

María Chiara Marullo

Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española, (con prólogo de José Elías Esteve Moltó)

Editorial Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2017, 426 páginas

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre

Académico de Número y Presidente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España.
j.a.tomasortiz@gmail.com

An. Real. Acad. Doct. Vol 3, (2018) pp. 131-137.

Ante una obra como esta, que ha sido galardonada con el “Premio Brunet 2016” el cual se concede por primera vez a la mejor tesis doctoral dedicada a la promoción de los derechos humanos, parece oportuno describir, aunque sea brevemente, el currículum de la autora. Brillantemente defendida en España, con ella la jurista italiana María Chiara Marullo obtuvo el doctorado en 2014, en la Universitat Jaume I de Castellón, convirtiéndose desde entonces en estrecha colaboradora del ilustre catedrático de Derecho internacional privado profesor Francisco Javier Zamora Cabot. La profesora Marullo, nació en la bella ciudad calabresa de Crotona, situada a orillas del mar Jónico donde, por cierto, vivió Pitágoras, y precisamente en la via Gaetano Morelli, el gran internacionalista italiano, lo que quizá preludiaba que ella también dedicaría su vida académica futura al Derecho Internacional. Cursó los estudios de Derecho en la Universidad de Bolonia en la que alcanzó la Licenciatura en 2008, comenzando inmediatamente, en esa histórica *alma mater*, su especialización en Derecho internacional como discípula del conocido y prestigioso profesor Attila Tanzi, ordinario de Derecho internacional público en la Facultad de Jurisprudencia, para después continuar estudios en España, en la ya citada Universidad castellanense en la que, además, cursará el máster en “Estudios de Paz, Conflictos y Desarrollo”, y en la que, actualmente, dentro del Departamento de Finanzas y Contabilidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, continúa su actividad como investigadora postdoctoral participando en el grupo de investigación “Sostenibilidad de las Organizaciones y Gestión de la Responsabilidad Social-Mercados Financieros”, al tiempo que está presente en sendos proyectos, como investigadora en el “SMART Sustainable Market Actors for Responsible Trade” a realizar entre 2016 y 2020, y como colaboradora en el de

“Constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo” cuyo desarrollo está previsto en el bienio 2017-2019. Por lo demás, en 2015 ha sido profesora visitante en la Universidad de Colima (México), y en 2017 investigadora visitante en la Universidad de Oslo (Noruega). Este es, pues, el perfil de la autora de esta excelente monografía en la que expone, en profundidad, un tema tan candente y polémico, desde hace años, como es el referente al “principio de universalidad”, también conocido como de jurisdicción, o justicia, universal, al que después nos referiremos; uno en los que los Estados, en mayor o menor número, con más o menos limitaciones, basan, junto a otros principios (territorialidad, personalidad activa, personalidad pasiva y protección), su jurisdicción o competencia judicial penal internacional.

El texto, precedido de unas palabras explicativas sobre la personalidad de Jaime Brunet Romero, cuyo nombre lleva el premio concedido, a cargo de Alfonso Carlosena, Presidente de la Fundación Jaime Brunet y Rector de la Universidad Pública de Navarra, y de unas líneas de agradecimientos continúa con el prólogo debido a la pluma del profesor de Derecho internacional público y Relaciones internacionales, así como Secretario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, José Elías Esteve Moltó antes citado. La obra se estructura en una introducción (págs. 21 a 38) y cinco capítulos: “Los crímenes de interés universal” (cap. 1, págs. 39 a 98); “El sistema de la justicia penal internacional” (cap. 2, págs. 99 a 159); “Las tendencias internacionales sobre jurisdicción penal universal” (cap. 3, págs. 161 a 262); “La particular experiencia española en el tema de la jurisdicción penal universal: sus altibajos” (cap. 4, págs. 263 a 325) y “La lucha contra la impunidad de los Tribunales españoles” (cap. 5, págs. 327 a 390). Como corresponde a una investigación de esta naturaleza siguen las “Conclusiones” (págs. 391 a 409) y una extensa bibliografía especializada (págs. 411 a 426) en la que se relacionan doscientos cuarenta títulos entre monografías, estudios y artículos de revista.

