNEZ VELENCOSO (2017): *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*, Cizur Menor: Aranzadi.
RAVENTÓS SOLER, Albert, Álvaro LUNA YERGA y María XIOL BARDAJÍ (2015): «Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 1-22.
RODRÍGUEZ CARO, Mª Victoria (2015): «Crisis económica y la moderna configuración jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stan*tibus» [en línea], <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10482-crisis-economica-y-la-moderna-configuracion-jurisprudencial-de-la-clausula-rebus-sic-stantibus/> [Consulta: 22/03/2017.]
SALVADOR CODERCH, Pablo (2009): «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4, 1-60.
VÁZQUEZ-PASTOR, Lucía (2015): «El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista de Derecho Civil*, vol. II (4), 65-94.

Fecha de recepción: 11 de mayo de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

TEMAS DE HOY

La querella siria ante la Audiencia Nacional de España

Almudena Bernabeu

LA QUERELLA SIRIA ANTE LA AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA

Almudena Bernabeu
G37 Despacho Internacional
Madrid. Washington DC. Londres

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes y proceso de preparación. 3. Los hechos: la desaparición, tortura y ejecución de la víctima y el plan terrorista de seguridad. 3.1. El plan de seguridad. 3.2. Las condiciones en los centros de detención. 4. Jurisdicción y concepto de víctima. 5. El delito de terrorismo. 6. Estatus de la querella.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 31 de enero, en representación de una ciudadana española de origen sirio, presentamos una querella ante la Audiencia Nacional contra nueve miembros de las Fuerzas de Seguridad e Inteligencia sirias por la detención ilegal, desaparición forzada tortura y posterior ejecución de su hermano menor, hechos acaecidos en Siria en 2013. La víctima fue detenida y su cuerpo sin vida «registrado» en uno de los múltiples centros de detención en Damasco controlados por las fuerzas de seguridad e inteligencia del país. La querella alega que los hechos son constitutivos de un delito de terrorismo cometido por agentes de las fuerzas del Estado. De acuerdo con lo que establece la LOPJ, en la medida en que se trata de un delito de terrorismo es suficiente que haya una víctima de nacionalidad española para que nuestros tribunales adquieran jurisdicción y, por tanto, tengan la obligación de investigar y enjuiciar los hechos.

Esta querella constituye la primera acción penal que se interpone contra miembros de las Fuerzas de Seguridad sirias desde que en marzo de 2011 comenzara la violencia sistemática ejercida por agentes estatales contra civiles. Hasta este momento, ningún tribunal nacional ha tenido la oportunidad de establecer su competencia y, a pesar de las denuncias, tampoco se ha podido vencer el veto de Rusia en el Consejo de Seguridad de NU, lo que ha impedido que la Corte Penal Internacional haya iniciado un proceso adecuado de investigación.

Esta impunidad contrasta con la gravedad y la brutalidad del conflicto sirio. Tras cinco años de violencia, se estima que la crisis se ha cobrado casi medio millón de vidas. En varios de sus informes, la Comisión Independiente de Investigación sobre Siria de Naciones Unidas ha concluido que en el país se han cometido crímenes internacionales. Más concretamente, en 2016 y tras analizar la situación de los centros de detención ilegal, la Comisión determinó que el régimen sirio podría ser responsable de la comisión de un exterminio contra la población civil del país[1].

En este contexto, la querella presentada ante la Audiencia Nacional de España constituye una oportunidad única para investigar los hechos, examinar las pruebas existentes en sede judicial con las garantías de debido proceso y enjuiciar a sus responsables. Iniciativas como esta, impulsadas al amparo de los principios de

la justicia universal y en nombre de víctimas concretas, tienen como finalidades principales resarcir a las víctimas y proporcionar algo de justicia cuando no existen mecanismos alternativos para materializarla. En España, esta querella podría además contribuir a subsanar una carencia de nuestro ordenamiento jurídico: una definición de víctima acorde con la legislación internacional.

Este artículo analiza la querella presentada ante la Audiencia Nacional de España. La primera sección relata los antecedentes de la investigacion. En la segunda se presenta un resumen de los hechos del caso, incluyendo los crímenes cometidos contra la víctima, el contexto del plan nacional de seguridad en el marco del cual aquellos tuvieron lugar y la situación de los centros de detención ilegal. Las dos secciones siguientes abordan la definición de víctima como base jurisdiccional de esta querella y la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de terrorismo. El artículo concluye con una discusión relativa a la importancia de esta querella para un futuro proceso de justicia transicional en Siria e incluye un análisis del efecto que puede tener el recientemente creado mecanismo de cooperación internacional por Naciones Unidas, cuya función de apoyar e impulsar la acción de los tribunales nacionales.

2. ANTECEDENTES Y PROCESO DE PREPARACIÓN

Hace algo mas de cuatro años que diferentes abogados internacionales con experiencia en tribunales nacionales tuvimos noticia de los denominados «archivos de Cesar». Tras las primeras manifestaciones en Siria en marzo de 2011, se hizo público que la administración del presidente Bashar al-Ássad, con apoyo del ejercito y las fuerzas de seguridad e inteligencia, llevaron a cabo detenciones masivas de los manifestantes. Mas allá del testimonio de los pocos supervivientes, poco o nada se sabía del destino de los miles de detenidos hasta septiembre de 2013, momento en el que un fotógrafo del ejército, conocido con el alias «Cesar» desertó y salió del país. En su huida, «Cesar» consiguió extraer mas de 55.000 fotografías, de las que 28.707 mostraban los cuerpos brutalmente torturados y sin vida de más de 6000 víctimas procedentes de los múltiples centros de detención ilegal del país[2].

Abrumados por la brutalidad y crueldad de las imágenes —y con ayuda de las redes sociales—, colectivos de ciudadanos sirios exiliados empezaron a publicar las fotografías y a mandarlas a los familiares de los detenidos y desaparecidos con el objetivo de que alguno de ellos pudiera identificar a las víctimas. Parte de este esfuerzo pretendía establecer posibles dobles nacionalidades en países europeos que eventualmente permitieran activar las jurisdicciones nacionales y reclamar algo de justicia para las victimas.

A lo largo de los siguientes dos años se realizaron algunas identificaciones. Una de ellas permitió establecer que la hermana de una de las victimas tenía un teléfono movil con prefijo 34, y que, por lo tanto, se encontraba en España. La hermana de la víctima torturada, asesinada —cuya fotografía forma parte de los archivos de «Cesar»— es española desde hace treinta años y vive en la provincia de Madrid con su marido y sus tres hijos.

En mayo de 2016, tuve la oportunidad de reunirme en mi despacho de San Francisco con el exembajador para Crímenes de Guerra del Departamento de Estado norteamericano, Stephen Rapp. El embajador Rapp conoce mi trabajo ante la Audiencia Nacional en otras causas, por lo que me comunicó el hallazgo y me animó a hacerme cargo del caso. Por supuesto, tras la reunión, decidí ponerme en contacto con quien posteriormente seria mi representada, que, tras recibir mi llamada y conmocionada por la brutal muerte de su hermano y por todo lo ocurrido en Siria, expresó una inequívoca voluntad de interponer acciones judiciales.

Ante la inacción internacional —consecuencia del bloqueo político a la CPI—, tras

analizar la gravedad de los hechos y el contexto legal y político en España para activar iniciativas de esta índole después de la ultima reforma de la justicia universal, mis colegas y yo concluimos que era el momento oportuno para interponer esta querella. Ademas, tras años de trabajo en defensa de los derechos humanos desde otra plataforma, acabamos de fundar Guernica 37-International Justice Chambers en Londres y su homóloga en Madrid, G37-Despacho Internacional, una innovadora firma de abogados expertos en Derecho penal internacional y litigio transnacional que pretende contribuir a hacer públicas situaciones intolerables de violencia y emprender estrategias trasnacionales de justicia.

La presentación de la querella fue precedida por una exhaustiva investigación consistente en el análisis de las fotografías y en realizar entrevistas a supervivientes sirios en el exilio, víctimas, testigos y desertores de los centros de detención. También realizamos un detallado análisis de la prueba documental existente. Todo ello nos permitió alegar que, desde que se iniciara lo que se conoce como la «primavera arabe» siria en marzo de 2011, las Fuerzas de Seguridad y de Inteligencia sirias concibieron e implementaron un plan de seguridad con el fin político de aterrorizar a la población civil y reprimir, con una crueldad incomparable, todo tipo de disidencia.

3. LOS HECHOS: LA DESAPARICIÓN, TORTURA Y EJECUCIÓN DE LA VÍCTIMA Y EL PLAN TERRORISTA DE SEGURIDAD

En la querella se denuncia la detención ilegal, desaparición forzada, tortura y ejecución de un ciudadano sirio en un centro de detención ilegal a cargo del Departamento de Inteligencia Militar en Damasco en 2013.

En el momento de su desaparición forzada, la víctima contaba 42 años de edad, estaba casado y tenía tres hijos. Transportista de profesión, desapareció mientras cubría su ruta diaria de reparto entre su municipio de residencia y Homs. En su furgoneta llevaba únicamente frutos secos y otros comestibles para su venta en quioscos. Previamente a su desaparición, ya había comunicado a su familia su intención de abandonar su puesto de trabajo debido a la peligrosidad de la ruta y a la presencia de constantes puestos de control establecidos por las fuerzas de seguridad. A pesar de los intentos de la familia para encontrarle, no hubo respuesta alguna de las autoridades ni modo de conocer su paradero.

Aunque la víctima no estaba involucrada en actividades políticas ni participó activamente en las manifestaciones, de los testimonios de varios supervivientes y testigos se desprende la recurrencia de una práctica realizada por las Fuerzas Militares, de Seguridad y de Inteligencia sirias: detener a todos aquellos civiles que transportaran víveres, agua, o cualquier otro bien que pudiera considerarse como provisión para los asediados o los rebeldes.

Paralelamente a estos hechos, desde abril de 2011, «Cesar» y otros miembros del ejército y las fuerzas de seguridad recibieron órdenes de fotografiar los cadáveres de las personas torturadas y ejecutadas en los distintos centros de detención ilegal controlados por las agencias de seguridad del país con el fin de generar un registro detallado de la represión. Por ello, años después de su desaparición, pudimos conocer cuál fue el destino del hermano de nuestra representada: las fotografías muestran su cadáver torturado, su número de prisionero y de fallecimiento, así como con el número del centro de detención donde fue traslado tras su detención, en el que estuvo retenido hasta su muerte. Este centro de detención del Departamento de Inteligencia Militar, así como el resto de los centros de detención ilegal en la capital siria, está bajo el control de las Fuerzas de Seguridad y los Servicios de Inteligencia del país.

3.1. EL PLAN DE SEGURIDAD

Las más de cuatro décadas de dictadura militar de la dinastía al-Ássad en Siria, que comenzaron con la llegada de Hafez al-Ássad a la presidencia del país en 1971, se han caracterizado por un alto nivel de represión política y social a través del control total de la vida civil y política por parte del partido árabe socialista Baaz, partido único oficialista del gobierno, reconocido por la Constitución de 1973 como «el principal partido de la sociedad y del Estado»[3]. Tanto Hafez al-Ássad como su hijo Bashar —consecutivos secretarios regionales del Partido Baaz— han mantenido de manera permanente el estado de emergencia declarado en 1963, circunstancia que ha limitado permanente y arbitrariamente los derechos y la libertades de los ciudadanos sirios.

Tras años de represión política, de profunda desigualdad social, de manipulación de narrativas religiosas y étnicas, así como de vulneración de libertades y derechos democráticos básicos, en marzo de 2011 la sociedad civil siria protagonizó un levantamiento en diferentes ciudades mediante la convocatoria masiva de protestas. El desencadenante fue la detención y tortura de trece adolescentes en Dara'a que, inspirados por el espíritu de cambio político traído por la primavera árabe en otros países de la region, escribieron una simple frase que reclamaba, la caída del régimen. «Es su turno, Doctor», decía del grafiti pintado en una pared de su colegio, referido directamente a Bashar al-Ássad, oftalmólogo de profesión.

Con las masivas protestas generadas por la tortura de los trece de Dara'a, por primera vez desde la llegada de Bashar al-Ássad al poder, se presentaba la oportunidad para organizar y ejercer una verdadera oposición ciudadana que reclamaba reformas económicas y libertad, y que, y en definitiva, demandaba el fin del gobierno autocrático del presidente.

La respuesta a estas protestas pacíficas en 2011 fue el diseño por parte del Gobierno de un plan de detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones contra civiles a través de un fino entramado de centros de detención ilegal controlados por las Fuerzas de Seguridad y de Inteligencia sirias. Las fuerzas de seguridad comenzaron a instalar puestos de control y a identificar y detener ilegalmente a opositores políticos y a otros civiles que participaban en las protestas; no solo pretendían intimidar a los manifestantes, sino también recopilar información sobre los movimientos de oposición con el fin de silenciar cualquier tipo de disidencia.

