

**DIGNIDAD HUMANA
Y JUSTICIA UNIVERSAL
EN ESPAÑA**

Luis JIMENA QUESADA

THOMSON
ARANZADI

2008

**DIGNIDAD HUMANA
Y JUSTICIA UNIVERSAL
EN ESPAÑA**

Luis JIMENA QUESADA

Primera edición, 2008

Editorial Aranzadi, SA
Camino Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Depósito Legal: NA 2066/2008
ISBN: 978-84-8355-705-1

Printed in Spain. Impreso en España

*A Beatriz y a nuestros hijos,
Borja, Yago, Lucas y Alonso.*

SUMARIO

NOTA PRELIMINAR	13
PRÓLOGO	17
CAPÍTULO INTRODUCTORIO. EL ORDEN CONSTITUCIONAL INTERNO ANTE LAS GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS	29
I. Carácter transversal de los derechos humanos y dimensión constitucional-transnacional de la responsabilidad por graves atentados contra la dignidad.....	31
II. Actualidad de las cuestiones constitucionales suscitadas por las graves violaciones de los derechos humanos	38
1. <i>Impacto de las graves violaciones de los derechos humanos en el orden constitucional interno</i>	38
2. <i>Las graves violaciones de los derechos humanos como desafío fundamental para el Estado constitucional actual</i>	42
CAPÍTULO PRIMERO. TOMA DE POSTURA: TIPIFICACIÓN DE LAS VIOLACIONES GRAVES DE LOS DERECHOS HUMANOS	53
I. Las violaciones tipificadas en el Derecho internacional humanitario y en el Derecho internacional penal	55
II. Las violaciones previstas por el Derecho nacional penal con repercusión transnacional	62
1. <i>Derecho penal internacional en sentido estricto</i>	62
2. <i>Infracciones penales de trascendencia universal o extraterritorial</i>	67

III. Las violaciones afrontadas por el Derecho supranacional penal: atención especial a la Unión Europea.....	71
IV. Las violaciones de la vida y la integridad como marco referencial: delimitación respecto de otros tipos de vulneraciones de los derechos humanos	88
CAPÍTULO SEGUNDO. LA INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN DE HECHOS GRAVEMENTE ATENTATORIOS CONTRA LA DIGNIDAD HUMANA	93
I. La investigación policial y judicial de causas graves relativas a derechos humanos: el marco constitucional español y las medidas adoptadas a escala europea	95
II. La asistencia penal internacional en la persecución de graves violaciones de los derechos humanos: consideración constitucional de la figura clásica de la extradición y de la novedosa “euroorden”	106
III. La polémica instrucción desde España de violaciones graves de derechos humanos perpetradas en otros países: primer acercamiento a la justicia española como justicia universal.....	114
CAPÍTULO TERCERO. EL ENJUICIAMIENTO DE LOS RESPONSABLES POR CAUSAS GRAVES EN MATERIA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.....	121
I. La apertura del ordenamiento constitucional español al Derecho internacional penal y humanitario y a los órganos supranacionales competentes: especial referencia al Estatuto de la Corte Penal Internacional.....	123
II. La delimitación constitucional de la competencia extraterritorial de los órganos jurisdiccionales nacionales para juzgar graves violaciones de los derechos humanos	132

1. <i>Antecedentes comparados y situación anterior al leading case del Tribunal Constitucional español sobre la materia</i>	132
2. <i>La posición flexible del Tribunal Constitucional español y el primer pronunciamiento de fondo de justicia extraterritorial sobre graves violaciones de derechos humanos</i>	136
III. La perspectiva transfronteriza del enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos: la acción de sinergia y retroalimentación del plano nacional y del internacional	139
CAPÍTULO CUARTO. EL CASTIGO DE LOS RESPONSABLES Y EL DESAGRAVIO DE LAS VÍCTIMAS	149
I. Problemática constitucional acerca del régimen de las condenas privativas de libertad.....	151
1. <i>La duración de las penas y sus modulaciones</i>	151
2. <i>La duración de las penas y su reinterpretación... más favorable a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos</i>	154
3. <i>La duración de las penas y su reinterpretación... más garantista para los derechos de los verdugos</i>	159
II. Controversia constitucional relativa al perdón de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos	166
III. Ámbito constitucional de reparación de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos	174
CAPÍTULO FINAL. A MODO DE CONCLUSIÓN. GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA Y LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS	185
I. Militancia democrática, convivencia pacífica y orden constitucional justo.....	187

1. <i>Política interior contra el terrorismo desde el orden constitucional nacional</i>	196
2. <i>Política exterior contra el terrorismo desde el orden constitucional nacional</i>	200
II. La lucha contra la impunidad como exigencia axiológica democrática de un orden internacional pacífico	208
1. <i>Leyes internas sobre procesamiento histórico de graves atentados contra la dignidad humana</i>	221
2. <i>Leyes extraterritoriales sobre procesamiento histórico de graves atentados contra la dignidad humana</i>	227
III. El equilibrio entre una respuesta constitucional comprometida internacionalmente y una reacción constitucional proporcionada: nuevos perfiles de los derechos fundamentales en juego	230
EPÍLOGO	235
BIBLIOGRAFÍA	241

NOTA PRELIMINAR DEL AUTOR

La presente obra nace con la pretensión de fortalecer la conciencia universal de lucha frente a los graves atentados contra la dignidad humana; con la esperanza de contribuir a la mejora de la promoción y protección de los derechos humanos como reto fundamental en la era de la globalización; con el recuerdo y homenaje a las víctimas de horrendas atrocidades que desestabilizan la convivencia internacional; con el reconocimiento a las personas que arriesgan su vida o ponen todo su compromiso humano y empeño profesional en la defensa de la libertad y la paz mundiales; y, en un plano más particular, con el agradecimiento a quienes han estado más cerca en la investigación y redacción de esta monografía.

En efecto, aunque elaborado desde mi condición de constitucionalista, el enfoque interdisciplinar del tema abordado me ha llevado a recurrir a colegas y amigos de otras ramas científicas. Así, el germen directo del libro se encuentra en mi participación en las *Jornadas Internacionales “¿Castigar o reparar? Dos dilemas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* organizadas por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires (celebradas en junio de 2004) y a las que fui invitado por los profesores Santiago Ottaviano (de la Universidad Austral) y Luis García (de la Universidad de Buenos Aires). Con ambos penalistas tuve la ocasión entonces y después de discutir y perfilar la estructura fundamental del trabajo, siendo determinantes sus aportaciones, por lo que les estoy sinceramente agradecido.

Deseo mostrar igualmente mi gratitud, en el ámbito del Derecho constitucional, a los profesores Antonio Bar Cendón (de la Universitat de València) y Antonio Torres del Moral (de la UNED), quienes me han transmitido ánimo y valiosas

observaciones para concluir la monografía; así como al profesor Miguel Ángel Alegre (de la Universidad de León), quien ha soportado paciente y amistosamente la discusión, lectura y relectura del original y me ha honrado con la reacción del prólogo. Del mismo modo, en el terreno del Derecho internacional, debo manifestar un agradecimiento especial al profesor José Manuel Sánchez Patrón (de la Universitat de València), a quien he acudido constantemente para recabar información y comentarios críticos desde el comienzo hasta la culminación del libro, y que también me honra con la redacción del epílogo; sin olvidarme de las siempre preciosas sugerencias de mi amigo el profesor Fabián Salvioli (de la Universidad Nacional de la Plata). Y extendiendo asimismo mi agradecimiento a los profesores de Derecho procesal Pía Calderón Cuadrado y Javier Jiménez Fortea (de la Universitat de València), quienes me han dedicado su tiempo para criticar constructivamente el contenido de la monografía.

El diálogo interdisciplinar reseñado se ha visto completado y enriquecido por mi actividad docente e investigadora en el campo analizado en el libro. Así, es de justicia agradecer a la profesora Beatriz Pérez de las Heras (directora del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto) que desde 1994 haya contado conmigo para impartir docencia sobre el entonces “tercer pilar” de la Unión Europea (actual espacio de libertad, justicia y seguridad) en el citado Instituto; al profesor Jean-François Flauss (Secretario General del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo) que me haya confiado la enseñanza del Derecho internacional penal en diversas sesiones generales de la mencionada institución; a la profesora Elisabeth Lambert-Abdelgawad (de la Unidad de Derecho Comparado de la Universidad París-I La Sorbona, Centro Malher) que me haya integrado junto a varias decenas de colegas de los diversos continentes en el proyecto I+D dirigido por ella bajo el título *“Tribunaux militaires et tribunaux d’exception en mutation face*

aux nouvelles exigences du droit international”^{*}; y al profesor Guillermo Escobar Roca (de la Universidad de Alcalá) que me haga partícipe de docencia *on line* sobre los avances de la “Jurisdicción universal” dirigida a funcionarios de Defensorías del Pueblo latinoamericanas y de otras instituciones.

