
ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

Nº 30
2014

REVISTA DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO /
FACULTAD DE DERECHO /
UNIVERSIDAD DE NAVARRA /
PAMPLONA, ESPAÑA

SEPARATA

José Elías ESTEVE MOLTÓ

La Ley Orgánica 1/2014 de reforma
de la jurisdicción universal: entre el
progresivo avance de la globalización
comercial y de la deuda y la no
injerencia en los asuntos internos
de China



FUNDADA EN 1974 / UNIVERSIDAD DE NAVARRA / 31080 PAMPLONA. ESPAÑA
EDITA: SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA

ESTUDIOS DOCTRINALES

- ABAD CASTELOS, Montserrat. La *diplomacia paralela* de las organizaciones de la sociedad civil ante los conflictos: ventajas, inconvenientes y desafíos, con especial referencia a la UE 5-46
- CEBADA ROMERO, Alicia. La violencia sexual en el conflicto de Mali. La Mujer como Víctima y como Protagonista de la Lucha contra la Impunidad 47-86
- CERVERA VALLTERRA, María. El caso de la República Democrática del Congo: efectos perversos de la globalización en un estado fallido 87-138
- ESTEVE MOLTÓ, José Elías. La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China 139-201
- LÓPEZ ZAMORA, Luis A. El Unificador Fragmentado. La fenomenología de las normas de *ius cogens* en un contexto de cambio 203-250
- MORÁN BLANCO, Sagrario. Brasil: protagonismo e incertidumbres en la escena internacional 251-301
- PEZZANO, Luciano. Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos 303-346
- SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel. El Derecho Internacional ante los crímenes cometidos contra la población civil 347-389

NOTAS

- COPPELLI ORTIZ, Gerardo. Influencia normativa de las Organizaciones Internacionales Económicas en los procesos de integración económica 393-429
- GÓMEZ ISA, Felipe. El desplazamiento forzado de los pueblos indígenas en Colombia 431-455
- SEATZU, Francesco. When good intentions do not go too well: assessing the role of the Latin American Parliament in the achievement of socio-economic development in Latin America 457-478

DECISIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES 479-547

RECENSIONES 549-563



La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China*

The organic Law 1/2014, reform of universal jurisdiction: between the progression of trade globalization and debt and principle of non-interference in the internal affairs of China

RECIBIDO EL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2014 / ACEPTADO EL 29 DE SEPTIEMBRE DE 2014

José Elías ESTEVE MOLTÓ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Institut de Drets Humans
Universitat de València
j.elias.esteve@uv.es

Resumen: Mediante auto de 18 de noviembre de 2014 la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional decretó órdenes de arresto internacional contra cinco dirigentes chinos, entre ellos el anterior Presidente y Secretario del Partido, Jiang Zemin, y el anterior Primer Ministro Chino, Li Peng. Poco después el Gobierno Español, bajo la presión de las autoridades de Beijing, procedió a enmendar la Ley Orgánica del Poder Judicial, proponiendo reformas radicales y mayores restricciones a la jurisdicción universal. La Ley Orgánica 1/2014 se publicó el 10 de marzo de 2014 y desde entonces los distintos jueces de la Audiencia Nacional han interpretado y aplicado la nueva regulación con resultados contradictorios.

Palabras clave: Jurisdicción Universal; Genocidio; Crímenes de lesa humanidad; Crímenes de guerra; Torturas, reforma artículo 23.4 LOPJ; impunidad; China; Caso Tibet.

Abstract: In a judicial order of 18th November 2014 of the Criminal Court of Spain's National Court ordered international arrest warrants to be issued against five Chinese leaders, including former president and Party secretary Jiang Zemin, and former Chinese prime minister Li Peng. Soon after the Spanish Government, under the pressure of the Beijing authorities proceeded to a new revision of the Organic Law of Judiciary Power, proposing radical amendments and further restrictions to universal jurisdiction. The Organic Law 1/2014 was published on 10th March 2014 and since then different judges of the Spanish National Court have interpreted and applied the new provisions with contradictory results.

Keywords: Universal Jurisdiction, Genocide, Crimes against humanity, War crimes, Tortures, article 23.4 LOPJ reform, impunity, China, Tibet case.

Sumario: 1. REGRESO AL PASADO: EL «KOWTOW» ESPAÑOL A LOS MANDATARIOS DE BEIJING Y EL RESCATE DEL PARADIGMA DE LA IMPUNIDAD COMO GARANTÍA DE NO INJERENCIA EN LOS ASUNTOS INTERNOS 2. EL CASO TÍBET EN LA AUDIENCIA NACIONAL: DETONANTE DE LA LEY ORGÁNICA 1/2014 2.a. De los orígenes de la denuncia y las primeras presiones diplomáticas a la reforma de la justicia universal del 2009. 2.b. De los efectos de la reforma del 2009 a la causas catalizadoras de la enmienda derogatoria actual. 3. LA REFORMA PARLAMENTARIA EXPRES Y SUS POSTULADOS MÁS CONTROVERTIDOS 4. BALANCE PROVISIONAL: LOS PRIMEROS EFECTOS ADVERSOS Y CONTRADICTORIOS DEL NUEVO ARTÍCULO 23.4 LOPJ

* Estudio desarrollado en el marco del proyecto «El tiempo de los derechos. Consolider-Ingenio 2010» HURI-AGE, THE AGE OF RIGHTS. CSD2008-0007 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. REGRESO AL PASADO: EL «KOWTOW» ESPAÑOL A LOS MANDATARIOS DE BEIJING Y EL RESCATE DEL PARADIGMA DE LA IMPUNIDAD COMO GARANTÍA DE NO INJERENCIA EN LOS ASUNTOS INTERNOS

Hace siglos, en tiempos de los florecientes «Imperios del Centro», se exigía a los representantes de las misiones «bárbaras» (esto es, a los diplomáticos de los países extranjeros, entre otros súbditos), el arrodillarse tres veces e incluso el postrarse hasta nueve tocando la cabeza en el suelo, mientras el Emperador Chino, el Hijo del Cielo, permanecía impertérrito en lo alto del trono. Este protocolo de reverencia solemne al poder supremo celestial, conocido como el «*kowtow*»¹, debía llevarse a cabo para poder mantener relaciones diplomáticas y comerciales amistosas con el Imperio de Beijing. Lo que básicamente se pretendía con este ritual de corte confucionista era mostrar público respeto y sumisión al superior, esto es, reconocer de forma abierta el rango jerárquico del Emperador respecto a los súbditos o vasallos.

Los tiempos convulsos actuales entre sus numerosos y perniciosos efectos parecen haber rescatado este bochornoso ritual, propio de la etiqueta del exótico Lejano Oriente. En todo caso las diferencias resultan más que sutiles y ahora el nuevo «*kowtow*» lo ha ejecutado el gobierno español ante los nuevos jefes de Beijing, que en lugar del trono divino, se sientan en los mullidos sillones del Politburó del Partido Comunista Chino, mientras atesoran fortunas millonarias en paraísos fiscales que escapan clandestinamente de la ley y de la utopía maoísta². En todo caso este primer regreso a pasadas épocas imperiales ha resultado ser una cuestión de imperiosa necesidad, ya que debían salvaguardarse los intereses económicos y de la deuda española en manos de los nuevos amos orientales, como ha reconocido abiertamente nuestro Ministro de Asuntos Exteriores, García Margallo³.

¹ ROCKHILL, W. W., «Diplomatic Missions to the Court of China: The Kowtow Question II», *The American Historical Review*, vol. 2, n° 4 (Jul. 1897), pp. 627-643, publicado Oxford University Press en [<http://www.jstor.org/stable/1833980>].

² Haciéndose eco de una investigación del Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, distintos medios de prensa internacionales como la *BBC*, *New York Times*, *Le Monde*, *The Guardian* y *El País* publicaron documentos que ponían en evidencia a la élite «comunista» china, «Chinaleaks. Destapados millones de archivos secretos en paraísos fiscales», «La élite comunista de China oculta empresas en paraísos fiscales», *El País*, 22 enero 2014. Como en tantas otras ocasiones, esta información en webs fue de forma inmediata bloqueada por el Gobierno Chino.

³ Públicamente en una entrevista en RTVE, el ministro García Margallo, reconocía que la reforma legislativa del artículo 23.4 LOPJ obedecía a la preservación del 20% de la deuda

Concretamente el «*kowtow*» se comenzó a escenificar de forma pública y manifiesta, el 17 de enero de 2014 cuando el Portavoz del Grupo Parlamentario Popular, Alfonso Alonso, presentaba en el Congreso de los Diputados, la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Como tantas otras veces se invocaba la normativa internacional para atentar contra los valores y principios más elementales de este mismo Derecho Internacional. En la misma exposición de motivos se ha dado un salto cuántico al pasado más ancestral, obsoleto y superado de la ley internacional, situándose en los tiempos en los que los derechos humanos eran «*domaine réservé*» de los Estados. De esta forma no se ha dudado en acudir a tratados internacionales y a los compromisos suscritos en Roma que originaron el actual Tribunal Penal Internacional, para cercenar décadas de una incansable lucha contra la impunidad que había sido iniciada como último recurso por distintas víctimas de crímenes internacionales olvidados e ignorados. En efecto la jurisdicción universal estaba siendo la única tabla de salvación donde agarrarse e iniciar los casos contra aberrantes crímenes internacionales que no habían logrado obtener garantías de protección efectivas, ni a través de los distintos sistemas internacionales convencionales y extraconvencionales de Naciones Unidas, ni de los tribunales regionales de derechos humanos y mucho menos ante un muy menoscabado Tribunal Penal Internacional.

Así pues cuando se comenzaban a dar los primeros pasos de una nueva globalización de la justicia que estaba permitiendo combatir intolerables agujeros negros en la esfera internacional y que apuntaban a los máximos mandatarios de alguno de los países con derecho de veto en el Consejo de Seguridad, las alarmas políticas comenzaron a dispararse.

Y es llegados a este punto, cuando se decide dar un segundo Gran Salto, pero no hacia Delante como hiciera el Gran Timonel, sino hacia atrás, hacia un pasado, que parecía haberse ya superado. En efecto con esta nueva ley se ha regresado a tiempos caducos para poder rescatar el principio de no injerencia en asuntos internos, y así salvaguardar y proteger a responsables políticos y militares, que además de genocidas y torturadores, son sobretodo socios comerciales de primer orden. Consecuentemente como advierte la nueva re-

española adquirida por China. Véase la entrevista en [<http://www.rtve.es/alacarta/videos/el-debate-de-la-1/>].

forma legal, había que mitigar «la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado» e imponer «límites positivos y negativos» a la justicia universal⁴.

Curiosa forma de dar cumplimiento a tratados internacionales, como las Convenciones de Ginebra o la Convención contra la Tortura, o a los presupuestos más elementales acordes con la ratificación española del Estatuto de Roma que asegura «que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo» y que «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»⁵.

Pero al margen de las obligaciones internacionales suscritas por España, de las cuales haremos referencias en apartados posteriores, debiera recordarse a nuestros parlamentarios populares, que yendo más allá de nuestra tan mercantilizada identidad a través de la Marca España⁶, existen desde hace siglos otras referencias por las cuales nos han conocido más allá de nuestras fronteras. Consecuentemente y trascendiendo insensibles identificaciones comerciales y económicas, no debieran perder de vista nuestros representantes gubernamentales que desde el llamado Siglo de Oro de la doctrina jurídica española, han quedado patentes otras señas de identidad más dignas de enarbolar y defender. Siendo así juristas, como Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias y Francisco Suárez, inspirándose en el derecho natural, no dudaron en posicionarse en favor de una justicia universal. Precisamente este último apuntaba que existían una serie de conductas que podían ser calificadas como crímenes que afectaban al derecho de gentes, como eran el esclavizar a los prisioneros de guerra y los actos de piratería. Es más, apoyaba Suárez su tesis, remontándose a las actas del III Concilio de Letrán de 1179⁷. Asimismo Covarrubias expresamente defendió la «extraterritorialidad absoluta de la ley

⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, nº 157-1, 24 de enero de 2014. Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, p. 2.

⁵ Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, BOE., nº 126, de 27 de mayo de 2002, Sec. 1 pp. 18824 a 18860 en [www.boe.es/boe/dias/2002/05/27/pdfs/A18824-18860.pdf].

⁶ Léase la más que certera y apropiada reflexión crítica del profesor DE LUCAS, J., «Todo por la Marca. También los derechos humanos», *Infolibre, Al revés y al derecho*, 28 enero 2014, en [<http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=2479>].

⁷ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid, La Ley, 2008, p. 98.

penal para todos los delitos (...) que son tan graves que su impunidad, causa grave escándalo», y por tanto su persecución, «sirve de insigne ejemplo y de prevención a futuros delitos a cualquier República»⁸.

Siguiendo esta perspectiva humanista de entender y querer aplicar el Derecho, Hugo Grocio, ya en 1624 en su obra *De Jure Belli ac Pacis* aseguraba que los soberanos no deben perseguir delitos que únicamente les afecten a ellos o a sus súbditos, sino que de manera particular no pueden ignorar las grandes violaciones a las leyes naturales y de las naciones⁹. Estos primeros pronunciamientos fueron motivo de inspiración para que posteriormente en 1758, Vattel en su *Ley de las Naciones o los Principios de Derecho Natural*, asegurara que: «aún cuando la jurisdicción de cada Estado está en general limitada a castigar los crímenes cometidos en su territorio, una excepción debe hacerse respecto de los criminales que, por el carácter y la gravedad de sus crímenes, son una amenaza a la seguridad pública allá donde estén y se proclaman enemigos de la raza humana en su conjunto»¹⁰.

En todo caso fueron las graves tragedias humanitarias de las dos guerras mundiales las que acabaron por dar un impulso definitivo a la justicia universal. En efecto como nos recuerda Pigrau Solé, «poco después de la Primera Guerra Mundial quien sería juez en el Tribunal de Núremberg, Henri Donnedieu de Vabres», afirmaba que «en la comunidad de intereses existente entre los Estados en torno a la necesidad de protección penal de ciertos valores y a evitar, por tanto, la impunidad de ciertos delitos»¹¹. Este mismo espíritu se vislumbra pocos años después, en 1927, en la opinión disidente del juez Moore

⁸ COVARRUBIAS citado en OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, p. 96.

⁹ SCHIFFFRIN, L., «Hugo Grocio y la jurisdicción penal universal», *Aportes Jurídicos para el análisis y juzgamiento de genocidio en Argentina*, REZSES, Secretaría de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2007, pp. 167 y ss. Asimismo sobre los precedentes de la justicia universal, véase RANDALL, K.C., «Universal Jurisdiction Under International Law», *Texas Law Review*, vol. 66 (1988), pp.791-815. H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*: «It is proper also to observe that kings and those who are possessed of sovereign power have a right to exact punishment not only for injuries affecting immediately themselves or their subjects, but for gross violations of the law of nature and of nations, done to other states and subjects».

¹⁰ VATTEL citado en SÁNCHEZ LEGIDO: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 42.

¹¹ PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, 2009, p. 22.

en el célebre asunto Lotus¹² y casi dos décadas más tarde con ocasión de los célebres juicios de Núremberg y Tokio se aceptaron unos principios por parte de toda la comunidad internacional¹³.

Precisamente a este mismo «consenso de la comunidad internacional» es al que de nuevo se apela en la ya mencionada Exposición de motivos de la proposición de ley y posterior Ley Orgánica 1/2014 para poder justificar esa no injerencia en los asuntos internos de los Estados sobre la base de esa justicia universal, y de esta forma se puntualiza que «la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por (...) el consenso de la Comunidad internacional»¹⁴.

Sin embargo llegados a este punto e invocando ese mismo consenso internacional cabría preguntarse, si acaso la persecución de crímenes internacionales como el genocidio, no apuntan a ese acuerdo unánime de la comunidad internacional¹⁵. Es más, esa voluntad jurídicamente se expresa a través de la gestación de una norma como consuetudinaria. Pero es que además como recuerda el profesor Bou la Convención del genocidio ha sido «reconocida por la jurisprudencia internacional como norma de *ius cogens*»¹⁶. Y dado este

¹² TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Asunto Lotus*, sentencia de 7 septiembre 1927, *Opinión disidente del juez Moore*, Serie A, nº 10, p. 70: «*Dans le cas de ce qui est connu sous le nom de piraterie du Droit des Gens, il a été concédé une compétence universelle, en vertu de laquelle toute personne inculpée d'avoir commis ce délit peut être jugée et punie par tout pays sous la juridiction duquel elle vient de se trouver [...]. Bien qu'il y ait des législations qui en prévoient la répression, elle est une infraction de droit des gens; et étant donné que le théâtre des opérations du pirate est la haute mer où le droit ou le devoir d'assurer l'ordre public n'appartient à aucun pays, il est traité comme l'individu hors-la-loi, comme l'ennemi du genre humain –hostis humanis generis– que tout pays, dans l'intérêt de tous peut saisir ou punir*».

¹³ En efecto, el 13 de febrero de 1946 la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 3 (1), en la que «tomó conocimiento de la definición de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la Humanidad tal como figuran en el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 8 de agosto de 1945». Poco después en la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de la ONU «confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Núremberg y por la Sentencia de ese Tribunal» y su alcance universal.

¹⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, nº 157-1, 24 de enero de 2014. Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, p. 2.

¹⁵ Véase a este efecto la detallada monografía de la profa. BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Zarautz, UPV, 2004.

¹⁶ BOU FRANCH, V., «La regulación del genocidio en el derecho internacional y en el derecho español», en C. Ramon Chornet (ed.), *Conflictos armados. De la vulneración de los Derechos Humanos a las sanciones de Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 21-60, p. 29. De esta forma el profesor Bou Franch, recuerda toda una serie de precedentes judiciales que apuntan a este carácter imperativo de la Convención: «Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgement of 26 February 2007 (en adelante, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*), *I.C.J. Reports 2007*, párs. 142 y 161 [donde se remite

carácter nuestra legislación interna en 1985 expresamente dispuso su persecución universal¹⁷. Es más, «el que el establecimiento de la jurisdicción penal universal en estos casos en la legislación interna de los Estados sea una auténtica obligación internacional y no una simple competencia discrecional de cada Estado quedó afirmada, por analogía, en la Sentencia de la CIJ, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*»¹⁸.

En esa misma dirección nuestros propios tribunales han reconocido la persecución y castigo del crimen de genocidio «como norma de *ius cogens* que debe y es aceptada pacíficamente por la comunidad internacional», tal y como manifestó entre otros pronunciamientos, el celebre auto de procesamiento de Pinochet¹⁹ o la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) en el caso Guatemala²⁰.

a pronunciamientos previos de la CIJ en los que se reconoce que “los principios subyacentes en la Convención son principios que están reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin ninguna obligación convencional” y “que la norma que prohíbe el genocidio es con seguridad una norma perentoria de Derecho internacional (*ius cogens*)”] [citando tanto *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Advisory Opinion, p. 23, como *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002)*, ICJ Judgement, párr. 64]. Para el Tribunal Internacional para Ruanda (TIPR), véase la Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, párr. 88. Para el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia (TIPY), véase, por ejemplo, *Krstic Trial Judgement, 2 August 2001* (en adelante, Sentencia *Krstic*), párr. 541 (donde se investiga el estado del Derecho internacional consuetudinario en el momento de las matanzas de Srebrenica en 1995); y TIPY, *Popovic et al., Trial Judgement, 10 June 2010* (en adelante, Sentencia *Popovic et al.*), párr. 807».

¹⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678. Sobre el genocidio y su persecución universal, véase entre otros estudios el de CERVELL HORTAL, M.J., *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 97 y ss.

¹⁸ BOU FRANCH, V., *op. cit.*, p. 57. CIJ, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012. I.C.J. Reports 2012, párrs. 48 y 74-77.

