

## **EL DEBER DE ASEGURAR EL GOCE DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONDUCTA CONTRARIA<sup>1</sup>**

### ***DUTY TO ENSURE THE ENJOYMENT OF HUMAN RIGHTS AND THE CONTRARY BEHAVIOR***

**Pablo Antonio Fernández Sánchez<sup>2</sup>**

#### **RESUMEN**

Los Estados han asumido obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, desde distintos niveles normativos. Sin embargo, los intereses políticos, las excusas y las actitudes de los gobiernos y la falta de compromisos con los sistemas de control suponen una serie de trabas al ejercicio de protección de los derechos humanos que hacen irreconocibles al sistema.

Las trabas y la cicatería en el ejercicio de la jurisdicción internacional y las restricciones legislativas internas impiden una represión adecuada de las violaciones de los derechos humanos, a través de la jurisdicción universal. España sirve de ejemplo de ello.

Los Estados se acomodan a sus propios intereses para evitar que el discurso de defensa de los derechos humanos se ajuste a su propia conducta. La ética choca con la estética de los derechos humanos.

#### **ABSTRACT**

States have undertaken international obligations on human rights from different regulatory levels. However, political interests, excuses and attitudes of governments and the lack of commitments to control systems involve a number of obstacles to the exercise of human rights protection that make the system unrecognizable.

The obstacles and stinginess in the exercise of international jurisdiction and domestic legislative restrictions prevent adequate punishment of violations of human rights, through universal jurisdiction. Spain serves as example.

States fit their own interests to prevent that the speech on human rights fits its own behavior. Ethics clash with the aesthetics of human rights.

**KEYWORDS:** Ethics and aesthetics with human rights, politic with human

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 6 de marzo de 2014 y aceptado el 15 de marzo de 2014

<sup>2</sup> Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Sevilla

rights, international jurisdiction, universal jurisdiction.

**PALABRAS CLAVE:** Ética y estética con los derechos humanos, política con los derechos humanos, jurisdicción internacional, jurisdicción universal.

**Sumario: 1. Introducción. 2. La pretendida Jurisdicción Internacional. 3. La Jurisdicción Universal a través de la represión nacional**

**1. Introducción**

Si definimos la Ética como la ciencia de los actos humanos encaminados hacia el bien, en el orden internacional, deberíamos considerar éticas aquellas conductas de los Estados encaminadas hacia el respeto de los derechos humanos. Ahora bien, he hablado de conductas porque no basta la realización de actos jurídicos que proclamen los mismos sino que se necesitan actos que los aseguren.

En este sentido, me propongo analizar algunas situaciones que dan lugar a una distorsión entre el deber de asegurar los derechos humanos y la conducta contraria.

A nadie se le escapa la doble vara de medir del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cuando se muestra diligente con una situación, ciertamente espantosa de violaciones masivas y graves de los derechos humanos y hace oídos sordos ante una misma situación, en otro lugar del mundo, porque afecta a los intereses más inmediatos de los llamados a tomar las decisiones en el seno del Consejo.

En estos últimos años estamos observando como los Estados europeos, por ejemplo, que se sienten los grandes defensores de los derechos humanos y con un impecable sistema de protección de derechos humanos, por acción u omisión, han consentido el traslado forzoso de personas sospechosas de terrorismo, para ser interrogadas por agentes de la CIA, con amenazas y torturas. La respuesta de la mayoría de los Gobiernos ha sido que no sabían nada o que no estaban informados. Igualmente con temas relacionados con la protección de datos personales exigidos por las autoridades norteamericanas o con la tibieza de las protestas diplomáticas por las escuchas ilegales a ciudadanos europeos, incluidos políticos. Igualmente en relación con la llegada de inmigrantes a Lampedusa o los saltos de la valla de Ceuta o Melilla.

Estas excusas y actitudes demuestra, una falta de ética respecto a sus obligaciones, que es el aseguramiento de los derechos humanos.

También estamos observando la cantidad de trabas, en este caso, jurídicas, que ponen los Estados para el ejercicio de la jurisdicción universal, cuando algunos jueces nacionales quieren enjuiciar a antiguos Jefes de Estado o de Gobierno por violaciones graves y masivas de los derechos humanos cometidos en el extranjero, contra extranjeros y por extranjeros. El mejor ejemplo lo supuso el caso Pinochet, que contra todo pronóstico ético y bajo la excusa del respeto de sus derechos, como persona enferma, fue inmune a una extradición que le hubiera enjuiciado por sus graves crímenes.

Igualmente lo vemos en las excusas que ponen los gobiernos actuales para la devolución de los inmigrantes ilegales, en contra de las reglas jurídicas de las causas tasadas de devolución de extranjeros, confundiendo las infracciones administrativas (como suponen el ingreso irregular en un país) con la comisión de un delito.

Estos son sólo algunos ejemplos de la dicotomía entre el deber de respeto de los derechos humanos en el mundo y la conducta contraria de los Estados.

No hay que olvidar que hay obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto. Según la Corte Internacional de Justicia estas obligaciones pueden derivar, por ejemplo:

“de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial”<sup>3</sup>.

