

EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL: UNA SOLUCIÓN DEFICIENTE PARA LA EVITACIÓN DE HECHOS REPUGNANTES

Jordi NIEVA-FENOLL

Catedrático de Derecho procesal
Universidad de Barcelona (UB)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN.—3. LA IRRENUNCIABLE OBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS PROCESALES.—4. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA «JUSTICIA UNIVERSAL».—5. LA DISCUTIBLE JUDICIALIZACIÓN DE ESTOS ASUNTOS.—6. LA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.—7. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE ESTOS CONFLICTOS.—7.1. Transacción.—7.2. Mediación.

1. INTRODUCCIÓN

Algo falla con la llamada «justicia universal». Se trata de una noción cargada de buenas intenciones¹, y que por fin, después de no pocos esfuerzos²,

¹ «Más voluntarista que pragmática», como acertadamente afirma BUJOSA VADELL, L., «En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española», *Diario La Ley*, núm. 7298, 2009, p. 1618. Véase también LAMARCA PÉREZ, C., «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. extra 1, 2000, pp. 60 y ss.

² Con el precedente del enjuiciamiento por crímenes de guerra de Peter VON HAGENBACH en 1474 a cargo de un tribunal *ad hoc* del Sacro Imperio Romano Germánico, y los movimientos en política internacional a partir de la Paz de Westfalia de 1648, como advierte BRITO, W., «Proceso penal internacional», en *Que Futuro para O Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 211 y ss. (véase también SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, Londres, Ed. Stevens, 1968, pp. 462 y ss., citado por el propio BRITO), esos esfuerzos fueron iniciados formalmente con los intentos de procesar al Káiser Guillermo II tras la Primera Guerra Mundial, como disponía el art. 227 del Tratado

nos ha permitido ver que algunos —muy pocos³— criminales contra la humanidad eran condenados a una pena que, en la medida de lo posible, les daba la oportunidad de resocializarse y prevenía que perpetraran ulteriores fechorías⁴, al tiempo que las víctimas veían reconocido su sufrimiento públicamente y les era compensado económicamente.

Todo ello es muy diferente a lo que había sucedido hasta entonces. No pocos de aquellos sanguinarios ultrajadores son aún glorificados por la historia oficial como grandes líderes políticos y militares, teniendo reconocimientos públicos en plazas, calles y monumentos, sobre todo cuando se proclamaron vencedores en las guerras que libraron; aunque la «gloria» también ha alcanzado a algunos de los no menos sanguinarios perdedores. Otros se beneficiaron de reconocimientos político-administrativos en sus países de origen, unas veces para garantizar su inmunidad judicial, y otras simplemente porque una parte importante de sus pueblos lo había decidido así en reconocimiento de sus «méritos», a veces por las muy positivas acciones que protagonizaron años después de haber cometido sus terribles delitos. La historia está, por desgracia, plagada de estos personajes, e incluso la cita de algunos de ellos entre elementos criminales ofendería —o al menos sorprendería— a más de uno.

Me gustaría decir que esos reconocimientos son ya imposibles en el mundo actual, pero no es así. La barbarie de las guerras sigue teniendo, por des-

de Versalles de 1919: «*The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan. In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed. The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial*». Además, los arts. 228 a 230 disponían el derecho de los aliados de procesar ante tribunales militares a los responsables de las violaciones «contra las leyes y las costumbres de la guerra».

La idea se concretó en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 (http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf), y fue desarrollada posteriormente en la Ley 10 del *Allied Control Council* de la Alemania ocupada de 20 de diciembre de 1945, que permitió la constitución del Tribunal de Nuremberg, y que enunciaba tres categorías de delitos en su art. II: delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad (<http://www.verfassungen.de/de/de45-49/kr-gesetz10.htm>). Después le siguió la creación del Tribunal de Tokio (*International Military Tribunal for the Far East*). La idea de juzgar los crímenes contra la humanidad tuvo un devenir más intenso a partir de los años noventa, como veremos seguidamente. Véase OLLÉ SESE, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 116 y ss.; KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 17 y ss.; BLATTMAN, R., La Corte penal internacional y su contribución a la justicia universal, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. y MARTÍNEZ LÁZARO, J. (coords.), *El Juez y la cultura jurídica contemporánea*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 113 y 117. En la misma obra, REMIRO BROTONS, A., «A vueltas con el principio de jurisdicción penal universal», pp. 131 y ss. También DÍAZ MÜLLER, L. T., «Globalización y principio de jurisdicción universal: un estudio de caso», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2002, núm. 105, pp. 1 y ss.

³ Véanse algunos de ellos en PERAZA, L., «La jurisdicción universal: una realidad en constante construcción», *Dikaion-Lo Justo*, noviembre 2006, núm. 15, pp. 324 y ss.

⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, Barcelona, Reppertor, 2011, p. 87.

gracia, un amplio reconocimiento social para los vencedores sobre todo, y se tienden a disculpar, o considerar como necesarios o inevitables, cualesquiera actos de violación o aniquilación que sirvan para defender a un pueblo, o a una postura política, de su enemigo. De hecho, prácticamente todos los participantes activos en una guerra tienden a adoptar —íntimamente— esa postura, pese a que acostumbran a destacar públicamente los salvajismos del bando contrario, minimizando los del propio. En no pocas ocasiones, la población en general simplemente mira hacia otro lado, incluso contando con toda la información al respecto, que normalmente no despierta tanta repulsa social como debiera. Y en consecuencia, no son pocos, ni mucho menos, los auténticos criminales de masas que no han recibido respuesta negativa alguna a sus acciones.

Creo que todo ello evidencia, muy a las claras, que algo está fallando, como decía al principio. Los criminales penados han sido muy pocos, y la mayoría de ellos han sido condenados muy selectivamente en función de criterios de oportunidad política sobre todo. Es un hecho escandaloso que las actuaciones del Tribunal Penal Internacional se hayan centrado, hasta el momento, casi exclusivamente en África en casos que no llegan a la decena⁵. Y es escandaloso porque esa escasa y selectiva labor judicial no se compagina con lo que cualquier ciudadano sensible percibe cada día, en los medios de comunicación, que está ocurriendo en el mundo en general. Si ha tenido algún efecto la «justicia universal», desde luego no ha sido el disuasorio⁶.

Como veremos después, en la primera mitad del siglo xx se pensó que lo mejor era juzgar y condenar —especialmente esto último— a los delincuentes. Ciertamente, ello es mucho más civilizado que la ejecución directa de penas de muerte o las amnistías, que era lo que se había venido practicando hasta el momento. Junto al siempre doloroso olvido.

Pero pudiera parecer que, a la postre, tantas buenas voluntades en la lucha judicializada contra la impunidad⁷, han acabado fracasando o llegando

⁵ Véase ESTAÚN SANZ, E., «La Corte Penal Internacional: ¿un laboratorio de justicia universal para África?», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 3, 2012, p. 120, quien cita los seis Estados implicados: Libia, Kenia, Sudán, Uganda, República Democrática del Congo y República Centroafricana, aunque advierte que ya se están promoviendo actuaciones de la Fiscalía en Costa de Marfil, Guinea, Nigeria, Afganistán, Colombia, Georgia, Honduras o República Democrática Popular de Corea del Norte. Véase también ONDO, T., «La compétence universelle en Afrique: essai d'analyse», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, vol. 88, 2011, núm. 1, pp. 53 y ss.