Ante la expansión y la persistencia de las manifestaciones, no solo se puso en marcha la red de detenciones, desapariciones y traslados a los centros de detención. Las Fuerzas de Seguridad recibieron, además, la orden de disparar indiscriminadamente contra las personas que participaban en las protestas y de atacar y asediar los barrios más reivindicativos de las principales ciudades del país. Lo que comenzó como un movimiento pacífico para reclamar apertura democrática y el fin de la violencia institucional, pronto derivó pronto en una violencia sistemática ejercida por el Estado y en la posterior apertura de hostilidades.

Este plan nacional de seguridad, que logró institucionalizar la violencia contra la población civil, ha transformado algunas de las instituciones existentes y ha generado nuevas estructuras de seguridad. En marzo de 2011 se creo un órgano central de inteligencia en el país, conocido como la Cédula Central o CCGC, que se ubica en la cúspide del sistema de seguridad. Creada el 27 de marzo por el Comando Regional del Partido árabe socialista Baaz bajo la dirección del presidente Bashar al-Ássad, la CCGC estaba compuesta por altos oficiales políticos y de seguridad encargados de coordinar la respuesta a las protestas. De acuerdo con la documentación examinada, este órgano fue el que diseñó el nuevo plan de seguridad y el que dio las órdenes necesarias para llevar a cabo las detenciones ilegales, desapariciones, torturas y ejecuciones masivas de personas contrarias al régimen en los centros de detención ilegal del país.

3.2. LAS CONDICIONES EN LOS CENTROS DE DETENCIÓN

Las fotografías de «Cesar» y los testimonios de los supervivientes muestran que en los centros de detención ilegal los civiles son sometidos de manera sistemática a torturas, inanición y a condiciones inhumanas de internamiento, lo que provoca la muerte de muchos de ellos[4]. Las condiciones de hacinamiento en estos centros son tan graves que muchos detenidos tienen que estar de pie dentro de las celdas; en ocasiones no tienen otra alternativa que hacer sus necesidades fisiológicas en el mismo espacio donde habitan y duermen. No se les provee de comida suficiente y, en algunos casos, se les priva de agua potable. Debido a la imposibilidad de lavarse durante meses proliferan entre los detenidos enfermedades de diferente tipo —sobre todo, enfermedades cutáneas, piojos, etc.—. Además, los detenidos no tienen acceso a atención sanitaria.

Los supervivientes han relatado más de veinte técnicas diferentes de tortura practicadas a diario en los centros de detención, incluida la violencia sexual. Las torturas tienen lugar durante los interrogatorios en los que se increpa a los detenidos para que confiesen que han participado en protestas, que tienen alguna afiliación con grupos de la oposición o que han financiado manifestaciones.

Según muestran esas mismas fotografías, los cuerpos sin vida de los detenidos son fotografiados y sus cadáveres marcados con los números de prisionero asignado, así como con el numero del centro de detención donde permanecieron. Además de ser ejecutados por las Fuerzas de Seguridad, los detenidos fallecen como consecuencia de la tortura y, en ocasiones, por las enfermedades e infecciones adquiridas durante su detención. A este sistemático horror se suman los procedimientos establecidos por las autoridades para impedir que las familias de los desaparecidos conozcan su paradero, a pesar de los incasables esfuerzos para localizar a sus familiares.

4. JURISDICCIÓN Y CONCEPTO DE VÍCTIMA

Tras la reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de dicha ley en lo relativo a la justicia universal, la jurisdicción de los tribunales españoles para juzgar los delitos internacionales de mayor gravedad —genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad— ha quedado tan mermada que es ya inexacto afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico sigue vigente el principio de jurisdicción universal.

Las críticas a esta nueva regulación proceden no solo de expertos jurídicos, de organizaciones de la sociedad civil española y de las víctimas sino de los propios tribunales de justicia. Así, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en un auto de fecha 18 de abril de 2016, sostuvo que:

> «[…] la nueva regulación del principio de justicia universal con respecto a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra ha procedido a una restricción tan sustancial del derecho de los ciudadanos españoles víctimas de tales delitos en el extranjero, que excluye de forma extrema su acceso a la jurisdicción para defender sus derechos dentro del territorio español, dadas las escasísimas posibilidades de que uno de los presuntos autores resida habitualmente en España»[5].

Sin embargo, a continuación la Sala añadió:

> «[…] como dato significativo a destacar debe subrayarse que el criterio de la nacionalidad española de la víctima (principio de personalidad pasiva), que ha quedado excluido para los delitos más graves o de primer grado, sí se admite como vínculo para la aplicación de la jurisdicción española para algunos de los graves delitos del segundo nivel: contra la integridad moral, desaparición forzada, trata de seres humanos, *terrorismo,* contra la libertad e indemnidad sexual, falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública»[6]. La cursiva es mía.

Es precisamente en este último aspecto en el que se fundamenta nuestra querella. Siguien-

do el principio de personalidad pasiva que defiende el legislador tras al reforma, la consideración de nuestra representada como víctima del delito de terrorismo de Estado cometido por las Fuerzas de Seguridad sirias contra su hermano y el hecho de que sea española es lo que permite a los tribunales españoles ejercer su jurisdicción. El artículo 23.4.e).4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial es claro al reconocer la jurisdicción a los Tribunales españoles para juzgar crímenes de terrorismo cometidos por ciudadanos españoles o extranjeros fuera del territorio nacional si «la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos».

Precisamente, el aspecto más innovador de esta querella es la interpretación amplia del concepto de víctima, una interpretación coherente con la tendencia internacional de incluir como víctimas legítima a los hermanos de las víctimas directas.

Como apuntaba anteriormente, el ciudadano sirio detenido ilegalmente, desaparecido, torturado y ejecutado en el año 2013 y cuyo cuerpo sin vida aparece en varias fotografías tomadas por «Cesar» es el hermano menor de la querellante, una mujer de nacionalidad española, madre de tres hijos nacidos en España. De acuerdo con las normas y estándares internacionales, nuestra representada es sin duda víctima y parte perjudicada de la tortura y ejecución de su hermano, circunstancia que, por lo tanto, es razón suficiente para establecer la jurisdicción de los tribunales españoles y que los faculta para investigar y, en su caso, enjuiciar los hechos criminales objeto de esta querella.

En el ámbito internacional, la consideración de quién es víctima en un caso de muerte o desaparición de un familiar es clara. El carácter de víctima de los hermanos de una persona ejecutada se reconoce en las Resoluciones 40/34[7] y 60/147[8] de la Asamblea General de las Naciones Unidas —que establecen los principios rectores en temas de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, y violaciones graves a los derechos humanos internacionales y al Derecho internacional humanitario—, así como en la Directiva 2012/29 del Consejo y Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2012[9], sobre las garantías mínimas con las que deben contar las víctimas de infracciones penales.

El artículo 2.1.a).ii) de la citada Directiva considera a los familiares como víctimas de los hechos delictivos, y en su artículo 2.1.b) acoge una definición del término familiares que incluye con toda claridad a los hermanos y hermanas. En este sentido, el preámbulo de la Directiva afirma: «[…] los familiares de las víctimas también pueden resultar perjudicados por el delito. En particular, los familiares de una persona cuya muerte ha sido causada directamente por un delito pueden verse perjudicados a causa del delito. Por consiguiente, esos familiares, que son víctimas indirectas del delito, también disfrutan de protección en el marco de la presente Directiva»[10]. En este caso, nuestra representada se vio perjudicada tanto personal como familiarmente por la muerte de su hermano, con quien tenía una relación muy próxima como hermana mayor y apoyo exterior de toda la familia.

Esta interpretación de víctima es consistente, además, con las leyes españolas[11], entre ellas, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, que reconoce como víctimas a los hermanos[12] y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad[13]. La Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito[14] (en adelante, LEVID) sigue el mismo criterio en lo que respecta a la cobertura de familiares, y su *ratio legis* es «ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible […] a las víctimas». En su artículo 2.b).2º, la LEVID estipula que los hermanos son víctimas indirectas en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito.

La jurisprudencia de varias instituciones internacionales confirma este criterio. Así, la

Corte Penal Internacional, interpretando el apartado a) del art. 85 de sus Reglas de Procedimiento y Prueba, que define como víctimas a «[…] las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte», ha reconocido a los familiares como víctimas indirectas de los hechos si se identifica un nexo causal entre la conducta criminal y daño que da lugar a la victimización[15]. Tanto es así que la CPI aceptó el carácter de víctima de un tío de las víctimas directas en el caso contra Thomas Lubanga. Actualmente, la CPI sigue el criterio establecido por la citada resolución 60/147[16] de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se explicita que «el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha seguido la misma interpretación amplia del concepto de víctima. En *Yasa vs. Turquía* el TEDH mantuvo que «el solicitante, como sobrino del fallecido, puede legítimamente demandar ser víctima de un acto tan trágico como la muerte de su tío»[17]. Asimismo, el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido desde hace ya algún tiempo, considerar como víctimas a los familiares inmediatos, definidos como «[…] aquellas personas debidamente identificados que sean descendientes o ascendientes directos de la presunta víctima, a saber, madres, padres, hijas e hijos, así como *hermanas o hermanos*, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte con motivo de las particularidades del caso y la existencia de algún vínculo especial entre el familiar y la víctima o los hechos del caso»[18] (cursiva mía). Ambos tribunales, por lo tanto, han considerado a los familiares como víctimas de los hechos delictivos por considerarse personas afectadas en sí mismas y no como representantes de sus familiares.

En el momento en que escribo este texto, la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha elaborado un informe en el que se pronuncia negativamente respecto a la admisión a trámite de esta querella. Su argumento, una interpretación sesgada de la consideración de víctima, que se ciñe exclusivamente a la LOPJ e ignora otras leyes, y que entiende por víctima solo al sujeto pasivo del perjuicio ocasionado por un delito. Esta posición no solo contraviene la legislación nacional específica contemplada en la ley de víctimas; es también contraria al Derecho internacional vinculante para el Estado español. Además y quizá aun de mayor trascendencia, representa un paso atrás como precedente jurídico respecto de las conquistas judiciales que el colectivo de víctimas de terrorismo ha alcanzado en nuestro país en las ultimas décadas.

5. EL DELITO DE TERRORISMO

Los hechos expuestos en la querella son, sin lugar a dudas, constitutivos de un delito de terrorismo tipificado en el art. 573 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Su primer apartado determina que:

> «1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier *delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad*, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:
> 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.
> 2.ª Alterar gravemente la paz pública.
> 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.
> 4.ª *Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella*».
> (Cursivas mías)

El Derecho internacional de derechos humanos, así como el Derecho que emana de tribunales domésticos, han reconocido el delito

de terrorismo de Estado al terrorismo cometido por los altos mandatarios de un país, en ocasiones a través de sus fuerzas de seguridad o de sus instituciones y con un fin eminentemente político.

En este sentido, el juez A.A. Cançado Trindade de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, emitió un voto razonado en el que reconocía que, efectivamente, los Estados podían llevar a cabo prácticas de tipo terrorista contra la población. El juez declaró que «el 11 de septiembre de 1973 empezaba así la "guerra [sic] contra el terrorismo", al igual que el 11 de septiembre de 2001: en una y otra se optó por violar los derechos humanos y el Derecho Internacional, al combatir el terrorismo equivocadamente mediante el *terrorismo de Estado*»[19] (cursivas mías).

El juez utiliza la expresión «terrorismo de Estado» para referirse a la política estatal del régimen de Pinochet dirigida a crear terror entre la población civil al atacar «masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositora al régimen, mediante una serie de graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional, entre las cuales se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura»[20].

El 22 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Goiburú y otros vs. Paraguay*[21], definió las prácticas abusivas cometidas por el Gobierno paraguayo como «terrorismo de Estado» y, por lo tanto, determinó que sus mandatarios eran responsables de delitos de terrorismo.

En el marco de la «Operación Cóndor», y bajo la dictadura de Alfredo Stroessner, las Fuerzas de Seguridad e Inteligencia paraguayas iniciaron una política de represión sistemática contra la población civil a través de desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones sumarias. En el párrafo 66, la Corte considera particularmente relevante que estas torturas y desapariciones masivas «[…] no habrían podido perpetrarse sin las órdenes superiores de las jefaturas de policía, inteligencia y del mismo jefe de Estado de ese entonces, o sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en diversas acciones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de las policías, servicios de inteligencia e inclusive diplomáticos de los Estados involucrados». Estos agentes utilizaron los recursos estatales para cometer abusos e instrumentalizaron el poder estatal como medio y recurso para violar los derechos que debían respetar y garantizar. Según la Corte, «[…] el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de "terrorismo de Estado"»[22].