Es a partir de la II Guerra Mundial cuando se toma conciencia de que los derechos fundamentales del individuo deben ser respetados en cualquier tiempo, sea de paz o de guerra, porque los horrendos crímenes que se cometieron durante la contienda, que dejaron profunda huella en la Humanidad, no podían quedar impunes y de ello se encargaron en su momento los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y de Tokio. Surgió entonces un nuevo tipo delictivo: el genocidio, término acuñado por el jurista polaco Raphael Lemkin (Bezwodne, 1900-Nueva York, 1959) hombre de “rara clarividencia” como fue calificado por Yves Ternon, y no se equivocaba el médico francés porque Lemkin, que ya había conocido en 1920 la muerte de miles de civiles armenios durante la I Guerra Mundial, se adelantaba a los “crímenes de barbarie” y “crímenes de vandalismo”, como él los calificaba, que iban a tener lugar seis años más tarde al iniciarse la

citada conflagración y a lo largo de toda la guerra, enviando a la Conferencia de Unificación del Derecho Penal, celebrada en Madrid en 1933, una ponencia en la que solicitaba la tipificación de esos delitos en el Derecho internacional. El posterior desarrollo que se operó en este ordenamiento jurídico ha llevado a adoptar reglas de *jus cogens*, absolutamente inderogables ante cualquier motivo, las cuales hacen que el Derecho internacional, y específicamente el Derecho *internacional* penal y el Derecho *penal* internacional permitan perseguir, en la esfera internacional y en la interna, el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dado que su impunidad, como ha escrito en 2006 Djamchid Momtaz, en su estudio *Le Droit International et la répression des crimes internationaux* puede constituir un obstáculo a la paz. En la actualidad el Derecho internacional penal cuenta con diversos convenios que comienzan a elaborarse al poco de comenzar sus labores la Organización de las Naciones Unidas, así: el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948); IV Convención de Ginebra (1949) sobre Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra; el Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (1968); o el Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984). En el marco de los trabajos de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho internacional la Comisión de Derecho Internacional en su 48º período de sesiones aprobó un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad (1996), cuyo anteproyecto ya había encargado la Asamblea General de las Naciones Unidas a la Comisión de Derecho Internacional en 1947, y en fin, el vigente Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) (recuérdese que ya en 1950 la Asamblea General de las Naciones Unidas manifestó la necesidad de esa Corte), declara la competencia de ésta para conocer concretamente los crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agresión (art. 5), si bien la Corte se encuentra con dos limitaciones en su actividad, por un lado de carácter temporal ya que su competencia se circunscribe a los “crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto” (art. 11.1), es decir, a partir del 1 de julio de 2002, y por otro funcional ya que la jurisdicción de la Corte no está basada en el principio de jurisdicción *universal* sino que se trata de una jurisdicción *internacional*, como el propio fiscal jefe de la Corte manifestó respecto de los crímenes cometidos en territorio palestino desde 2002, pues su jurisdicción queda a limitada a “Estados” y Palestina no goza, hoy por hoy, de tal condición. La jurisdicción *universal* (cualquiera que sea el lugar) se circunscribe, pues, únicamente a los tribunales internos de los Estados, una tesis mantenida mayoritariamente por la doctrina y que comparte la profesora Marullo (pág. 95). Esto dicho, tales son los crímenes de interés universal, a los que la autora añade el delito de piratería, históricamente presente en muchos códigos penales (Alemania, Argentina, Cuba, Colombia, Polonia, Portugal, Suecia...), y en los textos españoles

desde que en el siglo XIII lo recogiera las Partidas en todos los códigos penales hasta que en el de 1995 desaparece inexplicablemente para volver a ser incluido en 2010 tras los actos de piratería sufridos por buques de bandera española en aguas del Cuerno de África. Todos estos delitos se analizan detenidamente al inicio de la obra de la que nos estamos ocupando.

En cuanto al sistema de justicia penal internacional la autora reconoce, con el jurista alemán Christian Tomuschat, que publicó *El sistema de justicia penal internacional* (en Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. 10, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 11-21), que las diversas jurisdicciones que pretenden perseguir los graves *delicta iuris gentium* se encuentran con no pocos obstáculos, tanto legislativos como de orden práctico, a la hora de intentar ejercer su función, además de que los tribunales penales internacionales o mixtos, creados *ad hoc* (así, Tribunal Penal Internacional para los Crímenes de Guerra en la exYugoslavia; Tribunal Penal Internacional para Ruanda; Salas Especiales en los Tribunales de Camboya; Tribunal Especial para el Líbano; Tribunal Especial Residual para Sierra Leona) incluida la misma Corte Penal Internacional, que como bien señala Kai Ambos “sigue siendo una institución en desarrollo”, adolecen de numerosos defectos como prueban las críticas formuladas por la doctrina. Este panorama denota que la comunidad internacional tiene ante sí la tarea de conseguir una justicia que sea verdaderamente *universal*, ya que por el momento, como afirma Tomuschat, “confiar en las virtudes de la jurisdicción universal resulta bastante ingenuo”. No obstante, en la actualidad se manifiestan ciertas tendencias en torno al principio de universalidad aunque su aplicación, sin límite alguno y de forma unilateral, por jurisdicciones nacionales no parece que cuente con base sólida en el actual Derecho internacional. La jurisdicción *universal*, como hemos definido en nuestra ponencia *La competencia jurisdiccional penal internacional: pasado y presente*, presentada en el XXIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, celebrado en Granada (España) en los días 11 a 15 de septiembre de 2006, supone que los tribunales penales del Estado ejercen su jurisdicción, respecto de un determinado número de hechos delictivos (los *delicta iuris gentium*), a nivel planetario, es decir, sin consideración alguna al *locus delicti* ni a la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del autor ni de la víctima, y, además, sin la exigencia del principio de doble incriminación (vid. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional, núm. 18, Madrid, 2007, pp. 51-126, espec. p. 81). En 1983 el penalista alemán D. Oehler (*Internationales Strafrecht*, 2ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, pp. 527-529) relacionó los Estados que mantenían dicha jurisdicción: 16 europeos, 9 americanos, 2 africanos y 7 asiáticos, es decir, 34 en total lo que quiere decir que considerando el número de miembros de las Naciones Unidas poco más del 17 por ciento mantenían la jurisdicción *universal*, y no todos, como fue el caso de España