⁶ Véase MARÍN CASTÁN, M. L. y DE PRADA GARCÍA, A., «Algunas consideraciones sobre la globalización y el principio de jurisdicción universal», en ELOSEGUI ITXASO, M. y GALINDO AYUDA, F. (coords.), *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, Zaragoza, IFC El Justicia de Aragón, 2008, p. 543.

⁷ Ése ha sido el objetivo principal. Véase entre otros muchos Amnistía Internacional, *Justicia Universal. Informe*, núm. 93, 2008, p. 18. PÉREZ ESQUIVEL, A., «Necesidad de una respuesta a nivel internacional sobre la impunidad», en AAVV, *Contra la impunidad: simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos*, Barcelona, Icaria Editorial, 1998, p. 31; AMBOS, K., *Impunidad y Derecho penal internacional*, Buenos Aires 2003, pp. 191 y ss.; ALBALA, N., «La compétence universelle pour juger les crimes contre l'humanité: un principe inacceptable pour les plus puissants», en ANDERSSON, N., IAGOLNITZER, D. y RIVASSEU, V. (dirs.), *Justice internationale et impunité, le cas des États-Unis*, París, L'Harmattan, 2007, pp. 217 y ss.; CHILSTEIN, D., «Compétence universelle et justice pénale internatio-

a un punto muerto. La «justicia universal» no ha sido una buena solución en demasiados casos, y se ha encontrado con tremendos obstáculos que, por rechazables que puedan ser, no conviene que sean ignorados ni minimizados, sino debidamente afrontados. El Tribunal Penal Internacional tiene una actividad demasiado escasa. Y los abusos contra los derechos humanos se siguen produciendo día tras día.

2. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN

Entre la muy copiosa bibliografía que existe acerca de la «justicia universal», se han dado diferentes definiciones, aunque bastante coincidentes, acerca de lo que significa este concepto. Básicamente consiste en que los tribunales de todo el mundo, renunciando a los fueros o puntos de conexión tradicionales —territorialidad y nacionalidad básicamente⁸—, persigan incondicionalmente —incluso si la legislación nacional no lo prevé— los que podríamos llamar, de modo omnicompreensivo, «delitos contra la humanidad»⁹. O bien los entreguen a quien sí esté dispuesto a juzgarlos en condiciones, completándose así la regla básica en esta materia «*aut dedere aut iudicare*»¹⁰. De esa manera se evitaría la impunidad de los delincuentes y a éstos no les habría de quedar lugar en el mundo¹¹ donde refugiarse de la acción de la Justicia¹², reforzándose con ello la solidaridad entre Estados¹³ e intentando

nale: observations sur les ressorts d'une articulation complexe», *Archives de Philosophie du Droit*, 2010, núm. 53, pp. 119 y ss.

⁸ Véase MENDOZA CALDERÓN, S., «La aplicación de la ley penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España», *Revista General de Derecho Penal*, 2007, núm. 7, pp. 1 y ss.

⁹ Principio 2 - Delitos graves de derecho internacional. 1. A los fines de los presentes Principios, los delitos graves de Derecho internacional comprenderán: 1) la piratería; 2) la esclavitud; 3) los crímenes de guerra; 4) los crímenes contra la paz; 5) los crímenes de lesa humanidad; 6) el genocidio; y 7) la tortura.

¹⁰ Sobre la regla véase JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad, ¿una encrucijada dualista para el Derecho Internacional?», *Anuario de Derecho Internacional*, 2002, núm. 18, p. 88.

¹¹ Véase BUJOSA VADELL, L. M., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 71, con cita de BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Florencia, Acquarelli, 1996, XXXV, «Asili», p. 105: «[...] quantunque la persuasione di non trovare un palmo di terra che perdoni ai veri delitti sarebbe un mezzo efficacissimo per prevenirli».

¹² Existen numerosos autores que han intentado fijar el contenido del concepto. Véase WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, La Haya, T. M. C. Asser Press, 2005, pp. 56 y ss.; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y tribunales *ad hoc* y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, núm. 14, p. 1.; GARCÍA SÁNCHEZ, B., «El principio de Justicia universal en el ordenamiento interno e internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, núm. extra 2, pp. 243 y ss.; PERAZA, L., *op. cit.*, nota 3, pp. 327-328; MARÍN CASTÁN, M. L. y DE PRADA GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 6, pp. 536 y ss.; ORIHUELA CALATAYUD, E., «Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad», en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Valencia, PUV Universitat de València, 2005, pp. 156 y ss.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «La justicia universal en la jurisdicción española», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 2004, núm. 51, (Ejemplar dedicado a: Globalización y Derecho), pp. 49 y ss.; JAÉN VALLEJO, M., «Extraterritorialidad de la juris-

(Véase nota 13 en página siguiente)

hacer desaparecer con ello la estatalización de la justicia internacional, en beneficio de una justicia para el individuo —al margen de su condición de súbdito— más respetuosa con los derechos humanos¹⁴.

Probablemente, el desarrollo más elaborado del concepto sea el de los «14 Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal»¹⁵, que consisten en un compendio de lo que habría de ser la base jurídica de cualquier tribunal que decidiera ejercer esa «jurisdicción universal»: 1. Negación de la territorialidad y de la nacionalidad como fueros; 2. Observancia de las garantías procesales; 3. Plena cooperación judicial penal internacional; 4. Prohibición de inmunidad, de amnistías e imprescriptibilidad de los delitos; 5. Cosa juzgada —si no se ha alcanzado injustamente—; 6. Prohibición de penas degradantes. Concluyen los principios con una llamada a los poderes normativos de todo nivel a impulsar las medidas que favorezcan la instauración de la jurisdicción universal.

En resumen, se trata de que el imputado sea juzgado como sea, pero teniendo un juicio justo, con todas las garantías. De ahí la denominación, que sin duda es innecesariamente grandilocuente¹⁶, de jurisdicción o justicia «universal». Se intenta con la misma que no sólo las víctimas, sino la población en general, perciban que no hay lugar en el orbe que sea seguro para los responsables de atrocidades.

En realidad, sobre el concepto no se puede decir nada más que no sea redundante. A partir de ahí, la discusión debiera versar, fundamentalmente, acerca de la manera de poner en práctica todo lo anterior, que no es nada sencillo, sobre todo en aquello que, a mi juicio, es más importante en la enorme mayoría de procesos penales: la recogida, práctica y valoración de la prueba, que en este tipo de procesos plantea unas dificultades enormes.

dicción española: principio de justicia universal», en AAVV, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex, 2006, pp. 237 y ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Configuración actual del principio de justicia universal», *Cuadernos de Política Criminal*, 2007, núm. 91, pp. 47 y ss.