En fin, la movilidad universitaria y la proyección internacional de la Universidad me han llevado a experimentar o conocer vivencias que han despertado en mí mayor conciencia del desafío de luchar por el respeto de la dignidad humana con parámetros de justicia universal desde la perspectiva de un Derecho constitucional *internacionalizado y en movimiento*. Así, me conmovió tristemente encontrarme en Kinshasa en 1999 con niños de corta edad empuñando un fusil y enrolados en el ejército, en una situación de deseable evolución en la República Democrática del Congo; me alegró participar en la primera edición de las “Universidades de Derechos Humanos” en Senegal en 2003 en una sesión de formación con operadores jurídicos (jueces, abogados, militares, policías, etc.) sensibilizados con el respeto de los derechos humanos; y me ilusionó dirigir la tesis doctoral del amigo colombiano Alejandro Arbeláez Arango sobre “La protección constitucional del derecho a la vida en Colombia. Y la gobernabilidad democrática como estrategia política y ciudadana para su fortalecimiento”, que defendió exitosamente en Valencia en abril de 2007 y que según me cuenta le ha sido de gran utilidad para asistir en su país desde sus responsabilidades políticas a personas inermes (desplazados internos, etc.). Y, por supuesto, no quiero cerrar estas palabras preliminares sin mostrar mi gratitud a toda mi familia, por su ayuda y comprensión con respecto al tiempo empleado en las tareas académicas y de investigación,

* Ese proyecto I+D colectivo ha culminado con la publicación de nuestra obra colectiva LAMBERT-ABDELGAWAD, E. (dir.): *Juridictions militaires – Juridictions d’exception: perspectives comparées et internationales*, Paris, Éditions des Archives Contemporaines/Agence Universitaire de la Francophonie, 2007; en dicha obra tengo el honor de ser el autor del capítulo “Juridictions militaires et juridictions d’exception en Espagne”, pp. 233-263.

especialmente a Beatriz y a nuestros cuatro hijos, Borja, Yago, Lucas y Alonso.

Castellón de la Plana, febrero de 2008

PRÓLOGO

I

Para muchos profesores universitarios (al menos, para la mayoría de los que se dedican a la Universidad) la docencia y la investigación actúan como fuerzas opuestas que, o bien se neutralizan mutuamente –en cuyo caso el sujeto ni enseña ni investiga-, o bien *tiran* de él cada una hacia su lado, amenazando con descoyuntarle.

Es muy difícil, prácticamente un milagro, encontrar a un colega que haya sabido canalizar sus muchas energías, alimentadas por una inquebrantable vocación universitaria, para lograr que docencia e investigación sean dos fuerzas que empujen en el mismo sentido, que se beneficien, comuniquen y retroalimenten, siendo posible extraer de cada una esas facetas experiencias y saberes plenamente aprovechables para la otra. Si ese colega es además un buen amigo, ya no sólo estamos ante un milagro, sino también ante un verdadero privilegio. Pues bien, este es el caso del doctor Luis Jimena Quesada, en quien concurren ambas circunstancias de manera entusiasta, abundante y generosa.

Prueba de lo primero -el milagro- es la sólida trayectoria investigadora, inusualmente extensa para su edad, plasmada en una decena de libros así como en numerosísimos artículos, contribuciones y otros escritos*, y sabiamente proyectada en una

* Baste citar aquí los libros, en aras a la brevedad: *La enseñanza de los derechos humanos* (con Remedio Sánchez Ferriz), Barcelona, Ariel, 1995; *La Europa social y democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997; *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (“Cuadernos y debates” 89), 2000; *Dirección política del Gobierno y técnica legislativa*, Madrid, Tecnos (“Temas clave de la Constitución española”), 2003; *Escritos sobre derecho europeo de los derechos*

amplísima actividad docente (en la Universidad de Valencia y en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, entre otros muchos foros españoles y extranjeros), que encuentra el mejor y más valioso premio en el reconocimiento de sus alumnos.

En cuanto a lo segundo –el privilegio- queda demostrado, entre otras muchas pruebas, por el hecho de que el profesor Jimena me haya honrado invitándome a compartir con él actividades docentes, así como dando cabida a mi firma al lado de la suya en algunas publicaciones, y ofreciéndome la grata oportunidad de prologar su –hasta ahora- último libro: *Dignidad humana y justicia universal en España*.

II

Basta una primera aproximación a este nuevo trabajo del profesor Jimena para darnos cuenta de que se trata de un auténtico ejercicio de plena madurez académica: una verificación de las propias coordenadas, un punto de llegada desde el que recapitular, reflexionar sobre todo lo aprendido y enseñado, antes de hacer frente a nuevos desafíos. Por la propia dificultad del tema tratado, por su carácter *transversal*, que obliga al autor a moverse en muy diversos campos y registros, por la gran maestría y el dominio de distintos saberes que ello requiere, nos

sociales (coordinador y coautor), Valencia, Tirant lo Blanch (“Propuestas”) y Universitat de València, 2004; *European Constitution and Competition Policy. Focus on conflicts between freedom of enterprise and other fundamental Rights*, Roma, Philos Edizioni, 2005; *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 2006; *Dret de la Unió Europea*, Universitat de València, PUV (“Educació. Materials” 92), 2006; *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea* (con Miguel Ángel Alegre Martínez), Madrid, Biblioteca Nueva (“Manuales Universidad/Derecho”), 2006; *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (sistema de reclamaciones colectivas, vol. I: 1998-2005)*, Valencia, Tirant lo Blanch (“Tirant Monografías” 477), 2007.

encontramos ante una demostración de lucidez intelectual poco común, cuyo fruto es un texto denso, profundo, documentado, argumentado, desarrollado y sólido a más no poder.

Otro argumento en el mismo sentido es la relevancia científica del trabajo por el hecho de dar cuenta no sólo de la emergencia de nuevas ciencias (el “diabólico” juego de palabras entre el *Derecho Internacional Penal* y el *Derecho Penal Internacional* con todas sus implicaciones), sino también de la situación del Derecho Constitucional como ciencia, por ejemplo a propósito de su internacionalización o su carácter troncal, aludiendo además a los grandes problemas a los que actualmente se enfrenta (desnaturalización, pérdida de normatividad de las constituciones...); clara muestra, por tanto, de esa loable sinergia entre docencia e investigación antes aludida.

También en consonancia con lo dicho, se observa que el autor sabe sacar partido y dar proyección a trabajos anteriores. Ello permite subrayar ese carácter de culminación (y a la vez *punto y seguido*) de una trayectoria científica muy sólida, dando cuenta del punto en que la misma se encuentra en el momento actual. El trabajo, por tanto, consigue *conectar entre sí los diversos elementos de la trayectoria científica* (o al menos de lo esencial de ella), incluyendo aportaciones pasadas que cobran tanta importancia en la actualidad como los relativos a la *democracia militante*.

Es también digna de valorar muy positivamente la abundancia de *referencias de actualidad* como ejemplos de lo que se va exponiendo en el discurso, que, además de dar buena muestra del carácter valiente y comprometido del libro, refuerzan su utilidad y su carácter pedagógico. Valgan como ejemplos en este sentido el tratamiento riguroso en clave jurídica que se lleva a cabo, en torno a temas que no es fácil encontrar en otros

trabajos jurídicos (terrorismo de Estado y terrorismo internacional, o la alusión a “procesos de paz”). Además, es muy notable el esfuerzo de actualización del trabajo, sin perjuicio de que, por la propia naturaleza de los temas tratados, los acontecimientos en torno a los mismos sigan sucediéndose tras la fecha de cierre del libro de cara a su publicación.

Se tocan también otros problemas fundamentales y de gran calado jurídico, como la difícil *articulación entre jurisdicciones*, aprovechando el amplio conocimiento ya demostrado en trabajos anteriores de la integración y articulación entre Derecho internacional y Derecho interno. Además, el trabajo contribuye de manera decisiva al importante objetivo de *articulación o armonización de legislaciones*. Es por todo ello un trabajo imprescindible, que no rehuye la difícil tarea de dar respuesta a los nuevos retos planteados en un mundo tan complejo como el actual. Todo ello, en fin, sin perder de vista el imprescindible “valor ético”.