Esta es, pues, la diferencia entre una mera violación de una norma internacional y una violación grave que afecta al deber de aseguramiento, es decir al comportamiento general encaminado al respeto de los derechos humanos.

Si las obligaciones que generan estos derechos son obligaciones *erga omnes* ha de producirse una especie de *actio popularis*<sup>4</sup> que permita la represión de las infracciones y la persecución de los responsables. Y he aquí otra conducta negativa de los Estados.

En la sociedad internacional se está produciendo un esfuerzo *descodificador* de los crímenes contra los derechos humanos y se está intensificando el rechazo a un sistema de represión internacional<sup>5</sup>.

Es verdad que el único esfuerzo realmente codificador que ha existido a nivel universal ha sido la Declaración Universal de Derechos Humanos que con toda su precariedad jurídica (no hay que olvidar que se instrumentaliza en una Resolución de la Asamblea General y no establece un sistema de control) ha supuesto todo un impulso hacia el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>6</sup>, si exceptuamos los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que suponen en sí mismos un desarrollo instrumental de la Declaración Universal.

Los trabajos de *descodificación*<sup>7</sup>, en el seno de las Naciones Unidas, han permitido ir identificando instrumentos internacionales específicos contra determinadas conductas calificadas de violaciones graves de los derechos humanos. Así, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (9-XII-48), la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (30-XI-73) o la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (26-XI-68), entre otras muchas.

---

<sup>3</sup> Caso Barcelona Traction, 1970, par. 32.

<sup>4</sup> SCHWELB, E.: The Actio Popularis and International Law, en Israel Yearbook of Human Rights, vol. 2, 1972, pp. 46-56.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: La resistencia de los Estados a reprimir las violaciones graves de los derechos humanos, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: La desprotección internacional de los derechos humanos, Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1998, pp. 29-60.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: ¿Ha sido eficaz la Declaración Universal de Derechos Humanos?, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: **La Declaración Universal de Derechos Humanos – Desde su proclamación a su efectividad**, Asociación Memoria, Libertad y Cultura Democrática y Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, pp. 15-28.

<sup>7</sup> Utilizo esta expresión en el sentido de que se trata sólo de ir estableciendo algunos de los derechos humanos más graves, en un sin número de Convenciones particulares, cada una con su propio sistema de control, si lo hay, y con sus propias singularidades, de forma precaria y poco efectiva.

Sin embargo, en estos instrumentos los Estados se comprometen a prevenir y a sancionar las conductas delictivas que regulan y a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de los Convenios pero no contemplan un sistema de control eficaz que garantice su eficacia y, además, la cicatería de los Estados hace que sean reacios a establecer medidas legislativas internas y si las hacen, son restrictivas.

Esta situación jurídica viene permitiendo en teoría una posible doble jurisdicción. Por un lado la internacional y por otro la universal a través de la represión nacional.

## 2. La pretendida Jurisdicción Internacional

La jurisdicción internacional se limita, de momento, a jurisdicciones *ad hoc*, como la que hubo en Nüremberg o Tokio, o como existe actualmente para los casos de la ex-Yugoslavia<sup>8</sup> o Ruanda<sup>9</sup> y otros Tribunales singulares, normalmente mixtos<sup>10</sup>. Por ello, la comunidad internacional ha estado esperando durante mucho tiempo la creación de una Corte Penal Internacional, cuyo estatuto jurídico ya está en vigor y que, finalmente, fue firmado en Roma en 1998.

Ahora bien, en él no son partes ni Estados Unidos, ni China, ni India, ni la mayor parte de los países árabe o islámicos, ni Israel<sup>11</sup>. Es decir, salvo pequeños Estados y los Estados europeos, que son conscientes de la dificultad que supone la complementariedad de la Corte (que siempre tendría que juzgar de forma complementaria a las jurisdicciones nacionales), casi deja esta jurisdicción (que no deja de ser penal individual) para los Estados pequeños y con menos posibilidades de reacción. Es, pues, una falacia cuando no una conducta poco ética, montada sobre la estética de todo un tribunal internacional.

Es más, cuando se produce el hecho de que un Estado, como Bosnia-Herzegovina, demande a Serbia, ante la Corte Internacional de Justicia, por la comisión de un delito de genocidio por la matanza de Srebrenica, matanza que está acreditada con la intervención de serbios que están amparados por el Gobierno serbio, se desentiende del asunto, considerando que Serbia no es responsable aunque los hechos fueron cometidos por serbios, por lo que solo cabe la responsabilidad penal individual y no la institucional del Estado<sup>12</sup>.

Obviamente, estamos ante una falta de ética aunque se haya aplicado la estética del derecho.

Es lo mismo que sucedió tras la Segunda Guerra Mundial, en el que el Tribunal de Nuremberg condenó a 12 alemanes a la pena capital, 7 a diversas penas de prisión y 3 que fueron absueltos. Como se sabe, el Tribunal Internacional Militar de Tokio tuvo a

---

<sup>8</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 827(1993), de 25 de mayo.

<sup>9</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994), de 8 de noviembre.

<sup>10</sup> Entre otros, los de Camboya, Líbano, Sierra Leona, etc. donde se constituyen cámaras especiales en tribunales internos, con magistrados de extracción internacional, para asuntos concretos.