Los hechos descritos, acaecidos durante las dictaduras y regímenes militares en Latinoamérica y definidos como delitos de terrorismo de Estado, son equivalentes a lo ocurrido en Siria durante el ultimo lustro y responden a la misma lógica. Son gestados por agentes del Estado como parte de un plan nacional de seguridad e implementados por las Fuerzas de Seguridad y Militares. Es decir, el Estado pone en marcha una estrategia terrorista consistente en detenciones, desapariciones, torturas y ejecuciones con el fin de aterrorizar, intimidar y reprimir a la población civil.

El delito de terrorismo de Estado ha sido, a su vez, construido y ampliado doctrinalmente. Según Carmen Lamarca, son terroristas aquellos Estados «[…] que aplican una violencia extrema e indiscriminada contra sus ciudadanos o contra ciudadanos de otros países, que ejercen su fuerza sin sujeción al Derecho y que vulneran sistemáticamente los derechos humanos; en suma, aquellos Estados que nos merecen un juicio moral y político fuertemente negativo, sin que exista ningún inconveniente en reconocer que en el modelo del Estado de Derecho, globalmente justo, pueden desarrollarse tendencias autoritarias y represivas o, más claramente, tampoco excluyo que sus autoridades pueden recurrir a métodos terroristas y ello

tanto en el plano interno como en el internacional»[23]. En este sentido, el terrorismo de Estado es un delito de terrorismo cometido por las instituciones estatales que, con fines políticos, aterrorizan a la población civil a través de métodos violentos. Ambos elementos del tipo de terrorismo aquí descritos —el teleológico y el organizativo— se cumplen en el presente caso.

6. ESTATUS DE LA QUERELLA

La querella ha recaído por reparto en el Juzgado Central de Instrucción número 6, cuyo titular era el juez Eloy Velasco, que no se pronunció respecto a su admisión a tramite y que ha sido «ascendido» recientemente a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

Se estima que mas de 117.000 personas han desaparecido desde marzo de 2011 en Siria[24]. Pero a pesar de la sistemática comisión de atrocidades por parte del estado, no ha habido ninguna investigación o proceso orientados a establecer responsabilidades penales.

La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2139 (2014)[25] condenó «enérgicamente» la detención arbitraria y la tortura de civiles en Siria, en especial, «en prisiones y centros de detención, así como los secuestros, raptos y desapariciones forzadas», exigiendo «el fin inmediato de esas prácticas», y explicitó la necesidad de acabar con la impunidad en Siria y traer a los responsables de la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad ante la justicia. Sin embargo, la comunidad internacional no ha iniciado ninguna medida concreta para perseguir a estos criminales o construir una estrategia de justicia postconflicto.

El bloqueo político del principio de jurisdicción universal lo protagonizan Rusia y China, que el 22 de mayo de 2014 vetaron una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que hubiera remitido el conflicto sirio a la Corte Penal Internacional para su investigación[26]. A consecuencia del veto, el 5 de febrero de 2015 la Comisión Independiente de Investigación sobre Siria de Naciones Unidas determinó que se tienen que explorar vías alternativas para la consecución de justicia, sobre todo procesos basados en el principio de jurisdicción universal en tribunales nacionales[27].

Los tribunales y la Fiscalía española se encuentran así frente a un reto de trascendencia internacional: cumplir y dotar de contenido la responsabilidad internacional de frenar la violencia del estado sirio a través de la investigacion y en su caso enjuiciamiento de los responsables de las atrocidades cometidas contra la población civil. Los órganos jurisdiccionales españoles tienen una oportunidad histórica.

A pesar de que se han iniciado dos procesos para garantizar el alto el fuego —el proceso de paz apadrinado por Turquía y Rusia que tuvo lugar en Astana (capital de Kazakstán) en enero y febrero de 2017 y el proceso auspiciado por Naciones Unidas que actualmente se lleva a cabo en Ginebra, Suiza—, en el caso de Siria va a ser muy complejo garantizar el equilibrio entre paz y justicia al que aspiran todas las experiencias transicionales, ya que hasta ahora la justicia y los anhelos de los miles de víctimas no están en la mesa de negociación. Además, tras la caída de Alepo en diciembre de 2016 se han reducido drásticamente las posibilidades de que algunos de los principales responsables del régimen respondan por los crímenes cometidos.

La experiencia comparada nos demuestra que la impunidad es un precio excesivo para la paz: no hay paz sin justicia, y no hay reconciliación sin responsabilidad. Teniendo en cuenta la coyuntura política actual en relación con Siria, no es difícil intuir que los esfuerzos de justicia no tendrán su origen en esfuerzos internacionales, sino en procesos nacionales como los que se han iniciado en España, y apenas la semana pasada, en Alemania de mano de la Fiscalia Federal. Estas iniciativas no solo tienen la capacidad de generar justicia: con su

impacto, pueden además influir el proceso de justicia nacional en Siria, orientándolo a favor de las victimas.

Con el objetivo de frenar los efectos de la persistente impunidad y de proteger la legalidad penal internacional, en diciembre de 2016 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el establecimiento de un Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos más Graves en virtud del Derecho internacional Cometidos en la República Árabe Siria desde marzo de 2011. La existencia de un mecanismo de esta naturaleza, cuyo mandato es activar y apoyar a las jurisdicciones nacionales en la investigacion de crímenes internacionales, no tiene precedentes. Así se recoge en su preámbulo, que indica que su mandato es «[…] cooperar estrechamente con la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria con miras a recabar, consolidar, preservar y analizar las pruebas de violaciones del derecho internacional humanitario y de violaciones y abusos de los derechos humanos y a preparar los expedientes para facilitar y acelerar un proceso penal justo e independiente de conformidad con las normas del derecho internacional, *en las cortes o los tribunales nacionales,* regionales o internacionales que tengan o puedan tener jurisdicción en el futuro sobre esos delitos, de conformidad con el derecho internacional»[28]. (Cursiva mía).

En espera de una decisión del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional y con un informe negativo de la Fiscalia sobre la mesa, debo confesar que el establecimiento de este mecanismo de NU y su posible contribución a la descreída jurisdiccionalidad española me llena de una cauta esperanza. Los jueces y fiscales españoles tienen con esta investigacion y su posterior enjuiciamiento la oportunidad de unirse a sus socios europeos no solo para figurar, sino para maximizar, por una vez, el significado de la cooperación penal internacional cuando se trata de crímenes internacionales. Como abogada en la causa, no puedo contentarme con menos.

NOTAS

1. Comisión Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria de Naciones Unidas (2016): «Out of Sight, Out of Mind: Deaths in Detention in the Syrian Arab Republic», 3 de febrero de 2016, UN doc. A/HRC/31/CRP.1. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A-HRC-31-CRP1_en.pdf>. [Consulta: 27/02/2017.]

2. Human Rights Watch publicó un completo informe sobre el contenido del Archivo Cesar en 2015: Human Rights Watch (2015): «If the Dead Could Speak. Mass Deaths and Torture in Syria's Detention Facilities», 16 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2015/12/16/if-dead-could-speak/mass-deaths-and-torture-syrias-detention-facilities>. [Consulta: 28/02 2017.]

3. Artículo 8 de la Constitución de 1973, disponible en: Carnegie Middle East Center: «The Syrian Constitution 1973-2012». Disponible en:, <http://carnegie-mec.org/diwan/50255?lang=en>. [Consulta: 27/02/ 2017.]

4. Para mayor información sobre la situación en los centros de detención, véasr Comisión Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria de Naciones Unidas (2016): «Out of Sight, Out of Mind: Deaths in Detention in the Syrian Arab Republic», 3 de febrero de 2016, UN doc. A/HRC/31/CRP.1, Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A-HRC-31-CRP1_en.pdf >. [Consulta: 27 de febrero de 2017.].

5. Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Auto de 18 de abril de 2016, Nº de recurso 1569/2015, ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

6. *Ibídem*.

7. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>. [Consulta: 28/02/2017.]

8. 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, adoptados por la resolución 60/147 de la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>. [Consulta: 28/02/2017.]

9. Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, L315/57. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>. [Consulta: 28/02/2017.]

10. Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, L315/57. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>. [Consulta: 28/02/2017.], pár. 19 del preámbulo.

11. Entre otras, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo

12. Artículo 4.5 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, BOE núm. 229 de 23 de septiembre de 2011.

13. *Ídem*, Artículo 4.6.

14. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

15. Ver, por ejemplo, «Decision on the Applications for Participation in the Proceedings Submitted by VPRS 1 to VPRS 6 in the Case the *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*» de 29 de junio de 2006, ICC-01/04-01/06-172-tEN, pp. 7 y 8; y «Decision on the applications for participating in the proceedings in the case of *Prosecutor vs. Thomas Lubanga*», 28 de julio de 2006, ICC-01-04-01-06-228.

16. 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, adoptados por la resolución 60/147 de la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>. [Consulta: 28/02/2017.]

17. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1998): *Yasa vs. Turquie,* 2 de septiembre de 1998, 63/1997/847/1054, ver paras. 61-66.

18. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): *Masacres de Ituango vs. Colom*bia, sentencia de 1 de julio 2006, parágrafo 264.

19. Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (2006): «Almonacid Arellano y otros vs. Chile», 26 de septiembre de 2006. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. [Consulta: 28/02/2017.], pár. 13 del voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.

20. *Ídem*, pár. 12.

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): *Goiburú y otros vs. Paraguay*, 22 de septiembre de 2006. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. [Consulta: 28/02/2017.]

22. *Ídem*, pár. 66.

23. Carmen Lamarca Pérez (1993): «Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Sección Doctrinal, 2, 541-542.

24. Human Rights Watch (2015): «Syria: Stories Behind Photos of Killed Detainees», 16 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2015/12/16/syria-stories-behind-photos-killed-detainees>. [Consulta: 28/02/2017.]

25. Resolución 2139 (2014) aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en su 7116ª sesión, celebrada el 22 de febrero de 2014, UN Doc. S/RES/2139(2014). Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2139(2014)>. [Consulta: 28 de febrero de 2017.]

26. UN News Centre (2014): «Russia, China block Security Council referral of Syria to International Criminal Court», 22 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47860#.WLXK7XdDlE4>. [Consulta: 28/02/2017.]

27. Informe de la Comisión de Investigación Internacional Independiente sobre la Situación en la Republica Árabe Siria, Consejo de Derechos Humanos, 5 de febrero de 2015, UN Doc: A/HRC/28/69, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/019/40/PDF/G1501940.pdf?OpenElement>. [Consulta: 28/02/2017.]

28. Asamblea General de Naciones Unidas (2016): «Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos Más Graves en virtud del Derecho Internacional Cometidos en la República Árabe Siria desde marzo de 2011», 19 de diciembre de 2016, UN Doc. A/71/L.48. Disponible en: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/N1645026.pdf>. [Consulta: 28/02/2017.]

Fecha de recepción: 16 de marzo de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

VARIA

Lección para la investidura como doctor *honoris causa* en la Universidad Pablo de Olavide
Ángel M. López y López
Laudatio del profesor Dr. Ángel M. López y López, con motivo de la concesión del doctorado *honoris causa* por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla
Francisco Oliva Blázquez
Crítica bibliográfica, Francesco Biondo, *Desobediencia civil y teoría del Derecho*
Lupe Bohorques Marchori

LECCIÓN PARA LA INVESTIDURA COMO DOCTOR *HONORIS CAUSA* EN LA UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Ángel M. López y López

Magnífico y excelentísimo señor rector de la Universidad Pablo de Olavide y miembros de su claustro, excelentísimo señor presidente del Consejo Consultivo de Andalucía, excelentísima señora presidenta del Consejo Social de esta Universidad, autoridades, queridos y estimados colegas de otras Universidades, queridísimos discípulos, señoras y señores:

Como la emoción que me embarga es tan grande, quisiera ceñirme a recordar que, según la tradición, el doctorado *honoris causa* suele concederse a quienes tienen una alta significación política, académica o científica, o bien una especial relación con la Universidad concedente.

No estoy llamado a decir nada sobre lo primero, pero sin presuntuosidad creo que puedo decir que sí poseo esa especial relación, de trabajo y amistad, desde los momentos inaugurales de aquella Olavide militante gobernada por Rosario Valpuesta, mi discípula prematuramente ida cuyo recuerdo siempre me acompaña, hasta la Olavide triunfante de nuestros días.

Con todo, la generosidad de vuestros motivos al incorporarme a vuestro claustro de doctores no es cosa que yo deba juzgar, sino agradecer con toda el alma, como don que no es sino un acto de pura liberalidad.

Pero hay más, en mi gratitud, y no como algo meramente accesorio, está el deseo ferviente de servir en la medida de mis posibilidades a la Universidad Pablo de Olavide, como mi Universidad que ya es, junto con la de Sevilla.