¹³ Véase SUAY HERNÁNDEZ, B. C., «El delito de genocidio y el principio de justicia universal», en AAVV, *Contra la impunidad...*, op. cit., nota 7, p. 101.; JIMÉNEZ GARCÍA, F., op. cit., nota 10, p. 73; BERGALLI RUSSO R., «Principio de justicia universal y Modernidad jurídica: papel de la justicia penal», *Jueces para la democracia*, 2001, núm. 42, p. 28.

¹⁴ Subraya y explica perfectamente este cambio de mentalidad BRITO, W., op. cit., nota 2, pp. 218 y ss.

¹⁵ Son muy fácilmente accesibles en la red. Véase por ejemplo <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html>.

¹⁶ Y no original. De hecho, se había utilizado, aún con otros fines muy alejados del presente, con mucha anterioridad, pero siempre con esa vocación enfática. Véase UN JURISCONSULTO ESPAÑOL, *Los Principios de la constitución española y los de la justicia universal, o sea concordia entre los intereses y derechos del Estado y los de los antiguos vasallos y señores*, Madrid, imprenta de don Mateo Repullés, 1821, p. 166: «Los que sobre la estatura de estos se habían alzado a contemplar la naturaleza, o sea la esencia de las cosas, como decía el divino Platón, son los que han dictado los oráculos de la justicia universal, que mas o menos pronto serán exclusivamente respetados por todos los hombres y en todos los ángulos del mundo». Antes aún, ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Madrid, Edaf, 1985, cap. VI, «De la ley», p. 82, había utilizado esa misma expresión: «Sin duda, existe una justicia universal emanada de la sola razón [...]». Véase también ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, Madrid, Alianza editorial, 2005, pp. 152 y ss.

Lo demás, en un estado razonable de mutua confianza entre órganos jurisdiccionales, no debiera presentar grandes problemas. El órgano jurisdiccional competente debería ser el del lugar de la detención a fin de eliminar discusiones basadas en simple nacionalismo jurisdiccional¹⁷. A ese lugar de la detención debieran enviarse todos los vestigios que se recojan, favoreciendo la declaración por videoconferencia de los testigos y de las víctimas, para evitar su victimización secundaria. La observancia de los derechos humanos y las garantías procesales —algunas de ellas también son derechos humanos— no habría de plantear problema en ese estado de confianza mutua suficiente entre tribunales. Y en estas condiciones de cooperación judicial total, la preeminencia como fuero del *locus delicti commissi* parece perder el sentido. Es más, incluso a los efectos de preservar la independencia y la imparcialidad judicial, lo mejor sería alejar al reo de los jueces del lugar en que acaecieron los hechos.

Por desgracia, es sabido que las cosas distan mucho de ser como se han descrito en el párrafo anterior. La mutua confianza no existe, ni siquiera entre Estados muy próximos culturalmente, como los europeos, que avanzan muy lentamente en materia de cooperación judicial penal¹⁸. Y la razón de la lentitud de ese avance es, precisamente, la falta de confianza —no siempre injustificada— en el respeto de las garantías procesales por parte de los órganos penales extranjeros¹⁹, sin descartar algunos atavismos, digámoslo abiertamente, puramente racistas.

Además, la justicia «universal» precisa generalidad en su reconocimiento internacional para que pueda ser operativa. No basta, en absoluto, con que la reconozcan algunos tribunales de unos pocos Estados²⁰ de forma unilateral. Puede pensarse, de buena fe, que ello supone un impulso a la misma, pero finalmente ese reconocimiento no resulta operativo por diversos factores, legítimos o ilegítimos, pero que insisto nuevamente en que no pueden ser ignorados, porque están y van a estar ahí. Si se echa la vista atrás y se observa qué países han aplicado, con cierta efectividad, la jurisdicción universal, el resultado es auténticamente decepcionante. Y lo es porque, por desgracia para la realización de una auténtica justicia globalizada, se han ignorado casi todos los factores enunciados en este epígrafe. Se ha querido avanzar en esta materia a golpes mediáticos —aunque con un trasfondo aterrador en cuanto a los hechos imputados—, como el del caso *Pinochet* en España, o la imputa-

¹⁷ Para ello, quizás habría que partir de una base ideológica muy vanguardista y no exenta de lógica: que las nacionalidades y las fronteras no son más que barreras militares de otro tiempo que separan artificialmente a los seres humanos, y que carecen de sentido en la actualidad.

¹⁸ Véase por todos JIMENO BULNES, M. (ed.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2008.

¹⁹ Véase *Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales* (2009/C 295/01).

²⁰ Aunque sean relevantes en política o economía internacionales, como ocurre con Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Dinamarca, Suecia o, por supuesto, España. Véase REMIRO BROTONS, A., *op. cit.*, nota 2, pp. 130-131. Véase también JIMENA QUESADA, L., *Dignidad humana y justicia universal en España*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 132 y ss.; BOLLO AROCENA, M. D., «Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004, núm. 1, pp. 9 y ss.

ción de Ariel Sharon y otros cargos israelíes en Bélgica por las masacres de palestinos en Sabra y Chatila, o el del genocidio maya en Guatemala, también en España, sin pretender olvidar otros asuntos como el del genocidio tibetano, por ejemplo, o las imputaciones de George W. Bush, Condoleeza Rice y Tony Blair entre otros, también en Bélgica²¹. Pero todos esos casos citados, para desgracia y frustración de los miles de víctimas, acabaron en nada²². Como mucho supusieron la incomodidad temporal de algunos de los imputados, que desde luego no es consuelo, porque para nada es comparable con el irreparable dolor sufrido por las víctimas. Sólo algún caso aislado, como el de *Scilingo*²³, acabó con sentencia. El resto son, como veremos después, decisiones de los tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas (Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona²⁴), órganos muy discutibles desde el punto de vista de las garantías procesales.

En conclusión, con muy buena voluntad se empezó la casa por el tejado, si se me permite la expresión. Se quiso dar un impulso en una materia que hubiera requerido de otros pasos previos para consolidarse debidamente. El resultado de ello ha sido que los países cuyos tribunales dieron más impulso a la iniciativa —España y Bélgica fundamentalmente— actualmente contienen legislaciones que, sin duda, niegan lo que se intentaba con la «justicia universal», que era justamente lo contrario de lo pretendido²⁵. Y en otros

²¹ Hubo más casos. DAVID, E., «L'exercice de la compétence universelle en Belgique dans le cas du Sahara occidental», *Revue Belge de Droit International*, vol. 43, 2010, núm. 1, pp. 36 y ss.

²² Véase las reflexiones de REMIRO BROTONS, A., *op. cit.*, nota 2, pp. 142 y ss. sobre el caso de Guatemala. También D'ARGENT, P., «L'expérience belge de la compétence universelle: beaucoup de bruit pour rien?», *Revue Generale de Droit International Public*, vol. 108, 2004, núm. 3, pp. 597 y ss.