<sup>11</sup> Actualmente hay 122 Estados Partes. Véase

[http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/asian%20states.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/asian%20states.aspx)

(visitado 5 marzo 2014).

<sup>12</sup> Véase la sentencia de la C.I.J. de 26 de febrero de 2007.

su vez el siguiente resultado: 7 penas capitales 16 reclusiones perpetuas y 2 diversas penas de prisión.

Pero, y he aquí la relación con el deber de aseguramiento, sólo fueron enjuiciados los vencidos porque los pretendidos Tribunales internacionales fueron creados por los vencedores y ninguno de ellos se le ocurrió siquiera que en su lado se cometieron cruentísimos crímenes de guerra que hubieran merecido la misma represión y la misma repulsa. Además, la mayoría de las penas impuestas no se ejecutaron nunca.

Tras más de sesenta y cinco años desde que se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el único avance sustantivo realizado en los últimos años en materia de derechos humanos, por tanto, como he dicho, ha sido la creación de la Corte Penal Internacional, que en mi opinión debería ser innecesaria si todos los Estados asumieran el principio jurídico de la jurisdicción universal, pero es verdad que la reticencia de los Estados a esta eventualidad de enjuiciar los crímenes cometidos en el extranjero por extranjeros no es de su agrado. Obsérvese la actitud del Gobierno español ante el enjuiciamiento de los crímenes de genocidio, terrorismo y tortura en Argentina y Chile, que se ha venido manifestando en las declaraciones de los distintos Presidentes del Gobierno o de los distintos Ministros de Asuntos Exteriores, e incluso en la actitud de los fiscales encargados de estos casos en la Audiencia Nacional. Aunque esto no es patrimonio de nuestro Gobierno. Esta situación es compartida, en general, por la mayoría de los Gobierno, por lo que sólo gracias a la independencia del poder judicial se pueden lograr estos objetivos.

En este marco de la represión de los crímenes internacionales no conviene perder de vista la creación por el Consejo de Seguridad de dos Tribunales penales *ad hoc*, aunque anteriormente ya se había intentado sin resultado positivo alguno en Vietnam, Irak, Chechenia, Burundi, Zaire o Camboya: el *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidos en el territorio de la Ex-Yugoslavia desde el de enero de 1991* y el *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a los ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de otros Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

Sin embargo, en ambos Estatutos, una vez más, se establece el principio de la responsabilidad penal individual, no la de los Estados<sup>13</sup>. Ambos Tribunales conocen de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de las violaciones de los Convenios de Ginebra. Ha sido justificadamente criticado el hecho de establecer jurisdicciones selectivas o como dice RUSSBACH una justicia internacional a la carta<sup>14</sup>, para el enjuiciamiento de aquellos hechos que interesan a las grandes potencias, pero al menos, podría haberse dignificado esta circunstancia, no dando la sensación de impunidad, es decir, haciendo eficaces a dichos Tribunales, pero la realidad de la eficacia de estos Tribunales se detecta si observamos que en tanto tiempo de funcionamiento no sólo no ha sido capaz de detener a los grandes responsables sino que ni siquiera ha dado satisfacción mínima ni a las víctimas ni a la comunidad internacional que con tanto

---

<sup>13</sup> Véase OLLÉ SESÉ, M.: *Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional*, Ed. UNIA, Sevilla, 2008.

<sup>14</sup> RUSSBACH, O.: *Une justice internationale à la carte*, en *Politique Internationale*, nº 67, 1995, pp. 313-326.

entusiasmo esperaba su creación. Ni siquiera la detención de Kovacevic, en julio de 1997 por miembros de las fuerzas de la OTAN en Bosnia-Herzegovina y su posterior puesta a disposición del Tribunal ni la de Milosevic en junio de 2001<sup>15</sup> han hecho crecer la esperanza en esta jurisdicción internacional.

El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 que establece la Corte Penal Internacional, de carácter permanente en La Haya, indica que dicho tribunal tendrá jurisdicción sobre los crímenes más graves, como el de genocidio, los crímenes contra la Humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión<sup>16</sup>.

Por supuesto el ámbito de aplicación personal se reduce a la responsabilidad individual, como ya he dicho, aunque el artículo 28 reconoce también la responsabilidad del Comandante o los superiores jerárquicos, pero siempre a título individual, nunca a título estatal. Excluye de su jurisdicción a aquellas personas que se le pueda aplicar la eximente de la obediencia debida (artículo 33).

Es verdad que este Estatuto ha recogido en esencia no sólo los grandes crímenes, con las particularidades de las últimas barbaries cometidas en la ExYugoslavia, Ruanda, Somalia, etc. pero soy, una vez más, escéptico respecto a la eficacia del mismo. La práctica de este tipo de jurisdicción hasta la fecha no alienta ningún entusiasmo y la lentitud en el proceso de ratificación, así como la oposición de su participación por parte de Estados Unidos, China o La India, y las críticas de otras Grandes Potencias, a pesar de haberlos firmado garantizan su fracaso.