con la primera redacción del artículo 23.4 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la concebían sin limitación ni condicionamiento alguno. Naturalmente, que nada hay que objetar cuando un Estado actúa *subsidiariamente* juzgando delitos ocurridos en el territorio de otro, siempre, claro está, que, como advierte Kai Ambos, actúe con el *consentimiento* del Estado del *locus delicti*, o cuando los Estados concernidos están vinculados por un tratado internacional multilateral o bilateral (vid. su obra *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, trad. esp., Barcelona, 2006, p. 94). La polémica surge cuando la jurisdicción de un Estado se despliega sin la existencia de ninguno de estos requisitos erigiéndose su poder judicial en “tribunal universal”. Considerando que *par in parem non habet imperium* en ese caso ¿está amparado por el Derecho internacional? Debe recordarse que, con respecto a España, la mayoría de los casos conocidos por la Audiencia Nacional (“Pinochet”, “Tibet”, “Couso”...) no llegaron al resultado deseado, y que, incluso el Gobierno chileno, cuando Chile era ya un Estado democrático presidido por un socialista, advirtió al gobierno español que de seguir en el empeño de juzgar a Augusto Pinochet Chile estaba dispuesto a interponer una demanda contra España ante el Tribunal Internacional de Justicia (algunos de estos casos fue objeto de nuestra atención en su momento, así *Competencia judicial penal internacional de los tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos por extranjeros contra españoles en Iberoamérica*, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, núm. 13, Madrid, 1997, pp. 505-536; *Reflexiones sobre el caso “Pinochet”: ¿tienen competencia los Tribunales españoles?*, en Actualidad Penal (La Ley), núm. 30, semana 24-30 de julio de 2000, pp. 619-654); *Jefes de Estado y jurisdicción universal: los casos “Cuba” y “Guatemala”*, in eod. loc., núm. 15, Madrid, 2001, pp. 445-480; *El caso “Couso”: ¿tienen jurisdicción los Tribunales de España?*, en La Ley, año XXV, núm. 6067, jueves 22 de julio de 2004, pp. 1-4; *A vueltas con la competencia judicial penal internacional de los Tribunales de España: el caso “Scilingo”. Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de 15 de noviembre de 2004*, en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. IV, Madrid, 2004, pp. 215-236).

La autora, tras referirse a las principales críticas a este sistema de justicia, fuentes del Derecho, Principios de Princeton y la Declaración de Madrid de 2014, se ocupa de la aplicación del principio por determinadas jurisdicciones nacionales (Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Israel, Noruega, Reino Unido, Senegal y Suiza), frente a todo lo cual creemos debe destacarse, sin duda, la posición de los jueces del Tribunal Internacional de Justicia, Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión individual aneja a la sentencia de 14 de febrero de 2002, en el caso del *Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000*, que enfrentó a la República Democrática del Congo (demandante) y al Reino de Bélgica con motivo

de la persecución, por los tribunales de este Estado, de la persona del ex ministro congolés de Asuntos Exteriores Abdulaye Yerodia Ndombasi. En la citada *separate opinion* señalan, en la traducción del inglés hecha por la autora, que: “En breve, legislación y la jurisprudencia nacional –es decir, la práctica del Estado- es neutral en cuanto al ejercicio de la jurisdicción universal...”, lo que lleva a Fuentes Torrijo a sostener, en 2004, que: “no es claro lo que quieren decir estos jueces al calificar la práctica estatal como neutra. Es la neutralidad de la práctica lo que al parecer los lleva a descartar la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario que otorgue el derecho a los Estados a ejercer la jurisdicción universal...” (p. 166, nota 11; las cursivas son nuestras).