²³ Sobre el mismo, véase MENDOZA CALDERÓN, S., «La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: el caso Scilingo», *Estudios Penales y Criminológicos*, 2011, núm. 31, pp. 431 y ss.; GALÁN MARTÍN, J. L., «El caso Scilingo: breve crónica judicial», *La Ley Penal*, 2006, núm. 25, pp. 21 y ss.

²⁴ Alude a los mismos, entre otros, BRITO, W., *op. cit.*, nota 2, pp. 233-234. Véase FRULLI, M., «The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments», *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, núm. 4, pp. 857 y ss.

²⁵ Véase el resumen de la desgraciada batalla judicial que precedió a la reforma española de 2009 en LOBET ANGLÍ, M., «El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional», *InDret*, 4/2006, pp. 1 y ss. La reforma se hizo acreedora de mucha controversia. Véase Editorial de Estudios de Política Exterior, «Contra la impunidad: España y la justicia universal», *Política exterior*, vol. 24, 2010, núm. 134, pp. 5-6; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009: Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 («Caso Tibet») y al Voto particular que formulan tres magistrados», *InDret*, 2011, núm. 1, pp. 1 y ss.; MARTÍNEZ RIVAS, F., «Notas de urgencia sobre el principio de justicia universal y la reforma del art. 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, 2010, núm. 1, pp. 359 y ss.; ALCÁZER GUIRAO, R., «El principio de justicia universal en la jurisprudencia española reciente», en CUERDA RIEZU, A. R. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (coords.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 465 y ss.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «La reforma del Principio de Justicia Universal», *Revista de Derecho Penal*, 2010, núm. 31, pp. 11 y ss.; OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., «La reforma del principio de Justicia Universal», *La Ley Penal*, 2011, núm. 83, pp. 1 y ss.; OLLÉ SESÉ, M., «La limitación del principio de justicia universal, contraria al Derecho internacional», *Iuris*, 2009, núm. 140, pp. 17-19; BOLLO AROCENA, M. D., «La reforma del art. 23. 4.º de la LOPJ: ¿el ocaso del principio de justicia universal?», *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, 2009, núm. 9, pp. 641 y ss.; RÍOS RODRÍGUEZ, J., «La restriction de la compétence

casos, como la instrucción iniciada en Argentina el 14 de abril de 2010 para la persecución de los responsables de las atrocidades del franquismo en el periodo abarcado entre 1936 y 1977, el resultado material ha sido también frustrante para las víctimas, pese al aplauso mediático que, en ocasiones, ha recibido la iniciativa.

3. LA IRRENUNCIABLE OBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

Pese a los esfuerzos de subrayar el respeto por las garantías del *due process of law* con ocasión de los procesos de Nuremberg y de Tokio, y actualmente por los tribunales *ad hoc* para Yugoslavia sobre todo²⁶, uno de los primeros errores que creo que se cometieron en esta materia fue relativizar tres garantías procesales esenciales²⁷: el juez ordinario predeterminado por la ley²⁸, la imparcialidad judicial y la cosa juzgada. De hecho, se recomendó esa relativización expresamente con respecto al primer y al tercer aspecto²⁹, y se obvió casi por completo el estudio de la segunda, que era también muy importante.

Esa relativización, en cambio, no era necesaria en absoluto, de haber sido afrontadas esas instituciones en relación con los procesos que pretendían celebrarse. Vaya por delante que cualquier relativización de garantías en beneficio de un imputado que se considera —antes de juzgarle— como un indeseable, se convierte en una aplicación de las ideas del Derecho penal del enemigo en el proceso, aunque no se advierta de esta forma. En garantías procesales no debe distinguirse entre mayor o menor gravedad de los delitos bajo ningún concepto. Ni siquiera la empatía con las víctimas puede llevar a abolir esas garantías, aunque esa empatía es precisamente el presupuesto de fondo que intenta legitimar al Derecho penal del enemigo. Todos los procesos deben celebrarse exactamente con las mismas garantías, y no podemos prescindir de ellas cuando lo único que busquemos sea un proceso judicial que deseamos fervientemente —sería ingenuo negarlo— que acabe en condena.

En consecuencia, no basta con decir que cualquier tribunal puede juzgar al imputado de determinados hechos. Para que sea asumible esa atribución de jurisdicción que desborda los límites de un Estado, debe constar, al menos, en un tratado internacional deseablemente autoejecutable³⁰. El porqué

universelle des juridictions nationales: les exemples belge et espagnol», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 114, 2010, núm. 3, pp. 563 y ss.

²⁶ Véase ampliamente BRITO, W., *op. cit.*, nota 2, pp. 220 y ss. y p. 234.

²⁷ BRITO, W., *op. cit.*, nota 2, p. 208: «Contudo, pensamos não ser incorrecto afirmar que, desde sempre também, esteve subjacente a essa ideia e vontade a de construir um processo penal internacional adequado, o que nem sempre significou um processo justo».

²⁸ Véase BASSIOUNI, C., *International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, vol. II, pp. 162 y ss.

²⁹ Véanse los Principios de Princeton 1 y 9.

³⁰ Véase REMIRO BROTONS, A., *op. cit.*, nota 2, pp. 128-129.

no es despreciable. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley exige una preconstitución *legal* del tribunal, a fin de que el órgano de mayor representación democrática de un Estado —el Parlamento— sea aquel que determine apriorísticamente la jurisdicción y competencia de los tribunales. Con ello se asegura que no constituye los tribunales un Gobierno —para evitar influencias políticas—, ni el propio poder llamado a juzgar —para evitar un ejercicio inquisitivo de la función jurisdiccional—, ni, en el caso que nos ocupa, un Estado arbitrariamente, que decide erigirse en tribunal del mundo, por motivos que pueden parecer muy legítimos, pero que en la medida en que no estén respaldados expresamente por la comunidad internacional, no tendrán auténtica legitimidad democrática, y podrán ser considerados tan peligrosos como la jurisdicción extraterritorial ejercida en los últimos años por los Estados Unidos de América³¹. En definitiva, la primera piedra hubiera debido ser un tratado internacional de jurisdicción universal.

Si no es así, cabe preguntarse, con toda licitud, por los motivos por los que un tribunal de un Estado decide perseguir unos hechos. O todavía más legítimamente, por qué un Estado ha decidido unilateralmente que sus tribunales puedan perseguir cualquiera de esos hechos. Desde luego, la respuesta sencilla es que se desea, con toda legitimidad, que delitos repugnantes no queden impunes, y que además esa autoatribución de jurisdicción no es excluyente con la que también puedan realizar los tribunales del resto de países, debiendo haber una cierta autorrestricción en este sentido³². Pero el hecho de que esa asunción sea unilateral compromete la imparcialidad de esos tribunales, porque siempre sucederá —como ya ha ocurrido con reiteración— que se persigue solamente a algunos sospechosos, pero no a todos. Y la razón de esta actuación siempre es política. Excuso al lector la cita de casos concretos, pero le invito a que repase mentalmente, incluso de forma superficial, la lista de asesinatos en masa del siglo XX, y se dará cuenta rápidamente de que acerca de algunos hechos terribles —por desgracia la enorme mayoría— ni siquiera se ha planteado la apertura de investigación alguna al respecto.