III

En otro orden de consideraciones, cabe alabar la sistemática del trabajo, la lógica interna de su estructura y la denominación y el orden de sus distintos capítulos, con arreglo a las explicaciones que al respecto encontramos al final del capítulo introductorio. A la vista de las mismas, el libro pretende (y consigue) lo que se puede esperar de un trabajo científico de investigación a este nivel: “una elaboración propia u original de la noción de grave violación de los derechos humanos”.

Esta es precisamente la clave del trabajo, que hace que el capítulo más importante sea quizá el primero. Parece evidente que la principal dificultad a la que se enfrenta el autor (una vez abordada anteriormente la justificación científica para su

tratamiento desde el Derecho constitucional) es la definición de lo que haya de entenderse por “grave” violación de los derechos humanos, habida cuenta de que se trata de un concepto indeterminado y subjetivo. Sin duda el objetivo queda plenamente logrado a lo largo del capítulo primero, en el que se trabaja sobre esa delimitación en torno a dos ejes: en primer lugar, la asociación que de alguna manera se establece entre las violaciones “graves” de los derechos humanos, y la existencia en las mismas de la dimensión “transnacional”; y en segundo lugar, la disociación entre “violación grave” y “violación masiva”, insistiendo en varios lugares en que no es necesario que una violación de los derechos humanos sea *masiva* para que deba considerarse *grave*. Aunque la lesión de sus derechos a una sola persona ya se pueda considerar “grave” en sentido amplio, y aunque una vulneración masiva sea siempre “grave” por el hecho de ser masiva, la definición que el trabajo propone se fija más bien en las violaciones “perpetradas de manera reiterada y persistente (o con visos de repetición y perpetuidad si no se les pone fin a tiempo”, y además, “que ni siquiera su castigo suele concluir con una restitución íntegra o un desagravio total para las víctimas” (idea en la que se insiste en el Capítulo cuarto).

Quizá resulta más difícil de justificar el hincapié que se hace en asociar la idea de “violación grave de los derechos humanos” con el carácter o repercusión transnacional de la violación (aunque no parece desprenderse que la dimensión transnacional sea un requisito imprescindible para poder hablar de violación grave, el trabajo parece girar en torno a esta idea, como se desprende del apartado II del Capítulo primero). Nos encontramos aquí ante el riesgo de que, a fuerza de internacionalizar los problemas, pueda quedar un poco “olvidado”, o al menos relativizado, lo que ocurre *de puertas adentro*, y ello tiene que ver con lo que señalaré en el apartado siguiente. De todas formas, es obvio que el trabajo no cae en esa

dinámica manipuladora (tan presente, por cierto, en los espacios informativos de ciertos medios de comunicación, especialmente de titularidad pública) de utilizar referencias casi exclusivas al exterior para ofrecer indirectamente como idílica la visión del panorama doméstico. Muy al contrario, en este libro son constantes las menciones a la realidad española (terrorismo internacional en España, caso *Parot*, caso *Juana Chaos*, y tantas otras). De hecho, la intención de no perder de vista el panorama nacional queda patente en el conjunto del libro. No deja además lugar a dudas la profusión con que el autor utiliza y comenta material jurisprudencial español a lo largo de todo el trabajo. Frecuentemente la argumentación gira en torno a la jurisprudencia interna y también a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aprovechando su exhaustivo conocimiento de una y otra. Otra muestra referida a la intención de no eludir el ámbito interno sería el comentario a la jurisprudencia constitucional sobre la Ley de partidos (Ley Orgánica 6/2002), con apoyo en la doctrina española. Se tocan además multitud de casos candentes en torno a temas ya mencionados, sin olvidar un ejemplo más: la tan traída y llevada “memoria histórica”, sobre la que se pronuncia desde una perspectiva crítica en el Capítulo final.

En resumen, la cuestión más resbaladiza del trabajo (la delimitación de “violación grave”) está brillantemente resuelta por lo que se refiere al propio concepto, sin perjuicio de lo que luego diré sobre la posibilidad o conveniencia de incluir dentro de dicho concepto algún otro supuesto además de los previstos.

Muy útil en el orden sistemático resulta el apartado II del Capítulo final que, sin ceñirse expresamente a la clásica denominación “conclusiones”, recoge el resumen o las consecuencias de lo expuesto, especialmente con relación al Capítulo primero. En todo caso, bien puede decirse que el párrafo

que cierra el trabajo hace las veces de conclusión general. Todo ello, junto con las continuas conexiones que se establecen a lo largo del trabajo, al tocar en diversos lugares los mismos aspectos desde perspectivas distintas, refuerzan el mencionado carácter *transversal* de la obra, dotándola además de una encomiable unidad interna.

En suma, y como balance de estas impresiones sobre el plan y el desarrollo del libro, quisiera resaltar una cualidad característica que bien prodría definirlo: su “dinamismo conceptual y metodológico”.

IV

Entrando en algunas cuestiones concretas de fondo, merece valoración muy positiva que se sitúe el fundamento de los derechos y de la reprobabilidad de las violaciones a los mismos en la *dignidad humana*, y que el trabajo se haga girar, en lo que se refiere a violaciones específicas, en los *derechos a la vida y a la integridad*, obviamente las más graves (tratos inhumanos y degradantes, etc.).

El enfoque, sin embargo, adquiere quizá unos tintes demasiado “positivistas” cuando al inicio del Capítulo primero se enumeran los supuestos que encajarían dentro de la noción de *violación grave* de los derechos humanos, contemplándose una serie de supuestos *previstos* en determinados sectores del Ordenamiento. Aunque se deja una especie de puerta abierta con la palabra “especialmente” (justo antes de la enumeración) la pregunta que surge inevitablemente es si no puede haber otros supuestos de violación grave de derechos humanos no “previstos” expresamente. Ello nos lleva directamente, por poner un ejemplo concreto, al tema de *la interrupción voluntaria del*

embarazo, y la posibilidad o no de encuadrarlo dentro del concepto que nos ocupa.

Cabría preguntarse, en primer lugar, si esta práctica encaja dentro de alguno de los supuestos “previstos”. ¿Sería subsumible, por ejemplo, en el de *genocidio* previsto entre los que mencionas con relación al Estatuto de Roma? Parece claro que sí a la vista de los términos del artículo 6: “Matanza de miembros del grupo” (niños no nacidos), “Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo”...

Pero, incluso, aunque alguien pudiera decir que resultaría forzada la inclusión del aborto dentro del delito de genocidio, creo que por sí mismo, sin necesidad de encajarlo en ningún otro tipo, se trata de una violación grave de derechos humanos. No sólo por ser masiva (no todo lo grave es masivo, pero todo lo masivo sí es grave, aunque uno solo ya lo es); sino también por ser una práctica reiterada y persistente... e incluso por su dimensión transnacional: según datos consultados, casi cinco mil portuguesas vienen cada año al paraíso abortista en que –como todo el mundo sabe– se ha convertido España (sin perjuicio de que Portugal haya abierto recientemente la puerta a una regulación más permisiva en la materia tras el referéndum de febrero y la posterior reforma legislativa de abril de 2007). Cada treinta segundos se practica un aborto en la Unión Europea, y sólo en España se rondan ya los cien mil abortos anuales bajo la cobertura de la vigente legislación despenalizadora, y la no menos grave doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 53/1985, 212/1996, 116/1999), que niega al no nacido la titularidad del derecho a la vida, cuando sí se lo reconoce el artículo 15 de la Constitución en conexión con el reconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el artículo 10.1.

Supongo que no es necesario que cargue aquí las tintas sobre la hecatombe humanitaria y la barbarie moral que supone la interrupción voluntaria del embarazo, pues en otros lugares he tratado de exponer y razonar mi posición al respecto^{**}. ¿Qué escribirán los historiadores del futuro sobre esta “civilización” en la que países que se dicen respetuosos con los derechos humanos legislan pisoteando el más básico de ellos? ¿Cómo explicar la contradicción en la que incurren los que se llenan la boca con los derechos humanos y se tapan los ojos y los oídos ante esta vergüenza sin paliativos?