¹⁹ Juzgado Central de instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, Procedimiento sumario 19/97, terrorismo y genocidio: «operación Cóndor», Auto de procesamiento 10.12.1998, fundamento de derecho segundo: «La resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, estima que la persecución y castigo del crimen de genocidio es un asunto de interés nacional y habría que añadir que de obligación nacional e internacional, por ello es un crimen “condenado por el mundo civilizado” y existe el compromiso legal de su persecución tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Se trata de una norma imperativa o de *ius cogens*, según el Tribunal Internacional de Justicia (opinión consultiva sobre las reservas al Convenio sobre la prohibición y prevención del genocidio de 9.12.48, de los días 15, 23 y 28 de mayo de 1951). Como norma de *ius cogens* debe y es aceptada pacíficamente por la comunidad internacional que sólo podrá verse afectada por una modificación ulterior, a través de los mecanismos específicamente previstos en el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Por otra parte y debido a ese carácter (*ius cogens*) enraizado en el Derecho Consuetudinario Internacional, es más amplio que la que acoge la Convención de 1948, de modo que partiendo del mínimo básico que ésta contiene los principios recogidos por aquella son obligatorios para todos los Estados incluso fuera su vínculo derivado del propio Convenio, y, de aplicación con base al principio de jurisdicción universal y con exigencia de cooperación asimismo universal por todos y frente a todos (*erga omnes*)».

²⁰ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, sentencia nº 237/2005 en [http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc_ing/STC2007-237-2005].

Pero claro está a pesar de este consenso internacional, la justicia universal en unos determinados casos incurre en una injerencia de los asuntos internos de China, Estados Unidos o Israel, mientras que en otros asuntos cuando se trataba de perseguir a los responsables del holocausto judío, esa misma norma imperativa internacional se encuentra plenamente vigente y no sometida a ninguna limitación. Precisamente tanto tribunales norteamericanos, como israelíes, han acudido para extraditar o procesar a genocidas nazis a esa jurisdicción universal. El precedente paradigmático que suele ser citado es el del asunto Eichmann, miembro de la Gestapo de la Alemania nazi y uno de los máximos responsables del genocidio judío. Fue condenado a muerte en 1961 por el Tribunal del distrito de Jerusalén; veredicto que fue confirmado por el Tribunal Supremo de Israel en 1962. En este caso se invocó como antecedente de la justicia universal el delito de piratería para aplicarlo al genocidio. En este sentido el tribunal israelí concluyó que «la aplicación en este caso del principio de la jurisdicción universal se encuentra plenamente justificada (...). En otros términos, la razón básica por la que el Derecho Internacional reconoce el derecho de cada Estado a ejercer tal jurisdicción sobre los delitos de piratería se aplica con mucha mayor fuerza a los crímenes antes mencionados»²¹. Otro caso relevante en materia genocida es el de Demjanjuk, oficial nazi en el campo de concentración de Treblinka. En el presente caso, Estados Unidos procedió a extraditar al acusado de genocidio a los tribunales de Israel. Ello supone un reconocimiento a esta justicia universal por parte de un tribunal federal americano que autorizó la extradición, al determinar que: «el principio

[html](#)]. Como es bien sabido el Tribunal Constitucional ya alertó en este veredicto que los límites de conexión nacional, que ya quería imponer el Tribunal Supremo sobre la persecución universal del genocidio y de otros crímenes internacionales, «desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible... en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional».

²¹ Además el tribunal añadía para reafirmar la competencia de la justicia universal que: «Not only do all the crimes attributed to the appellant bear an international character, but their harmful and murderous effects were so embracing and widespread as to shake the international community to its very foundations. The State of Israel therefore was entitled, pursuant to the principle of universal jurisdiction and in the capacity of a guardian of international law and an agent for its enforcement, to try the appellant. That being the case, no importance attaches to the fact that the State of Israel did not exist when the offences were committed». Véanse *The Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem (1961), 36 ILR 1968, p. 18; *Attorney General of Israel v. Eichmann*, Israel Supreme Court (1962), 36 ILR, 1968, p. 277

de universalidad está basado en al asunción de que algunos crímenes están condenados tan universalmente que los responsables son enemigos de todo el mundo. Por tanto, cualquier nación que tenga la custodia de los responsables puede castigarlos de acuerdo con su derecho aplicable a tales delitos»²².

En definitiva pudiera concluirse en esta primera reflexión, que la invocación del artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas y del consenso internacional para justificar una limitación de la jurisdicción universal en España resulta cuanto menos un tanto hipócrita y retrógrada. Cuando nuestros jueces nacionales han perseguido a militares ruandeses o piratas somalíes no aparecía controversia jurídica, ni política alguna, y no inquietaba esa justicia universal. Y tampoco parecía incomodar a nuestros representantes políticos el acudir al mismo argumento de la defensa de los derechos humanos, pero no ya para justificar actuaciones judiciales, sino para emprender guerras ilegales (como en Kosovo o Iraq) que no contaban con ese consenso internacional, o para ser más precisos con la preceptiva y necesaria autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Es por ello que las divergentes motivaciones de intervención en cada caso, y a la hora de llevar a la práctica esa justicia universal, irremediamente han venido provocando constantes tensiones entre los distintos poderes del Estado, entre distintos tribunales de justicia y en definitiva entre los intereses de las víctimas y de los grandes criminales. Veamos cómo se han ido gestando y resolviendo algunos de esos polémicos enfrentamientos.

2. EL CASO TÍBET EN LA AUDIENCIA NACIONAL: DETONANTE DE LA LEY ORGÁNICA 1/2014

a) *De los orígenes de la denuncia y las primeras presiones diplomáticas a la reforma de la justicia universal del 2009*

Como es bien sabido, tras décadas de generalizada impunidad, las denuncias contra las Juntas Militares de Argentina y Chile y posteriormente la

²² Extracto del veredicto en SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, p. 184. En este mismo sentido puede ser traído a colación el caso Finta, húngaro que deportó a miles de judíos al campo de concentración de Auschwitz, aunque las acusaciones según la ley interna canadiense fueron las de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. PIGRAU SOLÉ, A., «La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Munyaneza», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 89 (enero-junio 2007), pp. 89-162.

detención en Londres y la tentativa de extradición de Pinochet a Madrid²³, y finalmente el veredicto del Tribunal Constitucional en la célebre sentencia de 26 de septiembre de 2005, pareció, abrir sin cortapisas las puertas de la justicia a las víctimas de crímenes internacionales.

Lo cierto es que la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 sobre el caso Guatemala aparentemente parecía haber zanjado en cierta medida esta discusión al reconocer en términos absolutos la jurisdicción universal²⁴. De esta forma en esta resolución judicial se ordenaba que nuestros tribunales debían investigar el delito de genocidio en Guatemala, aún cuando las víctimas no fueran españolas, ni los presuntos responsables se encontraran en nuestro territorio; anulando así, en este extremo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

Además el TC concluyó argumentando que el único límite que expresamente contemplaba la misma LOPJ a la jurisdicción universal era aquel, por el cual «el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena». Siguiendo con este razonamiento, y rebatiendo el auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional determinaba que para ejercer la jurisdicción universal sería suficiente con que se aportara, «de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes», en el país donde se habían cometido estos hechos²⁵.

Durante todo el tiempo transcurrido mientras se recurría el caso Guatemala, en la Audiencia Nacional estaba pendiente de resolver la apelación de la

²³ RATNER, M. y BRODY, R. (eds.), *The Pinochet papers: the case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Boston, Kluwer Law International, 2000. PIGRAU SOLÉ, A., «El proceso a Pinochet en España», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, 6 (2000), pp. 775-807. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, Política Exterior-Biblioteca Nueva, 1999. ROHT-ARRIAZA, N., *The Pinochet Effect and the Spanish Contribution to Universal Jurisdiction, in International Prosecution of Human Rights Crimes*, pp. 115-23. MÁRQUEZ CARRASCO y ALCALDE FERNÁNDEZ, «In Re-Pinochet», *AJIL*, 93 n° 3 (1999), pp. 690-696.

²⁴ Sobre todo el debate doctrinal en la materia, véase ROBLES CARRILLO, M., «Universal jurisdiction», *Oxford Bibliographies in International Law*, EIC International Law. Oxford University Press, New York, 2014 en [<http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0054.xml>].

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005. Recursos de amparo, n° 1744/2003, 1755/2003 y 1773/2003.

querrela presentada por la comisión de crímenes internacionales en el Tíbet. Finalmente el 16 de enero de 2006 la sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó un auto por el cual admitió a trámite la querrela²⁶. La importancia de este fallo se encuentra en que, en la primera ocasión que tuvo este tribunal de pronunciarse sobre la jurisdicción universal tras la sentencia del caso del genocidio en Guatemala, la balanza se inclinó por una interpretación absoluta a favor de la justicia de las víctimas. Es más, posteriormente, esta tesis fue ratificada por el Tribunal Constitucional en una segunda sentencia en el llamado caso Falun Gong²⁷.

Ahora bien el pronunciamiento en la AN sobre el caso Tíbet tuvo que sortear un obstáculo adicional, referido al llamado *test de razonabilidad*. El origen de este criterio se recoge en el auto no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2005, reunido para unificar criterios en materia de jurisdicción universal, tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala. En el mismo se apunta, que: «constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la comunidad Internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos»²⁸.

Los magistrados de la Sección 4.ª de la Sala de lo Penal en este caso del Tíbet interpretaron el criterio anterior única y exclusivamente con el fin de evitar un ejercicio abusivo de derecho, pero en modo alguno ese argumento podía servir como pretexto para continuar dejando en la impunidad a crímenes internacionales, y más aún bajo un argumento tan subjetivo como que

²⁶ Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previas 237/05.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 227 de 22 de octubre de 2007, en cuyo Fundamento de Derecho 5º exponía que: «(...) este Tribunal, por las razones que se transcribirán a continuación, ha declarado que la exigencia de vínculos o elementos de conexión para la entrada en juego de la regla jurisdiccional del art. 23.4 LOPJ, expresada en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE)».

²⁸ Auto no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2005.

el delito o el lugar de la comisión de los hechos sea «un lugar extraño y/o alejado». Como si la justicia universal fuera una cuestión de kilometraje o de paisajes o espacios afines con nuestro país.

Además de este caso, tras la sentencia Guatemala se continuaron instruyendo en la Audiencia Nacional los casos ya admitidos a trámite como los de Ruanda²⁹ y Couso³⁰ y fueron admitiéndose otras causas³¹, como las de los Vuelos de la CIA³², Sahara³³, Falun Gong³⁴, El Salvador³⁵, Palestina³⁶, dirigentes de las SS de la Alemania Nazi³⁷, Guantánamo³⁸ y la dirigida contra seis miembros del equipo del Presidente estadounidense Bush³⁹. Todo ello fue provocando que España se fuera convirtiendo en un refugio legal para las víctimas de conflictos olvidados, a la vez que punto de mira y de conflictos diplomáticos

²⁹ Auto de 6 de abril de 2005, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional, Diligencias previas nº 55/2005.

³⁰ La querrela por el asesinato del periodista Couso en Bagdad por tropas estadounidenses fue admitida a trámite el 9 de julio de 2003. Posteriormente, tras haberse dictado órdenes de arresto internacional, la Sala de lo Penal, Sección Segunda de la Audiencia Nacional, archiva el caso mediante auto de 8 de marzo de 2006, el cual fue recurrido en casación. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ordenó la reapertura del caso, fundándose en buena medida en la sentencia Guatemala del Tribunal Constitucional, Sentencia nº 1240/2006, de 5 de diciembre de 2006.

³¹ PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, 2009, pp. 93-108.

³² Auto de 9 de junio de 2009, Diligencias Previas 109/2006, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.

³³ Auto de 29 de octubre de 2007, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 362/2007.

³⁴ En total se han presentado cuatro querrelas por el grupo Falun Gong. Aunque en un principio no fueron admitidas a trámite por el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, posteriormente prosperaron los recursos ante instancias judiciales superiores, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 227 de 22 de octubre de 2007, Recurso de Amparo nº 3382-2005 y la sentencia 645/2006 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de junio de 2006, recurso de casación nº 1395/2005.

³⁵ Auto de 12 de enero de 2009, Diligencias Previas 391/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

³⁶ Auto de 21 de enero de 2009, Diligencias Previas 157/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional.

³⁷ Auto de 17 de julio de 2008, Diligencias Previas 211/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.

³⁸ Auto de 27 de abril de 2009, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

³⁹ Auto de 4 de mayo de 2009, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

con distintos países, cuyos gobernantes comenzaban a ser perseguidos por sistemáticas violaciones de los Derechos Humanos.

A pesar de las grandilocuentes declaraciones políticas por parte de los gobiernos en favor de la justicia de las víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos y de la «responsabilidad de proteger», lo cierto es que la aplicación práctica y activa de las mismas no ha sido nada pacífica. En efecto, los conflictos diplomáticos que se han generado por las actuaciones judiciales en la Audiencia Nacional española han sido una constante. Desde el caso Pinochet, ya el Gobierno de Chile amenazó a España con boicots comerciales y posibles demandas antes instancias jurisdiccionales internacionales. El mismo rechazo se obtuvo por parte del Gobierno de Guatemala y su Corte de Constitucionalidad, tras el auto de 16 de enero de 2008 del Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional, en el que el juez Santiago Pedraz efectuó un llamamiento internacional solicitando por distintos medios, la colaboración sobre la investigación del genocidio maya⁴⁰.

Asimismo, un mes más tarde, tras el decreto del juez Fernando Andreu de órdenes de arresto internacional contra 40 altos cargos ruandeses⁴¹, la Unión Africana repudiaba el abuso del principio de jurisdicción universal ya que hacía peligrar el orden internacional⁴². Y todo ello a pesar de que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso *Prosecutor v. Ntuyahaga*⁴³ alentaba a todos los Estados de la comunidad internacional a perseguir a los responsables de estos crímenes⁴⁴. De la misma forma en este contexto africano, el malestar

⁴⁰ Auto de 16 de enero de 2008, caso Guatemala, Diligencias Previa 331/1999, Juzgado Central de Instrucción n° 1, Audiencia Nacional.

⁴¹ Auto de 6 de febrero de 2008, caso Ruanda, Sumario 3/2008-D, Juzgado Central de Instrucción n°4, Audiencia Nacional.

⁴² Este descontento fue llevado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, cfr. United Nations General Assembly, A/63/237, Request for the inclusion of an additional item in the agenda of the sixty-third session. Abuse of the principle of universal jurisdiction Letter dated 21 January 2009 from the Permanent Representative of the United Republic of Tanzania to the United Nations addressed to the Secretary-General.

⁴³ Decision on the Prosecutor's Motion to withdraw the Indictment, *Case No. ICTR-98-40-T, Trial Chamber I*, 18 March 1999, «El tribunal desea enfatizar, en concordancia con la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que alienta a todos los Estados, en aplicación del principio de jurisdicción universal, a perseguir y juzgar a los responsables de crímenes graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras graves violaciones al derecho internacional humanitario».

⁴⁴ En este sentido en Bélgica y Suiza se han dictado sentencias condenatorias a genocidas ruandeses, y otros procesamientos se están llevando a cabo en la misma Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Finlandia, Noruega y Reino Unido, REDRESS-FIDH: *EU Update on*

del Reino de Marruecos se puso de manifiesto tras la incoación de diligencias previas por la comisión de presuntos delitos de genocidio y torturas contra víctimas del Sahara Occidental⁴⁵.

Ahora bien estas reticencias diplomáticas no resultaron preocupantes hasta que las persecuciones judiciales comenzaron a afectar a los mandatarios de los gobiernos más poderosos (y sus aliados) que se sientan de forma permanente en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En efecto, en las esferas políticas algo empezó a cambiar cuando se comenzaron a practicar las primeras diligencias previas en el caso del Tíbet, y el 5 de junio de 2006, la primera víctima tibetana prestó declaración ante el juez de la Audiencia Nacional. Esta primera testifical provocó las airadas protestas del Gobierno Chino⁴⁶, a través del portavoz del Ministerio Chino de Exteriores, Liu Jianchao, quien declaró a los medios de prensa internacionales que la investigación sobre los presuntos crímenes internacionales acaecidos en Tíbet constituía una «difamación total, una absoluta mentira». Además el Gobierno de Pekín llamó al embajador español en la capital china, para protestar de las actuaciones de la justicia española, asegurándole que el empleo de la cuestión de los Derechos Humanos en el Tíbet constituía una excusa para interferir en los asuntos internos de China. A ello añadían, que no sólo se oponían a esa injerencia externa de los jueces españoles, sino que abiertamente reconocieron que los tribunales españoles no poseían la potestad para enjuiciar este caso. Al mismo tiempo confiaban que el Gobierno de España atendiera la petición de «gestionar de forma apropiada este problema, para que las relaciones chino-españolas pudieran, con el esfuerzo de ambas partes, seguir desarrollándose de forma saludable»⁴⁷.

international crimes 3: 5 Jul 2007, Rwandan gets 20 years in genocide trial, [<http://africa.reuters.com/top/news/usnBAN547002.html>].

⁴⁵ Auto de 29 de octubre de 2007, caso Sahara, Diligencias Previas 362/2007, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

⁴⁶ JOUET, M., «Spain's Expanded Universal Jurisdiction to Prosecute Human Rights Abuses in Latin America, China, and Beyond», *Ga. J. Int'l & Cia. L.*, vol. 35-3 (2007), pp. 495-537, pp. 525-526.

⁴⁷ «Pekín convoca al embajador español para quejarse de las imputaciones de genocidio», *El País*, 9 junio 2006. Las críticas fueron recogidas por la agencia oficial china de noticias, Xinhua, «Interference in Tibet issue opposed», Xinhua – China Daily, Beijing, 7 junio 2006 y por toda la prensa internacional, cfr. «China warns Spain over Tibet lawsuit», *International Herald Tribune*, Agence France Presse, Reuters, The Associated Press, 7 junio 2006

Además de esta queja inicial y puntual, también debiera recordarse que para llegar hasta primera testifical hubo que sortear toda una serie de obstáculos. En este sentido como consecuencia de la admisión a trámite de la querrela inicial, la parte querellante dirigió un escrito al juzgado con el fin de que se procediera a la práctica de diligencias probatorias. En las mismas se vino a solicitar que se librara Comisión Rogatoria para que por la autoridad judicial de la República Popular China se efectuase el interrogatorio a los querellados. Asimismo para la debida comprobación de los hechos se demandó que por el Juzgado se señalase fecha y hora para la declaración ante el mismo de una serie de testigos y víctimas de los delitos denunciados.

En respuesta a esas peticiones, el magistrado del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional dictó una providencia el 13 de marzo de 2006 en la cual, únicamente a petición del fiscal, se solicitó al Ministerio de Asuntos Exteriores Español que pusiera a disposición del juzgado las resoluciones de las Naciones Unidas referentes al caso del Tíbet y documentos relativos a las víctimas, e informase sobre la veracidad de los cargos de los querellados. Además a este mismo organismo le preguntó si los acusados habían ocupado en China los cargos mencionados en la querrela, ignorándose por completo las diligencias solicitadas por el Comité de Apoyo al Tíbet (CAT).

Como reacción a esta providencia, se presentó un escrito de alegaciones exigiendo la nulidad de las actuaciones anunciadas. Los fundamentos de esta solicitud apuntaban a que el juez había acordado la práctica de diligencias «inútiles, contrarias a derecho y dilatorias». Con ello se estaba haciendo referencia, por una parte a que las resoluciones de las Naciones Unidas ya habían sido aportadas por la parte querellante con las referencias oficiales pertinentes y por tanto era obligación del juzgado y no del Ministerio citado el conocer y/o comprobar las mismas; y por otra, se calificaba de «retardo malicioso» el querer comprobar el cargo de los querellados, lo que podía dar a entender que se habían aportado datos falsos en la querrela.