Finalmente, me permitiréis que en este acto rinda una vez más homenaje a mis maestros Juan Jordano, Alfonso de Cossío y Manuel Olivencia y me congratule y agradezca la presencia de Esperanza Albarrán, mi profesora de Griego en el Instituto San Isidoro, de mi hermano y maestro José Luis, y de mi hija Concha, profesora que ha sido de esta Universidad. Y sin más, comienzo mi intervención que he titulado:

RECUPEREMOS EL JUICIO. REFLEXIONES SOBRE LA ACTIVIDAD JUDICIAL, HOY

I. LA ERA DE LA POSMODERNIDAD

1. Se dice, y se dice en vulgares o estimulantes páginas de diarios al tiempo que

en sesudos tratados, que vivimos en la era de la posmodernidad.

2. Debe comprenderse que no sería adecuado ni posible un discurso (analítico y, en su caso, crítico) sobre el concepto de posmodernidad, y ello como premisa del que va a ser el objeto de mi lección.

3. A nuestros efectos, basta con decir que sobre el posmodernismo no hay definiciones de consenso salvo las puramente negativas, que giran siempre en torno al fracaso o no vigencia del legado de la Ilustración y de su incapacidad para hacer frente a una sociedad mucho más compleja, con el resultado de arrojarnos a una edad de la incertidumbre y al relativismo de valores que antes se pensaban sólidamente anclados.

4. Para la posmodernidad ningún rasgo del mundo de la Ilustración parece indiscutible y así ha sido descrito con autoridad por Paolo Grossi para el mundo del Derecho. A partir de ahí, y por lo que ahora interesa, se puede aceptar como la designación de un concreto tiempo histórico que incluye nuestro presente, lo que nos dispensa de adjudicar una concreta fecha de inicio al derrumbe de la modernidad.

II. POSMODERNIDAD Y POSVERDAD. VERDAD Y DERECHO. JUSTICIA Y PROCESO

1. Difícil es que la nueva era de la posmodernidad, pese a esa falta de referencias axiológicas fuertes que la caracterizan, no porte valores positivos. Tal cosa no sería propia de la condición humana ni individual ni socialmente. Y por la misma razón, también trae consigo algún fruto amargo; el que vamos a indicar, amarguísimo.

2. En este último sentido, me refiero a la asunción, dentro de los esquemas que definen la vida pública (en sentido amplio, es decir, no estrictamente particular), del concepto de «posverdad». La moda del tiempo, y bien reciente, es hablar de la era de la posverdad. *Post-truth* ha sido declarada por el *Oxford English Dictionary* la palabra internacional del año 2016. Por otra parte, no hay que engañarse; posverdad será tal vez un término nuevo, pero el fenómeno que designa es viejo, viejísimo: la conversión del espacio público en un reino dominado por el arte de la mentira. Lo único novedoso son los instrumentos de ese arte: medios de comunicación de masas, técnicas de *marketing*, «redes sociales».

3. Para nosotros, los juristas, y pese a los tópicos, la cuestión de la verdad es esencial, y lo es de manera especial en un momento de la vida jurídica, el que discurre a través de la institución del proceso. Esta cuestión ha sido abordada desde muy distintos puntos de vista: el escéptico, que se remonta a las viejas palabras pronunciadas en un pretorio histórico, («¿Qué es la verdad?»); el que considera que existe una verdad específica del proceso; la que nos dice que la verdad obtenida en este no puede dejar de tener que ver con la verdad intrínseca; y el que ve imposible obtenerla, salvo para el juicio divino, pero que los hombres desean en el juicio humano, que ven como un reflejo de aquel.

4. Ahora bien, para el Derecho la pregunta por la verdad es en realidad la pregunta por la justicia, y es tan difícil de contestar como aquella.

   Sea cual fuere el concepto de justicia que se asuma, es claro que, en términos absolutos, es inalcanzable porque esos términos serían solo asequibles a una Alta Mente (realmente existente o hi-

potética) que contemple el decurso desde principio a fin de la vida de la entera humanidad.

Dada la limitación humana, lo único posible para los humanos es idear un método que lleve en sí la idea de una justicia. Como tal método, lo conocemos con el nombre de proceso.

5. El proceso, de acuerdo con la venerable definición de Búlgaro (recuérdese, uno de los «lirios del Derecho»), es el acto de tres personas: acusador, acusado y juez. Hoy diríamos las dos partes y el juez.

   Siglos de civilización jurídica han consagrado los principios que gobiernan la actividad de las partes para que se pueda hablar del proceso justo: audiencia de ellas, contradicción entre ellas, igualdad de armas para ellas.

   Pero, además, en el proceso se ventila un juicio, y el juicio es, esencialmente, el acto del juez. Conviene ver, entonces, qué reglas gobiernan ese juicio y determinan sus condiciones para que el juicio sea tal.

III. LAS CONDICIONES DEL JUICIO: INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y OBJETIVIDAD. PAPEL RELATIVO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES. ESENCIALIDAD DE LA SUPREMACÍA DEL PARLAMENTO

1. Es comúnmente aceptado que dichas condiciones son la independencia, la imparcialidad y la objetividad del juez.

   Dicho esto, el concepto y significado de cada una de ellas no es del todo pacífico, y aun dentro de un denso núcleo de consenso se hacen necesarias, a mi modo de ver, algunas precisiones.

2. La primera de ellas es que la condición *estructural* del juicio es la imparcialidad, puesto que el juicio responde, por definición, a la necesidad de superación de la parcialidad entre las contiendas de los hombres. El juez debe estar en una posición de desinterés, entendida esta como la superación de la antinomia amigo/enemigo.

3. *No* es una *condición estructural* del juicio, *sino* una *premisa* del mismo la necesidad de que el juez sea absolutamente autónomo para decir el Derecho. Si el juez debe obedecer órdenes, de otro juez o tribunal u otro poder del Estado, no sería él el que juzgara.

   En consecuencia, el juez debe ser independiente de ese otro poder y no sometido a jerarquía alguna *dentro del ámbito de su jurisdicción* en relación con otro órgano de su clase.

4. Está fuertemente instalada en la conciencia del pensamiento jurídico occidental la idea de que el principio de la separación de poderes es la clave de bóveda de la independencia judicial, lo que ha llevado en muchos casos a la equiparación entre ambas cosas. Ello es inexacto, al menos parcialmente, y fuente de graves equívocos sobre el contenido de la actividad jurisdiccional. Un brevísimo recorrido histórico lo demuestra.

5. En efecto, el principio separatista fue formulado primariamente como una reacción frente al absolutismo monárquico. En este, la función de juzgar pertenece al rey. Los jueces son *lions under the Crown*. Recuérdese, aunque no sea más que un atavismo, que en nuestro país las sentencias se dictan «en nombre del Rey».

6. Por otra parte, dicho principio no siempre ha incluido al Poder Judicial dentro de los poderes separados. No era así en el pensamiento de Locke, y no lo era, y de modo radical, por cierto, en el de Rousseau; lo era en Montesquieu, pero con una específica concepción del jui-

cio (como acto de juzgar) formulado sobre la base de una formulación directiva preconstituida, ya sea por la legislación, ya sea por la actividad de gobierno y administración. Así lo ha puesto de manifiesto Giovanni Tarello.

7. Se olvida también con frecuencia un punto esencial del pensamiento de Montesquieu, el de que los jueces deben ser particulares, no incardinados en lo público, ocasionales y elegidos. Solo en esas condiciones el Poder Judicial podía ser *en quelque façon, nul.*

8. El mismo Tarello ha puesto de relieve que las condiciones de desenvolvimiento de un Poder Judicial de tal tipo necesitan la certidumbre y la fácil cognoscibilidad del Derecho.

9. Por mi cuenta, añado que esas condiciones se realizan tan solo en los ordenamientos protoliberales, gobernados por los códigos civiles y penales y las leyes procesales generales, mundo donde el conflicto judicial se produce casi siempre entre particulares, casi nunca frente a unos poderes públicos encargados solamente de «en tiempos de guerra, ganarla, y en tiempos de paz, repartir el correo».

10. Debe concluirse, entonces, que lo pretendido por Montesquieu, de acuerdo con el aliento histórico de la época, era afirmar la primacía de las asambleas legislativas frente al absolutismo del monarca, que tenía una de sus más intensas manifestaciones en el poder de «sus» jueces.

    En el núcleo de su pensamiento está tanto que los jueces sean independientes cuanto que el castigo de los crímenes y la decisión de las controversias entre particulares se han de hacer de tal modo que *no se entre en la actividad legislativa o administrativa.*

11. Es notorio que la textura de los ordenamientos, a partir del momento —que, de manera aproximada, pero suficiente, podemos fechar tras la Primera Guerra Mundial— en que las reglas del juego en la paz burguesa caen estrepitosamente, no es ya la misma.

    Las nuevas constituciones, las masivas intervenciones del legislador, su diseño de un Ejecutivo fuertemente conformador de la sociedad, son *elementos de un nueva estructura del Estado*, al que convencionalmente, y conscientes de la variedad de sus formulaciones, e incluso de la debilidad del concepto, llamamos «Estado social», lo que implica, como no puede ser de otro modo, que *el ordenamiento jurídico también sufre un cambio estructural.*

12. Las consecuencias de este cambio significan *acrecimiento*, y esto, aún obvio, se señala pocas veces, *de los tres poderes del Estado*: nunca los legisladores han sido tan prolíficos, nunca los gobernantes tan interventores en la vida social, nunca los jueces han tenido tantas oportunidades para que el aspecto creativo de toda interpretación resulte acentuado, sobre todo por la utilización de principios y cláusulas generales.

13. Sin embargo, y desde algunos puntos de vista, la situación no es tan diferente en relación con las exigencias de la separación de poderes. *No se predica un concepto de independencia diverso para los jueces en relación con la teoría clásica.* Lo que se hace mucho más agudo como *problema* —y hoy y aquí, *especialmente agudo*— es *evitar que las decisiones judiciales invadan el campo del Poder Legislativo o sustituyan los legítimos juicios de oportunidad de los gobernantes en la acción política y administrativa.*

    Por cierto, esta era una preocupación principal que ya latía en la formulación de Montesquieu.

14. Comprendo que, en un contexto de vida política degradada, esta no es una afirmación que pueda gozar de popularidad, que los jueces honestamente se crean llamados a garantizar lo que el legislador y el gobierno no garantiza y que los sufridos ciudadanos puedan creer que el activismo judicial es una solución.

    No obstante, creo que la política hay que regenerarla desde la democracia representativa y, desde luego, utilizando el eslogan o grito de combate de los tiempos recientes, los jueces «no nos representan».

15. Dicho en otros términos, el innegable papel de los jueces como garantes de los derechos fundamentales y valladares contra los abusos de los poderosos (por cierto, no son solo los políticos, a veces son los realmente menos) *es un papel esencialmente negativo y revisor de actos concretos de los particulares y de los otros poderes del Estado,* como indicara Bachof.

    Para descanso de equívocos, diré inmediatamente que este carácter negativo no impide una gran dosis de creatividad, pero que debe ajustarse a directrices preconstituidas y exteriores al juez. En última instancia, se trata de un ejercicio de ponderación, pero nunca ajeno al principio de supremacía del parlamento.

16. Un apunte que posiblemente tampoco me haga popular, lo que ya me importa poco, pues en esta mi «graveza del arrabal de senectud» hablo «a solas, esperando hablar a Dios un día».

    La primera y más eficaz garantía de la independencia del juez está en que su carrera resulte reglada por la ley, de un modo altamente predeterminado, con escaso —por no decir ningún— margen de discrecionalidad a la horas de la selección, de los destinos, los ascensos y las retribuciones. Todos ellos deben ser procesos administrativos conducidos por el ministro de Justicia, responsable políticamente ante las Cámaras, y cuyos actos, por supuesto serán revisables judicialmente.

17. Dicho frontalmente, hay que *suprimi*r, en la que yo creo inevitable reforma constitucional, *la institución del Consejo General del Poder Judicial*, instrumento de la politización de la justicia como nunca se ha visto en este país, con una práctica que es una continua afrenta a los principios de capacidad y mérito de los jueces, con independencia de la virtud o preparación de los que resulten de tan vicioso proceder. Las expresiones son duras, pero la realidad que describen lo es mucho más.

18. Apurado el boceto de la imparcialidad y la independencia judicial que creo significativo, convendría gastar alguna palabra sobre *la tercera condición del juicio, la objetividad.*

    Si bien se piensa, *exigidas la independencia y la imparcialidad del juicio como presupuestos estructurales de este* (el juez no recibe órdenes, el juez no puede ser parte), habría que considerarlos *hasta cierto punto extrínsecos*, porque exigen una posición *para* el juez a la hora de juzgar, pero no exigen una posición *al* juez.