En todo caso, creo que la interrupción voluntaria del embarazo encajaría también en los supuestos que enumera el artículo 7 del citado Estatuto: “Ataque generalizado o sistemático contra una población civil...”, “exterminio”, “desaparición forzada de personas”, etc. Por eso cuando dice el profesor Jimena que se ha hecho notar la falta de otros posibles actos en el elenco del artículo 7, pienso que bien podría haberse mencionado el

^{**} Permítaseme recordar aquí esos trabajos en los que intento fundamentar mi postura favorable al derecho a la vida del no nacido: “El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona”, *Revista General de Derecho*, nº 604-605, Valencia, 1995, págs. 189-222; *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1996; “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”, *Revista de Derecho Político*, nº 53, Madrid, UNED, 2002, págs. 337-358; Recensión al libro *La Constitución día a día* de Joan Oliver Araujo [Valencia, Tirant lo Blanch, “Alternativa”, 2003], *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 47, Universidad de Valencia, 2004, págs. 165-174; “El reconocimiento constitucional de la dignidad humana: significado y alcance”, en José Peña González (Coord.), *Libro Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Universidad San Pablo-CEU, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 55-70; “Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad” (con Óscar Mago Bendahán), *Revista de Derecho Político*, nº 66, Madrid, UNED, 2006, págs. 183-234; *Derechos de la personalidad y derecho de los daños morales* (con Óscar Mago Bendahán), Caracas, Constitución Activa (“Breviarios del nuevo Derecho”), 2007.

aborto para mayor claridad, aunque insisto en que lo considero incluido en varios de los supuestos de dicho elenco.

De hecho, considero que la interrupción voluntaria de la gestación encajaría incluso en la definición que se ofrece al inicio del apartado III del Capítulo primero en cuanto al deterioro irreparable que supone para un régimen político democrático la eliminación sistemática de vidas humanas. Igualmente sería aplicable la reflexión de Bacigalupo Zapater recogida por Luis Jimena según la cual “desde el punto de vista del principio universal nadie debería tener derecho por sí y ante sí a despenalizar lo que es una lesión universalmente reconocida de la dignidad de la persona”.

V

No creo necesario extenderme mucho más en destacar otros aspectos positivos de este libro, pues el lector los irá descubriendo en cuanto se adentre en sus páginas. Valga como ejemplo la valiosa información adicional que aporta en diversas ocasiones, la cual no sólo refuerza el discurso, sino que da cuenta del dominio enciclopédico que el autor posee de las materias tratadas.

El trabajo contiene importantes y novedosas aportaciones, lo cual ya es un mérito en sí mismo: sería el caso, por ejemplo, de las reservas mostradas en torno a la supuesta inconstitucionalidad sin matices en España de la cadena perpetua. En este y en otros temas demuestra el profesor Jimena la valentía de tratar temas delicados desde una perspectiva “*políticamente incorrecta*”, como él mismo insinúa o incluso indica expresamente, al menos si se la compara con ese pensamiento único desde el que las mentes supuestamente progresistas, que pretenden monopolizar la posesión de la verdad, tratan de ofuscar

nuestro entendimiento, atrofiar nuestro sentido crítico, y adueñarse de nuestra libertad.

Otro ejemplo de aportación valiosa del libro viene de la mano de su propia estructura, en cuanto que, tras detenerse en la investigación e instrucción de los hechos gravemente atentatorios contra la dignidad humana (Capítulo segundo) y el enjuiciamiento propiamente dicho (Capítulo tercero), dedica el Capítulo cuarto a la punición de los culpables y al desagravio de las víctimas, lo cual le conduce a tocar temas de tan hondo calado como los ya indicados: condenas privativas de libertad (apartado I), perdón de los responsables (II), o la tan difícil o imposible reparación o restitución íntegra de las víctimas (III). A propósito de estas cuestiones, llaman la atención citas como la de “Morir en prisión no es digno”, porque conecta con toda la problemática del concepto de “muerte digna”, que tantas veces se utiliza para argumentar posiciones insostenibles.

Muy importante también la introducción, como “nuevo derecho”, del “*derecho a la verdad*” y el tratamiento que se hace del mismo dentro del Capítulo cuarto, dedicado al resarcimiento, en cuanto derecho que implica obligaciones positivas para los Estados, aparte de responsabilidad para los criminales; igualmente, su consideración de prolongación del derecho a la tutela judicial efectiva. Destaca asimismo, la conexión con la idea de reparación integral, que permitiría quizá afirmar que ese derecho a la verdad no sólo entroncaría con la tutela judicial efectiva, sino también con la propia dignidad y la integridad moral, sin perjuicio de poder entenderlo además como prolongación del más genérico derecho a la justicia.

VI

Si a todo ello unimos la originalidad del enfoque y de la metodología utilizada y –en el plano formal- la muy cuidada elaboración del trabajo, que se advierte no sólo en una visión de conjunto, sino también al fijarse en los pequeños detalles, llegaremos a la conclusión de que el lector tiene en sus manos una excelente y valiosísima monografía de ineludible y fructífera lectura, como no podía ser de otra manera a la vista de la trayectoria de su autor, al que públicamente felicito una vez más.

El libro tiene, entre otras muchas, la virtud de sugerir ideas, de provocar inquietud, de mover a la reflexión (de lo cual dan fe mismamente estas páginas prologales). Trabajos como este contribuyen decisivamente no sólo a ampliar conocimientos y abrir horizontes en nuestro Derecho constitucional, sino además (lo que es aún más importante) a que el quehacer universitario siga siendo un reto capaz de ilusionar.

Miguel Ángel Alegre Martínez
*(Profesor de Derecho constitucional
en la Universidad de León)*
León, octubre de 2007

**CAPÍTULO INTRODUCTORIO.
EL ORDEN CONSTITUCIONAL INTERNO ANTE
LAS GRAVES VIOLACIONES
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

I. CARÁCTER TRANSVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL-TRANSNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD POR GRAVES ATENTADOS CONTRA LA DIGNIDAD

El presente trabajo tiene como vocación y eje de análisis la optimización de la defensa de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional a la luz de la escena mundial. A tal efecto, se parte –en el plano teórico o científico– del carácter transversal y, por ende, multidisciplinar, de los derechos humanos, con especial atención a las cuestiones constitucionales que se suscitan al afrontar la responsabilidad por graves acciones atentatorias contra la dignidad humana: desde esta perspectiva, se pretende profundizar en el alcance del núcleo axiológico de la Constitución española de 1978, la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1¹. Esas acciones, sin lugar a dudas, comportan un peligro para la consolidación de la democracia constitucional en cualquier país y, al mismo tiempo, constituyen

¹ Obligada referencia doctrinal sobre esta disposición constitucional es la obra de ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español*, León, Universidad de León, 1996; así como una síntesis de dicha monografía por el mismo autor publicada bajo el título “El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona”, *Revista General de Derecho*, nº 604-605, 1995. Más recientemente, ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “El reconocimiento constitucional de la dignidad humana: significado y alcance”, en *Libro homenaje a Don Iñigo Cavero Lataillade* (coord. por José Peña González), Valencia, Tirant lo Blanch/Universidad San Pablo CEU, 2005.

un factor de inestabilidad democrática internacional: y, desde este punto de vista, se persigue igualmente en esta monografía avanzar en la apertura internacional a que conmina el artículo 10.2 de la Carta Magna española².

En efecto, la escena política y económica mundial de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI ha conllevado una superación del ya clásico debate acerca de la obvia consideración transfronteriza de los derechos humanos en conexión con la tensión dialéctica entre la soberanía estatal y la posible injerencia o intervención en los asuntos internos³, con la irrupción de controvertidas nociones como la reciente de “acción o guerra preventiva”⁴.

² De manera exhaustiva sobre esta cuestión, el libro de SÁIZ ARNÁIZ, A.: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999. Para la conexión entre los apartados 1 y 2 del artículo 10 de la Constitución española, esto es, el binomio dignidad-internacionalización, acúdase a la obra de CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 1999.

³ Como es sabido, la *Carta de Naciones Unidas de 1945* prevé el uso de la fuerza por la ONU en caso de legítima defensa como medio clásico (artículo 51 de la Carta); sin embargo, se han producido una serie de mutaciones. En este sentido, BETTATI, M.: “L’usage de la force par l’ONU”, *Pouvoirs*, nº 109 (monográfico sobre “L’ONU”), 2004, pp. 113: el autor critica la evolución “de la simple interposición a la imposición de la paz”, reconociendo que “a pesar de estas mutaciones, numerosos conflictos armados escapan todavía a las acciones de las Naciones Unidas. Especialmente, el de Chechenia. De la misma manera, ni la intervención americana de 2001 en Afganistán ni la de 2003 en Irak pueden ser consideradas como decididas o autorizadas por las Naciones Unidas”. Para la distinción desde el punto de vista técnico militar de esa “imposición de la paz” con respecto a las misiones de paz tradicionales, léase ALÍA PLANA, M.: “La imposición de la paz”, <http://www.derechomilitar.info/artidoc/impopaz.PDF>, especialmente pp. 5-8.