Ello evidencia la existencia de un prejuicio, fundamentado en un sesgo indudablemente ideológico, y por ello completamente inaceptable, porque se compromete la imparcialidad judicial. No es más que la prueba de que, efectivamente, el condicionamiento de la imparcialidad está presente.

Por último, se ha hablado de relativizar la cosa juzgada³³. En este caso creo que el error está más bien en la elección de la expresión, y no en su esencia. Pretendía evitarse que crímenes terribles quedasen impunes con la celebración de un proceso ridículo ante el tribunal del que es nacional el

³¹ Véase BASSIOUNI, C., *op. cit.*, nota 27, pp. 137 y ss. y pp. 158 y ss.

³² BUJOSA VADELL, L. M., *op. cit.*, nota 11, p. 75.

³³ Véase al respecto BUJOSA VADELL, L. M., *op. cit.*, nota 11, pp. 96 y ss.; GARCÍA ARÁN, M., «El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial español», en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal: (el caso Pinochet)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 83 y ss.

sospechoso, o ante otro de un Estado amigo de dicho reo³⁴. Y ello es completamente correcto. Lo que sucede es que, para ello, no hace falta relativizar la cosa juzgada. El proceso es nulo de pleno derecho, todo él, y en el ordenamiento interno tendría que ser objeto de un proceso de revisión para ser anulado, simplemente porque maquinaciones fraudulentas impiden que una farsa semejante pueda merecer el calificativo de juicio jurisdiccional³⁵.

Pero para ello, una vez más, debiera ser preciso un tratado internacional que decida que no se respeten esos procesos aparentes. Lo contrario, nuevamente, es la unilateralidad de ignorar las sentencias de los tribunales extranjeros, como se había hecho históricamente, o bien decidir qué procesos de qué Estados se respetan y qué procesos no. No existe inconveniente en que, teniendo todas las evidencias ante sí, se pueda hacer cargo de esa revisión un tribunal. De hecho, es preferible a que esa labor sea encomendada a una autoridad política, fundamentalmente por la mayor capacidad de cualquier tribunal de atender más precisamente a las circunstancias del caso concreto. Pero para evitar, nuevamente, decisiones que comprometan la imparcialidad, lo correcto es que exista una norma internacional que legitime esa actuación.

4. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA «JUSTICIA UNIVERSAL»

Los procesos que se celebran al amparo de la jurisdicción universal suelen ser impracticables, por desgracia. La razón, como antes se anunció, es la difícil recopilación y práctica de las pruebas³⁶, lo que complica su debida valoración y concluye con la aplicación de un principio que no es relativizable bajo ningún concepto: la presunción de inocencia.

Para destruir la presunción de inocencia son necesarias pruebas de cargo, que se deben obtener después de una práctica completa de todas las pruebas que sirvan a la defensa de *todas* las partes del proceso. Ha sido así desde muy antiguo³⁷, por respeto a los reos, en evitación de que sean condenados injustamente, como fruto de una simple sed de venganza fundamentada en rumo-

³⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «El principio de justicia universal y los conflictos positivos de concurrencia de jurisdicciones nacionales y supranacionales», en AAVV, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, Ediciones Bomarzo, 2007, pp. 42 y ss.

³⁵ Véase sobre esas maniobras el comprometido y documentado artículo de BAUCELLS i LLADÓS, J. y HAVA GARCÍA, E., «Posibilidades y límites del principio de justicia universal: el caso de Acteal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2007, núm. 19, pp. 143 y ss.

³⁶ De lo que ya habían sido conscientes los redactores del Tratado de Versalles de 1919: «art. 230: *The German Government undertakes to furnish all documents and information of every kind, the production of which may be considered necessary to ensure the full knowledge of the incriminating acts, the discovery of offenders and the just appreciation of responsibility*». Véase también GARCÍA SÁNCHEZ, B., *op. cit.*, nota 12, p. 274; GALÁN MARTÍN, J., *op. cit.*, nota 23, p. 22.

³⁷ GODBEY, A. H., «The place of the Code of Hammurabi», *The Monist*, vol. 15, 1905, p. 210: «*It is a fundamental principle of the Code of Hammurabi that the presumption is always in favour of the innocence of the accused: the burden of the proof is thrown upon the accuser*». Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: «*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinquere facinus nocentis quam innocentem damnari*».

res. La presunción de inocencia no es un «tecnicismo legal» despreciable. Es una garantía inexcusable. Es una exigencia ineludible.

Pues bien, para la recopilación de pruebas en estos casos es imprescindible la cooperación procesal penal internacional. Normalmente esa cooperación debe venir del lugar donde han sucedido los hechos. Y si los poderes públicos de ese lugar son defensores de su territorialidad de jurisdicción y de la legitimidad de sus tribunales —lo que suele ser el caso—, dicha cooperación es poco menos que imposible. Sólo en los supuestos en que, por la razón que fuere, esa cooperación se ha producido, el proceso ha podido celebrarse legítimamente. Ello ha ocurrido cuando algunos Estados, como Colombia con respecto a los Estados Unidos de América, por ejemplo, han decidido voluntariamente extraditar a sus nacionales en asuntos de narcotráfico. O bien cuando el Estado involucrado ha decidido, no sin dificultades, cooperar, como ocurrió con Argentina en el caso *Scilingo*. Pero si no es así, el proceso es simplemente imposible, por más voluntad que pongan los órganos jurisdiccionales que ejercen la jurisdicción universal. Incluso a veces con esa cooperación —al menos en parte—, el juicio no resulta viable por la falta de comparecencia de los imputados, como sucedió en el asunto de la muerte del periodista José Couso durante la guerra de Irak en 2003.

Pero como decía, a veces se ha producido esa cooperación. Al tratarse de violaciones en masa de los derechos humanos, los testigos son numerosísimos, como se vio en el asunto *Scilingo*. Son imprescindibles los traslados de los magistrados, o al menos de los médicos forenses, al lugar de los hechos, para practicar las exhumaciones y, en la medida de lo posible, las autopsias, o como mínimo los exámenes periciales médicos de las lesiones físicas y psíquicas, exámenes que forzosamente se demoran en el tiempo. Nada de ello es fácil, y con enorme frecuencia deviene imposible, siempre por la misma falta de cooperación, o incluso por la falta de medios económicos y personales de los tribunales investidos de jurisdicción universal para acometer esa gigantesca labor de averiguación.

De nuevo, sin esa cooperación internacional que asegure la recogida de pruebas y, en su caso, la extradición del reo, el proceso es imposible. Y no ya el auténtico proceso penal, es decir, el juicio oral, sino también la instrucción. La misma se puede iniciar, ciertamente, porque no es imposible la recogida de algunos vestigios, y las normas internas no debieran impedir ese inicio³⁸. Pero el resultado es nuevamente infructuoso, o incompleto al menos, en muchos casos. Por no hablar de las dificultades de la defensa del sospechoso en un país extranjero, aunque este hecho ha podido parecer mitigado porque, en estos casos, los imputados han acostumbrado a amasar ilegalmente grandes fortunas personales. Pero no siempre es así, y esto último también es preciso tenerlo en cuenta.