Ya la historia tiene suficientes experiencias como para que se necesite urgentemente la Corte Penal Internacional. No hay que olvidar que, como ha recogido Gijón DE VRIES con excesiva frecuencia, los objetivos políticos han prevalecido sobre las exigencias de la justicia. Pongamos por ejemplo el esfuerzo realizado para juzgar a los criminales de guerra tras la I guerra mundial. De la lista de 20.000 personas elaborado por una comisión creada bajo el Tratado de Versalles, sólo 12 fueron finalmente condenadas. Después de la II Guerra Mundial, los aliados enjuiciaron alrededor de 5.500 personas en el Lejano Oriente. Los juicios de Tokio terminaron en 1951. A finales de 1953 no quedaba una sola persona en la cárcel. En 1954, dos de los 28 grandes criminales que fueron condenados llegaron a formar parte del Gobierno japonés.

Y las esperanzas puestas en la Corte Penal Internacional pueden ser meras quimeras. No hay que olvidar que, como ya he señalado, la mitad de la población del mundo estaría fuera de su marco de acción, dado que, como he dicho, ni Estados Unidos ni China ni La India lo aceptan.

Además, las condiciones en las que se prevé que pueda sentarse en el banquillo a un responsable de crímenes internacionales son leoninas. A ningún gobernante en el poder, porque se requeriría el consentimiento del Estado, a ninguno de los que han gobernado porque ellos se preparan leyes de punto final y a sus subordinados, leyes de obediencia debida.

Con este panorama es lógico que los defensores de la causa de los derechos humanos y las libertades fundamentales reivindicquen la jurisdicción universal para dar

---

<sup>15</sup> Esta noticia fue ampliamente comentada en el Diario EL PAÍS de 28 de mayo de 1999.

<sup>16</sup> Un análisis más detallado de este Tribunal puede verse en CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: La Corte penal Internacional, Dikynson, Madrid, 2002 y LIROLA MARTIN, I. & MARÍN MARTÍNEZ, M.: La Corte Penal Internacional, Ariel, Barcelona, 2001.



la oportunidad, al menos, de que en cualquier lugar, con independencia de donde se hallan cometido los crímenes, puedan ejercerse las acciones penales que lleven a los responsables a la cárcel. Sería la ética de los tribunales frente a la estética de la política. Ahora bien, ¿se acciona este mecanismo de control?

### 3. La Jurisdicción Universal a través de la represión nacional

La represión nacional responde a la filosofía de las obligaciones *erga omnes* y de los crímenes internacionales<sup>17</sup>, es decir, cualquier Estado puede, de oficio, solicitar que se persiga a los responsables de la comisión de tales crímenes o perseguirlos directamente, con independencia de que la comisión la hayan realizados nacionales de dicho Estado, o contra nacionales de dicho Estado o en territorio de dicho Estado, esto es, la jurisdicción es universal, lo que justifica que cualquier Estado tiene la obligación de perseguir/enjuiciar o extraditar para que se enjuicie a todo responsable individual sobre el que pese una convicción o indicios racionales de criminalidad internacional<sup>18</sup>. Esta es la base jurídica que argumentó Israel para el enjuiciamiento del Sr. Eichmann<sup>19</sup>, oficial nazi que perpetró crímenes internacionales durante la Segunda Guerra Mundial<sup>20</sup>, o en el CASO DEMJANJUK CONTRA PETROVSKI, el Tribunal de Apelaciones itinerante de los Estados Unidos, en 1985<sup>21</sup>, decidió aceptar la extradición solicitada por Israel de un guardián de un campo de concentración nazi, basándose en el principio de jurisdicción universal, a pesar de que el crimen no había sido cometido ni en territorio de los Estados Unidos ni de Israel, ni por ciudadanos israelíes ni contra ciudadanos israelíes.

O el famoso CASO FILARTIGA, entre otros, supuso una confirmación dado que un Tribunal Federal norteamericano juzgó al Sr. Filartiga, antiguo miembro de la policía política paraguaya, a pesar de que los delitos no habían sido cometidos en territorio de los Estados Unidos ni había implicado ciudadanos norteamericanos<sup>22</sup>.

Pero, quizás, el ejemplo más llamativo de esta lucha ética de los jueces frente a la lucha estética de los gobiernos, en el ámbito de la jurisdicción universal, se pueda encontrar en el caso español.

Permítanme a título de ejemplo, algunos asuntos llevados a cabo en España en este tema para comprender las dificultades alcanzadas.

Si el Código Penal Militar español recogía ya la incriminación de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario como el homicidio intencional, la tortura,

<sup>17</sup> Su fundamentación y límites, puede verse en PÉREZ CEPEDA, A.I.: El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. La naturaleza jurídica de la jurisdicción universal, desde el punto de vista del Derecho Internacional la he podido analizar en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: Naturaleza jurídica de la jurisdicción universal, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, vol. 18, 2007, pp. 333-381.

<sup>18</sup> Una panorámica, desde el punto de vista penal, puede verse en OLLÉ SESÉ. M.: Justicia Universal para Crímenes Internacionales, La Ley, Madrid, 2008. Desde el punto de vista internacionalista, véase SÁNCHEZ LEGIDO, A.: Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>19</sup> Ver los pormenores del caso en <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/>

<sup>20</sup> Véase FAWCETT, J.E.: The Eichmann Case, en British Yearbook of International Law, 1962, vol. 38, pp. 181 y ss.; y SCHWARZENBERGER, G.: The Eichmann judgement, en Current Legal Problems, 1962, vol. 15, pp. 248 y ss.