⁴ Una crítica a esa doctrina en PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “La legítima defensa puesta en su sitio: críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, 2003, vol. LV. En el mismo sentido, con anterioridad e introduciendo una valoración crítica del más amplio concepto de “autodefensa”, léase GRAY, C.: “The US National Security Strategy

Por ello, no se efectuará en estas páginas una aproximación a esa tensión dialéctica, sino un enfoque más acorde con la evolución del orden constitucional interno a la luz de la situación mundial⁵. Lo cual supone, a mi entender, poner el punto de mira no tanto en el exclusivo uso de la fuerza (aun cuando éste pueda estar autorizado por la Organización de las Naciones Unidas y, por tanto, no responda formalmente a alardes de imperialismo), sino en otros mecanismos legales de exigencia de responsabilidad que favorezcan una convivencia pacífica internacional más sólida (por más que esos otros mecanismos cuenten con la insoslayable colaboración internacional de fuerzas militares o policiales); es decir, remedios jurídicos que no generen un sentimiento nacionalista peligrosamente exacerbado de rechazo a la acción internacional o extranjera, sino que bien al contrario coadyuven a robustecer el orden democrático nacional del país afectado y, por ello mismo, el concierto democrático internacional.

Si con la Carta de San Francisco de 1945 quedó confirmado el principio de no injerencia en los asuntos internos como elemento de convivencia pacífica internacional, al tiempo se ponían las bases para la superación de una visión clásica del Derecho internacional que venía incidiendo en los Estados como únicos actores y en las personas como meros receptores de la acción exterior. Se daba paso así, tras la Segunda Guerra Mundial y con el fin de conjurar el riesgo de un nuevo ultraje para la humanidad, al nacimiento del *Derecho internacional de los derechos humanos* como disciplina que consideraba al individuo sujeto activo⁶, capaz incluso, más allá de la eventual

and the New ‘Bush Doctrine’ on Preventive Self-defense”, *Chinese Journal in International Law*, 2002 (citado por el anterior).

⁵ Una panorámica general en la obra de CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991.

⁶ Esta disciplina se refleja asimismo en los instrumentos normativos internacionales: a título de ejemplo, el artículo 17 del *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, hecho en Nueva York el 9 de

protección diplomática y consular (la cual ha conocido igualmente una evolución)⁷, de poner en entredicho a su propio Estado⁸. Se producía, de este modo, un avance asimismo respecto

diciembre de 1999 dispone que “toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo al presente Convenio, gozará de un trato equitativo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y con las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional, incluido el *Derecho Internacional en materia de derechos humanos*”. En el plano doctrinal, por todos, véase la obra de BUERGENTHAL, T.: *International Human Rights*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1988 (1ª ed. y ediciones posteriores). Lógicamente, esta referencia clásica se ha visto superada por aportaciones más recientes, sean de carácter colectivo [por ejemplo, HANSKI, R., and SUKSI, M. (eds.): *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Turku/Abo, Institute for Human Rights-Abo Akademi University, Turku/Abo, 2nd ed. reprinted, 2004], sean de autoría individual (verbigracia, VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, reimpr. 2006; o SUDRE, F.: *Droit européen et international des droits de l’homme*, Paris, PUF, 6ème éd. refondue, 2003).

⁷ Especialmente con su reconocimiento, a escala de la Unión Europea, en el núcleo de los derechos asociados a la ciudadanía a través del *Tratado de Maastricht de 1992*. En el sistema interamericano, merece la pena leer la *Opinión Consultiva n° 16 de 1 de octubre de 1999* de la Corte de San José de Costa Rica, relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, sobre la que se ha convenido en afirmar que ha inspirado la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* en la materia. Acúdase en este terreno a la obra de TOUZÉ, S.: *La protection des droits des nationaux à l’étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007.

⁸ Sobre esta evolución, con especial referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase JIMENA QUESADA, L., y SALVIOLI, F.O.: “The individual, human rights and international instruments: focus on the Council of Europe”, *The ELSA Law Review*, DJOF Publishing Copenhagen Denmark, Number 2, 1994. En el ámbito de la OEA, es interesante la lectura de la *Opinión Consultiva OC 14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, con motivo de la cual, pese a ponerse en entredicho indirectamente a los responsables de las masacres, la Corte de San José de Costa Rica concluía que la responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana es, en realidad, objetiva, pero “empezó a esbozar unas líneas de pensamiento sobre la responsabilidad individual remarcando, no obstante, que esencialmente su competencia está dada respecto de Estados y no de

a la aportación complementaria del *Derecho internacional humanitario*⁹.

Ahora bien, la intensificación de las relaciones internacionales y la mayor concienciación de la opinión pública mundial con relación a las graves violaciones de los derechos humanos, han forjado nuevos avances jurídicos frente a las necesidades emergentes¹⁰. Así las cosas, la evolución en materia

individuos”: así lo expresa SALVIOLI, F.O.: “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Cours fondamentaux/Fundamental Courses*, Strasbourg, Instituto Internacional de Derechos Humanos, julio 2006, p. 137. Por otro lado, una cuestión que se suscitó con motivo de las negociaciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional pero que, finalmente, fue aparçada, tiene que ver con la legitimación pasiva de las personas jurídicas, es decir, su responsabilidad por crímenes contra la humanidad, en conexión con violaciones masivas de derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, privación de acceso a alimentación y medicamentos) por grandes multinacionales, etc. En el ámbito español, la legitimación pasiva de las personas jurídicas en el orden penal se afronta en el *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* [presentado el 20 de diciembre de 2006 y calificado el 9 de enero de 2007]: *BOCG (Congreso de los Diputados), VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de enero de 2007, Núm. 119-1*: la regulación penal de las personas jurídicas –según la Exposición de Motivos– “encierra importantes dificultades generadas, como fácilmente se comprende, por el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*”. En conexión con la responsabilidad de las personas jurídicas, puede verse asimismo la *Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*.

⁹ Verbigracia, PROVOST, R.: *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, así como SWINARSKI, CH.: *Introducción al Derecho internacional humanitario*, San José de Costa Rica/Ginebra, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/CICR, 1984. En España, léase el ensayo de PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “El Derecho Internacional Humanitario en busca de su eficacia”, *Revista Española de Derecho Militar*, n° 77, 2001, pp. 331-356.

¹⁰ Con respecto a las “nuevas amenazas” que, en realidad, por desgracia ya se hicieron realidad durante la segunda guerra mundial, se sigue poniendo el énfasis en la necesidad de resaltar el lugar del individuo como sujeto del Derecho internacional. Así, CANÇADO TRINDADE, A.A.: “The Right to Live: The Illegality Under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 39, 2004, p. 69: “este problema no puede ser enfocado desde una estricta perspectiva interestatal, sin tener en cuenta la condición de los seres humanos como sujetos del

de defensa de los derechos humanos (con nuevos derechos o nuevas garantías) ha ido acompañada del nacimiento de otras disciplinas más recientes como el *Derecho internacional penal*¹¹ que, por cierto, se ha nutrido a su vez de una *experiencia normativa interna* asimismo *avanzada* (*Derecho penal internacional*¹², *Derecho militar internacional*¹³, *Derecho*

Derecho internacional. Todas las armas de destrucción masiva son ilegales en el marco del Derecho internacional contemporáneo. La amenaza o el uso de tales armas debe ser condenado en cualesquiera circunstancias por la *conciencia jurídica universal*, que en mi opinión constituye la fuente *material* última del Derecho internacional, como de todo el Derecho”.

¹¹ Entre las obras que van proliferando, acúdase a ASCENSIO, H., DECAUX, E., et PELLET, A. (dirs.): *Droit international pénal*, Paris, Éditions A. Pédone, 2000; así como a BUENO ARÚS, F., y ZARAGOZA, J.M.: *Manual de Derecho internacional penal*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2003; o a CASSESE, A.: *Internacional criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2004. Más específicamente sobre la jurisdicción penal internacional, CARDONA LLORENS, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

¹² Por ejemplo, DAVID, E.: *Éléments de droit pénal international*, Bruxelles, ULB, 7^o ed., 4 vols., 1997.