Sería deseable, una vez más, la existencia de ese tratado internacional de justicia universal que impusiera la cooperación judicial. En caso contrario, la

³⁸ BUJOSA VADELL, L. M., *op. cit.*, nota 11, p. 80.

investigación depende de la buena voluntad del Estado implicado, que suele no existir por las razones ya apuntadas, o de terceros Estados que tampoco prestan su colaboración al no estar obligados a ello, y poderles ser políticamente comprometedora. Salvo que sí que sea políticamente conveniente esa colaboración, como ha ocurrido en el caso de Serbia, a fin de poder aspirar al ingreso en la Unión Europea.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que ese tratado internacional facilitaría las cosas, pero no resolvería completamente el problema. Porque con tratado o sin él, puede producirse igualmente la resistencia política, por muy diferentes vías y artimañas, a la investigación por parte del Estado requerido.

5. LA DISCUTIBLE JUDICIALIZACIÓN DE ESTOS ASUNTOS

Llegamos, por tanto, a un callejón sin salida. No nos fiamos, por razones evidentes, de que el Estado del que es nacional el sospechoso, esté dispuesto a juzgarle debidamente. Pero la persecución en otro Estado también es muy dificultosa. Por otra parte, el nombramiento de un tribunal *ad hoc* y *ex post facto* incumple con las garantías del juez ordinario predeterminado por la ley, con todos los problemas derivados de ese hecho.

Existe, además, un dato que se ha solido pasar por alto en todos los estudios de jurisdicción universal, y que es muy relevante: los hechos juzgados suelen ser notorios. Cuando un hecho es notorio, no hay tribunal en el mundo que pueda tener la imparcialidad necesaria para juzgarlo, pero pese a ello decidimos seguir adelante con el proceso, porque es materialmente imposible encontrar a un juez que no esté influido, e impresionado, por esa notoriedad. Confiamos en la formación jurídica del juez, especialmente en materia de imparcialidad, y damos por supuesto que ello garantizará la celebración del mejor proceso posible, dando por buenos, aunque de manera no consciente, los postulados del Derecho canónico sobre certeza moral³⁹, que en el fondo están en la base del célebre «más allá de toda duda razonable», como ha destacado la doctrina anglosajona⁴⁰. Satisfactoria o no la base científica del concepto de «certeza moral», ésa es la realidad.

Sin embargo, lo que puede no ser notorio es la responsabilidad del sospechoso, y por ello parece imprescindible juzgarle, a fin de averiguar su grado de implicación en los hechos, si la tuvo. Pero nuevamente, esa implicación puede ser notoria, al ser innumerables las pruebas que la acreditan, *prima facie* incluso.

³⁹ LLOBELL TUSET, J., «La certeza morale nel processo canonico matrimoniale», *Il Diritto Ecclesiastico*, 109/1, 1998, p. 771; ALISTE SANTOS, T. J., «Relevancia del concepto canónico de «certeza moral» para la motivación judicial de la «*quaestio facti*» en el proceso civil», *Ius Ecclesiae*, vol. 22, 2010, núm. 3, pp. 667-668, y del mismo autor, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 309 y ss.

⁴⁰ WHITMAN, J. Q., *The origins of reasonable doubt*, New Haven y Londres, Yale University Press, 2005, pp. 187 y ss.

El Derecho procesal enseña que un hecho notorio no precisa prueba. Y si es así, el proceso se centra únicamente en averiguar la pena que corresponde al responsable, que también puede ser notoria para cualquier jurista avezado. En esos supuestos, la celebración de un proceso parece un mero trámite administrativo, lo que debiera plantear dudas sobre la misma necesidad de su celebración. El proceso existe para acercar al juez lo más posible a la realidad de los hechos. Si dicha realidad ya es conocida de todos, el proceso aparenta ser inconducente.

Si a ello se unen las dificultades teóricas y prácticas antes señaladas, quizás haya que llegar a la conclusión de que un proceso no es el mecanismo más adecuado en estos casos, porque cuesta un esfuerzo tremendo que, a la postre, como veremos seguidamente, sorprendentemente puede concluir en una absolución «por falta de pruebas», que choca de frente con la notoriedad.

Realmente todo ello desemboca en una tremenda paradoja. Se celebra un proceso porque es el mecanismo más humano y más perfecto de resolución de un litigio, a fin de intentar averiguar la realidad. Y sin embargo, el resultado de ese mecanismo tan depurado es insatisfactorio, bien porque los hechos y su imputación son notorios y el proceso deviene, por tanto, prácticamente innecesario, o bien porque son notorios los hechos, muy evidente a los ojos de la sociedad la imputación, pero casi segura la absolución por falta de pruebas.

Ello debe conducir, dentro de la honestidad científica, a aceptar ese resultado frustrante, perfectamente experimental, y explorar otras alternativas a la celebración de un proceso. Apuremos antes, sin embargo, la última solución, que es la que hasta el momento ha parecido más razonable desde todo punto de vista: la celebración del proceso ante un tribunal penal internacional.

6. LA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Parece ideal la creación de un Tribunal Penal Internacional⁴¹, reconocido por todos los Estados, o al menos por una amplia mayoría, que le confiera legitimidad. De un plumazo se borran casi todos los inconvenientes. Se respeta el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en toda su extensión y se consigue un grado muy razonable de imparcialidad.

Además, es esperable que con un consenso internacional tan amplio, la cooperación judicial entre Estados sea un hecho tangible, lo que vence tam-

⁴¹ Sobre el mismo, por todos BUJOSA VADELL, L. M., *op. cit.*, nota 11, *passim*; RAGUÉS i VALLÈS, R., «El Tribunal Penal Internacional. La última gran institución del siglo XX», *La Ley*, 2001, núm. 3, pp. 2145 y ss. Véase también MONTÓN REDONDO, A., «Apuntes sobre la Corte Penal Internacional en el marco de la justicia universal», en AAVV, *Homenaje a Don Eduardo Font Serra*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004, t. II, vol. 2, pp. 2059 y ss. También en *La Ley*, 2003, núm. 5, pp. 1805 y ss.; PARDO GATO, J. R., «Corte Penal Internacional y/o justicia universal: ¿las dos caras de la misma moneda?», *Revista Española de Derecho Militar*, 2008, núm. 92, pp. 109 y ss.

bién buena parte de las resistencias prácticas que enuncié en los pasados epígrafes. Sólo falta dotar de medios a dicho tribunal, y con esa misma cooperación internacional parece que el objetivo es claramente realizable, con la colaboración de todos. Se elegirán, además, a los mejores juristas del mundo para que lo integren —o al menos así debiera ser—, teniendo en cuenta la altísima responsabilidad que compete a su jurisdicción. En consecuencia, parece que todas las dudas quedan disipadas. Siempre que se produzcan las cosas de ese modo.