Por último se advertía que el Ministerio de Asuntos Exteriores no tenía porqué tener en sus archivos datos relativos a las víctimas y que la forma de acreditar todos estos hechos denunciados era precisamente el de proceder a la práctica de diligencias probatorias ya mencionadas en la querrela, y que exigían que las víctimas mismas fueran llamadas para prestar su testimonio ante el juez; actuaciones que no se habían contemplado en la providencia y en cambio sí se había hecho lo propio con las propuestas por el fiscal, por lo

que se advertía, que éstas podían ser contrarias al derecho fundamental de no padecer dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Aún así como se ha mencionado la declaración de Thubten Wangchen pudo llevarse a efecto en sede judicial. Con posterioridad ante la solicitud de distintas declaraciones de testificales de otras víctimas del genocidio tibetano, el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 2 reaccionó mediante providencia de 17 de mayo de 2007, denegando la prestación de dichos testimonios en los juzgados de Madrid y procedió a efectuar los interrogatorios a través del libramiento de comisiones rogatorias allí donde se indicó la presencia de víctimas y testigos directos de los hechos relativos a los crímenes internacionales denunciados. Así pues el juez inundó el planeta de comisiones rogatorias (Canadá, Bélgica, India, Suiza, Suecia y Holanda, Reino Unido y Estados Unidos), con el previo consentimiento del fiscal una vez más, ya que de forma evidente lo que se pretendía principalmente era evitar toda difusión mediática a esta investigación, y consecuentemente el malestar de las autoridades de Beijing.

Así pues las víctimas del genocidio fueron declarando en el anonimato a través de las rogatorias desde distintos países. Ahora bien se produjo un efecto inesperado como consecuencia de un comunicado de la Interpol, de octubre de 2007 en el que se informaba de la respuesta del Gobierno Central de la India, el cual se negaba a colaborar con la comisión rogatoria. Argumentaba el ejecutivo de Delhi que no reconocían el principio de jurisdicción universal, aunque evidentemente no desconocían la intensa presión de la diplomacia china, y más aún cuando gran parte del territorio indio fronterizo precisamente con el Tíbet ocupado por China se encuentra todavía en disputa y ha ocasionado más de un conflicto armado entre ambas potencias nucleares asiáticas⁴⁸.

Así pues la imposibilidad de cumplimentar la comisión rogatoria en India provocó que de nuevo víctimas tibetanas declararan ante la Audiencia Nacional; momento procesal que coincidió en esa primavera del 2008 con masivas protestas de la población tibetana en Tíbet y allí por donde discurría la antorcha olímpica con destino final a Beijing. La represión militar desproporcionada por parte de los mandatarios chinos provocó la reiterada comisión

⁴⁸ ESTEVE MOLTO, J.E., «La disputa fronteriza entre India y China: origen y evolución de la controversia», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 16 (2008).

de nuevos crímenes internacionales, con una intensidad que no se había visto desde los tiempos de la Revolución Cultural de Mao. Hechos que fueron denunciados en una nueva querrela ante la Audiencia Nacional y que apuntaban a una emergente generación de líderes del Partido Comunista Chino dirigida por su Presidente, Hu Jintao.

Como consecuencia de esta iniciativa legal, el 5 de agosto de 2008 a una semana de la celebración de los Juegos Olímpicos de Beijing, el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, incoaba diligencias previas⁴⁹, como consecuencia de la admisión a trámite de esta querrela interpuesta contra determinadas autoridades chinas por la comisión de crímenes contra la humanidad, por la matanza sistemática y generalizada de tibetanos, lesiones graves, torturas y detenciones contrarias al derecho internacional y desapariciones forzadas de la población tibetana desde el 10 de marzo de 2008⁵⁰. Además en este caso el juez instructor, Santiago Pedraz, solicitó la rápida comparecencia de distintas víctimas y testigos, provocando un avance eficaz de la investigación del asunto.

Parecía que después de medio siglo de impunidad se comenzaba a andar el camino de la justicia para este pueblo. Pero los dictados de la *real politik* se fueron movilizandando en detrimento de los ideales de justicia de las víctimas y las presiones políticas de gobiernos afines acorralados por esta justicia universal comenzaron a devenir insostenibles. Ya en enero de 2009, la ex ministra de Exteriores de Israel, Tzipi Livni, protestó a su homónimo español, Miguel Angel Moratinos, sobre la investigación abierta por el juez de la Audiencia Nacional, Fernando Andreu, contra un ministro israelí por un bombardeo en Gaza en 2002⁵¹. El ministro español, de forma inmediata le prometió a su homóloga israelí que se cambiaría la ley para frenar la iniciativa judicial.

⁴⁹ Auto de 5 de agosto de 2008, Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

⁵⁰ Los siete políticos y militares chinos acusados en esta causa eran, entre otros: el ministro de Defensa y miembro de la Comisión Central Militar, Lian Guanglie; el ministro de Seguridad del Estado, Geng Huichang; Ministro de Seguridad Pública desde 2007 y miembro del Comité Central del Partido desde el 2002, Meng Jianzhu; el secretario del Partido Comunista Chino en la Región Autónoma del Tíbet, Zhang Qingli, y el miembro del Politburó en Pekín, Wang Lequan.

⁵¹ Auto de 29 de enero de 2009, Caso bombardeo de Gaza, Diligencias Previas 157/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional.

Igualmente el gobierno norteamericano de Obama venía oponiéndose a las investigaciones de los jueces Baltasar Garzón⁵² y Eloy Velasco⁵³ sobre distintos casos de tortura en Guantánamo. Siguiendo este criterio, el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, tras reunirse con el consejero político de la Embajada de los Estados Unidos solicitó en un informe, la inadmisión a trámite de estas querellas⁵⁴. Idénticos obstáculos encontraron las investigaciones de los vuelos de la CIA y el llamado caso Couso⁵⁵, donde de nuevo las revelaciones de Wikileaks constatan la colaboración de ministros españoles y el Fiscal General del Estado con el Embajador de Estados Unidos en Madrid, el cual corroboraba en los cables filtrados que el apoyo español encontrado era «total»⁵⁶.

⁵² Auto de 27 de abril de 2009, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

⁵³ Auto de 4 de mayo de 2009, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

⁵⁴ YOLDI, J., «El fiscal rechaza investigar Guantánamo tras hablar con Estados Unidos», *El País*, 18 abril 2009. «Cable en el que se critican las acusaciones a mandos de EEUU por torturas en Guantánamo. El embajador de Madrid informa a Napolitano, ante una visita en 2009, sobre las relaciones con España y la cuestión ‘irritante’ de intentar procesar a varios oficiales», *El País*, 30 de noviembre de 2010, [http://www.elpais.com/articulo/espana/Cable/critican/acusaciones/mandos/EE/UU/torturas/Guantanamo/elpepuesp/20101130elpepunac_17/Tes].

⁵⁵ «Cable sobre el seguimiento del Gobierno español del “caso Couso”», *El País*, 30 de noviembre de 2010, [http://www.elpais.com/articulo/espana/Cable/seguimiento/Gobierno/espanol/caso/Couso/elpepuesp/20101130elpepunac_14/Tes].

⁵⁶ YARNOZ, C., «EEUU maniobró en la Audiencia Nacional para frenar casos. La embajada intentó boicotear las causas “Guantánamo”, “Couso” y “vuelos de la CIA”. Políticos y fiscales españoles colaboraron en la estrategia», *El País*, 30 de noviembre de 2010, en [http://www.elpais.com/articulo/espana/EE/UU/maniobro/Audiencia/Nacional/frenar/casos/elpepuesp/20101130elpepunac_1/Tes]. BELAZA, M.C., «Los ministros españoles trabajan para que no prosperen las órdenes de detención». «EEUU contaba con el Gobierno y los fiscales para cerrar el “caso Couso”. Un cable de la Embajada de Estados Unidos afirma que Conde-Pumpido dijo a Aguirre que hacía lo que podía para el archivo de la causa por la muerte en Bagdad del cámara de Telecinco». «Moratinos asegura que la vicepresidenta De la Vega se ha implicado en el asunto», *El País*, 30 de noviembre de 2010, en [http://www.elpais.com/articulo/espana/ministros/espanoles/trabajan/prosperen/ordenes/detencion/elpepuesp/20101130elpepunac_35/Tes]: «Conseguir el archivo del caso Couso en la Audiencia Nacional ha sido uno de los objetivos prioritarios de la Embajada de Estados Unidos en Madrid durante los últimos siete años. En su lucha diplomática, la legación presionó en dos direcciones. Por un lado, mantuvo contactos con miembros del Ejecutivo: con la entonces vicepresidenta, María Teresa Fernández de la Vega; con los ministros de Justicia y Asuntos Exteriores en ese momento, Juan Fernando López Aguilar y Miguel Ángel Moratinos, y con el secretario de Estado de Justicia, Julio Pérez Hernández. Por otro, se dirigió directamente al fiscal general del Estado, Cándido Conde-Pumpido, y al fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza. El apoyo del Ejecutivo español, según la embajada estadounidense, era total».

Asimismo en esa primavera del 2009 los casos del Tíbet contra el régimen de Beijing sacudieron al ejecutivo español. En primer lugar, el juez de la Audiencia Nacional, Ismael Moreno, solicitó a las autoridades de la República Popular China el interrogatorio del ex presidente Jiang Zemin y otros seis altos cargos acusados de cometer crímenes de lesa humanidad, genocidio, torturas y terrorismo contra el pueblo tibetano. En este sentido el juez cursó una comisión rogatoria, exigiendo la remisión «urgente» de las respuestas de varios ex responsables del Gobierno Chino, entre ellos el Primer Ministro durante la etapa 1998-2003, Li Peng, el jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los 80.

Posteriormente el 5 de mayo de 2009, el juez Santiago Pedraz que proseguía con las diligencias previas del segundo caso Tíbet, remitió otra comisión rogatoria a China. Esta vez solicitaba permiso al gobierno asiático para interrogar a tres de sus actuales ministros contra los que encontraba indicios de comisión de crímenes contra la humanidad por haber orquestado supuestamente «un ataque generalizado y sistemático contra la población civil tibetana ocasionando 203 muertes, más de 1000 heridos y casi 6000 detenciones ilegales y desapariciones»⁵⁷. Dos días más tarde, el Gobierno Chino exigía formalmente a España tomar medidas «inmediatas y efectivas» para que «la falsa querrela» por el genocidio tibetano fuera retirada con el fin de «evitar perjuicios en las relaciones bilaterales entre España y China»⁵⁸.

La pronta reacción de las autoridades españolas no se hizo esperar. Esa misma semana, Carlos Dívar, Presidente del Consejo General del Poder Judicial, aseguró que España no podía convertirse en el «gendarme judicial del mundo»⁵⁹. Con idéntico propósito, anunciando el preludio de la primera reforma de la justicia universal, el Fiscal General del Estado, Conde Pumpido, calificó este tipo de iniciativas legales ante los jueces de la Audiencia Nacional,

⁵⁷ Providencia de 5 de mayo de 2009, Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

⁵⁸ Europa Press, «China pide medidas efectivas para que la Audiencia Nacional abandone el caso sobre el Tíbet», *El País*, 7 de mayo de 2009.

⁵⁹ Dívar, sobre la jurisdicción universal: «No somos los gendarmes del mundo» El presidente del CGPJ quiere reformar esta ley, *El Mundo*, 4 de mayo de 2009. «En su opinión, la ley tendría que referirse a aspectos más concretos en los que se trate de intereses españoles en el extranjero que no hayan sido suficientemente protegidos o de determinados crímenes que no hayan sido objeto de ninguna intervención en esos países». [<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/04/espaa/1241452393.html>].

como «juguetes en manos de personas que buscan protagonismo»⁶⁰. Días después se iniciaba el trámite parlamentario que iba a enmendar el controvertido artículo 23.4 de la LOPJ. Finalmente el Congreso de los Diputados en España aprobó de forma casi unánime el proyecto de ley⁶¹, donde se justificó la necesidad de la reforma con el objeto de evitar conflictos diplomáticos⁶². Además la Vicepresidenta Primera del Gobierno, María Teresa Fernández de la Vega, aseguraba que la reforma para limitar la aplicación del principio de jurisdicción universal no supondría ningún retroceso, sino que constituía una mejora y reafirmaba «nuestro compromiso» con ese principio⁶³. En definitiva, idéntica suerte corrió la ley española que la belga, cuando años atrás tuvo que limitarse por la presión del gobierno estadounidense que salió en defensa del entonces mandatario israelí, Ariel Sharon⁶⁴.

b) *De los efectos de las reforma del 2009 a la causas catalizadoras de la enmienda derogatoria actual*

Aún a pesar de la iniciativa exprés de reforma legislativa, el 8 de junio de 2009 se produce una nueva reacción de las autoridades chinas respecto a otra comisión rogatoria relativa a crímenes contra la humanidad dirigida contra

⁶⁰ «Conde-Pumpido anuncia que la fiscalía no apoyará la querrela contra los asesores de Bush que idearon Guantánamo», *Aranzadi Civitas*, 17 de abril de 2009.

⁶¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de julio de 2009.

⁶² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IX Legislatura 2009, nº 95, Sesión Plenaria nº 90, 25 de junio de 2009, p. 45.

⁶³ «Para nada va a reducir nuestro compromiso con la Justicia y la libertad» declaró la Vicepresidenta en ese consejo de ministros de mayo del 2009. «De la Vega afirma que la limitación de la justicia internacional no será un retroceso», *El País*, 23 de mayo de 2009.

⁶⁴ En plena persecución judicial del máximo dignatario israelí, Ariel Sharon, por los ataques contra los campos de refugiados de Sabra y Shatila, cerca de Beirut, las presiones diplomáticas precipitaron de forma repentina y abrupta una reforma legal. En concreto las presiones políticas del gobierno estadounidense bajo la amenaza de retirar el Cuartel General de la OTAN de Bruselas, acabó por imponer límites legales al ejercicio de la jurisdicción universal en Bélgica añadiendo una serie de requisitos de conexión nacional para poder abrir un caso: presencia de víctimas belgas o al menos acreditar tres años de residencia en el país desde la comisión de los crímenes; o que los acusados deben ser belgas o residentes belgas tras la comisión de los crímenes internacionales que se les imputan, HALBERSTAM, M., «Belgium's Universal Jurisdiction Law: Vindication of International Justice or Pursuit of Politics?», *Cardozo Law Review*, 25 (2003), pp. 247-266. LÓPEZ-JACOISTE, E., «Comentarios a la Ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario, reformada el 23 de abril de 2003», *Revista española de Derecho internacional*, vol. 55, nº 2 (2003), pp. 839 y ss.

Lian Guanglie y otros, librada el 28 de mayo de 2009 de nuevo librada por el titular del Juzgado nº 1 de la Audiencia Nacional, quien solicitaba permiso expreso a Beijing para desplazarse e inspeccionar las cárceles y monasterios del Tíbet. En una nota oficial de 8 de junio de 2009 de la Embajada China al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, expresamente se reaccionó ante esta petición judicial argumentando que,

«La tramitación de la Audiencia Nacional de España de dicha falsa que-rella ha violado los principios básicos de jurisdicción e inmunidad de Estado que el Derecho Internacional establece y no pertenece a la cobertura del Tratado sobre asistencia judicial en material penal entre España y China. La parte china deniega con firmeza cualquier solicitud de asistencia judicial relacionada con este caso, y exige que el Gobierno español asuma las responsabilidades del Derecho Internacional que le corresponden, y adopte medidas inmediatas y eficaces para prevenir cualquier abuso del Tratado sobre asistencia judicial en material penal entre España y China, haciendo cesar definitivamente cuanto antes el supuesto caso»⁶⁵.

Poco después de este incidente, el 25 de junio de 2009, el Congreso de los Diputados aprobaba el texto del proyecto de ley mencionado. Tras la entrada en vigor de la reforma con sus restricciones a la jurisdicción universal⁶⁶, las nuevas querellas presentadas en la Audiencia Nacional por la comisión de

⁶⁵ Nota de la Embajada de la República Popular China al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, N.V. 097/09, 8 de junio de 2009, remitida por la Subsecretaría de Justicia, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional. Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

⁶⁶ LAMARCA PÉREZ, C. y OLLÉ SESÉ, M., «Análisis de la regulación actual del principio de justicia universal y propuestas de lege ferenda», en A. I. Pérez Cepeda (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 619-668. PI GRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, 2009, pp. 109-125. REMIRO BROTONS, A., «Derecho y política en la persecución de crímenes internacionales en España», en Tamarit Sumilla (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, p. 220. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal», *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6, septiembre-diciembre (2009), pp. 13-31; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la “abrogación de facto” a la “derogación de iure”», *La Ley*, nº 7211 (2009), pp. 1-8.

crímenes internacionales cometidos en Irak⁶⁷ y Birmania⁶⁸ no pudieron sobrepasar el nuevo filtro legal de la conexión nacional. Ahora bien una vez constatados los efectos sobre posibles nuevas iniciativas legales, quedaba por averiguar el devenir de las causas ya admitidas a trámite y cuyas investigaciones estaban en marcha.

Examinados los antecedentes y motivaciones de la reforma legal no sorprende que la primera causa en la que el fiscal interesó el archivo del procedimiento⁶⁹ al amparo de la nueva redacción de la LO 1/2009 fuera el caso Tíbet: pero únicamente el asunto que instruía el juez Santiago Pedraz y que continuaba dirigiéndose contra ministros chinos en ejercicio. Finalmente el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1 entendió que no concurrían los nuevos criterios de conexión nacional (existencia de víctimas españolas, que los presuntos responsables se encontraran en España o existencia de un interés nacional relevante) y que los hechos denunciados no podían ser enjuiciados por la jurisdicción española⁷⁰.

Ahora bien quedaba por dilucidar qué se debía entender por «vínculo de conexión relevante con España», concepto subjetivo e indeterminado que no define jurídicamente la L.O. 1/2009. En este ámbito la tesis del Ministerio Fiscal estipulaba que para seguir conociendo del caso debía haber algún vínculo relativo a «relaciones históricas, sociales, culturales, jurídicas, políticas, pertenencia en el pasado a una misma unidad política, compartir un idioma común con nexos culturales relevantes, participar en organizaciones políticas internacionales, etc.». Por el contrario, la parte querellante en el recurso de reforma entendía que cabía la posibilidad de aceptar cualquier tipo de vínculo con la única condición que se estimase relevante⁷¹. Consecuentemente atendiendo al principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, podría incluirse

⁶⁷ Auto de no admisión del caso de Irak de 23 de noviembre de 2009, Diligencias Previas 302/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional Auto de no admisión del caso de Irak de 23 de noviembre de 2009, Diligencias Previas 302/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

⁶⁸ Auto de no admisión del asunto Birmania de 23 de diciembre de 2009, Diligencias Previas 284/09, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional

⁶⁹ Informes del fiscal de 1 de diciembre de 2009 y 12 de febrero de 2010, Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

⁷⁰ Auto de 26 de febrero de 2010, Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

⁷¹ Recurso de reforma de 3 de marzo de 2010, Diligencias Previas 242/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

el nexo económico y comercial con China (y más aún cuando parece ser que uno de los elementos de presión para la reforma del artículo 23.4 LOPJ fue el ejercido por empresas transnacionales españolas, tal y como denunciaba el magistrado emérito del TS, Martín Pallín). En todo caso, el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional desestimó esta argumentación, añadiendo que el vínculo relevante debiera justificarse de España con Tíbet y no de España con China⁷².

Frente a ese auto se interpuso recurso de apelación, resolviendo en los mismos términos el Juzgado instructor el recurso de reforma, por auto de 26 de marzo de 2010. Una vez admitido el recurso de apelación y remitido a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para su sustanciación se avocó la decisión al Pleno de la Sala de lo Penal. Ésta, mediante auto de 27 de octubre de 2010, confirmó la resolución del Juzgado instructor por mayoría de sus componentes, formulando un voto discrepante tres de los magistrados integrantes de la Sala de lo Penal, que conviene examinar brevemente.