    Dicho de otra forma, no suponen garantía alguna sobre el proceso interno de la decisión del juez que, sin dejar de ser imparcial o independiente, puede ser subjetivo, en el sentido de que dicte sentencias de acuerdo con sus particulares convicciones sociales, políticas o técnicas, buscando una justicia del caso concreto, en el mejor de los supuestos.

    Aunque pudiéramos aceptar por alguna razón una tal idea de justicia no puede serlo por ninguna razón propia del Derecho, ya que este no podría cumpliría

mínimamente su papel de ordenador de la vida social por la absoluta falta de previsibilidad de las decisiones, lo que provocaría la casi total incertidumbre en la solución de los conflictos en las relaciones sociales.

Y todo ello sin contar que la subjetividad incontrolada abre el camino a la parcialidad y la prevaricación.

19. En suma, *la objetividad del juez, condición intrínseca del juicio, que la independencia o imparcialidad no garantizan, solo puede venir obsequiada si su proceso interno de decisión viene regido por criterios prescriptivos y generales de carácter externo a los suyos personales.*

    Pero por muchas vueltas que les demos, esos criterios, así definidos, no son sino las normas jurídicas. Como bien indica Cotta, no hay otro modelo que satisfaga las exigencias del juicio, salvo el del «juez legalitario».

    Así era en el pensamiento de Montesquieu, y así sigue siendo ahora, aunque la estructura actual del ordenamiento aboca a una forma distinta de enfocar esa sujeción a la ley.

20. Con este marco de independencia, imparcialidad y objetividad, debemos analizar lo que cabe llamar «las tentaciones del juez».

IV. LAS TENTACIONES DEL JUEZ

A) La tentación de la arbitrariedad. Arbitrio, arbitrariedad y equidad

1. En relación con el arbitrio judicial, Alejandro Nieto ha puesto de manifiesto que no es algo ilícito (lo ilícito es la arbitrariedad) sino una alternativa a la legalidad, su complemento imprescindible; de ordinario, el juez modula la aplicación de aquella con este, introduciendo un elemento arbitrado (que no arbitrario) que ayuda para concretarla y adaptarla a las circunstancias. Este paradigma no es extraño a nuestra tradición jurídica propia, aunque ha venido sofocado por la exacerbada presencia del positivismo legalista.

2. No cabe nada más que estar de acuerdo con esta tesis central, aunque ello no significa que el peligro de la extralimitación del juez sea una falsa percepción alarmista. Las razones que justifican su acrecido poder, propio de un nuevo entramado del ordenamiento, pueden fomentar actuaciones *ultra vires constitutionis*.

3. Dicho lo anterior, en realidad, *la tentación de la arbitrariedad no tiene su manifestación más insidiosa en un grado de arbitrio en la aplicación de la legalidad, sino en apartarse de esta en el sagrado nombre de la equidad.*

    La historia de esta tentación viene de lejos y llega a nuestros días, desde la Escuela del Derecho «libre» a las recientes manifestaciones en materia de arbitraje que, tanto si es de «equidad» como si es de Derecho, favorecen el apartamiento del árbitro del Derecho de origen estatal, estrechando cada vez la revisabilidad judicial de laudo, en la idea de que a los jueces lo único que les está reservada es la ejecución de lo arbitrado.

    Bien consciente de este peligro ha sido nuestro Código Civil al prevenir que las resoluciones judiciales solo pueden descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita.

B) Las tentaciones de la política

1. Cuando hablamos de las tentaciones de la política no nos estamos refiriendo, por supuesto, a la utilización del poder jurisdiccional con el único fin de

influir en o determinar la vida pública, contradiciendo o defraudando los mecanismos predispuestos para el juicio por el ordenamiento. Es obvio que nos encontramos, entonces, ante el *juez prevaricador o el juez revolucionario.*

2. *Nos referimos a algo diferente: la interpretación de las normas en sede procesal utilizando principios deducibles del propio ordenamiento, y ello para obtener un resultado no contemplado por la* ratio legis *de aquellas normas.*
3. Cierto es que hay una delgada línea de confín entre este modo de proceder y el del que es propio del juez prevaricador o del juez revolucionario, y que ante un caso concreto pueden surgir muchas dudas si, en un caso concreto, estamos ante uno o ante otro, pero por delgada que sea aquella línea la diferencia existe.
4. Por decirlo con un término ya acuñado, una cosa es el *activismo judicial*, que aspira a implantar por la vía jurisdiccional una interpretación que haga entender la obra del legislador de manera distinta a la *ratio* político-jurídica que la inspira, y otra bien distinta, al menos conceptualmente, la conversión del juez en un actor directo de la vida política o en un funcionario que abusa de su posición.

   Esta conversión no hace del juez un activista, lo hace un revolucionario o un delincuente, pero tenga lo que tenga de escandalosa o reprobable, es un problema menor desde un punto de vista estructural, y se dispone de medios, se utilicen o no, para corregir la subversión o el delito. Es mucho mayor problema el activismo judicial porque es el propio ordenamiento jurídico quien puede propiciarlo y, desde ese momento, legitimarlo.
5. Aunque la literatura sobre el activismo judicial es relativamente extensa, los límites conceptuales del fenómeno son, en términos generales, pacíficos, y se pueden exponer con algo de simplicidad, por más que el fenómeno diste de ser simple y contenga problemas capitales:

   Activismo judicial es todo proceso de interpretación en sede jurisdiccional que conduzca a la negación del papel del legislador, sea esta negación mayor o menor, total o parcial, pero siempre encaminada a la huida de la ratio *político-jurídica de la norma que se interpreta.*
6. Desde luego, para mí es claro que la idea de creación judicial del Derecho, que no se rechaza dentro de unos límites, no puede consistir en adjudicarle al juez papeles que no tiene constitucionalmente. En la medida que aquella creación se produzca, no puede exceder el principio de separación de poderes.
7. Pero hay que decir inmediatamente que sería muy fácil y, desde luego, totalmente farisaico (y, por otra parte, absolutamente irreal) rasgarse las vestiduras ante la creación judicial del derecho y ver en ella y por definición un quebrantamiento del principio de separación de poderes.
8. Quienes así razonan olvidan que lo esencial de dicho principio, ahora y desde el inicio de la modernidad jurídica, no es tanto la inevitable función creadora del Derecho por el juez, como señala Cappelletti, sino la supremacía del parlamento, en última instancia, la cuestión es otra es otra, y se produce *en un preciso dominio y un singular momento: el de la interpretación/aplicación en el caso concreto.*

   Por razones obvias, en ese preciso momento, la función del juez está por encima de cualquier otra. Ello es claro: si no fuese así, se le estaría despojando de su papel constitucional, que se desempeña *en el caso concreto*.
9. En coherencia con la idea de que el juez no puede ser objetivo sino cuando el

juicio viene gobernado por las normas, se hace necesario precisar su posición ante la omisión del legislador, tanto absoluta —al no legislar— como provocada por su deficiencia al hacerlo.

10. Tal omisión del legislador no puede ser una barrera absoluta, porque si partimos de la idea de que para el ordenamiento jurídico la existencia en todo caso de un principio jurídico es una necesidad intrínseca de plenitud, y la consiguiente prohibición al juez del *non liquet*, la falta de *interpositio legislatoris* no puede privarle absolutamente de valor en vía judicial.

    Cosa distinta es hasta dónde puede llegar la efectividad de ese valor.

11. Por ello, la omisión legislativa y el recurso a principios del Derecho no expresados es siempre una posibilidad. *Los principios son el campo privilegiado de la creación judicial del Derecho*, como soberanamente ha demostrado Esser.

    Empero, siempre conviene tener presente que la derivación de una regla a partir de un principio es operación delicada, pues depende de cada principio y su significación en el conjunto del ordenamiento.

    Es labor que aboca a delicadas tareas técnico-jurídicas —y a las siempre sutiles valoraciones— como consecuencia de que la interpretación judicial (toda interpretación) parte de la actitud u orden del espíritu que se ha llamado «precomprensión».

    Esta, desde luego, en el razonamiento judicial no equivale a arbitrariedad, sino al recurso a cánones de plausibilidad social de la decisión adoptada en el marco de las alternativas legales y con robustos referentes en la dogmática consolidada.

12. También ha de tenerse en cuenta que la barrera de la *interpositio legislatoris* será de muy diversa densidad en función de la importancia social de un principio en un contexto histórico dado y de los consensos en él dominantes.

13. Ello, obviamente, no excluye que el Poder Legislativo no ejerza su supremacía, negando con *contrarius actus* una línea jurisprudencial dada o impidiendo su nacimiento con regulaciones restrictivas y constitucionalmente aceptables.

    Pero tal intervención, presupuesta su legitimidad constitucional, es inherente al principio de separación de poderes, y en sí misma no puede limitar con carácter general la potestad de los jueces de hacer operativo un principio derivando una regla aplicable. En efecto, esa limitación general también sería contraria a aquel principio.

14. En todo caso, la actividad del juez tiene importantes límites.

15. Uno es el *control nomofiláctico*, que para ser efectivo necesita llevar hasta sus últimas consecuencias la irrevisabilidad de los hechos, y así huir de una arbitraria equidad y tener clara su finalidad, que no es otra que el entendimiento uniforme de las leyes.

    Si estas tareas se llevan a cabo con rigor, la casación o mecanismos similares, aunque sean desempeñados por los jueces, en la práctica no suscitarán la vieja pregunta: *¿Quis custodiat custodes?*

16. Otro límite a un malsano activismo judicial es la necesidad de que el juez ordinario respete nuestro *sistema de jurisdicción constitucional concentrada*, y, ante dudas fundadas sobre si una norma es ajustada a la Constitución, se ciña al planteamiento de la *cuestión de constitucionalidad*. Además, no debe otorgar eficacia directa a los derechos fundamentales, salvo en las llamadas discriminaciones odiosas.

    El trasfondo de todas estas afirmaciones debe ser la conciencia de que es el legis-

lador, y no el juez, el principal obligado a dotar de efectividad a los derechos fundamentales.

V. LA IMPENETRABILIDAD DEL ACTO DE JUZGAR LA IMPENETRABILIDAD DEL ACTO DE JUZGAR EN SÍ MISMO Y LA NECESIDAD DE CUMPLIR REQUERIMIENTOS DE UN RAZONAMIENTO JUDICIAL QUE SALVAGUARDE SEGURIDAD JURÍDICA E IGUALDAD DE LOS JUSTICIABLES CONDUCE A LÍMITES PREDICABLES DEL ACTO CONCRETO

1. Al gran genio filosófico de Capograssi no escapaba que la lógica de la objetividad no elimina la subjetividad del juez: queda el juzgar en su parte más delicada y secreta, el momento en el cual el *hombre-juez* «no se sabe si con su inteligencia o su voluntad o con todo sí mismo, dice la última palabra». Y se acerca al pensamiento la frase del *justice* Marshall, siempre mal entendida, porque no es una frase cínica, sino descriptiva de ese eterno momento, para el juez cruz y tormento de su oficio*:* «nosotros no hablamos al final porque seamos infalibles, somos infalibles porque hablamos al final». A este último momento, no susceptible de ser sometido a análisis externos y, por consiguiente, aún menos a regla, el juez solo puede llegar a través de la mediación de la lógica objetiva y a través del proceso, que es el cauce de aquella mediación; y pasadas estas pruebas de fatigosa y controlable objetividad, puede descender a su elección con tranquilidad de conciencia, por mucho que sea y solo sea un acto de libertad.

2. Pero todas esas pruebas de fatigosa y controlable objetividad, desenvuelta en la mediación del proceso, pasan por el respeto a la obra del legislador, derivada de la supremacía del parlamento, que no es otra que la supremacía de la democracia misma.

3. En conclusión, *recuperar el juicio*, al no ser posible eliminar la subjetividad antes descrita, es tarea *solo posible desde el legado liberal de sumisión a la ley*, que permanece vivo, aunque tenga que hacer las cuentas con un ordenamiento cuyos pilares no son los del Estado liberal.