A partir de ahí, solamente hay que decidir si el tribunal tendrá jurisdicción exclusiva —que sería la auténtica jurisdicción «universal»— o complementaria. La primera supondrá que estos hechos execrables son de tal gravedad que no serán competencia de ningún tribunal nacional, sino que por afectar a la humanidad entera, solamente un tribunal que represente a la humanidad misma podrá encargarse de juzgarlos con la debida legitimidad supranacional. Parece, desde luego, la alternativa más aceptable, y que disipa en gran medida —no en completa medida— los conflictos políticos que puedan producirse.

Con ello se evidencia la inconveniencia de la jurisdicción complementaria⁴² que, bien al contrario, entra en una competencia absurda con los órganos nacionales, debiendo decidirse en cada caso concreto si los Estados están en condiciones de juzgar un determinado asunto⁴³. Se reincide con ello en la pa-

⁴² Que es la que tiene actualmente el Tribunal Penal Internacional de La Haya. Véase BUJOSA VADELL, L. M., *op. cit.*, nota 11, pp. 81-82 y pp. 84 y ss.

⁴³ Denuncia esa complejidad RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *op. cit.*, nota 12, p. 10. Desde luego, la misma es patente leyendo el art. 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: «Art. 17. *Cuestiones de admisibilidad*. 1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el art. 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 20.

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte 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 por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el art. 5.

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.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia

trimonialización estatal de la justicia, propia de otra época y completamente incomprensible en estos casos que, insisto, afectan a la humanidad entera.

Pero persiste el problema de la notoriedad de los hechos delictivos que antes destaque, y que desbarata todas estas buenas intenciones. Además, existe otro hecho que soslayé en parte deliberadamente con anterioridad. En estos casos, la responsabilidad de los sujetos que perpetraron los crímenes puede ser muy difusa. Y la concreta participación de todos ellos puede ser difícilísima de probar, porque no suele haber prueba documental que sustente los numerosos testimonios. Por si ello fuera poco, existe la experiencia de los tremendos problemas de identificación de los criminales nazis una vez pasado el tiempo, y que se reproducen en casos análogos⁴⁴, lo que hace que las dudas sean una constante en el proceso.

Y con ello se produce una nueva paradoja: falta de prueba en un proceso por hechos notorios, lo que desde luego es una frase puramente esquizofrénica. Es notorio el hecho. Es notorio el cargo de responsabilidad que ocupaba el imputado en la estructura criminal que cometió las atrocidades. Pero su identificación puede ser problemática. Y su directa participación y conocimiento de los hechos, también. Nuevamente, ante esa realidad se levanta el muro de la presunción de inocencia, cuyo resultado final nos parece vergonzante, en estos casos, a prácticamente toda la humanidad.

7. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE ESTOS CONFLICTOS

Por ello, no queda otro remedio que entrar en esa investigación de medios alternativos al proceso, para tratar de localizar alguna forma de que se elimine la impunidad y se reconozca el sufrimiento de las víctimas públicamente, a la vez que se les trata de reparar el daño causado a través de indemnizaciones económicas.

La ecuación es complejísima cuando resulta que la incógnita para conseguir ese resultado no puede ser un proceso, que es lo primero que le viene a la mente a cualquier jurista ante esa situación. El proceso parece que debe ser evitado, en definitiva, porque en estos casos es muy difícil que se celebre en las debidas condiciones. Por esas mismas razones es inviable un arbitraje⁴⁵, que además es marginal en la vía penal. Y una mediación, aunque en algunos casos quizás pudiera resultar reparadora, no parece tampoco a priori la mejor solución, aunque no debe ser despreciada del todo, como veremos seguidamente.

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».

⁴⁴ Aunque cada vez menos, por el destacado avance experimentado en los exámenes biométricos en los últimos años.

⁴⁵ Aunque ha sido desde antiguo muy popular en la resolución de conflictos internacionales. Véase BRITO, W., *op. cit.*, nota 2, pp. 211 y ss.

Recordemos que si un día se producen las condiciones para la creación de un tribunal penal internacional plenamente operativo al ser reconocido por la enorme mayoría de la comunidad internacional, con jurisdicción exclusiva y cooperación judicial penal plena, desde luego el proceso no será un medio a evitar, sino a promover. Pero en tanto en cuanto eso no ocurra, hay que pensar en cuáles podrían ser esas soluciones alternativas.

Para centrar la solución y dejando ahora al margen los peros ya expresados en materia de las garantías del juez natural e imparcial, hay que tener muy presente que las dificultades que han encontrado hasta ahora los tribunales penales internacionales han sido fundamentalmente políticas⁴⁶ y de índole probatoria. Debe asumirse que esas dificultades difícilmente desaparecerán jamás, o al menos no en todos los casos, especialmente las primeras, aunque sin desdeñar las segundas, teniendo en cuenta el sinnúmero de responsables de todo nivel que suele haber en cualquier conflicto armado y lo difícil que resulta probar su responsabilidad. Y en consecuencia, ante la perspectiva de no poder someter a un proceso auténticamente debido a los responsables, quedan a disposición solamente dos soluciones: la transacción y la mediación.

7.1. Transacción

Cuando cuestiones de toda índole desaconsejan la celebración de un proceso, se intenta siempre la transacción. La misma acostumbra a culminar con éxito si ambas partes están abiertas a negociar y ninguna de ellas está demasiado enrocada, sino que perciben las dificultades de culminar un proceso con éxito para las posiciones que defienden.

Pues bien, en estos casos la transacción es prácticamente imposible. La víctima aceptará indemnizaciones probablemente, pero nada le hará renunciar a que el responsable de la angustia más intensa que ha sufrido en su trayectoria vital, deba pasar por un proceso en el que reconozca su responsabilidad. Y por otra parte, el autor de los hechos muy difícilmente reconocerá sus responsabilidades. Son muy escasos los supuestos en que un asesino de masas ha reconocido los hechos imputados⁴⁷, incluso si sabe que no existe posibilidad alguna de ser juzgado, fundamentalmente por el rechazo social que siempre generan crímenes tan horribles y sistemáticos.

En consecuencia, pese a que las negociaciones de paz entre los bandos contendientes pueden tener como fruto este tipo de transacciones que sería factible que llegaran a favorecer impunidades, la aceptación de las víctimas

⁴⁶ Como advertía BUJOSA VADELL, L. M., *op. cit.*, nota 1, p. 1619.

⁴⁷ Uno de ellos fue la conocida declaración del General Juan Yagüe Blanco al *New York Herald Tribune*, ante el periodista John T. Whitaker, acerca de la matanza en Badajoz de entre dos mil y cuatro mil personas acaecida en agosto de 1936: «Por supuesto que los matamos. ¿Qué esperaba usted? ¿Que iba a llevar 4.000 prisioneros rojos conmigo, teniendo mi columna que avanzar contrarreloj? ¿O iba a soltarlos en la retaguardia y dejar que Badajoz fuera roja otra vez?». Véase WHITAKER, J. T., *We cannot escape history*, New York, The MacMillan Company, 1943, p. 113.

acostumbra a ser inexistente. Por ello, aunque ciertamente este tipo de acuerdos han logrado en pocas veces la normalización de la situación, en el mundo actual no son aceptables precisamente por el favorecimiento de la impunidad que suponen.