¹³ Entre las aportaciones importantes en este ámbito pueden citarse LAMBERT ABDELGAWAD, E. (dir.): *Juridictions militaires – Juridictions d’exception: perspectives comparées et internationales*, Paris, Éditions des Archives Contemporaines/Agence Universitaire de la Francophonie, 2007; NOLTE, G. (ed.): *European Military Law Systems*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003; así como MANACORDA, S. (dir.): *Missions militaires de peace keeping et coopération en matière pénale*, Roma, Conseil de la Magistrature Militaire, 2004. A tal efecto, conviene subrayar que la *Ley española de la Defensa Nacional (Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre)* participa de esa internacionalización del Derecho militar. Además, el Derecho militar interno se ve influido por la acción de los organismos internacionales, tanto en el ámbito regional (por ejemplo, en el sistema europeo: léase RAMÍREZ SINEIRO, J.M.: “La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en el colectivo *La Jurisdicción Militar*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992) como en el ámbito universal (véanse en tal sentido las contribuciones incluidas en el número extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 75, 2000).

*procesal internacional*¹⁴, o *Derecho constitucional internacional*¹⁵, como más sobresalientes). De esa experiencia, y por lo que se refiere a la aportación española, baste traer a colación la actuación y primeros pronunciamientos de *justicia universal* de algunos órganos jurisdiccionales españoles (de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, *infra*) como verdadero desafío para el progreso de los órganos jurisdiccionales internacionales competentes.

En todo caso, la experiencia normativa nacional debe verse como complementaria de la internacional y viceversa, pues la fuente interna y la supranacional se retroalimentan en aras de la “integralidad maximizadora” del sistema global de derechos humanos¹⁶, lo mismo que se retroalimentan el juez nacional y el juez internacional en una deseable acción de sinergia optimizadora¹⁷. Así pues, deben entenderse superadas posturas dualistas de antaño entre Derecho interno y Derecho internacional y, con ello, una perjudicial dicotomía entre Derecho penal internacional y Derecho internacional penal¹⁸; o una visión unidireccional de la posición de los tratados internacionales en el

¹⁴ Véase la contribución de GRADONI, L.: “L’attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie: ‘regularités’ et ‘règles’”, en el colectivo *Les sources du droit international pénal* (DELMAS-MARTI, M., FRONZA, E., et LAMBERT-ABDELGAWAD, E., eds.), Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 25 ss.

¹⁵ Cfr. BIDART CAMPOS, G.: *El Derecho constitucional humanitario*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1996, pp. 22-23.

¹⁶ Se trata de una expresión que utiliza, de nuevo, BIDART CAMPOS, G.J.: “La interpretación del sistema de derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 19, 1994, pp. 29-31.

¹⁷ CANÇADO TRINDADE, A.A.: “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *Colección “Cuadernos de derechos humanos” de Guatemala*, 1995, p. 20.

¹⁸ Cfr. los diversos trabajos y enfoques incluidos en la obra colectiva VV.AA.: *El Derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

ordenamiento constitucional de cada país sin reparar correlativamente en la internacionalización de la función constituyente¹⁹ o en el lugar de la propia Constitución en los instrumentos internacionales²⁰.

II. ACTUALIDAD DE LAS CUESTIONES CONSTITUCIONALES SUSCITADAS POR LAS GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

De entrada, conviene reafirmar, en el marco de la interdisciplinariedad reseñada, que las graves violaciones de los derechos humanos no son ajenas en absoluto, sino todo lo contrario, al Derecho Constitucional (1). Es más, en mi opinión, la reflexión acerca de los mecanismos de exigencia de responsabilidad por esas graves violaciones se perfila como uno de los retos actuales más importantes del Derecho Constitucional (2). Detengámonos en ambos aspectos.

1. Impacto de las graves violaciones de los derechos humanos en el orden constitucional interno

Si el Derecho internacional de los derechos humanos significó una novedad tras la Segunda Guerra Mundial por realzar la posición del individuo como víctima y, consiguientemente, reconociéndole legitimación activa a escala internacional en materia de graves violaciones de derechos humanos, ese reconocimiento se ha revelado parcial, ante la

¹⁹ FLAUSS, J.F.: “L’internationalisation de l’exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?”, en el colectivo *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/Berliner Wissenschafts/Bruylant, 2004.

²⁰ Léase JIMENA QUESADA, L.: “El lugar de la Constitución en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en la obra colectiva *Os Rumbos do Direito Internacional dos Direitos Humanos/Ensaio em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade (Liber amicorum Cançado Trindade)*, coord. por R. Zerbini Ribeiro Leão, São Paulo, Sergio Antonio Fabris Editor, vol. 6, 2005.

necesidad de conseguir condenas, no frente al Estado como responsable internacional, sino frente a los verdaderos verdugos (personas físicas). Desde este punto de vista, y para propiciar un mayor avance en términos de seguridad jurídica y de legalidad internacionales respecto a las experiencias de los Tribunales de Nüremberg y de Tokio en el mismo contexto del segundo conflicto bélico mundial, se imponía dar cobertura normativa internacional a la legitimación pasiva en materia de graves atentados contra la dignidad humana, a lo que respondió esa rama especial del Derecho internacional de los derechos humanos que es el Derecho internacional penal²¹.

Paralelamente, si el orden constitucional de cada Estado se ha ido abriendo a los tratados sobre derechos humanos, esa apertura se debe manifestar igualmente con relación a los específicos tratados o normas internacionales relativas a infracciones penales. En otras palabras, la evolución de la realidad y de las normas internacionales debe traducirse inexorablemente en una recepción por parte del Derecho constitucional. Por mor de la mencionada internacionalización del Derecho constitucional o, correlativamente, constitucionalización del Derecho internacional²², las relaciones

²¹ Correlativamente a la legitimación activa del individuo, se ha subrayado en este marco evolutivo la legitimación pasiva, de modo que “la competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar personas físicas, debe ser considerada como la mayor prueba de responsabilidad individual internacional moderna, lo cual refuerza la idea de que también son sujetos de Derecho internacional los individuos”: DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V.: “El Derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el Derecho brasileño”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 39, 2004, pp. 204-205.

²² Así lo entiende ESCOBAR ROCA, G.: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005, p. 145: “desde el ámbito de los Estados es todavía mucho lo que queda por hacer para reforzar la vinculación de los textos internacionales, todo ello en la línea de la necesaria *constitucionalización del Derecho internacional*: por ejemplo, abriendo vías de apertura del catálogo de los derechos fundamentales hacia los derechos humanos, fomentando una interpretación integrada de los derechos fundamentales, tendente a

entre el Derecho constitucional y el Derecho penal (y el Derecho procesal penal) se intensifican igualmente: recuérdese, de paso, que el Código penal suele tildarse de “Constitución negativa”²³. Si los dos ejes clásicos y en tensión sobre los que pivota el Derecho penal y el proceso penal radican, de un lado, en su eficacia para salvaguardar la seguridad y los bienes jurídicos más preciados de la persona como potencial víctima y, de otro lado, en su adecuación a los cánones constitucionales de respeto de la libertad y demás derechos y garantías de los procesados²⁴, la asunción de exigencias internacionales de carácter penal impone esa intensificación o reformulación del binomio *constitucional-penal*.

Con semejante planteamiento, parece obvio que el análisis del funcionamiento de la Corte Penal Internacional o de las resoluciones de órganos judiciales españoles sobre justicia penal universal no debe recaer en exclusiva en internacionalistas, penalistas o procesalistas, como el examen del funcionamiento de la Unión Europea tampoco queda reservado a administrativistas o a internacionalistas. En ambos casos, los constitucionalistas podemos y debemos concurrir con aportaciones positivas: más aún, en ambos casos nos hallamos verdaderamente ante sendos retos del Derecho constitucional, sin necesidad de esperar a que aparezca un documento conocido como “Constitución europea”, en el primer caso; o a que se pronuncie el Consejo de Estado español acerca de la compatibilidad del Estatuto de Roma de

las determinaciones del contenido propias de las formulaciones internacionales generosas, estableciendo mecanismos internos de ejecución de las resoluciones internacionales o abriendo vías de control judicial de los delitos contra la humanidad, cometidos fuera de las fronteras del propio Estado”.

²³ La exposición de motivos del *Código penal español vigente de 1995* así lo expresa.