En primer lugar dicho pronunciamiento judicial vino a ratificar uno de los motivos más conflictivos del archivo: la aplicación retroactiva del nuevo art. 23.4 de la L.O.P.J. Sobre esta cuestión la resolución del Pleno resultó expeditiva, al considerar que «cuando dice que la citada reforma entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se deduce que si en el procedimiento iniciado no concurren los requisitos legales exigidos desde el 5 de noviembre de 2009, necesariamente, el procedimiento debe archiversse al carecer España de jurisdicción penal sobre el hecho denunciado a partir de esa fecha»⁷³. Por el contrario el razonado y razonable voto particular, suscrito por los magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel y José Ricardo de Prada Solaesa, acudió al art. 9.3 de la Constitución Española (CE) relativo al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales con el objeto de justificar que la reforma legal no puede desplegar efectos retroactivos, ya que el art. 23.4 de la L.O.P.J., «no tiene una naturaleza puramente procesal sobre la que rija sin más el principio

⁷² Auto desestimatorio del recurso de reforma de 26 de marzo de 2010, Diligencias Previas 242/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional, Fundamento Jurídico Único b.

⁷³ Auto de 27 de octubre de 2010, Sala de lo Penal, Pleno. Diligencias Previas 242/08, Fundamento Jurídico Segundo.

tempus regit actum» puesto que «regula aspectos sustanciales del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva»⁷⁴.

Esta primera cuestión enlazaba con el otro argumento resuelto por el Pleno, relativo a la posibilidad de plantear como cuestión de inconstitucionalidad la nueva redacción del art. 23.4 de la L.O.PJ. La mayoría de los jueces estimaban en distintos fundamentos jurídicos del auto que no estaba justificado el planteamiento de dicha cuestión, ya que el cambio legislativo no contradecía las obligaciones de España asumidas en los tratados, y por lo tanto no se vulneraba el artículo 96 CE. A esta misma conclusión llegó el Defensor del Pueblo en su resolución de 19 de enero de 2010, cuando diversas organizaciones nacionales e internacionales aunadas bajo la denominada Plataforma contra la impunidad y por la justicia universal, le solicitaron acudir al Tribunal Constitucional. Ahora bien el auto del Pleno de la Sala de lo Penal argumentaba su posición trayendo a colación la Convención del Genocidio, y de nuevo tras exponer las posiciones encontradas del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en el caso Guatemala, acabó por concluir que la persecución del genocidio según el Convenio «no parece haber asumido en su espíritu su alcance universal». De forma diametralmente opuesta, los magistrados disidentes denunciaron la inconstitucionalidad de la reforma por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.2 CE, interpretando que el poder legislativo puede regular el derecho de acceso a la jurisdicción, pero «no es libre de hacerlo de cualquier manera, y no puede vaciar *de facto* el contenido del derecho, particularmente cuando se trata del acceso a la jurisdicción para la obtención de tutela judicial de derechos humanos fundamentales frente a los ataques más graves, constitutivos de crímenes internacionales, que no pueden ser perseguidos de otra manera»⁷⁵.

En este punto además debe constatarse la desviación del tipo infractor invocado, ya que en la querrela se calificaron los hechos como crímenes contra la humanidad, y en una ampliación posterior admitida a trámite se denunciaron nuevos hechos como crímenes de guerra (aunque en el auto de admisión de la ampliación de 14 de julio de 2009 no detalló la calificación jurídica), y en cambio el Pleno vino a resolver la apelación invocando únicamente el tipo

⁷⁴ Voto particular de 5 de noviembre de 2010 al auto de 27 de octubre de 2010, Pleno de la Sala de lo Penal, Diligencias Previa 242/08.

⁷⁵ Voto particular de 5 de noviembre de 2010, Diligencias Previa 242/08, Tercer Fundamento de Derecho.

de genocidio. Resulta llamativo que el Pleno guardara silencio sobre la interrelación de la parte recurrente relativa a la persecución de crímenes de guerra por parte de la jurisdicción española. El voto particular sí que contempló esta cuestión, y precisó que la misma fue tratada en el debate plenario, pero sorprendentemente quedó excluida de la redacción final del auto emitido por la mayoría de jueces. Además los magistrados disidentes aludieron a los hechos de la ampliación de la querrela como constitutivos de crímenes de guerra (los relativos al traslado de población de la potencia ocupante a territorio ocupado) y acabaron por dictaminar que, según las Convenciones de Ginebra, ratificadas por España en 1952, y a las que remite el Código Penal español, estos crímenes debían ser perseguidos de forma obligatoria (y no facultativa) sobre la base del principio de jurisdicción universal, obviando cualquier referencia a conexión nacional alguna⁷⁶.

Del mismo modo el auto del Pleno consideró que la reforma no vulneraba el Derecho Internacional consuetudinario y el *ius cogens* como norma superior al derecho penal nacional, y consecuentemente no se violaban los artículos 9.3 en relación al 10.2 CE. Por el contrario el voto particular aludiendo a Convenciones internacionales, como las de Ginebra (1949), Tortura (1984) y Desapariciones Forzadas (2006), al Estatuto de Roma, a las tan nombradas sentencias del Tribunal Constitucional en los casos de Guatemala y Falun Gong y al *ius cogens* internacional, sentenció que había habido un cambio de paradigma en la esfera internacional y que los crímenes internacionales debían ser de forma eficaz perseguidos por todos los Estados. Y añadía que debía ser

⁷⁶ Sobre los crímenes de guerra y la jurisdicción universal, véase ORIHUELA CALATAYUD, E., «Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad», en RAMÓN CHORNET (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 153-198. CASSESE, A., «On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law», *European Journal of International Law*, vol. 9 n° 1 (1998), pp. 2-17. MERON, T., *The Humanization of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008. JORGE URBINA, J., «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III (2008), pp. 255-306. VAN ELST, R., «Implementing universal jurisdiction over grave breaches of the Geneva Conventions», *Leiden Journal of International Law*, 13 (2000), pp. 815-854. En relación al debate doctrinal relativo a la obligación de perseguir universalmente estos crímenes, véase BARIFFI, F. J., «Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra, evolución histórica y su codificación en el derecho de Ginebra», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2009), pp. 31-35.

esta, la «visión jurídica, social y ética frente a los más graves crímenes internacionales que afectan a la humanidad en su conjunto».

Con todo, el auto del Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional reconoció la imposibilidad de las víctimas tibetanas de acudir a los tribunales chinos y al Tribunal Penal Internacional, cuyo Estatuto continúa sin ratificar China. Asimismo se admitía la imposibilidad de prosperar cualquier actuación que pudiera ser llevada ante las Naciones Unidas, «pero aún así, la legislación penal española carece de jurisdicción»⁷⁷. Por último el auto en cuestión se refirió a unas cuestiones procesales de gran trascendencia, ya que se procedía al archivo, desvinculándolo de un sobreseimiento libre o provisional, lo cual no permitía el recurso de casación⁷⁸. Una vez más el voto particular disidente del mayoritario señalaba la improcedencia de la forma procesal de archivo empleada, considerándola «inexistente en nuestro Derecho»⁷⁹. A pesar de todos estos argumentos discrepantes invocados con posterioridad ante el Tribunal Supremo, la Sala de lo Penal acabó por no admitir el recurso de casación⁸⁰, quedando a fecha de hoy aún pendiente que el TC resuelva el recurso de amparo planteado.

Ahora bien retomando de nuevo la reforma del 2009 y las nuevas limitaciones referidas a los nuevos requisitos de «conexión nacional» para seguir con los casos, la mayoría de ellos continuaron su devenir judicial y con el tiempo continuaron incomodando a la élite de nuestra clase política. Siendo

⁷⁷ Auto de 27 de octubre de 2010, Sala de lo Penal, Pleno. Diligencias Previas 242/08, Fundamento Jurídico Quinto.

⁷⁸ Extremo que fue confirmado por el auto de 16 de noviembre de 2010 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de la Sala, Apelación contra autos 71/2010, que acuerda no tener por preparado dicho recurso.

⁷⁹ Se estimaba que se había seguido el procedimiento como Diligencias Previas, siendo lo pertinente el Sumario Ordinario, y que «el artículo 782 LECrim sólo establece la posibilidad de sobreseimiento por los motivos que prevén los artículos 637 y 641 LECrim. Esto es, el Juez Instructor ha de acordar un sobreseimiento provisional, o libre, según aprecie si concurren las causas de uno u otro artículo. En concreto, para el caso que nos ocupa, de supuesta ausencia del imputado en el territorio por encontrarse en paradero desconocido, el artículo 512 LECrim ordena que el imputado sea buscado por requisitorias, previamente a, conforme al artículo 641 LECrim, acordar el sobreseimiento provisional. El archivo provisional, sin acordar previamente la búsqueda nacional e internacional del imputado equivale, de facto, al archivo *sine die* del procedimiento, lo que constituiría un sobreseimiento definitivo, susceptible de casación». Voto particular de 5 de noviembre de 2010, Diligencias Previas 242/08, Octavo Fundamento de Derecho.

⁸⁰ Auto de 6 de octubre de 2011, recurso 857/2011, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo. Ponente: Alberto Jorge Barreiro.

así, el otro caso Tíbet ante el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional prosiguió con la investigación del genocidio considerando que se ajustaba a los nuevos requisitos de la reforma de la LOPJ. Por un lado resulta evidente que una de las víctimas, además de ser acusación particular era Thubten Wangchen, tibetano que había adquirido la nacionalidad española.

Pero además de esta conexión nacional, podía haber otro argumento legal que pudiera esgrimirse para evitar un posible archivo. Precisamente uno de los debates jurídicos más relevantes, que como se acaba de mencionar, se abrió con ocasión de la reforma del 2009 y que se ha vuelto a reproducir en la actualidad, es el que hace referencia a la competencia de la jurisdicción española en el supuesto de crímenes de guerra. Ya hace cinco años la entonces modificada redacción del art. 23. 4 de la LOPJ concluía que los vínculos de conexión nacional se aplicarían «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España»⁸¹. En este sentido, en lo relativo a las Convenciones de Ginebra, ratificadas por España, y a las que remite el Código Penal, disponen que los crímenes en ellos contemplados deben ser perseguidos sobre la base del principio de jurisdicción universal, cualquiera que sea la nacionalidad del autor. En concreto estas disposiciones contemplan que para los delitos contra las personas civiles protegidas en conflictos armados, cada Estado parte «tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u haber ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad»⁸². Precisamente esta interpretación fue la efectuada por el magistrado Fernando Andreu del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, en el caso del asalto contra civiles en el campo de As-

⁸¹ 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 nº 266, de 4 de noviembre de 2009, pp. 92091-92092 en [http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-17492].

⁸² Artículo 49 del Convenio de Ginebra I de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 236 de 23/8/1952); artículo 50 del Convenio de Ginebra II de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y náufragos de las fuerzas armadas en mar (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 239 de 26/8/1952); artículo 129 del Convenio de Ginebra III de 12 de agosto de 1949 relativo al trato de prisioneros de guerra (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 249 de 5/9/1952); artículo 146 del Convenio de Ginebra IV de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 246 de 2/9/1952).

hraf de Bagdad. En este asunto, el juez en lugar de plegarse a la pretensión de archivo del fiscal, exceptuó el que no se reunían las pertinentes conexiones nacionales, acudiendo a la obligación de la jurisdicción española de perseguir crímenes de guerra, según lo estipulado en el mencionado artículo 146 de la IV Convención de Ginebra⁸³.

Del mismo modo en el caso Tíbet, mediante auto de 30 de marzo de 2011, el juez Ismael Moreno amplió la investigación de los hechos denunciados ocurridos en Tíbet desde 1972 hasta 2003; causa en la que constan como querellados el anterior Presidente de China, Jiang Zemin, y antiguo Primer Ministro, Li Peng. En efecto, el magistrado accedió a las peticiones de la parte querellante solicitando la ampliación de la calificación de los hechos como infracciones graves a las Convenciones de Ginebra en relación al traslado masivo de población china a territorio ocupado tibetano⁸⁴.

En concreto se denunció que el traslado de civiles del país ocupante al ocupado (de China a Tíbet) incurre en una grave violación del artículo 49 de la IV Convención de Ginebra, que en su último párrafo dispone que: «*La Potencia ocupante no podrá proceder a la evacuación o transferencia de una parte de su propia población civil al territorio por ella ocupado*». Esta disposición, cuyo instrumento internacional ratificó China en 1956⁸⁵, no se aplica únicamente durante el transcurso de las hostilidades, sino también tras el alto el fuego. Es más, esta

⁸³ Consecuentemente siguió con el sumario y libró comisión rogatoria internacional a las autoridades judiciales iraquíes, con el propósito de corroborar si en aquel país hay abierta una investigación sobre los hechos denunciados. Auto de 26 de noviembre de 2009, Diligencias Previas 211/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional. Los hechos denunciados en esta querrela versaban sobre el asalto armado, por parte de fuerzas especiales iraquíes el 28 y 29 julio de 2009, sobre civiles desarmados iraníes que se encontraban en el campo de Ashraf. La ofensiva ocasionó la muerte de 11 exiliados iraníes pertenecientes a la Organización de los Muyaidines del Pueblo de Irán y la detención de 36 refugiados. Algunos académicos exigen que para conocer de los crímenes de guerra, el presente autor del crimen debe encontrarse en territorio español, véase FEJOO SÁNCHEZ, B., «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 Tíbet”) y al Voto particular que formulan tres magistrados», *InDret Revista para el análisis del derecho*, (enero 2011), [www.indret.com], pp. 34-43. GAETA, P., «Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux», en A. Cassese y M. Delmas-Marty (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, PUF, 2002.

⁸⁴ Auto de 30 de marzo de 2011, Sumario 63/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional.

⁸⁵ Instrumento de ratificación depositado el 28 de diciembre de 1956. *444 United Nations Treaty Series*, vol. 973, 1957

acción cuestiona gravemente el futuro de este pueblo, cuyo ejercicio del derecho de autodeterminación, que le fue reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 1723(XVI), sigue siendo negado por la República Popular de China. Pero aún admitiendo una variación en el estatuto jurídico de estos territorios ocupados, el artículo 47 de la IV Convención de Ginebra continúa protegiendo poblaciones como la tibetana⁸⁶. Es más la calificación de dicha situación como conflicto interno no debería ser impedimento para su persecución universal. Siendo así la distinción entre infracciones graves de las Convenciones de Ginebra y las violaciones del Derecho Internacional Humanitario de conformidad al artículo 3 común y al Protocolo Adicional II han quedado superadas; y en consecuencia, *«the gaps that exist in their scope, application, protection and enforcement are no longer tenable»*⁸⁷. En definitiva el límite por el cual únicamente se pueden perseguir las «infracciones graves» a través de la jurisdicción universal se ha visto rebasado y «debe aceptarse el derecho de terceros Estados» para perseguir los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional. De esta forma, *«la universalidad de la jurisdicción no depende de la naturaleza del conflicto (...) sino de la naturaleza y gravedad del delito»*⁸⁸.

⁸⁶ Dicha disposición garantiza que: *«Las personas protegidas que se encontraran en territorio ocupado no perderán, en ninguna coyuntura ni en modo alguno, los beneficios del presente Convenio, ya sea en virtud de cambios ocurridos a consecuencia de la ocupación en las instituciones o en la gobernación del territorio de que se trata o por acuerdos concertados entre las autoridades del territorio ocupado y la Potencia ocupante, o como secuela de la anexión por esta última de la totalidad o parte del territorio ocupado»*. A este respecto, las reivindicaciones de soberanía de las potencias ocupantes resultan irrelevantes en cuanto a la aplicación de la normativa de Ginebra. La finalidad de las Convenciones se centra en la protección de los derechos fundamentales, por lo que los argumentos soberanistas respecto a esos territorios, no son en modo alguno, válidos.

Asimismo el artículo 611.5 del Código Penal (que no sufre modificación alguna por la LO 5/2010), de acuerdo con el Derecho Internacional, castiga *«con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado (...) 5) Traslade y asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente»*. Por todo ello, el auto de 30 de marzo de 2011 del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, acordó la *«ampliación de la investigación por los delitos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en relación con los artículos 608 y 611.5 del Código Penal Español»*. Parte Dispositiva del auto de 30 de marzo de 2011, Sumario 63/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional.

⁸⁷ BASSIOUNI, M.C., «The normative framework of International Humanitarian Law: overlaps, gaps and ambiguities», en M.C. Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, vol. I, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 3.ª ed., pp. 493-531, p. 510.

⁸⁸ MERON, T., *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 118 y 137. Se puede concluir que el derecho internacional consuetudinario y el propio Tribunal Penal Internacional, sin ningún género de dudas, ha consolidado dicha lucha específica contra la

En todo caso más allá de estas controversias jurídicas el asunto contra la élite del Partido Comunista Chino continuó y el pronunciamiento judicial sobre ampliación de los cargos a crímenes de guerra y el implícito reconocimiento de Tíbet como Estado ocupado, de nuevo desató las iras del Gobierno de Beijing⁸⁹. Con posterioridad tras otras declaraciones de víctimas y testigos⁹⁰, el caso se centró en obtener las ordenes de arresto internacional contra los acusados. De forma reiterada se procedió a esta petición y el fiscal y el juez sistemáticamente concluían que «no había necesidad de decretar las ordenes de arresto internacional con fines extradicionales», ya que se consideraba (como manifestaba el ministerio público), que: «sigue faltando un testimonio o una prueba documental que permita enlazar la responsabilidad de los querellados en el desempeño de sus cargos con la presunta actuación delictiva policial concreta en la represión de las manifestaciones de la población tibetana»⁹¹. Así pues con el objeto de completar toda la evidencia ya aportada a lo largo de ya más de siete años de diligencias practicadas, se aportaron informes periciales⁹²

impunidad, que ya fue reivindicada por el juez Abi-Saab en el asunto Tadic, cfr. *Separate Opinion of Judge Abi-Saab on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Tadic (IT-95-1), Appeals Chamber, 2 October 1995, Section IV.

⁸⁹ «Spanish High Court's acceptance of Tibet as "occupied country" groundless», *China Tibet Online*, 14th April 2011, en [http://eng.tibet.cn/2010home/bwpl/201104/t20110411_993303.html].

⁹⁰ De entre todas las declaraciones debe destacarse la del Dr. Blake Kerr, acordada mediante auto de 24 de septiembre de 2007, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional. Inicialmente se acordó que prestara declaración en los Estados Unidos mediante comisión rogatoria, pero este mecanismo no dio ningún resultado tras más de cuatro años de espera y reiteradas peticiones del juez español a las autoridades estadounidenses. Las declaraciones y la evidencia escrita y audiovisual aportada por el Dr. Kerr al juez sobre las prácticas de control de la natalidad constituyeron una pieza clave en la investigación del crimen de genocidio; declaración final acordada mediante auto de 24 de noviembre de 2011, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional, Sumario (procedimiento ordinario) 63/2008 F. Véase una síntesis de la declaración en «Un médico estadounidense relata ante el juez abortos forzados y asesinatos de niños», *Europa Press*, 12 diciembre 2011 en [<http://www.europapress.es/epsocial/menores-00645/noticia-medico-estadounidense-relata-juez-abortos-forzados-asesinatos-ninos-tibet-20111212131928.html>].

⁹¹ Auto de 9 de mayo de 2012, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional, Sumario (procedimiento ordinario) 63/2008 F.

⁹² Informes periciales presentados el 19 de octubre y 20 de noviembre de 2012, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional, Sumario (procedimiento ordinario) 63/2008 F: Primer informe pericial realizado por Kate Saunders, Ben Carrdus, J. Neville, Charles Lee y Tencho Gyatso, miembros de la Asociación Internacional Campaign for Tibet (ICT), en el que se detalla «La cadena de mando en la República Popular China y las responsabilidades directas de los líderes chinos por la comisión de crímenes internacionales en Tíbet». El segundo informe pericial fue redactado por la Dra. Terri Marsh, Ryan Mitchell y Yiyang Xia, miembros de la Human Rights

y declaraciones testificales de expertos internacionales⁹³ que vinieron a detallar la cadena de mando en la República Popular China con especial referencia a los líderes chinos denunciados.