<sup>21</sup> Demjanjuk versus Petrovsky, 776 F., Second 571, 6<sup>th</sup> Circ. 1985, cert. Denied, 475, U.S. 1016, 1986.

<sup>22</sup> Filartiga versus Pena-Irala, 630 F., Second 876, 881-883, Second Circ., 1980.

incluyendo los experimentos biológicos, los ataques indiscriminados contra la población civil, etc.<sup>23</sup>, el actual Código Penal Común, dedica un título completo a los delitos contra la comunidad internacional, entre los que señala los delitos contra personas protegidas, los delitos de genocidio, o los de las víctimas de los conflictos armados<sup>24</sup>. Es verdad que, como reconoce RODRÍGUEZ VILLASANTE, no se reconocen todos los crímenes internacionales pero los que se reconocen si son crímenes internacionales<sup>25</sup>.

En realidad España no hace más que cumplir con sus obligaciones internacionales, en el sentido de que se había comprometido a imponer penas por delitos tipificados internacionalmente en numerosos Convenios de los que España forma parte. Son, pues, obligaciones convencionales<sup>26</sup>.

Sin ánimo de entrar a analizar este articulado del Código Penal español, en consonancia con todo el ordenamiento jurídico si merece la pena destacar una dimensión importantísima como es el principio de la jurisdicción universal que España acepta no sólo en los numerosos Tratados Internacionales de los que forma parte, sino como principio y que, de forma expresa, recogía el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de junio. Así, la jurisdicción española podría conocer de hechos delictivos cometidos por extranjeros en el extranjero, en el caso de genocidio (art. 607 del Código Penal) o de apoderamiento ilícito de aeronaves (arts. 39 y 40 de la Ley 29/1964, Penal y Procesal de la Navegación Aérea).

Vemos, pues, como en estos delitos, la jurisdicción española era muy amplia, sin basarse exclusivamente en normas convencionales, aceptando la jurisdicción universal.

Igualmente podría conocer de delitos causados en el extranjero, por extranjeros contra bienes, derechos o intereses de un nacional español, recogándose de forma expresa (art. 23.4 LOPJ) el delito de terrorismo y el de tortura.

Aquí exigía el elemento de la conexión con un nacional español como víctima.

La actividad gubernamental española viene considerando, en la teoría, la globalización del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, pero ello no se acompaña de la práctica porque, a veces, su acción diplomática, sus instrucciones a los fiscales y sus discursos políticos se dirigen exclusivamente a la protección de los derechos humanos cuando han sido conculcados a alguno de sus ciudadanos y si estos no tiene graves repercusiones diplomáticas porque cuando las tiene, tampoco. Léase el caso Carmelo Soria en Chile u otros. En el caso Carmelo Soria, por ejemplo, el Gobierno español ha venido manteniendo negociaciones con el de Chile desde mediados de 1996 para tratar de obtener una “reparación moral”<sup>27</sup>. Y esto, hay

---

<sup>23</sup> Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.

<sup>24</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, BOE de 24 de noviembre 1995. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: Protección penal de las víctimas de la guerra en el Código penal español de 1995. Garantía del respeto de los derechos en caso de conflicto armado, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, julio de 1998, nº 9, pp. 223 y ss.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: Protección penal de las víctimas de la guerra... op.cit., p. 230.

<sup>26</sup> El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 21 de marzo de 1950 si establece por primera vez de forma más clara el principio de la jurisdicción universal.

<sup>27</sup> Ver en este sentido FERRER LLORET, J.: Impunity in cases of serious human rights violations: Argentina and Chile, en Spanish Yearbook of International Law, 1996, pp. 3 y ss.



que decirlo, tiene mucho que ver con el color del Gobierno. No es lo mismo la percepción de esta ética en un gobierno de derechas que en un gobierno de izquierdas.

Afortunadamente los Estados no son sólo los gobiernos. Por ello, la independencia del poder judicial, en las sociedades democráticas, permite que haya jueces sensibilizados con estas cuestiones y hayan incriminado a extranjeros, por crímenes internacionales cometidos en el extranjero, contra nacionales o no, si esos crímenes son de Derecho Internacional.

Es el caso de las actuaciones y procesamientos llevados a cabo en el seno de la Audiencia Nacional por los crímenes internacionales cometidos en Argentina, Chile, Guatemala, China, etc.

Los jueces de la Audiencia Nacional han venido instruyendo varios procesos contra Pinochet<sup>28</sup> y contra militares argentinos (casos como por ejemplo CABALLO o SCILINGO)<sup>29</sup>, a pesar de las leyes internas de obediencia debida o de amnistías (declaradas inconstitucionales por los tribunales argentinos)<sup>30</sup>. Sin duda, fue la detención de Pinochet en Londres, como consecuencia de la orden de búsqueda y captura cursada a la Interpol por el juez García Castellón que se inhibió a favor del juez Garzón por las conexiones de los delitos, a través de la *Operación Cóndor*, la que más interés ha despertado<sup>31</sup>.