4. El oficio ha de ser desempeñado por unos jueces que tengan *rigurosamente delimitada* por la ley *su carrera*, con responsabilidad política y jurídica del Ejecutivo que la actúa; unos jueces *que vivan con la conciencia de la supremacía del parlamento*, lo que es equivalente a respetar en la tarea no solo los términos de la ley, *y ello no significa otra cosa sino que el respeto se extiende primordialmente a la* ratio *político jurídica de la mayoría que da lugar a ella*, obviamente siempre dentro del marco constitucional; unos jueces que acomoden su *razonamiento a los consensos sociales básicos y la doctrina consolidada*; unos jueces cuya actividad venga, en última instancia, depurada por un alto y verdadero *control nomofiláctico*, ausente de la valoración de los hechos; unos jueces que ejerzan la jurisdicción sabiendo que le es obligada la interpretación de las norma ordinarias según la constitución, pero que *carecen de jurisdicción constitucional propia*, y que solo tienen como potestad elevar las dudas a quien tiene esa jurisdicción; unos jueces que acepten que la *eficacia de los derechos fundamentales entre particulares es principalmente tarea de legislador*, y que a ellos solo compete directamente ante las discriminaciones odiosas; unos jueces con *escrupuloso respeto del propio ámbito jurisdiccional, y competencial*; y del *procedimiento legalmente establecido*, siempre con *especial cuidado en la motivación de sus resoluciones.*

5. Estos serán jueces ajenos a las tentaciones de la arbitrariedad y de la política,

por mucho que sea no solo inevitable, sino también sano reconocer cuanto puede haber de creativo en la interpretación y aplicación del Derecho en el proceso**.**

VI. ÉRASE UNA VEZ UN PAÍS

1. Érase una vez un país, que desde hace muchas centurias, es un país de grandes jueces, y que en la época moderna, en su gran mayoría, ajustan su oficio a todos los parámetros anteriores.
2. Pero ese país comenzó a judicializar la justicia, y de ahí vino un mal peor, la politización de la justicia, porque es mucho más difícil de erradicar.
3. En ese país se ha descubierto una nada original utilización del proceso penal como arma de destrucción política que ha borrado la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo y ha creado, por ello, un peculiar «Derecho penal del enemigo».
4. Es tierra donde vive la tentación judicial política de conformar el Estado aconfesional en Estado confesional, so capa de defensa de libertades individuales o derechos fundamentales.
5. Lugar donde una reforma laboral, posiblemente odiosa, pero constitucionalmente legítima, se quiere enmendar desde la jurisdicción, utilizando claras imperfecciones técnicas, con olvido de la *ratio* política de la norma, diseñada por la mayoría parlamentaria; y como camino de ida y vuelta, esa misma jurisdicción, recuperada una cierta estructura colegial, interpreta aspectos del derecho de huelga de una forma que norma alguna había pensado.
6. En él existía una jurisdicción civil que olvidaba los principios de buena fe y de abuso del Derecho en la contratación en masa y la inconstitucionalidad misma de normas sobre ejecución forzosa, hasta que la ola mediática de la crisis económica y su impacto sobre los más desfavorecidos, al tiempo que instancias judiciales externas, les han hecho poner en marcha la protección del contratante débil.
7. Y en ese mismo país acabamos de ver, con bochorno, cuán cierto puede ser en la justicia penal el antiguo dicho castellano: «fízose la horca para los hijos de Pero Sastre que no para los siete Infantes de Lara»; de lo que deriva un cierto temor, que esperemos que no se cumpla, a la impunidad de la corrupción que se empieza a combatir con vigor.

   Pero no abundare en estos y parecidos hechos porque, como dijo Cicerón en la Primera Catilinaria, «son maldades que callo y de buen grado consiento silenciar, para que no se viese que en este Estado hubo tantas o que no como fueron castigadas», y así contribuyo a la reverencia debida a tantos jueces de ese país, que ni las consienten ni quieren dejar de castigarlas. Porque estos jueces existen, y son la mayoría, hay lugar para la esperanza de repensar el Poder Judicial y recuperar el juicio; y puedo, como abogado que siempre he sido, terminar con la hermosa frase de Calamandrei contenida en el estupendo «Elogio de los jueces escrito por un abogado»: «Me parece que entre todas las profesiones que los mortales pueden ejercer, ninguna otra puede ayudar mejor a mantener la paz entre los hombres que la del juez que sepa dispensar aquel bálsamo para todas las heridas, que se llama justicia».

He dicho.

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

LAUDATIO DEL PROFESOR DR. ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, CON MOTIVO DE LA CONCESIÓN DEL DOCTORADO *HONORIS CAUSA* POR LA UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE, DE SEVILLA

Francisco Oliva Blázquez

Me ha correspondido el inmenso honor y la responsabilidad de llevar a cabo la presentación del profesor doctor don Ángel M. López y López ante el Claustro de Doctores de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, y lo haré hablando no solamente en mi nombre, sino muy especialmente en representación de los miembros del Área de Derecho civil, que con su esfuerzo, dedicación e iniciativa han conseguido que este doctorado *honoris causa*, tan anhelado para muchos de nosotros, sea en el día de hoy una realidad.

Indican los cánones que el género de la *laudatio*, en cuanto elogio de los méritos que alguien reúne para ser acreedor de tan elevada distinción, pasa por glosar brevemente los distintos valores que en el campo académico ha cosechado el candidato a lo largo de su experiencia docente e investigadora. Y tengo que reconocer que tal tarea se nos antoja compleja y ambivalente en este caso, ya que si bien el *curriculum vitae* del profesor López habla por sí solo y es un aval más que suficiente frente a cualquier reto académico que pueda plantearse, la inevitable complicidad y cercanía que este orador tiene con el doctor López hacen que albergue en mí un cierto temor a incurrir en un elogio que pudiera parecer en ocasiones exagerado y grandilocuente. No sé si los discípulos somos las personas más apropiadas para hablar de un maestro, al igual que un hijo no suele el ser el más indicado para cantar las bondades o divulgar los defectos de sus padres, pero les prometo conjurar cualquier temor que puedan albergar al respecto actuando bajo los únicos

parámetros que conoce el buen hacer universitario: la objetividad y la razón científica.

El profesor López y López es doctor en Derecho por las Universidades de Sevilla y de Bolonia, *Alma mater studiorum*, donde fue colegial del prestigioso Real Colegio de San Clemente de los Españoles. Es catedrático de Derecho civil en la Universidad de Sevilla, y autor de una prolífica y extensa obra cuya concreta enumeración obviaré por la imposibilidad material de llevar cabo tal tarea en el escaso tiempo con el que cuento para realizar esta presentación ante la comunidad universitaria.

Pero sí comenzaré por decirles que, en estos tiempos en los que parece valorarse, de forma evidentemente errónea y con notoria ceguera intelectual, más la cantidad, el número o el peso que la calidad y la aptitud científica real de la investigación desarrollada, quiero destacar especialmente este segundo aspecto de la obra del profesor López, esto es, su indiscutible profundidad y calidad académica, un elemento del que está cada vez más ayuna la investigación jurídica posmoderna, presidida por las prisas y ese «deseo-obligación» de presentar resultados tangibles a muy corto plazo, objetivo que acaba impidiendo la mayoría de las veces que la reflexión profunda y pausada, origen y clave de toda ciencia, pueda abrirse paso entre tanto objetivo cortoplacista que las distintas agencias de evaluación parecen exigir.

La verdad es que el profesor López siempre ha sido amigo de los temas más complejos, clásicos y genuinos del Derecho civil, que obviamente exigen mucha más dedicación, análisis y profundidad que la que requiere el simple comentario de un artículo concreto de una ley, la exégesis de una norma o el estudio de una resolución judicial aislada. En este sentido, un mero vistazo superficial a los títulos que componen su obra nos permite comprobar que el profesor López nunca ha tenido temor ni reparo alguno para enfrentarse con las materias más endiabladas del Derecho civil. Así ha sido desde sus inicios investigadores, con *La posesión de estado familiar* (Sevilla, 1971), *La surrogazione reale nel riordinamento della proprietá terriera* (tesis doctoral de Bologna, inédita) y *Retención y Mandato* (Bolonia, 1976), pasando por sus obras intermedias, como la *Interpretación del contrato, Comentarios a los artículos 1278-1280 del Código Civil (Comentarios del Código Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991), *Sobre el origen y significado histórico del articulo 388 del Código Civil* (en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José Luís Lacruz Berdejo,* Barcelona, 1992) o *La gestión típica derivada del mandato* (*Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995), hasta sus trabajos más contemporáneos, realizados en el apogeo de su madurez creativa e intelectual, entre los que debo destacar sus *Conversaciones con difuntos. Luigi Caíani: Analogía (Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 2000), *Las ensoñaciones del jurista solitario* (Valencia, 2005) y los *Fundamentos de Derecho Civil: doctrinas generales y bases constitucionales* (Valencia, 2012), auténtico paradigma del buen hacer académico en el que se exponen con enorme claridad propedéutica los grandes temas del Derecho civil.

Pero sin duda, una de las aportaciones más relevantes y permanentes del profesor López y López a la moderna ciencia jurídica es la relativa a la doctrina general del derecho de propiedad, «el derecho» por antonomasia, en palabras de nuestro doctorando. Aquí destaca con una luz muy especial su magistral *relectio* del derecho de propiedad («El derecho de propiedad. Una *relectio*», *Anuario de Derecho Civil*, septiembre-diciembre 1998), presentada en su discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia el día 17 de enero de 1999, en el que llevó a cabo una exposición tan brillante como imprescindible de la evolución histórica y funcional de esta categoría. Y por supuesto, resulta igualmente ineludible punto de referencia su *Disciplina constitucional de la propiedad privada* (Madrid, 1988), obra en la que se analizan con enorme detalle las cuestiones relacionadas con la intrincada dogmática clásica de la configuración constitucional del derecho de propiedad como el contenido esencial, su garantía institucional,

la reserva de ley, la función social y, entre otras, la expropiación forzosa.

Igualmente, a su curiosidad intelectual debemos la introducción en nuestro país de imprescindibles obras sobre el derecho de propiedad escritas por grandes juristas allende nuestra fronteras, como Martin Wolff («Martin Wolff y el concepto de garantía institucional», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo y Ponce de León*, Madrid, 2003) o, entre otros, Paolo Grossi (*La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico,* Madrid, 1992), con el que cual publicó un importantísimo ensayo sobre la propiedad en el año 2013 en el marco de las prestigiosas actividades de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo [*Una página (tal vez demasiado) olvidada de Rosario Nicoló*, en Paolo Grossi-Ángel M. López y López, *Propiedad: nuevas perspectivas*, Madrid, 2014].

Y tengan en cuenta además que todos estos estudios sobre el derecho de propiedad se han realizado bajo una de las grandes premisas metodológicas que siempre han caracterizado a la investigación del profesor López: el rechazo radical a la separación entre el Derecho público y el Derecho privado, tanto en el ámbito académico como en la práctica profesional, y su apuesta por la transversalidad como seña de identidad del buen hacer jurídico.

Por otro lado, los que hemos tenido la fortuna de trabajar con el profesor López y López le reconocemos, entre otras muchas virtudes, un especial instinto científico para identificar las vetas y líneas de investigación más relevantes y vanguardistas de la disciplina que cultivamos. En este sentido, puede decirse que ha sido uno de esos pioneros que se embarcaron en el estudio de una rama académica novedosa que los juristas identificamos con el nombre de «Derecho civil constitucional», la cual se encarga de analizar las relaciones del secular Derecho civil con el orden constitucional instaurado en España a partir de 1978. No en vano, uno de sus primeros escritos, titulado «Materiales para una exégesis de las normas sobre la actividad económica en la Constitución», fue publicado en el año 1980 (en *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid), esto es, muy poco tiempo después de la entrada en vigor de la Constitución, lo cual pone de manifiesto el hecho de que fue uno de los primeros juristas que en España tomó conciencia de la necesidad imperiosa de someter el Derecho civil a una revisión profunda bajo el prisma de la Carta Magna. Y aquí reside precisamente otra de las grandes ideas que el profesor López siempre ha defendido como principio metodológico innegociable para cualquier civilista: la intrínseca politicidad del Derecho civil en relación con su entorno constitucional, que rechaza el carácter indefectiblemente apriorístico y metahistórico de sus instituciones y exige correlativamente su conexión con el lugar y el momento concreto en el que tenga que aplicarse.

Sus aportaciones en este campo académico, publicadas en forma de artículos jurídicos, capítulos de libros, comentarios y monografías son muy abundantes, y abarcan cuestiones tan diferentes como el binomio código-constitución y la dramática alteración de ese par funcional en la «edad de la descodificación» («Constitución, Código y Leyes especiales», en *Libro del Centenario del Código Civil,* Madrid, 1990), la influencia del Estado social en el sujeto privado y, por ende, en toda la configuración moderna del Derecho, la cuestión de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales (todo ello en, «Estado social y sujeto privado. Una reflexión finisecular», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 1996; *vid.,* también, «Gény, Duguit y el derecho subjetivo: Evocación y nota sobre una polémica», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 1991), la Constitución económica o, entre otras muchas, la disciplina constitucional del contrato («La disciplina constitucional del contrato: consideraciones de principio», en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, 2011), de la herencia («La garantía institucional de la herencia», *Derecho privado y Constitución*, 1994) y, como ya he señalado, de la propiedad privada. Como puede

observarse, un conjunto complejo, extenso y heterogéneo de trabajos académicos que, afortunadamente, han sido publicados con motivo de su jubilación académica y a iniciativa de sus discípulos en una sola obra que ya se ha convertido en un punto de referencia ineludible para todo aquel que quiera acercarse a esta disciplina que tanto ha contribuido —y sigue contribuyendo— a modificar el rostro más clásico y burgués del histórico Derecho civil, adaptándolo a la realidad de un Estado Social y Democrático de Derecho en el que ejerce todas sus funciones (*Derecho civil constitucional*, Sevilla, 2015).