Asimismo se amplió la querrela contra Hu Jintao, anterior Presidente de la República Popular de China, que cesó en el cargo el 15 de marzo de 2013⁹⁴. Meses después la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante auto de 9 de octubre de 2013, acordó tener por ampliada la causa contra el exmandatario chino ya que había «finalizado su inmunidad diplomática»⁹⁵. Esta decisión de repercusiones mediáticas internacionales⁹⁶, provocó las previsibles reacciones del Gobierno de Beijing quien a través de

Law Foundation, titulado «El Partido Comunista Chino y la cadena de mando gubernamental en China y Tíbet. Responsabilidad de Jiang Zemin y Chen Kuiyan en crímenes de genocidio y otros graves abusos de derechos humanos cometidos contra los tibetanos en China».

⁹³ El 28 de diciembre de 2012 la investigadora ICT, Kate Saunders, ratificó ante el juez el informe pericial mencionado; testimonio admitido mediante auto de 26 de noviembre de 2012, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional, Sumario (procedimiento ordinario) 63/2008 F. Véase ICT Report: «ICT testifies in Spain's National Court on Chinese leadership policies on Tibet», 30 de diciembre de 2012.

⁹⁴ Hu Jintao ocupó el relevante cargo de Secretario del Comité del Partido Comunista Chino (PCCh) de la Región Autónoma del Tíbet desde 1988 a 1992. Su labor represiva sobre el pueblo tibetano fue reconocida por los líderes del Partido en Pekín y permitieron su ascenso meteórico hasta convertirse en Presidente de China. Tras convertirse en Presidente en el 2003, Hu nombró personalmente a muchos de los altos cargos regionales en las distintas administraciones provinciales a las que el Tíbet está ahora incorporado, incluyendo a muchos de su propia base de poder en el PCCh y la Liga de Juventud Comunista de China. Debe recordarse que Hu Jintao, todavía ostentando el cargo de Presidente de China, también fue el máximo responsable de la represión acontecida en Tíbet en la primavera de 2008; hechos que fueron asimismo denunciados. Precisamente, por auto de 5 de agosto 2008, el Juzgado Central de Instrucción, nº 1 (en el marco de las Diligencias Previas 242/2008-10) se declaró competente y se admitió a trámite la nueva querrela.

⁹⁵ Auto 246/13 de 9 de octubre de 2013, Sección Cuarta, Audiencia Nacional, Procedimiento Sumario, 63/08. Los jueces que componían esta Sección Cuarta fueron la ponente Angela Murillo Bordallo, Carmen Paloma González Pastor y Juan Francisco Martel Rivero.

⁹⁶ «Spain to Proceed With Indictment of China's Ex-President», *New York Times*, 10 octubre 2013 en [<http://www.nytimes.com/2013/10/12/world/europe/spain-to-proceed-with-indictment-of-chinas-ex-president.html>]. «La justice espagnole va enquêter contre Hu Jintao pour 'génocide' au Tibet», *Le Monde*, 10 octubre 2013 en [http://www.lemonde.fr/europe/article/2013/10/11/la-justice-espagnole-va-enqueter-contre-hu-jintao-pour-genocide-au-tibet_3494450_3214.html]. «Spanish court indicts China's ex-president Hu Jintao on genocide charges», *South China Morning Post*, 10 octubre 2013 en [<http://www.scmp.com/news/china-insider/article/1329293/spanish-court-indicts-former-president-hu-jintao-genocide-charges>]. «La Audiencia reabre la causa contra Hu Jintao por el genocidio del Tíbet», *El País*, 10 octubre 2013 [http://politica.elpais.com/politica/2013/10/10/actualidad/1381422560_279850.html].

la portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores, declaró su «oposición a la interferencia en los asuntos internos de China de cualquier país y persona»⁹⁷.

Ahora bien semanas después, un nuevo veredicto del mismo tribunal acabó por provocar la definitiva crisis diplomática, justo en el momento en que China estaba siendo sometido al escrutinio del Examen Periódico Universal en el seno del Consejo de Derechos Humanos en Ginebra⁹⁸. Esta vez los jueces españoles ordenaban decretar las ordenes de arresto internacional contra el anterior Presidente de China, Jiang Zemin, y el anterior Primer Ministro, Li Peng, puesto que: «racionalmente y prima facie, se deduce la existencia de indicios en la participación en los hechos objeto en la querrela (...) habida cuenta de la responsabilidad política o militar de cada uno de ellos en el largo periodo a que se remontan los hechos objeto de la investigación». Siendo así concluían, «se estima necesario acordar el libramiento de ordenes internacionales de detención frente a los querrellados»⁹⁹.

De forma inmediata el impacto judicial¹⁰⁰ y mediático¹⁰¹ del auto de la Audiencia Nacional desencadenó la amenazante reacción diplomática china, cuyos efectos se han sentido en la democracia española¹⁰². Esta vez no se limitó el gigante asiático a expresar su «fuerte malestar» o calificar de «vergüenza» las ordenes de arresto, sino que las amenazas directas sobre España no dejaron lugar a la ambigüedad. Por un lado Zhu Weiqun, Presidente del Comité de asuntos religiosos y étnicos de China, máximo organismo asesor del Parla-

⁹⁷ «China Denounces Spanish Court's Tibet Case Against Hu Jintao», *Reuters*, 14 de octubre de 2013, [<http://www.voanews.com/content/reu-china-denounces-spanish-court-case-against-ex-president/1769123.html>].

⁹⁸ [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Highlights22October2013am.aspx>]. UPR Second cycle-China at [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/CNSession17.aspx>].

⁹⁹ Auto 270/13 de 18 de noviembre de 2013, Sección Cuarta, Audiencia Nacional, Procedimiento Sumario, 63/08.

¹⁰⁰ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Caso del genocidio del Tíbet. ¿Hacia una nueva reforma exprés de la jurisdicción universal?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, nº 1, pp. 212-217.

¹⁰¹ MOFFETT, M., «Spanish Court Issues Arrest Warrants for Ex-Chinese Leaders Order Follows Eight-Year Probe into Alleged Human Rights Abuses in Tibet», *Wall Street Journal*, 20 noviembre 2013 en [<http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303985504579208322886635670>]. PÉREZ, FJ., «La Audiencia Nacional ordena detener al expresidente chino Yang Zemin», *El País*, 19 noviembre 2013, en [http://politica.elpais.com/politica/2013/11/19/actualidad/1384873557_326320.html]. «Spain orders arrest of Chinese officials over Tibet», *China Digital Times*, 19 noviembre 2013 en [<http://chinadigitaltimes.net/2013/11/spain-orders-arrest-former-chinese-officials-tibet/>].

¹⁰² SEGURA SERRANO, A., «Hacia una nueva reforma restrictiva del principio de jurisdicción universal en España», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, nº 1, pp. 321 y ss.

mento, sentenció refiriéndose al poder judicial español: «Que vayan adelante si se atreven»¹⁰³.

La ofensiva dialéctica continuó a través de la portavoz de Exteriores Hong Lei, que no dudó en exigir: «*We urge Spain to face up to China's solemn position, change the wrong decision, repair the severe damage, and refrain from sending wrong signals to the Tibetan-independence forces and hurting China-Spain relations*»¹⁰⁴. Es más concluyó advirtiendo que «*this despicable act is doomed to fail*». Y persiguiendo este propósito, las presiones continuaron, por un lado trasladando el enfado al embajador español en Beijing y finalmente remitiendo una delegación oficial directamente a Madrid al Congreso de los Diputados. En efecto el 12 de diciembre de 2013 Wu Jingjie, diputado del Congreso Nacional Popular y Vice-secretario ejecutivo de la Región Autónoma del Tíbet, «expresó su perplejidad» y exigió a los congresistas españoles una «solución política inmediata y definitiva»¹⁰⁵.

Aparentes paradojas de la política: el Gobierno del partido político conservador en el poder haciendo uso una vez más de su mayoría absoluta, no ha dudado en prostrar a la democracia española ante los dictados del supuesto régimen comunista. El veredicto político ante la disyuntiva en escena ha sido claro. En un lado de la balanza se encuentran el 20% de la deuda pública española en manos de China (como recordemos admitió el Ministro de Exteriores, García Margallo¹⁰⁶), además del resto de intereses económicos y comerciales de las grandes corporaciones españoles que no dejan de invertir en territorio chino¹⁰⁷. Y todo ello con el apoyo incondicional gubernamental y a pesar que

¹⁰³ CARDENAL, J. P. y ARAÚJO, H., «Pólvora china para dinamitar la justicia universal», *El Mundo*, de 29 de marzo de 2014. Disponible en [<http://www.elmundo.es/opinion/2014/03/29/53356a98268e3e97408b4574.html>]. «China dismisses as absurd Spanish arrest warrants over Tibet», *Reuters*, 20 noviembre 2013 en [<http://uk.reuters.com/article/2013/11/20/uk-china-tibet-spain-idUKBRE9AJ06420131120>]. «Spain orders arrest of China's expresident Jiang Zemin», *South China Morning Post* [<http://www.scmp.com/news/china/article/1360968/spain-orders-arrest-chinas-ex-president-jiang-zemin>].

¹⁰⁴ «China displeased with Spanish Court's arrest order», *Associated Press*, Beijing, 20 noviembre 2013 en [<http://bigstory.ap.org/article/china-displeased-spanish-courts-arrest-order>].

¹⁰⁵ International Campaign For Tibet, «A “death blow to democracy”: Spanish lawyers challenge new ruling that may close down Tibet lawsuits after Chinese pressure», 26 diciembre 2013 en [<http://www.savetibet.org/Author/International-Campaign-For-Tibet/>].

¹⁰⁶ Entrevista a García Margallo el 16 de abril de 2014 en Televisión Española en el programa El debate de la 1, [<http://www.rtve.es/alacarta/videos/el-debate-de-la-1>].

¹⁰⁷ GONZÁLEZ, M., «El Gobierno reformará la ley para desactivar el proceso al régimen chino. El alcance de la jurisdicción universal será recortado por segunda vez», *El País*, 15 diciembre

esa masiva deslocalización de empresas ha ocasionado una irremediable e irreparable pérdida de puestos de trabajo en este país, que como se sabe tiene las mayores tasas de desempleo de toda la Unión Europea. En el otro lado de la balanza debiera aparecer la garantía de independencia de una decisión judicial de un Estado supuestamente democrático en la cual se han invocado normas internacionales que apuntan a los valores y principios más elementales de la humanidad. Dada la catadura ética de nuestros máximos gobernantes, resultaba fácil presumir que la vilipendiada iba a ser la justicia.

3. LA REFORMA PARLAMENTARIA EXPRES Y SUS POSTULADOS MÁS CONTROVERTIDOS

Una vez escenificadas las presiones diplomáticas de nuestros prioritarios aliados del Partido Comunista Chino, el Partido Popular, sin mostrar resistencia alguna sobre las interferencias chinas en nuestros asuntos judiciales internos, sino más bien arrodillándose ante los nuevos emperadores, procedió de inmediato al cambio legal para zanjar este agravio.

Esta sumisión, como se ha mencionado, se comenzó a concretar cuando el 17 de enero de 2014 el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentaba la Proposición de Ley Orgánica relativa a la reforma de la justicia universal. No sólo se utilizó por parte del Ministerio de Justicia esta forma de aprobación para esquivar los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial, Consejo Fiscal y Consejo de Estado¹⁰⁸, sino que además aceleraron los plazos de aprobación. Esto es, se suprimió la tramitación en comisión para evitar un nuevo debate y votación de enmiendas, y se remitió por procedimiento de urgencia la reforma a un pleno para que en lectura única, se

2013 en [http://politica.elpais.com/politica/2013/12/15/actualidad/1387130940_131381.html?rel=rosEP]: «China es, tras Francia, el segundo tenedor de la deuda española en manos extranjeras, con un 20% del total, unos 80.000 millones de euros; un emisor creciente de turistas (177.000 en 2012, un 55% más que en 2011) y un importante socio comercial (21.400 millones en 2012, aunque con un notable déficit para España). Unas 600 empresas españolas están implantadas en China y la cifra va en aumento: la semana pasada se anunció la compra del 8% del Bank of Shanghai por el Santander».

¹⁰⁸ Dictamen del Consejo de Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, informe del Consejo General del Poder Judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.1.1ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, informe del Consejo Fiscal, de acuerdo con el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

remitiera el texto al Senado¹⁰⁹. Precisamente alguno portavoz parlamentario como el del Grupo Vasco, Esteban Bravo, en ese único pleno reprochó al grupo en el gobierno no sólo el contenido de la reforma, sino el procedimiento empleado y denunció que:

«Este Pleno no debería haberse convocado nunca, porque se ha convocado en contra del Reglamento, infringiéndolo directa y conscientemente. Es imposible que una proposición de ley del contenido de la que nos ocupa pueda encajar la posibilidad de la lectura única, porque ni la naturaleza del proyecto es la adecuada —una ley orgánica, derechos fundamentales, la jurisdicción de los tribunales— ni la simplicidad —que es la otra razón para que pudiera ser por lectura única— tampoco es aplicable porque la propuesta es abigarrada, complicada, llena de matices, detalles y casuísticas. Por tanto debería haber sido imposible que este Pleno se hubiera convocado»¹¹⁰.

El resto de portavoces en el Pleno aprovecharon esta sesión dedicada al acuerdo de tramitación directa y en lectura única para avanzar la exclusiva motivación de la reforma. En este sentido la Diputada Lozano Domingo tras calificar el Pleno de «fraudulento», acusó en los siguientes términos al gobierno por haber presentado la cuestionada proposición de ley:

¹⁰⁹ GAREA, F., «El PP impone un trámite ultrarrápido para archivar la justicia universal», *El País*, 18 de febrero de 2014 en [http://politica.elpais.com/politica/2014/02/17/actualidad/1392635132_190799.html].

«El artículo del Reglamento del Congreso invocado por el PP asegura que “cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomado en consideración lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita, el pleno de la Cámara, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, podrá acordar que se tramite directamente y en lectura única”. Añade que, “adoptado tal acuerdo, se procederá a un debate sujeto a las normas establecidas para los de totalidad, sometiéndose seguidamente el conjunto del texto a una sola votación”. Y “si el resultado de la votación es favorable, el texto quedará aprobado y se remitirá al Senado. En caso contrario, quedará rechazado. La Cámara alta, en lugar de dos meses, dispondrá de 20 días para enmendarlo o aprobarlo definitivamente”».

¹¹⁰ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, nº 180, 20 de febrero de 2014. Acuerdo de tramitación directa y en lectura única de la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, p. 3. El portavoz del Grupo Parlamentario Vasco añadió: «A pesar de que se le ha señalado a la Mesa, por parte de toda la oposición, que sería necesario un informe jurídico, acabamos de recibir un escrito por parte de la Mesa diciendo que no se va a realizar un informe jurídico simplemente porque la Mesa, por mayoría, considera que ha aplicado bien el Reglamento. Nos parece sinceramente inaceptable, aunque comprensible, porque no hay letrado que se precie, no hay letrado que se precie que hubiera firmado un informe diciendo que el artículo 150 era aplicable para este caso.»

«El grado de sintonía y de armonización que han logrado con la élite corrupta china es asombroso, es absolutamente extraordinario, al precio de sacrificar los principios elementales de la democracia en nuestro país, porque no hemos conseguido todavía que nos expliquen de manera transparente y clara cuáles son las prisas que tienen (...) en dos meses han encontrado la manera de satisfacer las exigencias de la oligarquía china, pasando por encima de principios elementales de la democracia»¹¹¹.

Una vez que la mayoría absoluta desplegó sus efectos acordando la lectura única, justo una semana después, el 27 de febrero, se celebró el debate de la sesión plenaria en el Congreso que puso en evidencia alguno de los puntos más controvertidos del nuevo texto legal y que se referencian sucintamente a continuación.

a) *De los nuevos requisitos acumulativos de conexión nacional y de las distintas categorías de víctimas*

En primer lugar resulta llamativo el desigual y complejo tratamiento que otorga la ley para poder perseguir los distintos delitos. Por ejemplo la jurisdicción española será competente para perseguir delitos de terrorismo simplemente si se constatan víctimas españolas en el momento de la comisión de los hechos. En cambio el régimen jurídico para los crímenes internacionales más aberrantes resulta mucho más gravoso. Siendo así en los casos de genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra, más allá de la nacionalidad de las víctimas, debe cumplirse el requisito adicional de agresor español o extranjero con residencia habitual en España o presencia en territorio español¹¹², lo cual

¹¹¹ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, *op. cit.*, p. 4. Intervención de la Diputada Lozano Domingo, del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia que concluyó: «*han decidido poner precio a la dignidad del país, esto es lo que significa su reforma jurídica, y son capaces de pasar por encima de todo para llevar adelante esta reforma. Le han puesto precio a la democracia.*»

¹¹² «4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

(...) e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

1º el procedimiento se dirija contra un español;

como apunta certeramente el profesor y letrado Ollé Sesé, acaba «confundiendo de forma alarmante la esencia del principio universal con otros criterios de aplicación extraterritorial de la ley penal»¹¹³.

Este énfasis sobre la persecución del terrorismo en detrimento del resto de crímenes internacionales es el que no pasó inadvertido al portavoz del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), Olabarría Muñoz, que recordó a los diputados populares que no existe convención internacional alguna específica sobre los crímenes de terrorismo. Además añadía que:

«La identificación como crímenes contra la humanidad de los delitos de terrorismo es algo propio de la legislación española, de la última reforma del Código Penal y de la anteúltima, de las reformas de 2002 y de 2010. Ningún tratado internacional prevé que los crímenes de terrorismo, que son los que ustedes amplifican más que cualesquiera otros las posibilidades de entendimiento de los tribunales españoles, están configurados más que por el Código Penal español como crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad». Y consecuentemente acababa advirtiéndolo: «¿Qué va a pasar ahora con los delitos de terrorismo, señor ministro, cuando ninguno de los tratados que le he citado establece que los crímenes de terrorismo son crímenes contra la humanidad? Son crímenes gravísimos, son los más graves del ordenamiento jurídico, pero son crímenes de naturaleza ordinaria, no son de lesa humanidad»¹¹⁴.

Asimismo llama poderosamente la atención que la nueva redacción relativa a la persecución los delitos de tortura y desaparición forzada, contemplado ahora en el artículo primero, apartado dos, letras c) y m), exija que:

2º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;

4º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;

5º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

6º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

7º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

8º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados».

¹¹³ OLLÉ SESÉ, M., «A vueltas con la justicia universal», *Política Exterior*, vol. XXVIII, n° 160 (julio-agosto 2014), pp. 96-104, p. 100.

¹¹⁴ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, n° 18, sesión plenaria 172, 27 de febrero de 2014. Acuerdo de tramitación directa y en lectura única de la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, p. 7.