Es verdad que la Audiencia Nacional española dictó el 19 de abril de 2005 una sentencia contra el ex oficial de la marina argentina Adolfo Scilingo<sup>32</sup>, condenándolo a 640 años de prisión por delitos de lesa humanidad cometidos durante el último gobierno militar argentino (1976-1983). En realidad, a pesar del ruido, era la primera sentencia que condenaba a un extranjero, por delitos cometidos en el extranjero contra extranjeros, aplicando el principio de jurisdicción universal.

Ahora bien, esta sentencia ha encontrado ecos distintos en la doctrina, como, por ejemplo, TOMUSCHAT, quien considera que la base o el fundamento no es la jurisdicción universal, tal como alega la propia sentencia. En opinión de TOMUSCHAT, los actos cometidos por Scilingo ni eran actos de genocidio ni de terrorismo, sino de crímenes contra la humanidad para los que la ley nacional española no establece este tipo de jurisdicción. La única argumentación posible de la Audiencia Nacional era la de la presencia del condenado en suelo español, quien había llegado a España para declarar en otro procedimiento abierto por los vuelos de la muerte<sup>33</sup>.

No obstante, independientemente de estos casos, yo sólo voy a referirme a dos casos en los que ha habido pronunciamientos expresos sobre la naturaleza jurídica de la

---

<sup>28</sup> Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre 1998 y Auto de la misma Sala, de 5 de noviembre de 1998.

<sup>29</sup> Ver los casos Ricardo Miguel Caballo y Adolfo Scilingo (Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005).

<sup>30</sup> No hay que olvidar que la Corte Constitucional argentina, en el caso SIMON, de 14 de junio de 2005, declaró inconstitucional las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final.

<sup>31</sup> Para conocer el origen de las imputaciones y el seguimiento procedimental, véase GONZÁLEZ VEGA, Javier A.: La Audiencia Nacional contra la impunidad: los “desaparecidos” españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos, en Revista Española de Derecho Internacional, 1997, vol. XLIX, nº1, pp. 285 y ss.

<sup>32</sup> GIL GIL, A.: The Flaws of the Scilingo Judgement, en Journal of International Criminal Justice, vol.3, nº 5, 2005, pp.1082-1091.

<sup>33</sup> TOMUSCHAT, C.: Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo case, en Journal of International Criminal Justice, vol.3, nº 5, 2005, pp.1074-1081.

jurisdicción universal que es lo que aquí me interesa resaltar. Se trata del Caso Guatemala en cuyo recorrido judicial se ha podido comprobar las enormes dificultades jurídicas habidas para la aceptación final y definitiva de la jurisdicción universal.

Rigoberta Menchú había presentado en 1999 un recurso, ante la jurisdicción española y, aunque menciona en su recurso el asalto a la Embajada española en Guatemala, en enero de 1980, donde murieron 3 españoles, uno de ellos con estatuto diplomático, el centro de su demanda es la investigación de asesinatos, torturas y detenciones ilegales cometidas durante la Presidencia de Romeo Lucas García y Efraín Ríos Montt.

El Juzgado Central de Instrucción nº 5, por Auto de 27 de marzo de 2000 se declaró competente. El Ministerio Fiscal, recibiendo instrucciones del Gobierno, recurrió en reforma este auto ante el mismo juzgado, que fue desestimado por Auto de 27 de abril de 2000.

El Ministerio Fiscal, ante esta desestimación, recurre en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, apelación que el Pleno de la Audiencia estima, por lo que declara improcedente que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 pueda tener jurisdicción en este caso.

Esta decisión judicial de la Audiencia Nacional fue recurrida en casación por infracción de ley y precepto constitucional, ante el Tribunal Supremo quien se pronunció en la Sentencia de 25 de febrero de 2003.

¿Qué era, en realidad, lo que tenía que debatir el Tribunal Supremo? Si la norma contenida en el art. 23-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya mencionada, tiene o no su fundamento en el principio de jurisdicción universal del Derecho Internacional.

El razonamiento del Tribunal Supremo alegó que este principio requiere la conexión de la nacionalidad de la víctima o del autor o de la presencia del acusado en territorio español por lo que no era posible establecer la extensión extraterritorial de la jurisdicción. Esta sentencia ha sido criticada, sobre todo, por la doctrina iusinternacionalista, en especial, la española.

Pues, bien, contra la sentencia del Tribunal Supremo se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español que, finalmente, adoptó la Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre<sup>34</sup>.

Las conclusiones del Tribunal Constitucional español fueron las siguientes:

“tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la Ley y que, además, se muestran

---

<sup>34</sup> Esta sentencia ha sido estudiada por la doctrina iusinternacionalista española. Entre otros, ver PIGRAU SOLÉ, A.: 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, en Revista Española de Derecho Internacional, tomo 2, vol. LVII, 2005, págs. 893 a 911. Ver también RUIZ MIGUEL, C. y BERMEJO GARCIA, R.: Una Sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (Nota a la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional), en Revista Española de Derecho Internacional, tomo 2, vol. LVII, 2005, págs. 911 a 924.

palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ”.