Junto al Derecho civil constitucional, como segundo testimonio de esta especial destreza que siempre ha tenido el profesor López y López para identificar campos de investigación modernos y aún por desbrozar, es imprescindible hacer una referencia especial a su faceta, probablemente la más desconocida, de comparatista, y es que el Derecho comparado, no se olvide, es, en palabras de los profesores Zweigert y Kötz, la única opción para hacer del Derecho una verdadera ciencia. Esta preocupación por la comparación jurídica le ha llevado a reflexionar profundamente sobre los diferencias y similitudes entre el *civil law* y el *common law* («Sobre epistemología y tradiciones jurídicas (a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 1998), así como en torno al proceso de acercamiento y armonización progresiva del Derecho privado europeo en los últimos años. No en vano, en su última (de momento) monografía, publicada en el año 2016 bajo el título de *El Derecho civil entre tradición histórica y constitución política*, aborda expresamente la debatida cuestión del presente y futuro de un posible Código Civil europeo, aportando al respecto una visión tan sagaz como original del problema, consistente en apostar por potenciar los efectos entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, insistiendo de ese modo en que el problema de las relaciones entre códigos y constituciones es, fundamentalmente, el de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Estas y otras muchas aportaciones se han convertido con el paso del tiempo en referencias inexcusables de la civilística moderna española, debido a su profundidad, alcanzada desde una metodología clásica de carácter histórico-comparado, legal y jurisprudencial a la que siempre ha rendido el correspondiente tributo, adobada, eso sí, con su obsesión por identificar lo que denomina «dimensión vital del Derecho», la cual repulsa abiertamente cualquier abstracción o teorización inútil típica del mundo ideal de los conceptos jurídicos. El Derecho, siempre nos lo ha enseñado así a sus discípulos, vive por y para resolver los problemas de la sociedad, y este debe ser su principal objetivo. Sin duda, esta visión personal sobre el oficio del jurista tiene mucho que ver con su condición de abogado, de árbitro, de autor de numerosos dictámenes e informes jurídicos, y por supuesto, con el hecho de que desde el año 1994 forme parte del Consejo Consultivo de Andalucía, prestigioso organismo autonómico cuya doctrina jurídica tanto le debe a sus sabias aportaciones.

En definitiva, su obra es la de un pensador y analista concienzudo del Derecho, perfecto conocedor del dato concreto que, no obstante, se aleja del análisis detallista del Derecho positivo en un ejercicio de continua búsqueda de la observación y exposición de los grandes fenómenos que se encuentran ocultos en los intersticios de la norma o de la sentencia concreta. Y esto solo está al alcance de los egregios, esto es, de aquellos que concentraron sus esfuerzos más en lograr una formación jurídica global e integral a través de la lectura de los grandes clásicos —los príncipes del Derecho, como a él le gusta decir— antes que la de la obra de la de aquellos que que únicamente se preocuparon por conocer el singular estado de la cuestión de un tema concreto.

Pero la aportación de un profesor al sistema del conocimiento universitario no se mide solo en publicaciones, recensiones, citas e índices

de impacto. Su reduccionismo a estos límites nos conducirán inevitablemente a una universidad individualista, tecnócrata y carente de cualquier alma académica. El profesor López siempre ha creído firmemente en que una parte esencial del oficio universitario tiene que ser la transmisión de los saberes a aquellas personas, discípulos y discípulas, que quieren convertirse en cultivadores y seguidores de un concreto conocimiento. Y en este sentido, es necesario destacar que nuestro doctor *honoris causa in fieri* es un maestro que ha formado a numerosos profesores de Derecho civil tanto de la Universidad de Sevilla como de la Universidad Pablo de Olavide. Permítanme recordar en estos momentos que fue el maestro de una persona especialmente querida e imprescindible para comprender la historia de esta joven Universidad, la siempre añorada y recordada profesora Rosario Valpuesta Fernández, catedrática de Derecho civil y primera rectora de la Universidad Pablo de Olavide.

La figura del profesor López y López no se comprende única y exclusivamente en términos académicos y universitarios, y en un acto como este, en el que rendimos tributo a los méritos de una persona considerados en su globalidad, es imprescindible hacer una breve mención a su devenir en la tarea política, una faceta esencial sin la cual no es comprensible su trayectoria vital. Efectivamente, el ciudadano Ángel López siempre ha sido una persona de un férreo e inquebrantable compromiso tanto con sus ideas como con el tiempo y la sociedad en la que le ha tocado vivir, y por ello decidió durante un tiempo centrar sus principales esfuerzos personales e intelectuales a contribuir en la construcción de ese periodo tan anhelado de nuestra historia más reciente que hoy conocemos con el nombre de la «transición democrática». En este sentido, su *cursus honorum* es suficientemente indicativo de su compromiso con la *res publica*: fue asesor jurídico del Ente Preautonómico Andaluz en 1976 y uno de los «padres» del Estatuto de Autonomía de 1981, en cuya redacción participó activamente en su condición de ponente; diputado autonómico y presidente del grupo parlamentario socialista hasta 1984; consejero de la Presidencia del Gobierno Andaluz desde 1984 a 1986; presidente del Parlamento de Andalucía, desde 1986 a 1988. En definitiva, una trayectoria política fecunda, intensa y colmada de éxitos, que ha sido expresamente reconocida con el otorgamiento de importantísimas distinciones, como la Medalla de Oro de Andalucía en 1991 y la Medalla del Parlamento de Andalucía en el año 2001.

Creo que este esbozo de los méritos del profesor López es suficientemente descriptivo de su *curriculum* y sirve para colmar las necesidades formales que toda *laudatio* exige. No obstante, no quisiera finalizar este discurso sin abandonar en cierto modo el tono académico, aséptico y científico que me autoimpuse al inicio de esta intervención para hacer referencia a cuestiones de naturaleza más personal, porque en la universidad, afortunadamente, no todo son libros, clases, proyectos e investigación, sino también afectos.

En primer lugar, creo que es de justicia expresar y reconocer abiertamente su vinculación con esta Universidad. Su condición de maestro, amigo y consejero personal de la rectora Rosario Valpuesta le convirtió en conocedor y partícipe directo de los avatares de la Universidad Pablo de Olavide desde sus orígenes fundacionales, habiendo ofrecido su ayuda y colaboración desinteresada en todas las fases de su construcción, algo de lo que fui personalmente testigo en mi condición de secretario general de esta universidad durante algún tiempo. Además, ha colaborado activamente en la formación de muchos de los doctores del Área de Derecho civil, ha sido —y sigue siendo— profesor de diferentes másteres oficiales así como ponente en numerosos congresos, seminarios, conferencias y coloquios a los que ha sido invitado. También tengo que destacar su condición de codirector, junto a la profesora Rosario Valpuesta, de los cinco manuales de Derecho civil (publicados por la editorial Tirant lo Blanch) que han sido preparados por un grupo de profesores del Área de Derecho

civil de esta Universidad con los que estudian y se forman cada curso académico centenares de nuestros estudiantes de grado y postgrado. En definitiva, se trata de un colaborador estrecho e imprescindible de esta Universidad, por lo que su incorporación al Claustro de Doctores no hará sino formalizar lo que ya es una realidad.

Por otro lado, como todo académico de raza, la vocación docente del profesor López siempre ha sido profunda, comprometida e incuestionable. Para él, como para su admirado Francisco Giner de los Ríos, el estudiante es el primer elemento de la universidad. Permítanme aquí hablar como discente, esto es, como estudiante que tuvo el inmenso placer de asistir durante varios cursos a sus clases magistrales en las que su brillante oratoria, acompañada de sus vastos conocimientos, acababan de forma ineludible cautivando a una gran parte del alumnado que tuvo el honor y el raro privilegio de ser formado por un maestro, el cual, habitualmente, complementaba el horario oficial de sus clases con largas charlas peripatéticas en las que con paciencia, acompañada con grandes dosis de humor, ironía y las imprescindibles citas de su venerado Jorge Luis Borges, seguía desgranando todos sus saberes a medida que recorríamos los imponentes pasillos de la vieja Fábrica de Tabacos que conducían hasta su despacho situado en uno de los bellos patios del añorado edificio hispalense. Mañanas y tardes en las que el profesor López siempre se mostró dispuesto a guiar a todo aquel que quisiera aceptar un nivel de dificultad académica superior a la media, haciendo realidad el ideal kantiano de buscar en la educación el camino hacia el perfeccionamiento de nuestra naturaleza.

Yo tuve además el inmenso privilegio y la fortuna de ser uno de esos pocos estudiantes que, posteriormente, pudo seguir formándose y trabajando con el profesor López, y durante este tiempo he tenido la oportunidad de conocer su lado más humano y personal, el de un maestro preocupado en todo momento por el estado de ánimo de su discípulo, por sus problemas vitales, sus disgustos y alegrías, en definitiva, por su bienestar. Aunque todo esto pertenece a la intimidad y a los recónditos secretos del alma, puedo decirles que se trata de una persona que siempre ha querido superar las frías y solemnes fronteras de la relación discípulo-maestro, ser algo más que un simple tutor, un orientador del oficio universitario, para convertirse en un «padre académico» en el sentido más extenso de la palabra.

Quisiera terminar recordando, a modo de reflexión final, que, por encima de todo, el profesor Ángel M. López y López es un maestro y referente indiscutible del moderno Derecho civil de España, un civilista que pertenece a una generación de juristas dotados de una formación jurídica, clásica y humanista seguramente irrepetible, cultivador confeso de la *lingua mater* en la que se expresaba el referente inexcusable de nuestra disciplina, el Derecho romano (secreta nostalgia del gran civilista, según sus propias palabras), poseedor de una cultura enciclopédica, y, sobre todo, fiel, a lo largo de su azarosa vida, a la búsqueda de la verdad, del conocimiento, a la identificación de los talentos y vocaciones y a la transmisión de los saberes, en definitiva, empeñado en cultivar la ciencia emancipadora, la más elevada y distinguida de las tareas humanas.

Por todos estos méritos que acabamos de oír, y los que no hemos podido describir por la necesaria brevedad de este acto, me permito pedir a este claustro de doctores que el profesor doctor don Ángel M. López y López sea recibido e investido solemnemente, aquí y ahora, como doctor *honoris causa* de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Sevilla, 26 de abril de 2017

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

FRANCESCO BIONDO, *DESOBEDIENCIA CIVIL Y TEORÍA DEL DERECHO*, MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2016

Lupe Bohorques Marchori

Desde que David Thoreau publicara en 1848 su conferencia sobre la desobediencia civil —un tema que conocía de primera mano—, esta forma de protesta no ha dejado de ser un asunto de gran transcendencia social. Es sabido que aquella conferencia inspiró el trabajo y las acciones de grandes líderes políticos, desde Gandhi en su campaña de resistencia contra la ocupación británica de la India hasta Martin Luther King en su lucha pacífica en defensa de la no discriminación de la población de color en los Estados Unidos. Actualmente, la desobediencia civil sigue inspirando movimientos de resistencia de ciudadanos o grupos sociales que consideran abusiva la aplicación de ciertas normas o que, a la inversa, denuncian el incumplimiento de determinadas normas de derechos humanos cuyas consecuencias extremas pueden costar la vida a los sujetos de Derecho.

El tema fundamental de la monografía aquí comentada es la obligatoriedad del cumplimiento de determinadas leyes que pueden ser interpretadas como injustas por las personas obligadas a cumplirlas. Biondo plantea de manera original el viejo dilema de Antígona en la obra de Sófocles y analiza a lo largo de su estudio las prácticas de desobediencia de carácter público y no violento cuyo objeto es denunciar la injusticia de determinadas normas, es decir, la práctica de la desobediencia civil como «estrategia de protesta».

Volver sobre este tema en el presente no es solo relevante, sino necesario, ya que contribuye a que repensemos los límites de la justicia y la justificación de determinadas actuaciones y nos obliga al mismo tiempo a ampliar el campo de razonamiento a la hora de plantear el cumplimiento de determinadas disposiciones legislativas. Pensemos, por ejemplo, en las protestas por los desahucios en España. El temor a encontrarse sin un techo ha llevado a algunos ciudadanos al suicidio por no poder afrontar sus obligaciones patrimoniales, aunque el procedimiento de desahucio fuera perfectamente legítimo bajo el manto jurídico de la legislación española.