«i) el procedimiento se dirija contra un español; o ii) existan víctimas que tuvieran nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español». Más que la aplicación del principio de jurisdicción universal, estos preceptos aplican los principios de personalidad activa y pasiva, y ésta última, con restricciones. Examinados el texto y el detonante extralegal de la reforma, pudiera pensarse que los redactores del nuevo artículo 23.4 LOPJ desplegaron ante las mesas de sus despachos, los casos en instrucción ante la Audiencia Nacional y a partir de ahí legislaron de forma restrictiva para proceder al archivo de los mismos. Y este comentario crítico resulta de plena aplicación al nuevo régimen exigido para la activación de la jurisdicción española a la hora de perseguir el crimen internacional de tortura. Resulta evidente que una de las conexiones que impedía archivar el caso Tíbet de acuerdo a la reforma del 2009, era el referido a la nacionalidad española de la víctima tibetana Thubten Wangchen¹¹⁵; caso que se fundamente en la denuncia y admisión de las torturas sufridas por el asimismo querellante en 1987, fecha en la cual aún no había adquirido la mencionada nacionalidad. Evidentemente la nueva redacción no se conforma con ajustarse de forma restrictiva a lo previsto en la Convención contra la tortura que exige según su artículo 5 bien la nacionalidad del delincuente o de la víctima, sino que de forma acumulativa en este último supuesto se añade que esa nacionalidad debe constatarse en el momento de la comisión del crimen internacional de tortura, y que además el torturador debe encontrarse en territorio español. Resultado: las torturas cometidas contra el sr. Wangchen, no pueden ser investigadas por la Audiencia Nacional, a pesar de ser español y aún en el supuesto que uno de sus torturadores esté residiendo o disfrutando de sus vacaciones en España.

Ahora bien la clara intencionalidad del nuevo artículo 23.4 LOPJ no puede sorprender sobretodo en materia de persecución de crímenes internacionales de tortura. Es más, sigue la misma línea de actuación a la hora de perpetuar la impunidad de los criminales, habida cuenta de la posición del gobierno res-

¹¹⁵ Desde la querrela inicial hasta llegar a los autos de 10 de febrero de 2014 por los que se acuerda por el Juzgado Central de Instrucción nº 2 librar ordenes de detención internacional ordenadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, decretando prisión provisional, comunicada, incondicional y sin fianza contra los querrellados, se acusa y se llegan a encontrar responsables de actos de tortura a los acusados.

pecto a los crímenes del franquismo¹¹⁶ y de los últimos posicionamientos de la fiscalía y de la Audiencia Nacional denegando la extradición de torturadores españoles a Argentina¹¹⁷. Todo lo cual además entraña una flagrante violación de la Convención cuando establece el principio *aut iudicare aut dedere*¹¹⁸. Con ello el Estado español no sólo está desconociendo las reiteradas recomendaciones de distintos organismos de Naciones Unidas en materia de torturas y desapariciones forzadas¹¹⁹, sino que además al negarse a enjuiciar o extraditar

¹¹⁶ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*. Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2012. GARCIA BLESA, J. J. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., «The rights of the victims of past atrocities in Spain: reparation without truth and justice?», *Connecticut Journal of International Law*, n° 29 (2014), pp. 227-254.

¹¹⁷ Auto de 24 de abril de 2014, Sección Tercera, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional, procedimiento de extradición 21/13. Las conclusiones de los magistrados Alfonso Guevara, Guillermo Ruiz Polanco y María Ángeles Barreiro recogidas en el fundamento de derecho tercero que avalaron la denegación de la extradición fueron: «*la acción penal iniciada ha superado crecidamente los plazos de prescripción del delito, sin que la descripción de la infracción punible, permita afirmar que pudiera constituir un delito de lesa humanidad del artículo 607 bis del Código penal nacional, dado el tenor aislado de la acción imputada sin conexión aparente con el delito de genocidio*».

¹¹⁸ Véanse los avances del programa de trabajo «Obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut iudicare*)» de la Comisión de Derecho Internacional iniciado sobre la base de la recomendación del Grupo de Trabajo, *Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/59/10)*, para. 362 en [http://legal.un.org/ilc/summaries/7_6.htm].

¹¹⁹ Ya en sus observaciones finales al 5º informe periódico de España, el Comité contra la Tortura expresó su preocupación porque la reforma de la LOPJ de 2009 no obstaculizara el ejercicio de la jurisdicción sobre todos actos de tortura de acuerdo con los art. 5 y 7 de la Convención. Véanse asimismo las observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, tras su visita oficial a España en febrero de 2014, FIBGAR, «El Relator de la ONU, Pablo de Greiff, lamenta la enorme distancia entre el Estado y las víctimas del franquismo», 4 febrero 2014, [www.fibgar.org]. Asimismo en relación a las desapariciones forzadas debe destacarse el informe final relativo a las desapariciones forzadas ocurridas durante la guerra civil y el franquismo presentado por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas, recomienda en el plazo de 90 días «investigar de oficio y juzgar todas las desapariciones forzadas a la luz de las obligaciones internacionales, de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas» y para ello debe «eliminar todos los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones judiciales», en «FIBGAR acoge con satisfacción las conclusiones finales del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas e insta al estado español a dar respuesta a las recomendaciones en el plazo exigido», FIBGAR, agosto 2014. COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, Observaciones Finales al Informe de España de 2013, párrafos 9 y 10, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/ESP/INT_CED_COC_ESP_15780_S.pdf]; GRUPO DE TRABAJO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS. Observaciones Preliminares tras la visita realizada a España, apartado de Marco Legislativo, en [<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=ES>].

a Argentina a los presuntos torturadores está incurriendo en una responsabilidad internacional del Estado, que la Corte Internacional de Justicia recordó ya en su día a Senegal al negarse a extraditar a Bélgica al dictador Hissène Habré, al mismo tiempo que desistía de enjuiciarlo en los tribunales de Dakar¹²⁰. En todo caso podremos evaluar de nuevo en los próximos meses la reacción del ejecutivo a las detalladas conclusiones y recomendaciones del reciente informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff¹²¹.

En definitiva el nuevo artículo 23.4 LOPJ establece, de una forma ilógica e irrazonable desde el punto de vista jurídico, tres tipos de categorías de víctimas¹²². En primer lugar las grupo del apartado a), esto es, las que han padecido los crímenes más graves (genocidio, lesa humanidad y guerra) y que están contemplados en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, y que son las que han quedado con la mayor desprotección. Como se ha mencionado los nuevos requisitos referentes al principio de personalidad activa (español o extranjero residente habitual en España), junto con el de acreditar la denegación de la extradición en este último supuesto, cercenan de forma arbitraria el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de este primer tipo de víctimas.

En segundo lugar aparecen las víctimas de segundo grado, que son las contempladas en los apartados b (delitos de tortura y contra la integridad moral), apartado c (Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención

¹²⁰ SOSA NAVARRO, M., «La evolución de la obligación de extraditar o juzgar a través del caso Hissène Habré», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 26 (2013).

¹²¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Misión a España, 22 julio 2014. A/HRC/27/56/Add.1, Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones, Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. El informe respecto al apartado relativo a la justicia resulta expeditivo en sus recomendaciones:

«q) Valorar las alternativas y privar de efecto las disposiciones de la Ley de Amnistía que obstaculizan todas las investigaciones y el acceso a la justicia sobre violaciones graves de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y el franquismo;

r) Promover una mayor conciencia acerca de las obligaciones internacionales en materia de acceso a la justicia, el derecho a la verdad y las garantías del debido proceso y darle expresión institucional adecuada a esas obligaciones;

s) Asegurar la colaboración de la justicia española con procedimientos judiciales en el exterior y tomar medidas contra el debilitamiento del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de tribunales españoles».

¹²² PÉREZ CEPEDA, A., «¿Es la jurisdicción universal un instrumento eficaz contra la impunidad?», en FIBGAR, *Congreso Jurisdicción Universal en el siglo XXI*, mayo 2014, Madrid en [http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/ponencias/martes/ponencias_martes_04.pdf].

internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006), apartado l (delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica) y apartado m (trata de seres humanos). En todos estos supuestos la universalidad de la justicia queda mitigada por los principios de personalidad activa y pasiva con todas el resto de concretas limitaciones ya comentadas al hilo del crimen de tortura.

Y finalmente aparece un tercer grupo de víctimas que podrán acudir a los tribunales españoles simplemente con dejar constancia de la nacionalidad española del agresor o en su caso de la víctima en el momento de la comisión del delito. Este tratamiento privilegiado y discriminatorio en modo alguno obedece a la gravedad de lo delitos cometidos, como puede comprobarse: terrorismo (artículo 23.4.e), delitos contenidos en el Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970 (art. 23.4.f), delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad (art. 23.4.k), delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980 (art. 23.4.h), tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas (art. 23.4.i), delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales (art. 23.4.n), y los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública (art. 23.4.o).

Por último el artículo deja abierta una especie de clausula residual de sujeción a lo dispuesto en los tratados internacionales y que regula en el apartado p), por la cual serán competentes los tribunales españoles de

«Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos»; fórmula que es la que también se ha empleado en el apartado d) referente a los «delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos» y en el apartado g) relativo a «los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra

la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo».

En definitiva el artículo contempla una arbitraria categorización de las víctimas y una laberíntica regulación en numerosos apartados y regímenes, que intencionadamente deja en la mayor indefensión a las víctimas de los crímenes más graves, generando espacios injustificados de impunidad para sus perpetradores.

b) *De la cuestionable constitucionalidad de la reforma*

Desde el mismo momento en que el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso incluyó en el orden del día de la sesión plenaria del 11 de febrero, la toma en consideración de la proposición de ley de modificación de la justicia universal, de forma unánime el resto de grupos parlamentarios se opusieron y tildaron la reforma de inconstitucional. Es más, en ese pleno la Diputada Lozano Domingo, tras acusar a los populares de «diligencia lacayuna a la hora de tramitar esta proposición», se dirigió a la portavoz socialista demandando que pasaran de las palabras a los hechos, y que recurrieran la enmienda del art. 23.4 LOPJ al Tribunal Constitucional¹²³. Curiosamente dos de los partidos políticos más combativos en la sesión, PSOE y UPyD, avalaron la reforma de la justicia universal en el 2009, aunque ahora en parte han pretendido corregir su deriva restrictiva, y junto a los otros grupos parlamentarios denunciaron la actual maniobra legislativa. Precisamente días antes de la publicación en el BOE de la reforma, en un acto organizado por la Asociación pro Derechos Humanos en el Congreso, la portavoz socialista, Soraya Rodríguez, anunció la

¹²³ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, Sesión plenaria nº 162, 11 de febrero de 2014. Toma en consideración de proposiciones de ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. «BOCG. Congreso de los Diputados», serie B, nº 157-1, de 24 de enero de 2014. (nº de exp. 122/000136), p. 32: «Y le proponemos desde aquí al Grupo Socialista, a la señora Rodríguez Ramos que ha hecho una crítica acerada de esta reforma, que si tienen intención de llevarlo al Tribunal Constitucional, cosa que nosotros no podemos porque no tenemos diputados suficientes para hacerlo, que lo hagan y que cuenten con el apoyo de este grupo. Desde luego ustedes tienen diputados suficientes para hacerlo, pero creemos que políticamente tendría mucho más efecto que diputados de todos los grupos parlamentarios participáramos en ese recurso ante el Constitucional».

correspondiente presentación del recurso de inconstitucionalidad¹²⁴, que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 23 de julio de 2014¹²⁵.

Respecto a esta cuestionable constitucionalidad, uno de los puntos críticos de la nueva ley orgánica es el que apunta el nuevo apartado 6 del artículo 23 de la LOPJ en el que se asienta que: «*los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal*». Este párrafo supone una derogación de facto del artículo 125 de la Constitución Española, que dispone que «*los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia*». Siendo así con esta reforma se finiquita de manera arbitraria la acción popular que era la que había llevado ante nuestros tribunales la práctica totalidad de los casos de justicia universal. Es más dejar en manos del ministerio público el inicio de estos procedimientos, habida cuenta de sus actuaciones contrarias a la persecución de crímenes internacionales en la mayoría de casos, implica sepultar más aún si cabe la justicia universal, además de contravenir de manera directa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia¹²⁶. Es por ello que el diputado Gaspar Llamazares en el debate abiertamente sobre este punto censurara que,

«por si hubiera pocos mecanismos de cierre, el Gobierno establece que quien solamente puede denunciar es la víctima o la fiscalía. Es muy impro-

¹²⁴ PAONE, M., «El PSOE recurrirá la reforma de la justicia universal ante el Constitucional», *El País*, 4 marzo 2014.

¹²⁵ «El TC admite a trámite el recurso del PSOE contra la reforma de la justicia universal», *Europa Press*, 23 julio 2014 en [<http://www.europapress.es/nacional/noticia-tc-admite-tramite-recurso-psoe-contra-reforma-justicia-universal-20140723173217.html>].

¹²⁶ Como recordaba el recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo socialista trayendo a colación la sentencia 67/2011 de 16 de mayo de 2011:

«Este Tribunal tiene declarado que “entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva, figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el art. 125 CE (SSTC 62/1983, 147/1985 y 40/1994). Por ello, el rechazo de la acción basado en una interpretación errónea o arbitraria de las condiciones establecidas para su ejercicio comportaría la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE” (STC 326/1994, de 12 de diciembre, FJ 2). Ahora bien, también hemos declarado que ni el art. 125 CE ni el art. 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos (SSTC 64/1999, de 26 de abril, FJ 5; 81/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3), sino que ésta es una decisión que corresponde al legislador, de modo que si la ley establece la acción popular en un determinado proceso, como la Ley de enjuiciamiento criminal hace para el proceso penal, la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio pro actione que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción “para resolver, precisamente, los problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción” (por todas STC 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3)».

bable que sea la víctima porque en la mayor parte de los casos ya no está y la fiscalía no va a actuar contra sus propios actos; la fiscalía va a seguir la orientación del Gobierno y va a intentar molestar lo menos posible a otros Estados, sobre todo a Estados imperiales cuando la política del Gobierno es una política de colonia, que es la que estamos viendo con respecto a la jurisdicción penal internacional»¹²⁷.

Retomando esta cuestión con el caso del Tíbet desde sus inicios debe recordarse cual ha sido el posicionamiento de la fiscalía. Tras la presentación de la querrela inicial del asunto del genocidio tibetano, el ministerio público en fecha 27 de julio de 2005 emitió un informe en el que invocando la tesis seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de marzo de 2004, decretaba que a ningún Estado «corresponde ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción», a lo que añadió que una concepción de la justicia universal amplia, como era la pretendida en esta querrela, conducía a «una interpretación desmesurada de la soberanía nacional» y podía desencadenar una serie de «consecuencias no siempre deseables desde la perspectiva de la seguridad jurídica»¹²⁸.

En definitiva, la fiscalía ya entonces concluía que para la persecución del hecho se había de tener el límite de que concurriera algún punto de conexión nacional con los intereses del Estado que pretenda la persecución, en este caso España. Asimismo el fiscal invocó el principio de intervención mínima en asuntos de otro Estado consagrado en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas y aseguró que ningún instrumento internacional fijaba de manera expresa la jurisdicción universal, para finalmente solicitar la inadmisión a trámite, que fue ratificada de inmediato por el juez Ismael Moreno. Consideraciones jurídicas que se ajustan a la perfección a los argumentos políticos esgrimidos por los diputados socialistas y populares en las dos reformas practicadas a la ley de justicia universal. Igualmente en conexión con esta supresión carente de motivación jurídica de la *actio popularis* únicamente para

¹²⁷ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 18, 27 de febrero de 2014, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁸ Informe del fiscal Juan Moral de 27 de julio de 2005, Diligencias Previas 237/2005, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.

la persecución de estos crímenes universales, podría considerarse que viola el artículo 9.3 CE que recoge el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Por otro lado, como se ha mencionado en el apartado anterior, el tratamiento diferenciado a la hora de perseguir los crímenes, la distinción entre nacionales españoles *ratione temporis*, esto es, víctimas españolas en el momento de la comisión del delito y ofendidos posteriores, todo ello pudiera incurrir en una vulneración del derecho al acceso a la tutela judicial efectiva, como también pudiera afectar al principio de no discriminación. Asimismo debe recordarse al margen de estas posibles violaciones, que esta ley interna puede directamente contravenir algunos de los compromisos internacionales adquiridos por España a través de la ratificación y posterior publicación en el BOE de los diferentes convenios internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Baste recordar lo ya apuntado en lo relativo a las Convenciones de Ginebra.

Y en conexión a otras posibles violaciones de las obligaciones convencionales internacionales (*ius cogens* al margen), el apartado 5 del artículo 23.4 LOPJ¹²⁹, de nuevo cae en la inversión del principio de complemen-

¹²⁹ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, BOE nº 63, Sección I, 14 marzo de 2014, pp. 23026-23031.

«5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

tariedad¹³⁰ que emana del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, al margen de ir en detrimento del principio *pro actione*¹³¹ y de esta forma se pierde irremediabilmente el carácter preferente de la jurisdicción

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».

«6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal».

¹³⁰ El artículo 17 del Estatuto dispone que la Corte debe intervenir en un asunto cuando un Estado no pueda o no quiera ejercitar su jurisdicción. Véase el Análisis fechado en Friburgo de Brisgovia, 27 de febrero de 2001, con ocasión de la entonces próxima celebración del «I Congreso Internacional sobre Derechos Humanos y el Principio de Justicia Universal» (marzo 2001, Madrid) del jurista del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Dr. SIMON, J. M.: «Justicia universal y el genocidio en Guatemala: perspectivas europeas». REMIRO BROTONS, A., «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal», *Colección Escuela Diplomática n.º 4, creación de una jurisdicción penal internacional*, Escobar Hernández (ed.), Madrid, 2000, pp. 193-235, asegura que «la complementariedad de la Corte Penal Internacional diseñada en Roma respecto de las jurisdicciones estatales se manifiesta por una doble vía: por un lado, las jurisdicciones estatales han de proveer a la persecución de los crímenes que la Corte no asumen en su Estatuto; por otro, dentro del espacio compartido, la Corte –a diferencia de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda (art. 9.2 y 8.2 respectivamente)– no goza de prioridad, sino que es, más bien, subsidiaria de las jurisdicciones estatales».

¹³¹ Pero además no podemos ignorar el otro pilar sobre el que descansa toda la estructura del Estatuto de Roma, al margen de este principio de complementariedad; nos referimos a la obligación de cooperar con la Corte Penal en todos los requerimientos que ésta pudiera efectuar a un Estado parte. Resulta sorprendente que con el aparente propósito de dar satisfacción a este deber, las Cortes Españolas aprobaran la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 7.2 altera ese mencionado orden de la complementariedad. España suscribió el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional el 18 de julio de 1998, siendo aprobado el mismo por las Cortes el 4 de octubre de 2000, mediante Ley Orgánica 6/2000. Y el depósito del instrumento de ratificación se efectuó el 24 de octubre de 2000. Tres años más tarde, el 10 de diciembre de 2003, las Cortes aprobaron la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional, que pretendía dar satisfacción a la obligación asumida por España de cooperar con ese Tribunal.

Artículo 7.2: «Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio».

española; todo lo cual podría atentar contra el artículo 10.2 CE, que exige una interpretación de los derechos fundamentales acorde con la normativa internacional. Y todo ello sin mencionar el artículo 96 CE al que nos referiremos en el siguiente apartado, ya que el introducir requisitos adicionales de persecución a los previstos en Convenciones (como las de Ginebra, entre otras), se puede estar atentando contra este mismo precepto constitucional que enuncia, que las disposiciones de un tratado «solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional».

Como colofón de la nueva norma destaca la Disposición transitoria única, que establece que: «*Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella*»¹³².

Como de forma razonada denuncia el Informe elaborado por el Colegio de Abogados de Madrid, dicha disposición

«resulta ilógica desde el punto de vista procesal pues los procedimientos deberían continuar y, en su caso, permitir que las partes aleguen la concurrencia sobrevenida de los requisitos (...) Una vez hecho, el juez o magistrado debería poder evaluar caso a caso la suerte que deba correr cada procedimiento en trámite en virtud del ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida constitucionalmente (art. 117 CE). Lo contrario (...) podría comportar una intromisión del Poder Legislativo en el Judicial, al imponer el sobreseimiento provisional de la causa tramitada»¹³³.

Además ese sobreseimiento sobre causas abiertas impone una aplicación retroactiva de la norma, y como ya advertía el senador socialista, Díaz Tejera, en el debate en la cámara baja, «el artículo 9.3 de la Constitución habla de la irretroactividad de las normas sancionadoras o limitativas de derechos individuales. La irretroactividad. Entonces, ¿qué van a decir a los magistrados de la Audiencia Nacional que están instruyendo estas causas? Que limita

¹³² Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, BOE n° 63, p. 23031.