Por tanto, el Tribunal Constitucional español consideró la prevalencia de la jurisdicción universal sobre la existencia o no de intereses españoles. En este sentido, como dice SANTOS VARA, “la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 tiene el mérito de poner fin a la incertidumbre en la que estaba inmerso el contenido y alcance de la aplicación extraterritorial del Derecho penal en relación con el genocidio y los crímenes contra la humanidad, tras las discrepancias manifestadas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional a través de sus pronunciamientos, y pone también freno a los intentos de la Audiencia Nacional de introducir limitaciones en el ejercicio de su competencia para enjuiciar a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos que han tenido lugar fuera de nuestras fronteras”<sup>35</sup>.

A raíz de estas actuaciones, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó en Pleno el 3 de noviembre de 2005 establecer las líneas de actuación al respecto, por lo que pronto se vio en la necesidad de admitir una querrela, el 10 de enero de 2006 contra el ex-Presidente de China, el ex-Primer Ministro y otros contra el genocidio cometido contra el pueblo tibetano, sin que se mencione ningún interés directo español.

En este otro caso singular, España ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta doctrina del Tribunal Constitucional. Me refiero al Caso *Falun Gong*, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006.

El 3 de septiembre de 2004, 15 miembros del grupo *Falun Gong*, movimiento espiritual chino, convertido en un símbolo de la disidencia china tras los acontecimientos de la Plaza de Tiananmen, presentaron una querrela criminal contra Jia Qinglin, Presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino (número 4 del régimen), junto a otros cuatro, Zhang Xiaoguang, Zang Sianlin, Dong Zongfong y Gao Kuixian, tras la ampliación de querrela presentada el 30 de noviembre de 2004, por delitos de genocidio y terrorismo.

El Juzgado Central de Instrucción nº 2 dictó el Auto de 16 de septiembre de 2004 rechazando la querrela criminal. Este Auto fue recurrido en reforma y fue nuevamente rechazado en Auto del mismo Juzgado de 8 de octubre de 2004. Este último fue recurrido en apelación e, igualmente, fue rechazado, en este caso por la Audiencia Nacional, en su Auto de 29 de abril de 2005. Este, a su vez, fue recurrido en casación ante el Tribunal Supremo, que se pronuncia acatando la doctrina del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala, por lo que ordena a la Audiencia Nacional a investigar el caso.

Es verdad que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 desarrolla toda una crítica a la doctrina de la aceptación de la jurisdicción universal pero que los magistrados se consideran vinculados por lo establecido por el Tribunal Constitucional, por lo que aceptan su doctrina.

---

<sup>35</sup> SANTOS VARA, J.: La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, vol. 11, 2006, p. 20.

La lista de delitos fue ampliándose paulatinamente por leyes posteriores a la corrupción de menores (Ley Orgánica 11/1999), mutilación genital (Ley Orgánica 3/2005), tráfico ilegal de personas (Ley Orgánica 13/2007), eliminándose el de falsificación de moneda (Ley Orgánica 1/2009).

Sin embargo, el Gobierno de Rodríguez Zapatero, adalid de la defensa de los derechos humanos de los gays, de los dependientes o de las mujeres maltratadas mostró menos sensibilidad por la lucha contra la impunidad a nivel universal. Para ello, modificó sustancialmente el art. 23-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconvirtiéndolo en un reflejo lejano de la auténtica naturaleza de jurisdicción universal. En este sentido, el hasta hoy, vigente artículo 23-4º de la LOPJ señala textualmente<sup>36</sup>:

Los apartados 4 y 5 del artículo 23 quedan redactados de la forma siguiente:

«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.

5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo.»

---

<sup>36</sup> Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, 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 (BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009).

Como puede verse, el principio de jurisdicción universal quedó desvirtuado completamente. A pesar de ello, los jueces españoles han buscado fórmulas para incriminar a personas por la comisión de estas gravísimas violaciones de derechos humanos y, desde entonces, han continuado conociendo de asuntos que han incomodado al Gobierno.

Quizás el que ha provocado mayor incomodo al Gobierno español ha sido el caso de China, en el que se ha imputado, e incluso acusado a altas autoridades del Estado chino por la comisión de crímenes de genocidio o de lesa humanidad. La Audiencia Nacional, en noviembre de 2013 ordenó detener al ex-presidente chino Jiang Zemin. Esto ha provocado que, finalmente, el Gobierno del Presidente Rajoy haya presentado ante las Cortes Generales un Proyecto de Ley y que, a día de hoy, está a punto de ser publicado oficialmente, tras su aprobación en el Parlamento español. En esta propuesta se limita al máximo la competencia de la jurisdicción española en materia de justicia universal para luchar contra la impunidad. Es más, incluso en una disposición final se establece el sobreseimiento de los casos pendientes, para que no quede ninguna duda del alcance que le ha querido dar el Gobierno<sup>37</sup>.

Por último, permítanme otro ejemplo, desde donde puede concebirse esta óptica de la lejanía entre el deber de asegurar los derechos humanos y las conductas contrarias, sin recurrir al fácil paradigma de Guantánamo o de China respecto al Tibet o a Rusia, respecto a Chechenia. Algo mucho más próximo a nosotros.