7.2. Mediación

Es difícil en estos supuestos encontrar a un tercero que, hablando con agresores y víctimas, consiga la evitación del proceso, pero no es imposible. No son aislados los casos de víctimas que, ante el arrepentimiento y voluntad de reparación del responsable de los hechos, deciden perdonar, o bien sin llegar a ese extremo, deciden aceptar la reparación ofrecida por una persona dispuesta a hacer todo lo posible por asumir toda su responsabilidad y reparar el daño causado. Las comisiones de la verdad y reconciliación⁴⁸ que han existido en varios países⁴⁹ que han sufrido la violencia sistemática, pese a que han sido controvertidas, enseñan que una de las funciones que podrían desempeñar con mayor eficacia es precisamente la de la mediación. Incluso algunas de ellas, tales como la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas de Argentina, aun no teniendo principalmente esa función reconciliadora, contribuyeron al esclarecimiento de los hechos perpetrados durante la dictadura entre 1976 y 1983⁵⁰.

Por tanto, parece que esas comisiones, aun sufriendo todos los obstáculos que se puedan imaginar, finalmente afrontan el problema político y probatorio de un modo que puede culminar en ocasiones con el reconocimiento de los hechos. Desde luego, allí donde se han constituido han solido dar resultados, a veces más fructíferos y otra vez más frustrantes, pero nunca han dejado de contribuir en alguna medida a la reconciliación. Quizá si esas comisiones, precluido el periodo de recogida de testimonios, dedicaran sus esfuerzos a esa mediación, los resultados que podrían obtenerse serían todavía más satisfactorios. Al finalizar todo conflicto, siempre hay responsables dispuestos a asumir sus culpas y víctimas prestas a perdonar. Ése es un magnífico caldo de cultivo para que la mediación pueda tener éxito.

Y en el fondo, si se repasa la historia de estos conflictos, se verá que pese a que hayan existido procesos, la resolución definitiva, o al menos estable, de dichos conflictos, no ha tenido nada que ver con dichos procesos, sino con el diálogo entre agresores y víctimas, sobre todo teniendo en cuenta que tanto unos como otras son muy numerosos y de muy distinto grado de afectación

⁴⁸ Sobre las mismas, TAMARIT SUMALLA, J., «Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad», en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 45 y ss.

⁴⁹ En Sudáfrica, Perú, Chile, Guatemala o Paraguay entre otros. Véase MARTÍN, A., *La mémoire et le pardon. Les commissions de la vérité et de la réconciliation en Amérique Latine*, París, L'Harmattan, 2009.

⁵⁰ CONADEP, *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, Eudeba, 1984.

y responsabilidad. Es más, en no pocas ocasiones los procesos sólo han servido para dar una imagen de superior represión de las víctimas o, peor aún, de ineficacia hacia los responsables de los hechos, sea en la celebración del proceso, sea en el cumplimiento de las condenas.

Es preciso, no obstante, determinar muy bien en estos casos cuál ha de ser el perfil del mediador. Debe ser una persona con conocimientos jurídicos, pero también antropológicos para tomar la debida conciencia del conflicto en el que está mediando⁵¹. Por último, pero no por ello menos importante, debe ser también una persona con conocimientos de psicología que le permitan acercar debidamente a las partes, siempre que ello sea posible.

RESUMEN

EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL: UNA SOLUCIÓN DEFICIENTE PARA LA EVITACIÓN DE HECHOS REPUGNANTES

La «jurisdicción universal» no ha tenido el éxito esperado en materia de disuasión y punición de conductas delictivas aterradoras, lo que contrasta con la notoriedad de los hechos enjuiciados. La flexibilización de garantías procesales esenciales no ha tenido como resultado los beneficios esperados. Por añadidura, la labor desempeñada hasta ahora por el Tribunal Penal Internacional puede calificarse como decididamente mejorable.

En suma, la judicialización de estos asuntos no ha sido tan positiva como se esperaba. La mejor solución habría de ser un tratado internacional de justicia universal que confiriera jurisdicción exclusiva —y no complementaria— al Tribunal Penal Internacional, así como que asegurara la plena cooperación judicial penal entre Estados al menos en estos casos. Pero ante las dificultades de dicha solución, debe abrirse la puerta a los medios de resolución alternativa de conflictos, en especial a la mediación.

Palabras clave: alternativa, imparcialidad, mediación, garantías, Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

THE PRINCIPLE OF UNIVERSAL JURISDICTION: A DEFICIENT SOLUTION FOR THE AVOIDANCE OF HEINOUS ACTS

«Universal jurisdiction» has not had the success expected of it in terms of serving to deter and punish heinous criminal behaviour, which contrasts markedly with the notoriety the acts brought to trial have received. The relaxation of due process has not resulted in the expected benefits and any report of the work of the International Criminal Court to date must conclude it could do better. In short, the judicialisation of such cases has not been as positive as expected. The best solution would be the drafting of an international treaty of universal justice that might confer exclusive, as opposed to complementary jurisdiction, on the International Criminal Court, while guaranteeing full cooperation between States on criminal proceedings in the above cases. However, in the face of the difficulties to which this solution might give rise, the door should be opened to alternative dispute resolution and, in particular, to mediation.

⁵¹ VINYAMATA, E., *Conflictología*, Barcelona, Ariel, 2005. Véanse también los trabajos contenidos en MORENTE MEJÍAS, F. (coord.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid, Dykinson, 2010; TOUZARD, H., *La mediación y la solución de los conflictos*, Barcelona, Herder, 1980.

Keywords: universal jurisdiction, repugnant acts, alternative dispute resolution, impartiality, mediation, due process, International Criminal Court.

RÉSUMÉ

LE PRINCIPE DE COMPÉTENCE UNIVERSELLE: UNE SOLUTION DÉFICIENTE POUR ÉVITER DES FAITS IGNOBLES

La «compétence universelle» n'a pas eu le succès escompté en termes de dissuasion et de sanction des comportements criminels terrifiants, ce qui contraste avec la notoriété des faits jugés. L'assouplissement des garanties procédurales n'a pas entraîné les résultats espérés. Par ailleurs, le travail effectué jusqu'à présent par la Cour pénale internationale peut être décrit comme laissant encore beaucoup à désirer.

En somme, la judiciarisation de ces affaires n'a pas été aussi positive que prévu. La meilleure solution serait l'élaboration d'un traité international de compétence universelle qui donne compétence exclusive —et non complémentaire— à la Cour pénale internationale, et qui assure la pleine coopération entre les États en matière de justice pénale, au moins dans ces affaires. Mais les difficultés d'une telle solution devraient ouvrir la porte aux modes alternatifs de résolution des conflits, en particulier la médiation.

Mots clés: alternative, impartialité, médiation, garanties, Cour Pénale Internationale.