¹³³ Informe sobre la proposición de ley orgánica de modificación de la ley orgánica 6/85, de 1 de julio, del poder judicial, relativa a la justicia universal. Informe elaborado por la Sección de Derecho Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, presidida por la decana D.^a Sonia Gumpert Melgosa, Madrid, 2014.

derechos»¹³⁴. Asimismo cómo apuntaba el diputado de CiU, Jané i Guasch, la reforma y la vulneración del artículo 9.3 CE de forma directa también viola el primer precepto constitucional que «proclama que los valores superiores son la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político»¹³⁵.

En conclusión las nuevas y desmotivadas jurídicamente restricciones a la justicia universal vulneran el artículo 24.1 y 2 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y a un proceso público con todas las garantías. Y todo ello sin valorar de nuevo las razones extrajurídicas que han precipitado la reforma y la no motivación de la categorización de las víctimas, que puede suponer una actuación arbitraria del legislativo, que prohíbe de forma expresa el art. 9.2 CE. Veremos en todo caso en un futuro cómo se pronuncia el Tribunal Constitucional sobre este asunto. Mientras tanto vayamos a examinar brevemente cómo se han pronunciado los jueces de la Audiencia Nacional sobre estos casos de justicia universal tras la reforma.

4. BALANCE PROVISIONAL: LOS PRIMEROS EFECTOS ADVERSOS Y CONTRADICTORIOS DEL NUEVO ARTÍCULO 23.4 LOPJ

Tras la ultrarrápida tramitación parlamentaria, que coincidía ‘causalmente’ con la visita oficial del Vicepresidente del Senado español a China¹³⁶, se

¹³⁴ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia, X Legislatura, nº 286, 10 de marzo de 2014. Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, p. 9.

¹³⁵ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 18, 27 de febrero de 2014, *op. cit.*, pp. 11-12. Respecto a la vulneración constitucional de la reforma sentención: «Hoy es un mal día para la justicia en mayúscula, hoy es un mal día para la justicia como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que proclama el artículo 1 de la Constitución. Proclama que los valores superiores son la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político. El artículo 9.3 de la Constitución establece la irretroactividad de aquellas disposiciones sancionadoras o bien de aquellas que pueda entenderse que limitan derechos. Esta es una norma retroactiva; ese sobreesimiento automático tiene efectos retroactivos y limita derechos. Es evidente que limita derechos, entre ellos uno fundamental en el artículo 24 de la Constitución, el derecho a la tutela judicial efectiva».

¹³⁶ La prensa oficial china, *Xinhua*, publicaba la visita de una delegación de senadores españoles encabezada por el Vicepresidente, Juan José Lucas, a Beijing. La nota oficial comenta la reunión mantenida con líderes de la Comité Nacional de la Conferencia Política Consultiva de China para tratar temas comerciales y de cooperación económica. El senador español mostró en su visita «respeto por los los intereses principales y mayores preocupaciones de China». «Chinese top political advisor meets Spanish guests», *Xinhua*, 17 febrero 2014 en [http://www.globaltimes.cn/content/843023.shtml#_UwImkEJ_seY].

publicó el 10 de marzo la nueva Ley Orgánica 1/2014¹³⁷. Con la entrada en vigor y según palabras del diputado popular en el Congreso, Castillo Calvín, se esperaba que los crímenes internacionales fueran a ser «perseguidos y juzgados de manera más efectiva y eficaz que antes»¹³⁸. Ahora bien este ejercicio de mayúscula hipocresía y servilismo interesado, no ha encontrado todos los efectos esperados.

Tras el inesperado gesto de protesta del Consejo Fiscal, tildando de inconstitucional a la reforma, el primer juez en posicionarse fue el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1. Santiago Pedraz en contra del informe de la fiscalía exigiendo la conclusión del sumario, mediante auto de 27 de marzo de 2014 decidió continuar con las diligencias del caso Couso y evitar elevar la causa a la Sala, ya que las disposiciones de la nueva ley orgánica atentaban directamente contra el derecho internacional, en concreto, las obligaciones emanadas del IV Convenio de Ginebra. En efecto «al suscribir el Tratado se obliga a perseguir el delito (buscar a las personas y hacerlas comparecer) sea cual sea la nacionalidad de los autores y estén donde estén. La obligación es clara y terminante, sin que se reduzca, como en otros tratados, a una facultad del Estado Parte»¹³⁹. Pero el juez Pedraz no se limitó a recordar las obligaciones internacionales de España, sino que abiertamente advertía que el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra se contradice con el nuevo artículo 23.4.a LOPJ y por lo tanto «no debe proceder el archivo de la causa». En este sentido estima que llegar a un veredicto contrario implicaría no sólo violar el artículo 96.1 de nuestra Constitución, sino disposiciones elementales de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en concreto los

¹³⁷ BOE nº 63, Sección I, 14 marzo de 2014, pp. 23026-23031.

¹³⁸ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, nº 174, sesión plenaria nº 162, 11 de febrero de 2014. Toma en consideración de la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, p. 20. El discurso del diputado popular no tiene desperdicio: «(...) *la regulación proyectada ni limita ni restringe la competencia extraterritorial de los tribunales españoles sobre la base del principio de justicia universal ni crea espacios de impunidad para nadie, sino que muy al contrario permitirá que estos crímenes, sin crear falsas expectativas, puedan ser perseguidos y juzgados de manera más efectiva y eficaz que antes. Así que, si lo que queremos es que la justicia, concretamente la justicia universal, no quede en una mera declaración de principios, si queremos superar un sistema que se limita a promover una especie de justicia quijotesca que, buscando remediar las injusticias, no consigue resultado alguno (...)*».

¹³⁹ Auto de 17 de marzo de 2014, Sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional. Primer fundamento de derecho.

artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y el 27, referente a la prohibición de invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

El auto, crítico y combativo con la reforma legal practicada, prosigue argumentando que en un Estado de Derecho, el Poder Judicial debe velar por los derechos de los ciudadanos y al mismo tiempo «controlar la actuación de los poderes públicos», es por ello que ajustándose al principio de legalidad y la obligación constitucional de «someter a los jueces al imperio de la ley (art. 117 CE)», el juez Pedraz decide «inaplicar la nueva norma». Concluye afianzando la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno y para ello no sólo se apoya en la Constitución (art. 96 y 10.2 CE), sino que esa supremacía jerárquica también la sustenta en argumentos extraídos del debate parlamentario expuestos por el mismo Grupo Popular y en el texto de la misma reforma; tanto en la exposición de motivos donde prevé que España debe afrontar «el cumplimiento de los compromisos internacionales», como en el mencionado apartado p) del art. 23.4 LOPJ que dictamina que serán competentes los tribunales nacionales de «cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España»¹⁴⁰. Por último tras recordar que [EE.UU.](#), no es parte de la IV Convención de Ginebra, ni que en ese país se sigue proceso alguno contra los acusados del crimen de guerra del periodista Couso, declara que la jurisdicción norteamericana no puede atender los derechos fundamentales de las víctimas. Y de la misma forma decide inaplicar la ya mencionada y controvertida Disposición transitoria única puesto que «el sobreseimiento significa el archivo», además de una suspensión del artículo 146 de la IV Convención de Ginebra. Con todo y a pesar de las manifestaciones de la fiscalía en contra de la reforma, dicho auto fue recurrido por el ministerio público solicitando la «urgente conclusión del sumario y la elevación de las actuaciones a la Sala de lo Penal», que finalmente se pronunció mediante auto de 23 de junio de 2014. Los magistrados en el Pleno de la Sala de lo Penal aferrándose en su razonamiento jurídico único a cuestiones meramente procesales, esto es, a la falta de

¹⁴⁰ Auto de 17 de marzo de 2014, Sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción nº 1. En concreto el juez Pedraz hacía alusión al debate del Senado donde «la Senadora del Grupo Popular Sra. Franco González que defendía la reforma manifestaba *de acuerdo con nuestra Constitución los tratados internacionales tienen supremacía sobre cualquier ley orgánica u ordinaria, con lo cual, en el supuesto de un conflicto entre una ley orgánica como ésta y un tratado internacional, siempre va a tener preeminencia lo dispuesto en el tratado internacional*».

competencia del juez para dictar la resolución comentada, decide desestimar el recurso sin entrar consecuentemente en cuestiones de fondo¹⁴¹. Ello ha provocado que continuaran las actuaciones y siendo así el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional hábilmente mediante auto de 24 de julio de 2014, tras constatar los indicios de criminalidad de los militares norteamericanos y la ausencia de colaboración estadounidense en la investigación, a pesar de la existencia de un convenio bilateral de asistencia judicial, decide acudir a la «cooperación internacional». Esto es, dada la manifiesta ignorancia de las autoridades de Washington al dar respuesta a las comisiones rogatorias libradas por el juzgado, como de su oposición a la inserción en Interpol de las órdenes de búsqueda internacionales al reconocer los hechos denunciados como una «cuestión de asunto militar», decide el juez Pedraz buscar la colaboración de «la red de puntos de contacto en relación con el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (Genocide Network) en el seno de Eurojust», para al menos así en el ámbito europeo poner cerco a la impunidad¹⁴².

Días después del primer pronunciamiento judicial sobre el caso Couso, el juez Eloy Velasco amparándose en el delito de terrorismo y en la existencia únicamente de víctimas españolas decide continuar con el asunto de los Jesuitas asesinados en El Salvador (caso Ellacurría). Además en su auto de 30 de marzo dando cumplimiento al apartado 5 del nuevo artículo 23 LOPJ, elevó el caso a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que determinara respecto a los crímenes de lesa humanidad, si los juicios celebrados en el país centroamericano han sido «un mero fraude, una formalidad para aparentar la realización de una justicia que no fue tal, ante el hecho de que no hizo comparecer ante el tribunal ni a los inductores y ordenantes del crimen, ni aún a todos sus

¹⁴¹ Auto 34/2014 de 23 de junio de 2014, Pleno de la Sala de lo Penal, Audiencia Nacional, Sumario 27/2007, Rollo de Sala: queja 1/2014 de la Sección Segunda.

¹⁴² Auto de 24 de julio de 2014, Sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción nº 1: «*existe un instrumento normativo específico para luchar contra la impunidad de estos crímenes internacionales: la decisión marco 2002/494/JAI del Consejo de la UE de 13 de junio, que creó la red de puntos de contacto en relación con el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (Genocide Network) en el seno de Eurojust y la decisión marco 2003/335/JHA de 8 de mayo de 2003 que establece criterios comunes sobre la investigación y enjuiciamiento de estos delitos (...)*

Existiendo, pues, un instrumento normativo dentro de la UE, y en aras a agotar todas las vías para evitar la impunidad señalada, procede poner en conocimiento de la citada Red, con comunicación al Miembro nacional español en Eurojust, las circunstancias del presente caso, y así se puedan actuar los mecanismos oportunos para hacer comparecer a los procesados ante la justicia y, en definitiva, evitar la impunidad».

autores materiales, recibiendo el jurado instrucciones políticas»¹⁴³. Asimismo esta decisión judicial no escatima razonadas críticas a la reforma y en especial condena la Disposición transitoria única precisando que «no puede ser interpretada literalmente por ilógica –pues es contradictorio archivar y verificar si concurren requisitos a la vez–».

Posteriormente de nuevo el juez Pedraz acudió también por dictaminar que el caso Guatemala debía proseguir por delitos de terrorismo, dada la existencia de víctimas españolas. Ahora bien de forma muy pertinente acordó «extender el título jurisdiccional universal al resto de los delitos porque de otra forma se rompería la denominada continencia de la causa (es imposible juzgarlos por separado). Ello es así porque el objeto del proceso penal son los hechos, no los delitos»¹⁴⁴. En consecuencia el auto dispuso la incoación del sumario «por presuntos delitos de terrorismo y los conexos de genocidio y crímenes de género, lesa humanidad, torturas, asesinato y detenciones ilegales», negándose a interponer cuestión de inconstitucionalidad, ni elevar en este momento procesal el asunto a la Sala Segunda del Tribunal Supremo hasta que no se librase comisión rogatoria a las autoridades judiciales de Guatemala a fin de recibir testimonio sobre los procesos que se siguen en el país centroamericano sobre este asunto.

Por su parte el juez Fernando Andreu a cargo de los asuntos de Ruanda y de los crímenes de guerra cometidos en el campo de refugiados de Ashraf en Irak, dio traslado a las partes para que presentaran las alegaciones oportunas sobre «la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad».

De igual modo el juez Ruz se ha negado a cerrar la instrucción del asunto Guantánamo, dado que quedan pendientes diligencias a practicar, aunque advierte también de un conflicto entre el derecho internacional y la nueva ley interna. En efecto tras proceder a una minuciosa revisión del *iter* procesal del caso, recuerda que los hechos investigados hacen referencia no solo a crímenes internacionales de torturas, sino que los detenidos en la base estadounidense en Cuba son poseedores de derechos fundamentales sea cual sea su tratamiento; bien sean prisioneros de guerra protegidos por la Tercera Convención de Ginebra, bien personas civiles protegidas por la IV Convención o bien perso-

¹⁴³ Auto de 31 de marzo de 2014, Sumario 97/2010, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

¹⁴⁴ Auto de 20 de mayo de 2014, Sumario 331/99, Juzgado Central de Instrucción nº 1, fundamento de derecho tercero.

nas detenidas por una parte del conflicto y que según el Protocolo Adicional I deben ser tratados con humanidad. Resulta además loable que el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 acuda no sólo a los tratados internacionales, sino al *ius cogens*, como una «máxima de Derecho internacional que no admite excepción y se aplica a toda persona al margen de las circunstancias que la rodeen, por implicar un ataque frontal a la dignidad humana de la víctima»¹⁴⁵. Procede también el auto a examinar la reforma practicada y acaba por dictaminar tras contrastar la letra del artículo 23.4.a con los Convenios de Ginebra, que «nos encontraríamos ante una evidente colisión entre la regulación según derecho interno de la norma habilitadora de la extensión de la jurisdicción penal, y las obligaciones contraídas por España en virtud de los Tratados internacionales previamente ratificados y que integran nuestro ordenamiento jurídico»¹⁴⁶. Por todo ello, y tras constatar la interposición de la querrela por una víctima, el juez instructor decide no atender la petición de la fiscalía de concluir el sumario, ya que quedan diligencias esenciales a practicar y deben ser atendidas habida cuenta del escrupuloso respeto que debe darse al principio de subsidiariedad que impone la nueva reforma; esto es, debe seguir procediéndose a la debida comprobación por comisión rogatoria a los Estados Unidos, si los tribunales de justicia de aquel país están de forma diligente investigando estos hechos denunciados y acaecidos en Guantánamo. Al mismo veredicto ha llegado el juez Ruz en el caso «Flotilla de la Libertad» en la que se ha negado a sobreseer la causa, hasta que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la existencia o no de un proceso judicial en Turquía o Israel sobre los hechos denunciados; y todo, habida cuenta de lo respondido en las respectivas comisiones rogatorias remitidas a las autoridades judiciales de estos países¹⁴⁷.

Por otro lado este mismo titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5, en sus respectivos autos de 15 de abril de 2014, apoyándose esta vez en los informes exhaustivos del ministerio fiscal, y atendiendo a la improrrogabilidad

¹⁴⁵ Auto de 15 de abril de 2014, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional. Fundamento jurídico cuarto «Sobre la calificación jurídica de los hechos objeto de la presente investigación»

¹⁴⁶ Auto de 15 de abril de 2014, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional. Fundamento jurídico cuarto, punto cuarto: «Sobre la extensión de la jurisdicción española para conocer de los hechos objeto de la presente instrucción tras la entrada en vigor de la LO 1/2014».

¹⁴⁷ Auto de 17 de junio de 2014, Diligencias Previas 197/10, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional

de la jurisdicción y el principio de territorialidad, habiéndose cometido los hechos denunciados en territorio español en el momento de su comisión, ha decidido continuar con los casos del Sáhara¹⁴⁸. Del mismo modo ha proseguido la causa contra autoridades chilenas por el asesinato del español Carmelo Soria durante la dictadura de Pinochet, tras calificar los hechos como «constitutivos, entre otros, de un delito de terrorismo, tal y como se contenía en la querrela admitida a trámite»¹⁴⁹.

Por último Ismael Moreno, instructor de los asuntos Tíbet y Falun Gong que afectan a la cúpula política y militar china, ha sido el único que ha acabado por acordar «la conclusión del presente sumario y la elevación del mismo a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional»¹⁵⁰. En efecto tras dictar resolución de 17 de marzo de 2014, acordando dar traslado al Ministerio Fiscal para que informara sobre el procedimiento a seguir, en relación con los nuevos requisitos establecidos por la citada Ley Orgánica, y tras omitir dar traslado del informe del ministerio público a la parte querellante, decidió la mencionada conclusión del sumario. A idéntica resolución llega en el caso Falun Gong en auto de 21 de abril y remite el asunto a la Sección Primera de la Sala de lo Penal «a fin de que se pronuncie sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado a) del artículo 23.4 de la LOPJ»¹⁵¹. Lamentablemente la misma suerte ha corrido en este juzgado la avanzada causa de genocidio y crímenes contra la humanidad, cometidos en los campos de concentración de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbug bajo el régimen nazi

¹⁴⁸ Auto de 15 de abril de 2014, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 1/2008. Auto de 15 de abril de 2014, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 362/2007: «(...) los hechos objeto de la presente instrucción, actualmente sometidos a diversas diligencias de investigación en trámite, fueron cometidos contra ciudadanos españoles en el momento en que el Sáhara Occidental era provincia española, de conformidad con la legalidad nacional e internacional (Ley 8/1961 de 19 de abril, sobre organización y régimen jurídico de la provincia del Sáhara; Ley 1/1961 de 19 de abril, por la que se regula el abono de servicios en campaña por las operaciones militares en Ifni y Sahara; Orden de 29 de noviembre de 1966; así como Resolución 3458 (XXX) de la Asamblea General de la ONU, de 10 de diciembre de 1975), en concreto, entre los meses de noviembre de 1975 y el 28 de febrero de 1976, debiendo también asumirse la competencia para el conocimiento de los hechos ocurridos con posterioridad al abandono del territorio por parte de las Autoridades españolas, en la medida que los mismos resultan conexos con los anteriores (...).»

¹⁴⁹ Auto de 23 de mayo de 2014, Sumario 19/1997-D, Pieza III, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional,

¹⁵⁰ Auto de 21 de marzo de 2014, Sumario 63/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.

¹⁵¹ Auto de 21 de abril de 2014, Sumario 70/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.

dirigida por el miembro de las SS Theodor Szebinskyi y en la que las víctimas eran de nacionalidad española¹⁵².

En ambos asuntos dirigidos contra las autoridades chinas, el breve razonamiento jurídico, sustentado por los informes del ministerio público y a diferencia del resto de pronunciamientos de los distintos titulares de los juzgados centrales de instrucción de la Audiencia Nacional, acuden a la literalidad del artículo 23.4.a. para dictaminar que hasta que no se acrediten los requisitos de conexión nacional allí enunciados, debe acordarse la conclusión del sumario y elevarse a la Sala la decisión final. Tras haberse desestimado el incidente de nulidad y posterior recurso de súplica planteados por la parte querellante, que venían a solicitar la revocación de la conclusión del sumario al no haberse agotado la instrucción y de forma subsidiaria la apertura de juicio oral y el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, el asunto fue avocado al Pleno¹⁵³.