²⁴ Con tal enfoque, MORENO CATENA, V.: “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *Sistemas penales europeos*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 15-16.

1998 con la Constitución española, o el Tribunal Constitucional sobre la competencia extraterritorial de nuestros órganos jurisdiccionales, en el segundo caso. Es cierto que referirse al *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004* como “Constitución europea” suponía una cierta operación de “marketing constitucional”²⁵ (ya frustrada y sustituida por el proceso de ratificaciones del *Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007*), o que la intervención del Consejo de Estado y, sobre todo, del Tribunal Constitucional, contribuyen a dar más “visibilidad constitucional” o a una mayor constitucionalización de los dos ámbitos reseñados.

Sin embargo, la circunstancia de que el Derecho constitucional contenga los epígrafes del resto de disciplinas jurídicas, no implica esa suerte de postura comedida, consistente en rehuir –no sé si con cierto complejo, podría argüirse de forma autocrítica– los aspectos constitucionales suscitados por la Unión Europea o por el enjuiciamiento de infracciones penales de trascendencia internacional. Si en Derecho internacional está más arraigada la costumbre como fuente normativa (al menos, en comparación con el estadio actual de nuestro Derecho constitucional), o en Derecho penal se cuenta con categorías dogmáticas fuertemente consolidadas²⁶, no por ello debe dejar de

²⁵ Término que hemos utilizado ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., y JIMENA QUESADA, L.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras su integración en el Tratado constitucional: asimetrías, inconsistencias y paradojas”, en VV.AA., *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica* 84, Ad Honorem-2, Colloquia-14, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

²⁶ Sobre el particular, ha comentado PUERTA LUIS, L.R.: “Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 24: “el fenómeno que comentamos tiene una vinculación evidente con el Derecho internacional y, por tanto, está sujeto en buena medida a los condicionamientos propios del mismo. De ahí que –en cuanto al Derecho penal internacional se refiere– la doctrina sufra las tensiones inherentes a los planteamientos propios de

acometerse cuestiones transversales (de manera paradigmática, los derechos humanos) desde las categorías propias del Derecho constitucional.

2. Las graves violaciones de los derechos humanos como desafío fundamental para el Estado constitucional actual

Enlazando con lo anterior, debe quedar sentado que tanto las claves de la Unión Europea como de la justicia penal

los penalistas y de los internacionalistas, vinculados estrechamente, los primeros, al principio de legalidad (*lex certa, previa et scripta*) y, los últimos, juntos a los convenios y tratados internacionales, al Derecho consuetudinario, a los usos y costumbres internacionales, con toda la problemática relacionada con su vigencia y posible efectividad real”. De manera más concreta respecto al Derecho penal, ha apuntado BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *El Derecho penal internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 202-203: “El poder soberano, en contra de lo que pensaba Bodino, es jurídicamente resistible dentro del Estado. Las fronteras del territorio ya no serán los únicos límites del poder que emerge de la soberanía. La pretensión de legitimidad reconoce también límites internos en el respeto de los derechos humanos y la comunidad internacional los garantiza mediante Tribunales supranacionales con jurisdicción en determinadas regiones. El ámbito del Derecho más afectado por esta nueva situación de los derechos humanos fue sin duda el Derecho penal. Es paradójico que así haya sido, dado que el Derecho penal había sido la expresión más pura de la soberanía. Más aún: es posible afirmar que la cuestión del *ius puniendi* constituía una parte esencial de la teoría del Estado clásica. La posibilidad de una intervención penal de la comunidad internacional en decisiones internas de un Estado que afectaran la paz internacional, de todos modos, ya había sido prevista en el art. 227 y ss. del Tratado de Versalles, que preveía un tribunal internacional integrado por USA, el Reino Unido, Francia y Japón que debía juzgar la culpabilidad del Kaiser alemán Wilhelm II por ‘supreme offence against international morality and sanctity of treaties’ [el proceso no tuvo lugar porque Holanda no concedió su extradición]. El art. 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones, por su parte, estableció un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el que se entendía que cabían las competencias penales. No obstante, el Proyecto que el barón Descamps propuso en 1920 al Comité de Juristas de la Sociedad de Naciones, en el que se establecía el anteproyecto del Estatuto del Tribunal permanente de Justicia Internacional, fue considerado prematuro por la Primera Asamblea de la Sociedad de Naciones”.

internacional son dos grandes retos del Derecho constitucional. Ambos entroncan a su vez con la dinámica del *Estado internacionalmente integrado*²⁷. Lo que sucede es que el fenómeno de la integración europea ha sido aprehendido con antelación e, incluso, con una cierta explosión de entusiasmo con ocasión del proceso de elaboración del Tratado constitucional de 2004 y del previo proceso de elaboración de la Carta de Niza de 2000: ello ha abocado a un incremento exponencial de las publicaciones de Derecho constitucional sobre la Unión Europea. Ese entusiasmo constitucionalista estaba tanto más justificado cuanto que los retos de la Unión Europea (tanto los cuatro lanzados por la Declaración sobre el futuro de Europa aneja al Tratado de Niza y por la Declaración de Laeken, como algún otro no explícitamente catalogado como tal reto²⁸) respondían lógicamente a otros tanto retos del Derecho constitucional español²⁹. La euforia europeísta en los círculos constitucionalistas parece haberse tomado un respiro, puesto que el reto consistente en reformular (tras los referendos negativos en Francia y Holanda) y revitalizar la “Constitución europea” ya no está vigente³⁰.

²⁷ TORRES DEL MORAL, A.: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Universidad Complutense, 2ª ed., 2004, pp. 111-112: es la expresión que utiliza en la lección 5ª (“El Estado internacionalmente integrado”, en donde se hace eco de desafíos nada despreciables de nuestra vida contemporánea, entre ellos, “*la mundialización de los derechos humanos, del crimen organizado y del terrorismo*”).

²⁸ Como es sabido, esos cuatro retos se referían, en sustancia a: la distribución de competencias entre Unión Europea y Estados miembros, el estatuto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, la participación de los Parlamentos nacionales en la construcción europea y la simplificación del Derecho de la Unión. Además, el sistema judicial de la Unión Europea plantea desafíos nada desdeñables en el ámbito interno.

²⁹ El estudio de esos retos constituye el contenido de la monografía de JIMENA QUESADA, L., y ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: *Fundamentos Constitucionales de la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006.

³⁰ Cfr. la *Declaración de Berlín*, resultado de la cumbre comunitaria celebrada en la capital alemana los días 24 y 25 de marzo de 2007 para conmemorar el quincuagésimo aniversario del Tratado de Roma, bajo la presidencia de turno de la

Con tal aproximación, en el contexto del fenómeno de la mundialización³¹, una de esas realidades y retos constitucionales, tan acuciante o más que el referente a la integración europea, radica en mejorar los mecanismos para la exigencia de responsabilidad por graves violaciones de derechos humanos: sin ser incompatibles ambos retos, más necesaria se revela esa última exigencia como parámetro de democraticidad a escala internacional que el manido desafío del déficit democrático de la Unión Europea; y más imperiosa se revela igualmente dicha exigencia que el reto del estatuto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en cuya elaboración prevaleció un esfuerzo de sistematización teórica sobre un enfoque netamente garantista³².

canciller alemana Angela Merkel. El texto refleja el problemático avance de la construcción europea ante el fracaso del proceso de ratificaciones del Tratado constitucional de 2004. La Declaración recoge compromisos de mínimos, para “renovar los fundamentos comunes”. Pese a no ser más que un texto de compromiso, ni siquiera así se ha conseguido que sea firmada por los 27 jefes de Estado o Gobierno de la Unión Europea, habiéndolo hecho la presidencia de turno, la canciller germana Angela Merkel, el presidente de la Comisión José Manuel Durao Barroso, y el presidente del Parlamento Europeo Hans-Gert Pöttering, en nombre de todos los presentes.

³¹ Véase DE VEGA GARCÍA, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, 1998.