Ya todos sabemos que el Presidente Bush, de los Estados Unidos, entrará en la historia por las medidas que puso en marcha en su particular lucha contra el terrorismo, sin garantizar siquiera la seguridad ni a sus ciudadanos ni al resto del mundo.

Una de esas medidas ha sido la transferencia de presos (?) sin garantías legales, junto a la existencia de cárceles secretas o al abominable Guantánamo. Pues bien, Europa ha sido complaciente o tolerante, en términos políticos, y colaboradora necesaria en términos jurídicos.

Está probado que ha habido transferencia de personas sin las garantías procedimentales mínimas exigidas en un estado de derecho, a través de vuelos fletados por la agencia norteamericana de inteligencia y que han salido, sobrevolado o escalado territorio europeo, con conocimiento de las autoridades pertinentes o, mucho peor, ignorados para evitar el reproche. Cuando menos, se ha permitido la utilización del espacio aéreo o de los aeropuertos directamente, eludiendo las responsabilidades contempladas en el Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional.

Pero, en derecho, no hay que olvidar que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento y que la omisión también es delictiva.

Es más, la falta de garantía en los traslados es fe de que los mismos se realizan para proceder a interrogatorios donde se practica la tortura y los malos tratos, prohibición que hoy por hoy representan normas de derecho imperativo para todos los Estados, todos los gobernantes y todos los ciudadanos, no admitiéndose ninguna excepción.

---

<sup>37</sup>Ver un análisis muy genérico en SORIANO RODRÍGUEZ, M.: El principio de jurisdicción universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿Un paso atrás en la lucha contra la impunidad?, en [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/PRINCIPIODELAJURISDICCION.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/PRINCIPIODELAJURISDICCION.PDF) (visitado 4 marzo 2014).



Tuvo que ser el Consejo de Europa quien diera la voz de alarma, junto a las denuncias de organizaciones humanitarias y a la valentía de algunos medios de comunicación. Ese testigo fue recogido por el propio Parlamento Europeo que este mismo mes ha hecho público un informe demoledor para la mayoría de las democracias occidentales.

Es verdad que no todos los Estados europeos tienen el mismo grado de implicación. Algunos se han involucrado directamente, participado en el rapto o en el secuestro de sospechosos, colaborando en la detención, custodia y traslado de ciudadanos propios o de residentes europeos. Otros han sido cómplices directos y otros cómplices pasivos.

Afortunadamente, España, hasta donde hoy se sabe públicamente, ha sido de los cómplices pasivos, aunque esto no elude su responsabilidad política.

La Unión Europea está construyendo un llamado espacio de libertad, seguridad y justicia, basado, como dice el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, en el escrupuloso respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta es nuestra seña de identidad, la que, además, nos reclaman millones de desheredados del mundo, frente a la de Estados Unidos o de otras superpotencias.

Pues bien, las detenciones ilegales llevadas a cabo por las autoridades de inteligencia de los Estados Unidos violan una serie de derechos inalienables de toda persona humana, como la ausencia de garantías procesales o consulares, la desaparición forzosa, el traslado forzoso, el arresto arbitrario y la tortura, todos ellos considerados crímenes internacionales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a prohibir una extradición, con todas las garantías legales, por el hecho de que en el lugar de destino, el extraditado puede ser sometido a la tortura del “corredor de la muerte”. La base de la argumentación del Tribunal Europeo es, precisamente, que no sólo no hay que torturar sino que hay que prevenir que se torture. Es una obligación positiva que va más allá de la mera acción. Hay que impedir que otros torturen<sup>38</sup>.

Si esto es así, qué pensaría de la actitud de los gobiernos europeos en este marco de las detenciones ilegales y su transferencia forzada, sin garantías, para ser sometido a interrogatorios ilegales, donde se practica la tortura sistemática o el rechazo en frontera de inmigrantes, utilizando métodos represivos impropios de Estados democráticos, violentando los más elementales derechos humanos, o el rechazo automático en frontera o, mucho peor, el traslado de inmigrantes a ninguna parte, pero, en todo caso, fuera de las fronteras de los Estados ricos.

El problema no es que los Gobiernos sepan o no qué sucede en los aviones que sobrevuelan su espacio aéreo o que repostan en sus aeropuertos, o como intervienen los policías o la guardia civil sino que no investiguen los hechos, en el ejercicio de su responsabilidad, ni siquiera a nivel político.

No caben tibiezas ni dobles parámetros ni geometría variable. Sólo cabe la firme convicción de que no se puede sacrificar un sólo derecho humano de los conquistados con tanto dolor a la historia.

---

<sup>38</sup> CASE OF SOERING v. THE UNITED KINGDOM, (Application no.14038/88), Judgment ECHR, 7 July 1989.



Como hemos podido ver, hay una gran dicotomía entre la ética, es decir la conducta que debe orientar a los Gobiernos hacia el bien común, que en nuestro caso es el respeto de los derechos humanos y la práctica internacional de nuestros días. Por eso, los ciudadanos debemos ser celosos guardianes de los mismos y exigir a los Gobiernos y a todos los poderes públicos un escrupuloso matrimonio entre la ética y el derecho.

Sevilla, 6 de marzo de 2014