Mediante auto de 2 de julio de 2014 el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó el sobreseimiento y archivo del caso Tíbet sin planteamiento de cuestión de constitucionalidad respecto a la Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal. Este veredicto, cuestionado por cinco jueces a través de sus votos particulares, se ampara en la doctrina del Tribunal Supremo para argumentar que la jurisdicción constituye una «expresión de la soberanía del Estado (...) y tiene carácter previo a la competencia»; jurisdicción que a los efectos del caso viene modulada en la nueva reforma y que los «límites de la jurisdicción universal es una cuestión de política criminal que compete al legislador español». De esta forma los magistrados que suscriben este auto no solo bendicen y legitiman la Ley Orgánica 1/2014, sino que además la consideran perfectamente ajustada a la normativa internacional, ya que «no existe ninguna norma internacional que obligue a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal»¹⁵⁴; afirmación que choca frontalmente con lo dictaminado por los distintos juzgados centrales de instrucción respecto a las Convenciones de Ginebra. En todo caso en una nota a pie de página en el primer razonamiento jurídico del auto precisan que en un

¹⁵² Auto de 14 de abril de 2014, Sumario 562009, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional. Véase el informe del equipo Nizkor donde se detalla el *iter* procesal del caso, [<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/szebinskyj10.html>].

¹⁵³ Providencia de 30 de mayo de 2014, Sumario 70/2009, Sección Segunda Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.

¹⁵⁴ Auto 38/2014 de 2 de julio de 2014, Procedimiento ordinario 63/2008, Pleno Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.

Informe del Secretario General de la ONU de 20 de junio de 2011 relativo al «alcance y aplicación de la jurisdicción universal» concluyó que «el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra no establece un criterio de persecución universal obligatoria». Sorprende tanto esta nota aclaratoria a pie de página y de forma marginal cuando era uno de los fundamentos esenciales del caso, como la asunción como dogma de fe y con valor vinculante de un informe del mencionado funcionario de las Naciones Unidas.

Así pues tras ignorar que el asunto Tíbet se seguía por crímenes de guerra, despacha con celeridad los supuestos de genocidio y crímenes de lesa humanidad ajustándose a lo preceptuado en la reforma ya que «ninguno de los querellados ostenta la nacionalidad española, ni reside en España, ni se encuentra en territorio nacional». A idéntica resolución llega el Pleno en el caso Falun Gong¹⁵⁵. Y en lo relativo a los delitos de tortura, de nuevo ‘causalmente’ las limitaciones de la reforma se aplican al caso, ya que no solo los querellados «son nacionales de la República Popular de China y no consta que se encuentren en territorio nacional», sino que además debería acreditarse que el querellante Thubten Wangchen ostentaba la nacionalidad española en el momento de la comisión del delito. Asimismo a pesar que en el escrito de la querrela y en la investigación se calificaron los hechos denunciados como terrorismo de Estado, según los magistrados que suscriben el auto, «dicha calificación no es vinculante», ya que cuando se acordó comisión rogatoria contra los querellados y se ordenó la busca y captura de los mismos, se hizo únicamente por «delitos de genocidio, torturas y lesa humanidad». Finalmente se dictamina que no cabe plantear cuestión de constitucionalidad, puesto que se ha delimitado la jurisdicción universal «con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica». Efectivamente se ha reforzado la seguridad jurídica, pero de los genocidas chinos, ya que días después de forma diligente el juez Ismael Moreno precedía a la revocación de las ordenes de arresto internacional¹⁵⁶.

Sin embargo, como se ha apuntado, la deliberación en el Pleno para llegar a esta resolución no fue nada pacífica como se desprende del voto particular emitido por los magistrados Ramón Sáez Valcárcel, José Ricardo de Prada Solesa y al que se adhirieron Ángela Murillo Bordallo y Clara Bayarri García. En

¹⁵⁵ Auto 44/2014 de 15 de julio de 2014, Procedimiento sumario 70/2009, Pleno Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.

¹⁵⁶ Providencia de 11 de julio de 2014, Sumario 63/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.

primer lugar denuncian que el auto ha ignorado de forma manifiesta una parte esencial del objeto del proceso y de la deliberación en el Pleno que fue admitida por el juez instructor y sobre la cual se aportaron y se practicaron numerosas y relevantes pruebas testimoniales y documentales que fueron estas últimas ratificadas en sede judicial. Es más debe reiterarse que todo ello se hizo con el informe favorable del ministerio fiscal. El motivo de este proceder queda claro para los jueces disidentes: «La resolución del Pleno de la Sala se desentiende del objeto del proceso, posiblemente para no afrontar la cuestión sobre la obligación de los Estados para investigar y perseguir los crímenes de guerra». En este sentido apuntan que el comentario efectuado en el auto a nota a pie de página sobre el informe del Secretario General de la ONU en lo relativo al artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, ha sido transcrito de otro auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (precisamente cuando se desestimaba el incidente de nulidad por el otro caso Tíbet archivado tras la reforma del 2009). Denuncian que esa transcripción se ha hecho «de modo descontextualizado de un pasaje del documento que tergiversa su sentido». Prosiguen argumentando en el voto particular: «Advertimos en la deliberación que el texto no decía eso e invitamos a acudir, como está obligado a hacer un tribunal, a la fuente original y no fiarse de lo que se alegaba en un escrito de parte. Hay que corregir tal error». Siendo así, a continuación se recoge el texto del Comité Internacional de la Cruz Roja que cita el Secretario General para afianzar precisamente la conclusión contraria a la que llegaron los magistrados que han asegurado la no obligación de persecución universal de las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra. Además el voto particular ahonda con mayor extensión en razonamientos jurídicos que el auto combatido para constatar que efectivamente la reforma provoca un conflicto de normas internacionales e internas y que debiera plantearse «al Tribunal Constitucional las dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma» en lo relativo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al principio de igualdad (art. 14 CE) en conexión con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en especial del legislador (art. 9.2 CE)¹⁵⁷. Asimismo el magistrado Antonio Díaz Delgado emitió otro voto particular extendiéndose sobre la inconstitucionalidad de la reforma.

¹⁵⁷ Voto particular de 4 de julio de 2014 al auto 38/2014 que emiten los magistrados Ramón Sáez Valcárcel, José Ricardo de Prada Solaesa y al que se adhirieron Ángela Murillo Bordallo y Clara Bayarri García. Procedimiento ordinario 63/2008, Pleno Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.

Al margen de los casos relativos a los más graves crímenes internacionales que motivaron el cambio legislativo, la decisión judicial que más ha podido abochornar al gobierno fue la dictada a través del auto de 28 de abril de 2014 en el que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha considerado poner en libertad a una serie de narcotraficantes sirios y egipcios, dado que su detención se efectuó fuera del territorio nacional en aguas internacionales. Con este veredicto el Pleno ha acabado por avalar los fundamentos jurídicos de los jueces Fernando Andreu¹⁵⁸ y Gómez Bermúdez¹⁵⁹ que semanas antes declaraban incompetente a la jurisdicción española para perseguir en estas circunstancias el mencionado delito.

En todo caso los argumentos de la fiscalía y de los jueces minoritarios y discrepantes en el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, encabezados por su Presidente Grande Marlaska, han acabado por prevalecer. En sentencia de 24 de julio de 2014 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo admitiendo las alegaciones del fiscal en el recurso de casación ha declarado la competencia de los tribunales españoles en los asuntos relativos al «abordaje de buques en aguas marinas internacionales en el curso de una investigación por la presunta comisión de un delito de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas». Para ello se interpreta de forma extensiva la deficiente redacción (al referirse de forma inexacta a «espacios marinos») de los apartados d) e i) del art. 23.4 LOPJ con el objeto de atribuir a la jurisdicción española el abordaje e incautación de un buque con cargamento de droga, aún cuando «el buque tiene bandera de un país que no es España, es interceptado en aguas internacionales y su tripulación es extranjera»¹⁶⁰.

Básicamente sustentan dicha interpretación apoyándose en el Derecho Internacional. Por un lado, como exigía la fiscalía, se acude tanto a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar (artículos 94 y en especial 108), que declara que «*todos los Estados cooperaran para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en la alta mar en violación de las convenciones internacionales*», como a lo dispuesto en la Conven-

¹⁵⁸ Auto de 8 de abril de 2014, Diligencias Previas 24/2014, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional.

¹⁵⁹ Auto de 11 de abril de 2014, Diligencias Previas 132/2014, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional.

¹⁶⁰ Sentencia 592/2014 de 24 de julio de 2014, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; recurso de casación 1205/2014. Fundamento de derecho tercero.

ción de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, que faculta a las Partes el adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que hayan tipificado. Siguiendo este hilo argumental esta sentencia se ajusta de forma escrupulosa a lo regulado en los tratados internacionales para atribuir la jurisdicción de nuestros tribunales en lo relativo a los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Y para ello se acude a la literalidad de lo prescrito en los convenios. Es más, se trae a colación la letra p) del artículo reformado para apoyar dicho veredicto y que dispone, como ya se ha comentado, la obligación de persecución en caso de estar previsto en un tratado ratificado por España.

Además de todo ello, esta sentencia sustenta y precisa la atribución de dicha jurisdicción apoyándose tanto en las facultades, como en las obligaciones internacionales y afirma con claridad que:

«Basta que los tratados internacionales permitan tal atribución para que mediante un acto legislativo del Estado concernido –como es nuestro caso, mediante la LO 1/2014– pueda proclamarse que se ostenta jurisdicción facultada por los referidos instrumentos internacionales. Distinto es el supuesto contemplado en la letra p) del ya citado art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde la persecución provenga, no ya de la posibilidad, sino de la imposición “con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”».

Veremos si cuando se trate de interpretar lo previsto por las Convenciones de Ginebra relativas a los conflictos armados, tanto la fiscalía, como el Tribunal Supremo se pronuncian de igual modo ajustándose a la letra de la normativa internacional; circunstancia que deberá producirse en un futuro próximo dada la interposición del recurso de casación que ya se ha efectuado en el caso Tíbet.

En definitiva esta reciente sentencia del Tribunal Supremo en el punto tercero de su fundamento de derecho quinto, tras tildar la Ley Orgánica 1/2104 de confusa, y enarbolando el loable propósito de poner fin a la impunidad, dictamina que:

«El principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civili-

zadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente internacionales”. En consecuencia, la posibilidad de persecución de hechos cometidos fuera del territorio de un Estado supone que su jurisdicción se debe fundamentar en un principio distinto del de territorialidad»¹⁶¹.

Recapitulando, no todos los primeros efectos de la reforma del artículo 23.4 LOPJ fueron los deseados, pero aún así los casos dirigidos contra la élite del Partido Comunista Chino son los que han acabado archivados, lo cual no ha pasado inadvertido a nuestros máximos aliados e interesados en el asunto: los líderes chinos que han sabido reconocer con sonrojante y pública gratitud a nuestro gobierno, el manifiesto favor legislativo recibido¹⁶².

En definitiva, efectuando un balance de los avances y retrocesos en la persecución universal de las graves violaciones de los derechos humanos, legisladores, jueces y juristas no deben permanecer en sus elevadas atalayas, ajenos a una trágica realidad, cuando un elevado número de víctimas de crímenes internacionales deben de soportar el intolerable estado de impunidad de sus victimarios. Así pues los detractores de esta jurisdicción universal, no deberían perder de vista los valores a los que apelan las víctimas y la ciudadanía a través de acusaciones particulares y sobretudo la *actio popularis*, ahora suprimida; valores y principios, no sólo éticos, sino jurídicos, que deben ser en la práctica la base inspiradora y reguladora de todo el orden internacional, más allá de toda conveniencia política y de los mercados.

En consecuencia debe enfatizarse que estos procesos de jurisdicción universal suponen una fuerte apuesta por la «política de la justicia» y de la «ética»¹⁶³, instigada por la acción individual de las víctimas, y lo positivo es que con ello no se están persiguiendo los objetivos políticos a los que se ven abocadas en muchas ocasiones las relaciones interesadas de los Estados y de sus máximos dirigentes, sino que lo que se consigue, tal y como asegura el

¹⁶¹ Una más extensa exposición de esta sentencia del Tribunal Supremo puede consultarse al final de esta edición del *Anuario Español de Derecho Internacional* en la sección de jurisprudencia, apartado jurisdicción universal.

¹⁶² EFE: «China agradece a Rajoy sus esfuerzos por acabar con la justicia universal», *Público*, 24 junio 2014, en [<http://www.publico.es/529796/china-agradece-a-rajoy-sus-esfuerzos-por-acabar-con-la-justicia-universal>].

¹⁶³ SHANY, Y., «No longer a weak Department of Power? Reflection on the emergence of a new international judiciary», *European Journal of International Law*, 20 1 (2009), p. 81.

Consejo de Justicia de la Unión Europea, es el procesamiento y castigo de los responsables de crímenes internacionales¹⁶⁴. De esta forma mientras en Bruselas se intenta avanzar de forma titubeante en la protección de los derechos de las víctimas más vulnerables, a través de iniciativas como la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo relativa al Estatuto de la víctimas¹⁶⁵, nuestra L.O. 1/2014 avanza fuzgadamente hacia el pasado en dirección contraria. Y sin embargo lo decisivo y lo que pretende ignorarse, es que este ejercicio de la jurisdicción universal por parte de las víctimas y asociaciones defensoras de los Derechos Humanos restablece de forma directa la voluntad popular y la solidaridad universal en materia penal, y limita la soberanía de los Estados en este contexto. Con todo ello se está aludiendo al elemental razonamiento democrático por el cual «La ley internacional aún protege la soberanía, pero –sorprendentemente– la soberanía del pueblo, no la del soberano»¹⁶⁶.

En conclusión la manipulación política parece haber ganado esta partida a la justicia internacional en favor de los derechos humanos de los más desprotegidos, y por lo tanto el balance actual resulta ser un tanto pesimista, ya que como ponía de manifiesto en el debate en el Congreso el diputado Tardà i Coma,

«hay un proverbio chino que dice que cuando el dinero habla, la justicia calla, y es evidente que el Partido Popular, el Gobierno, ha decidido no solamente enterrar un valor de civilización del cual estábamos muy orgullosos, la justicia universal, sino también enterrar la democracia de este Parlamento. Nos sentimos violentados, nos sentimos ultrajados, y cuando los republicanos, los diputados decimos esto, lo que decimos es que nuestra ciudadanía, nuestros electores se sienten violentados y ultrajados. Es una vergüenza y una farsa, y quien provoca farsa, tiene un nombre»¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Council Decision 2003/335/JHA of 8 May 2003, Official Journal L118, 14/052003 P.0012-0014, available online, [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/l_118/l_11820030514en00120014.pdf], preambular paragraphs.

¹⁶⁵ Precisamente el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo Socialista apuntaba a la vulneración de derechos de esta directiva: «la reforma contradice el derecho de la víctima a entender y ser entendida (artículo 3 de la Directiva); la obligación del Estado español de facilitar los procedimientos de interposición de denuncias relativas a infracciones penales y su papel en relación con tales procedimientos (artículo 4.1.b) de la Directiva) y sus derechos específicos cuando interpongan la denuncia (artículo 5 de la Directiva)».

¹⁶⁶ REISMAN, M. W., «Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law», *American Journal of International Law*, vol. 84 (1990), p. 869.

¹⁶⁷ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, n° 180, 20 de febrero de 2014. Acuerdo de tramitación directa y en

El hacer efectivos los derechos fundamentales de las víctimas de crímenes internacionales no debe ser visto como una disyuntiva propia de los críticos realistas de las relaciones internacionales en la que hay que elegir entre el derecho o la política, esto es, midiendo el «coste» que implica poner en práctica no solo unos valores humanitarios, sino un derecho imperativo que es una conquista de nuestra civilización. El debate jurídico no debe desviarse hacia argumentos y elecciones propias de la *real politik*¹⁶⁸, planteando dilemas de «exigir a nuestro país una implicación tan intensa»¹⁶⁹ y más aún en tiempos de «crisis». Tampoco debe encajonarse lo acontecido y el devenir de la justicia universal en estériles dialécticas de teóricos punitivistas y antipunitivistas¹⁷⁰; ni derivarse a organismos como la Sexta Comisión (Comisión Jurídica) de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁷¹ donde la cuestión de la justicia universal se ha polarizado políticamente, ignorando el papel que pudieran desempeñar a estos efectos desde una perspectiva más deseable y presumiblemente más técnica y aséptica, bien la Comisión de Derecho Internacional, o bien el Tribunal Internacional de Justicia a través de una opinión consultiva. Si realmente España y en términos generales la Unión Europea quieren en realidad fundamentar su identidad en los valores comunes «*de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos*

lectura única de la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, p. 3.

¹⁶⁸ KISSINGER, H., A., «The pitfalls of universal jurisdiction: risking judicial tyranny», *Foreign Affairs* (July/August 2001).

¹⁶⁹ SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 27 (2014) disponible en [<http://www.reeci.org/index.php/revista/num27/articulos/fin-modelo-espanol-jurisdiccion-universal>].

¹⁷⁰ GREENAWALT, A. K. A., «International Criminal Law for Retributivists», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 35, n° 4 (2014), disponible en SSRN: [<http://ssrn.com/abstract=2411090>]. Asimismo resulta lamentable que desde las torres de marfil de la academia se haya criticado la combativa labor judicial contra la impunidad de algunos jueces, acusándolos de neo-punitivistas y de alentar «un discurso dirigido a ciertos grupos de la comunidad de las ONG en lugar de un análisis jurídico estricto y reaviva recuerdos desagradables del debate de neo-punitivismo en América Latina», AMBOS, K., «El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas», *InDret.com* 3/2012 (julio 2012), p. 24, nota 156.

¹⁷¹ Véanse las posiciones encontradas de los países en «The scope and application of the principle of universal jurisdiction (Agenda item 86)», General Assembly Sixth Committee: *Conclusion of Sixth Committee Debate, Delegates Cite Abuse of Universal Jurisdiction, “Lip Service” to Fight against Impunity* (18 October 2013) GA/L/3462. *Programme of Assistance’s Future Threatened by Lack of Adequate Funding, Sixth Committee Told as Debate Concludes* (17 October 2013) GA/L/3461 en [http://www.un.org/en/ga/sixth/68/68_session.shtml].

humanos», que predica el artículo 2 del Tratado de Lisboa, en circunstancias como las actuales debe pasarse de la retórica a la protección efectiva de los derechos fundamentales si se pretende ser lo que se dice ser. Europa y España están en una situación de crisis, pero la recesión económica no es el principal factor, ni su causa primigenia. La crisis se enraíza profundamente en la desintegración de los mencionados valores identitarios europeos que debieran ser en la realidad una referencia internacional. Si la democracia y los derechos humanos en Europa se arrodillan ante poderes autocráticos y corruptos como China con el objeto de salvar nuestras deudas públicas y las millonarias inversiones de las empresas transnacionales en un nuevo giro de «la nueva diplomacia económica»¹⁷², irremediamente se está generando más miseria; miseria social, legal e incluso ética. El «kow-tow» a los poderes fácticos de China y a los intereses de las grandes corporaciones irremediamente siembran la ruina democrática y ultrajan las libertades de los ciudadanos en Europa y de la humanidad en su conjunto. Las víctimas de crímenes internacionales cuando acuden a los tribunales nacionales de Estados como España, no lo han hecho con el ánimo de aventurarse en batallas quijotescas para desgastar a la justicia. Por el contrario los agraviados ingenuamente suponían que aquellos Estados parte de tratados como el del genocidio, torturas, desapariciones forzadas, etc, estaban obligados tanto a prevenir, como a sancionar dichos crímenes de lesa humanidad. En muchos de estos casos, las vías pacíficas y legales para salvaguardar los derechos de los pueblos de las cuales dispone las Naciones Unidas, el Tribunal Penal Internacional y la justicia universal, parecen quedar agotados. Y si al buscar paciente y pacíficamente justicia y reparación, las víctimas de genocidios encuentran la garantía efectiva de la impunidad de sus verdugos, ¿qué mensaje y qué salida se les está dando desde estas supuestas democracias occidentales y organizaciones internacionales?

¹⁷² SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN, P., *La nueva diplomacia económica española*, Madrid, Delta Publicaciones, 2013.