A esto hay que añadir el parecer de Bartram S. Brown, quien en 2001 (*The Evolving Concept of Universal Jurisdiction*, en *New England Law Review*, vol. 35, núm. 2, pp. 383-398) escribió que el principio de jurisdicción universal debería evolucionar hacia su consideración de manera que “... *con el tiempo* (las cursivas son nuestras) podría ser reconocido como *ius cogens*...”. La autora dedica buena parte de la obra a estudiar los altibajos que el principio ha sufrido en la legislación española desde el artículo 23.4 de la Ley 6, de 1 de julio de 1985, Orgánica del Poder Judicial, concebido sin limitación, pasando por las Leyes Orgánicas 15/2003 y 18/2003, las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2009 cuyas limitaciones fueron objeto de ciertas críticas, hasta llegar a lo que podríamos llamar la gran reforma que contiene la Ley Orgánica 1/2014 que, en opinión de la autora, supone un retroceso en la defensa de los derechos humanos (p. 325) y que, por cierto, su pretendida inconstitucionalidad fue recurrida por la oposición en recurso que aún pende en este momento ante el Tribunal Constitucional. La autora concluye señalando que sería necesario “establecer las normas vinculantes para los Estados... *cuando no haya otro foro competente y dispuesto a llevar el asunto para restablecer el orden internacional violado*...” (p. 409).

La obra, con abundante doctrina y análisis de casos que fueron conocidos por distintas jurisdicciones nacionales, por lo que es fácil comprender que solamente en estas páginas pueda presentarse una visión muy superficial, supone, una extraordinaria contribución al polémico tema de la jurisdicción universal que, a nuestro parecer, es de obligada lectura no solamente para los especialistas en Derecho internacional, cualquiera que sea la rama que cultiven, sino también para penalistas y procesalistas.

Y para concluir. Si hubiéramos de manifestar nuestra opinión sobre el principio de jurisdicción universal en el momento actual nos parece que, hoy por hoy, las legislaciones nacionales que lo recogen deben establecer, en defecto de tratado internacional, unos límites en los que exista alguna conexión con el Estado para que sus tribunales puedan desplegar el ejercicio jurisdiccional (que es lo que ha

hecho la reforma española de 2014), ya que por el momento no existe una norma de Derecho internacional consuetudinario bien establecida que permita a un Estado juzgar hechos constitutivos de *delicta iuris gentium*, salvo en el caso del delito de piratería, ocurridos entre extranjeros en el extranjero (piénsese, entre otros muchos en los recientes crímenes de guerra y de lesa humanidad en la guerra de Siria, en Yemen, o en la persecución de los rohingyas en la República de la Unión de Myanmar) y, en particular, cuando el Estado concernido no admite que sean juzgados por otros tribunales. Indudablemente que los *delicta iuris gentium* deben ser perseguidos y sus autores juzgados y condenados si resultan culpables. Tan graves son que esa extrema gravedad ha llevado a las Naciones Unidas a elaborar en la Resolución de la Asamblea General 2391 (XXIII) la ya citada Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968, vigente desde el 11 de noviembre de 1970, que en 2015 contaba con 55 Estados parte, entre los cuales, por cierto, no aparece España, si bien el artículo 131.3 del vigente Código Penal prescribe que: “Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado... no prescribirán en ningún caso”. Pero, esto dicho, si se admite el principio de “igualdad de derechos... de las naciones grandes y pequeñas” proclamado en el párrafo segundo del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, y reiterado en el artículo 2.1 de la citada carta que establece “la igualdad soberana de todos sus Miembros” solamente una norma de Derecho internacional general puede amparar la actitud del Estado que unilateralmente pretenda perseguir los delitos que conforman la jurisdicción universal. Es posible que esa regla consuetudinaria haya comenzado su formación pero seguramente habrá de pasar mucho tiempo hasta que, consolidada, llegue a formar parte del Derecho internacional. Respecto al actual Tribunal Penal Internacional desde que las Naciones Unidas entendieron que era necesario hasta que se materializa en el Estatuto de Roma pasó nada menos que medio siglo. En el año 2000 Marc Henzlin, en su obra sobre el principio de universalidad en derecho penal internacional, advierte en el título el derecho y obligación para los Estados de perseguir y juzgar según el principio de universalidad. Pero, de momento, esto solo es un deseo. A la vista de ello podríamos tomar prestadas, *mutatis mutandis*, las palabras de Ernst E. Bekker, uno de los considerados negadores del Derecho internacional, en su escrito *Haben wir ein Völkerrecht?* (en *Deutsche Juristenzeitung*, vol. 17, 1912, p. 17): ¿tenemos una norma de Derecho internacional general que permite a cualquier Estado ejercer unilateralmente y sin límites la jurisdicción universal? No. ¿Llegaremos a tenerla? Nosotros, la generación que actualmente vive, seguramente que no. Entonces, ¿tal vez nuestros biznietos? Hemos de esperar.