Desobediencia civil y teoría del Derecho pretende analizar los casos de desobediencia «en nombre del Derecho», y ofrece un cuidadoso análisis de las distintas formas de lucha por la justicia de las normas mediante la reinterpretación de algunos contenidos constitucionales, principios del Derecho, convenios internacionales o disposiciones normativas vinculantes. El libro plantea, además, otras cuestiones no menores que son objeto de polémica, como la diferencia entre Derecho y moral o la interpretación de documentos de carácter fundamental que contienen preceptos ambiguos y vagos en su articulado, como ocurre en las constituciones italiana y española.

Francesco Biondo es funcionario investigador (*ricercatore confermato*) de filosofía del Derecho en el Dipartimento di Studi Giuridici de la Universidad de Palermo. Su amplia producción —que se nutre de monografías y de varios artículos publicados en revistas alemanas, inglesas, italianas y españolas— pone de manifiesto una inquietud intelectual que lo lleva siempre a los márgenes de las disciplinas, es decir, al *locus* donde más acusadamente se perciben los problemas que presentan mayores dificultades y se estudian determinadas cuestiones difíciles de encajar en los diversos marcos teóricos. Entre otras muchas publicaciones, cabe destacar su libro sobre Amartya Sen y la ética de las capacidades (*Diritto, giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, Turín: Giappichelli, 2003) o su interpretación perfeccionista de John Rawls («Las virtudes cívicas y la cuestión de la estabilidad», en *Derechos y libertades*, 25, 2011).

Biondo propone en este volumen una perspectiva innovadora al dibujar los perfiles de la desobediencia civil en el marco de lo que se ha denominado neoconstitucionalismo. Lo que plantea es la posibilidad de que existan leyes o reglamentos que establezcan obligaciones que contradigan el propio imperativo constitucional o sean contrarios a los derechos o libertades de los ciudadanos. En estos casos, Biondo sugiere que desobedecer las normas es un modo de reactivar los sistemas de control de leyes del propio sistema para restablecer la legalidad, tesis que queda suficientemente argumentada a lo largo de su interesante análisis.

El capítulo primero del libro, «¿Por qué un teórico del Derecho debería ocuparse de la desobediencia civil?», trata de reconstruir el debate acerca de la obligatoriedad de la ley injusta en relación con la polémica sobre la separabilidad del Derecho y la moral, y analiza el papel de la ciencia jurídica cuando debe resolver conflictos que se plantean entre dos ordenamientos jurídicos distintos. El objetivo de esta cuestión es doble: por una parte, reconstruir el debate entre las posiciones iuspositivistas y iusnaturalistas sobre la relación existente entre Derecho y moral; por otra, criticar la pretensión de un determinado modelo de ciencia jurídica que postula un conocimiento constituido por enunciados descriptivos y deja de lado cualquier argumentación valorativa. Para ilustrar la transformación del modelo de ciencia jurídica, en estas primeras páginas se exponen las teorías de Umberto Scarpelli y de Carlos Nino.

En el segundo capítulo, «El neoconstitucionalismo y la posibilidad de una crítica moral "interna" al Derecho», el autor profundiza en la cuestión de la relación entre Derecho y moral a partir del tema de la determinación del Derecho en los ordenamientos constitucionales. Este capítulo se detiene en la evolución del discurso jurídico desde su concepción como un discurso descriptivo hasta su configuración como un discurso crítico en relación con las normas jurídicas. Especial atención dedica Biondo al pensamiento de Luigi Ferrajoli como exponente del mantenimiento de la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. Es interesante la referencia al malestar que produce la calificación de un acto de desobediencia civil por parte del jurista y del juez, ya sea como un acto ilícito (*extra ordinem*), ya como un acto lícito (*intra ordinem*), una calificación difícil en la que el Derecho aparece sin determinación concreta.

El tercer capítulo, «Sobre la noción de desobediencia civil y su papel estabilizador en un

ordenamiento constitucional», muestra la especial relevancia que adquirió la desobediencia civil en Estados Unidos —y, más tarde, en Europa— durante los años cincuenta y sesenta. El autor explica que esta práctica expresa el hecho de que, a través de la desobediencia pública, los ciudadanos y los tribunales «se toman el Derecho en serio». En este capítulo, Biondo expone el modo en que la noción de desobediencia civil adquiere un significado estabilizador de valores en un ordenamiento democrático, analiza la llamada «constitucionalización» del derecho de resistencia y diferencia esta clase de protesta de otras prácticas como la objeción de conciencia, la resistencia o la llamada desobediencia revolucionaria. Este capítulo hace también referencia a la definición de algunas modalidades en las que puede clasificarse la desobediencia y plantea la cuestión de cómo es posible que se produzcan algunos actos de desobediencia civil en los que no se impone sanción jurídica alguna. Finalmente, el autor reconoce la dificultad para mostrar las distintas modalidades de protesta que están fuera de los circuitos clásicos del pensamiento jurídico y político actual. Interesa destacar la pregunta planteada por Biondo en este capítulo: ¿cómo averiguar si una conducta es desobediencia civil?, cuestión que es respondida más adelante cuando analiza las distintas reacciones de un individuo frente al ordenamiento jurídico al que está sujeto.

Si los tres primeros capítulos se centran en el concepto de desobediencia en general y en la definición de desobediencia civil en particular —así como en su papel dentro de un régimen constitucional—, el capítulo cuarto («Una cuestión acerca de la justificación de la desobediencia civil: la dialéctica entre el testimonio y la eficacia») aborda el valor moral de los actos de desobediencia civil, dejando aparte la calificación jurídica de esas prácticas. Este capítulo muestra la complejidad de la calificación moral de los actos de desobediencia, ya que estos actos podrían justificarse de forma alternativa si se demuestra el compromiso de respetar la norma moral o, en sentido contrario, si puede ponerse de manifiesto la reducción del daño que la norma injusta pueda tener como consecuencia de su aplicación. No podemos obviar que en este cuarto capítulo se analiza la desobediencia civil y el subjetivismo moral en Thoreau, el aspecto metafísico y revolucionario de la desobediencia en Gandhi y la evolución desde la desobediencia civil revolucionaria a la desobediencia estabilizadora de Ralws, quien introduce la idea de la violación de una norma jurídica como un acto de «fidelidad» a normas superiores dentro del debate de la naturaleza y/o justificación de la desobediencia civil. Biondo distingue las tres posiciones frente a la desobediencia y profundiza en la óptica diferenciada de Rawls respecto a Thoreau y Gandhi: apoyándose en el razonamiento de acuerdo con el cual se desobedece una ley para «tutelar los principios de justicia», Rawls, explica Biondo, concibe la desobediencia civil como un acto no revolucionario, sino «estabilizador» del ordenamiento jurídico.

El quinto y último capítulo aborda la cuestión de la desobediencia a la norma injusta en un intento de dar respuesta a la pregunta clásica de si existe verdaderamente un «derecho a desobedecer». Al objeto de dar respuesta a esta cuestión, se presentan las teorías tanto de aquellos autores que consideran razonadamente que no se puede reconocer un derecho a desobedecer (Kant y Raz) como las de los pensadores contemporáneos que reconocen la posibilidad de que exista un derecho legal a no obedecer una norma jurídica considerada injusta (Dworkin). En este capítulo es particularmente destacable el análisis que Biondo lleva a cabo sobre las tesis de Dworkin porque supone uno de los fundamentos de la complicada teoría de este autor y porque, además, pone en evidencia las dificultades de pensamiento del filosofo político norteamericano. Biondo analiza también cuestiones de máxima importancia en la teoría de Dworkin como la falta de claridad en su distinción de dos tipos de desobediencia o la ausencia de explicaciones que legitimen su teoría sobre la desobediencia civil. Finalmente, Biondo esclarece las dificultades de Dworkin para fundamentar sus tesis, y cree encontrar el origen de estas dificultades en el concepto del que

parte el autor norteamericano, que entiende la constitución como un conjunto de principios y valores determinados y no como un marco normativo reinterpretable por los ciudadanos y, por tanto, susceptible de ser transformado. Vista de este modo, la desobediencia se presentaría como una forma de lucha por los derechos o como una nueva interpretación de los textos jurídicos, tesis que Biondo rebate de forma razonada a lo largo de este capítulo.

El estilo de Biondo es fácilmente accesible e ilustrativo. La originalidad de su trabajo estriba en la visión modernizadora y en el análisis riguroso que lleva a cabo sobre el concepto de desobediencia civil y su labor crítica a las teorías de diversos autores (Rawls o Dworkin) y escuelas, un análisis que enriquece, amplía y actualiza el entendimiento del objeto central de su estudio. Además, la relevancia actual de este tema nos recuerda la cotidianidad de la aplicación de normas que exceden el precepto constitucional o que incluso vulneran de una forma u otra la intención inicial del contenido de la norma en su cumplimiento y cuyas consecuencias afectan a la vida de las personas en el ejercicio de sus derechos civiles.

Biondo se ha propuesto estudiar el fenómeno de la desobediencia civil en profundidad, destacando varias dimensiones de enorme relevancia en la aplicación de la normas, y ha conseguido analizar este fenómeno como un hecho que pone en evidencia cuatro cuestiones principales. En primer lugar, la falsa solidez del juicio sobre la obligatoriedad de obedecer el Derecho. En segundo lugar, la porosidad de los límites entre el Derecho y el «no Derecho». En tercer lugar, la conflictividad del ámbito de los valores que deben guiar al juez para resolver los casos difíciles (contrariamente al pensamiento de Dworkin). Por último, la situación trágica en la que puede verse envuelto un ciudadano que decide desobedecer la ley de una forma pacífica y no revolucionaria (tal y como sucede en las protestas contra los desahucios) como expresión de fidelidad a los principios de justicia que las autoridades no están respetando.

En síntesis, la lectura de la monografía de Francesco Biondo no solo ayuda al lector a comprender los problemas actuales en torno a las situaciones de desobediencia civil: también muestra los distintos modos de entender la desobediencia a la norma considerada injusta como un acto de presión, como una revolución o como un acto de equilibrio y de estabilización de las normas jurídicas. Finalmente, cabe decir que uno de los mayores logros de este valioso volumen es que muestra cómo las prácticas de la desobediencia civil pueden trastocar los límites en el marco de los cuales las corrientes clásicas (iusnaturalistas y iuspositivistas) han concebido y aplicado el material normativo para ponerlos en tela de juicio en casos difíciles —tal es el caso, precisamente, de los supuestos de desobediencia civil— donde se entreveran las argumentaciones morales y las argumentaciones jurídicas.

Fecha de recepción: 12 de mayo de 2017
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

http://teoriayderecho.tirant.com

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en *n* partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta *n*; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta *n*, y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2…).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales pueden enviarse por correo electrónico a esta dirección: teoria.derecho@uv.es. También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ^{2}2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

• Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula solo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (^{2}2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

• Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

• Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

• Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antibambdas y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. BASES DE DATOS

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to mantain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in *n* sections, from 1 to *n*; each subsection can also be divided from 1 to *n*, and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2…).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requerirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), althougth the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropiate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

The original texts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Also, the original manuscript and a digital copy can be sent to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ^{2}2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferible to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (^{2}2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compilator…, preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availabilty, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. DATABASES

LATINDEX: accomplishing 33 quality criteria (of 33 criteria)
DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
CIRC: Integrated Classification of Scientific Journals
RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
ISOC: Database Unity ISOC. Review of Scientific Publications
ISSN: 1888-3443 Tel: 96 361 00 50 ext 4 · Correo Electrónico: teoria@tirant.com

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

http://teoriayderecho.tirant.com

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Tirant lo Blanch, como editor de la Revista "Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico", y su Comité editorial, son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas a la Revista, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la Revista.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales. Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden hallarse en la página web de la Revista, y que se incluyen en cada número.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores deben velar por asegurar la calidad científica y académica de la Revista, siendo los principales responsables de la legalidad existente en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio. El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva.

La confidencialidad será protegida especialmente durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Toda información no publicada, argumentos o interpretaciones contenidas en un original remitido a la Revista no podrá ser utilizado en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetvia la calidad de los originales, así como su originalidad, con especial interés por mantener la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial.

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Tirant lo Blanch, as editor of the Journal "Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico", and its Editorial Board, have the responsibility to establish and maintain guidelines for selecting and accepting papers submitted to this journal, and assuming the responsabilities arising from this process.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

Authors should ensure that they have written entirely original works and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included in the issues.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the Journal, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights. The editor should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits.

Confidentiality shall be strongly protected during the peer-review process. Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*

www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- Biblioteca Virtual
- Herramientas Salariales
- Calculadoras de tasas y pensiones
- Tirant TV
- Personalización
- Foros y Consultoría
- Revistas Jurídicas
- Gestión de despachos
- Biblioteca GPS
- Ayudas y subvenciones
- Novedades

* Según ranking del CSIC

96 369 17 28

96 369 41 51

atencionalcliente@tirantonline.com

www.tirantonline.com