³² La no previsión de mecanismos autónomos de tutela (por ejemplo, una especie de recurso de amparo ante el Tribunal de Justicia comunitario), así como la no obligatoriedad de la Carta de Niza como consecuencia del proceso de ratificaciones de la Constitución Europea, han pretendido ser superadas en parte con la nueva *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* [creada mediante el *Reglamento (CE) N° 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007*]. Por otra parte, la Carta de Niza ha sido asumida como un elemento transversal para el desarrollo del conjunto de actividades de la Unión, especialmente las legislativas, como se desprende del *Report on compliance with the Charter of Fundamental Rights in the Commission's legislative proposals: methodology for systematic and rigorous monitoring* [Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Rapporteur: Johannes Voggenhuber, European Parliament, 12.2.2007 (Session document, FINAL A6-0034/2007)]. Veremos lo que nos depara el *Tratado de Lisboa de 2007* en lo que atañe al alcance de la Carta

Como se decía, la intervención de órganos constitucionales españoles (como el Consejo de Estado o el Tribunal Constitucional) sobre aspectos atinentes a graves violaciones de los derechos humanos, no los constitucionaliza automática y necesariamente, aunque sin duda ello contribuya a semejante constitucionalización. Pero es que, en este caso, esas intervenciones suministran indicios más que suficientes para que nos detengamos en la relevancia constitucional de las cuestiones planteadas. Así, el *Dictamen plenario del Consejo de Estado español, de 22 de julio de 1999*, por lo pronto, permitió constatar que el artículo 93 de la Constitución española, aunque concebido prácticamente *ad hoc* para facilitar nuestra integración europea, sirve asimismo de base habilitante para transferir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a otras organizaciones supranacionales, en ámbitos de indudable repercusión para el derecho a la tutela judicial efectiva (efecto de cosa juzgada, régimen de responsabilidad penal de algunos altos cargos públicos, etc.); por no hablar de la previa aceptación de la jurisdicción de los Tribunales *ad hoc* para exYugoslavia y Ruanda, y su problemática constitucional (en términos de juez predeterminado por la ley, etc.). Por su lado, la *STC 237/2005, de 26 de septiembre* ofrecía una delimitación constitucional de la competencia extraterritorial o universal de los órganos judiciales nacionales en materia de graves violaciones de derechos humanos. Por lo demás, la intervención de los dos mencionados órganos constitucionales resulta tanto más interesante cuanto que otros aspectos de incidencia supranacional penal (especialmente derivados de la cooperación judicial penal en el seno de la Unión Europea) han pasado casi desapercibidos para el intérprete constitucional (verbigracia, aspectos acordados en el marco del “espacio Schengen”), o han merecido una atención constitucional retardada (como la “euroorden”).

de Niza, que queda integrada a través de aquél en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

Como complemento de lo anterior, debe advertirse que la cuestión reviste una indudable actualidad, bastando para comprobarlo una breve referencia a los años 2006 y 2007. Así, a principios de año, en enero de 2006, y por referencia a España, tuvo gran repercusión social, política y diplomática el reconocimiento por parte de la Audiencia Nacional de su competencia para instruir la causa por graves violaciones de derechos humanos perpetradas por el régimen chino en la región del Tíbet³³; la apertura de la vista oral para el segundo caso de enjuiciamiento de militares argentinos ante la Audiencia Nacional, posteriormente remitido por la justicia española a la justicia argentina³⁴; o la entrega por parte de las autoridades españolas de un militar croata a la Corte Penal Internacional³⁵.

³³ El *Auto de 10 de enero de 2006 de la Sección Cuarta de lo Penal de la Audiencia Nacional* admitió a trámite la querrela interpuesta por diversas organizaciones (entre ellas, el Comité de Apoyo al Tíbet), contra el ex presidente chino Jiang Zemin y otros seis dirigentes de este país. En el auto se afirmaba: “de la querrela presentada junto con la importante documentación acompañada, se desprende no sólo que los hechos denunciados presentan caracteres de un delito de genocidio que deben ser investigados por la jurisdicción española, sino la competencia de este órgano judicial para admitir y tramitar la querrela en su día denegada, atendiendo a los postulados y principios establecidos en la STC de 26 de septiembre de 2005”. El *6 de junio de 2006*, el *Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* ordenó (por diez votos contra cinco) investigar un nuevo caso de torturas y genocidio en China, anulando la decisión previa de la Audiencia Nacional en la que ésta había rechazado la querrela presentada por el movimiento Falung Gong.

³⁴ Se trata de otro de los militares responsables de graves violaciones de los derechos humanos en la dictadura Argentina (Ricardo Cavalho), que fue extraditado a España por Méjico en 2003, se inició en enero de 2006. *Mediante Auto de 20 de diciembre de 2006*, la Audiencia Nacional resolvió no continuar con el procedimiento seguido contra Cavalho al considerar que España no tenía jurisdicción en el caso, y que aquél debía ser juzgado en Argentina, donde se cometieron los crímenes, pese a que a ese país no había demandado su extradición. A continuación, el 29 de enero de 2007 la Audiencia Nacional ordenó la puesta en libertad de Cavalho por entender que la “pérdida de jurisdicción por parte del Reino de España (...) debería determinar consecuentemente la inmediata libertad del encausado ya sometido a persecución por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal número 12 de Buenos Aires”; sin embargo, unas horas más

Y a lo largo del año 2006 se sucedieron otros episodios del género en otros países, y de los que se han hecho eco asimismo los medios de comunicación social: la desprogramación en Francia por la *Comédie-Française* a principios de mayo de 2006 de una obra de teatro del escritor austríaco Peter Handke por “sus posiciones pro-serbias” al acudir a las exequias del ex presidente serbio Slobodan Milosevic el 28 de marzo de 2006³⁶; el debate sobre el bloqueo a Serbia en su camino hacia la integración en la Unión Europea por no colaborar en la captura de un jefe de las milicias serbias acusado de genocidio en Bosnia³⁷; la condena en Estados Unidos al único imputado por los atentados del 11 de septiembre de 2001 detenido en dicho país, o la queja de Estados Unidos respecto a decisiones de la justicia italiana en materia de terrorismo internacional³⁸; la

tarde (el 30 de enero de 2007), la propia Audiencia Nacional española decidió encarcelarlo mientras se decide sobre su entrega a Argentina, que le reclama por delitos de lesa humanidad (su puesta en libertad el día anterior se había decretado al no haber llegado a la Audiencia Nacional su expediente de extradición en los cuarenta días preceptivos). El 2 de febrero de 2007 el Consejo de Ministros acordó continuar la tramitación en vía judicial de la solicitud de extradición de Cavalho por parte de las autoridades de Argentina, a expensas de que el Tribunal Supremo español confirme la decisión anteriormente tomada por la Audiencia Nacional y condicionada, al tratarse de una re-extradición, al consentimiento de las respectivas autoridades mexicanas, ya que el ex militar argentino se encuentra en España, como se dijo, en virtud del acuerdo alcanzado con México.

³⁵ El 8 de diciembre de 2005 fue trasladado, desde España (tras ser detenido en Tenerife) a la Haya, el ex general croata Ante Gotovina para ser conducido ante el Tribunal Penal Internacional, en donde deberá responder por diversos crímenes previstos en el Estatuto de Roma.

³⁶ SALINO, B.: “Elfriede Jelinek défend Hanke”, diario *Le Monde*, jeudi 4 mai 2006, p. 29. Del mismo día, el artículo “Handke écarté pour cause d’enterrement”, diario *Libération*, p. 6.

³⁷ Puede leerse el artículo “La Ue blocca la Serbia. Doveva arrestare Mladic”, diario *Corriere della Sera*, giovedì 4 maggio 2006, p. 12.

³⁸ En el mismo diario italiano, y en la misma fecha, en la p. 11 pueden leerse estos otros dos artículos: “Moussaoui non sarà condannato a morte. La Giuria ha deciso: ergastolo all’unico imputato per gli attacchi dell’11 settembre”, y “Dagli Usa attacco alla Forleo: ‘Ha ostacolato la lotta al terrorismo’. (...) accusa il giudice di Milano per il rilascio di tre sospetti”.

intensificación de los esfuerzos normativos internacionales para luchar contra la impunidad por crímenes contra la humanidad³⁹; el ya largo conflicto palestino-israelí con episodios como el bombardeo de la oficina del primer ministro palestino Ismaël Haniyec por el ejército israelí como represalia por el secuestro el 25 de junio de 2006 de un soldado israelí por un comando palestino (que llevó a unos y a otros a invocar a su favor el Derecho internacional humanitario)⁴⁰; el recrudecimiento del conflicto interno en Somalia con nuevas crisis humanitarias (o con la intervención militar de Etiopía en diciembre de 2006) que van acompañadas del triste sello de la globalización⁴¹; o la creación el 3 de julio de 2006 del tribunal mixto (camboyano e internacional) encargado de juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos entre 1975 y 1979 por el régimen represor de los jemereros rojos⁴²; todo ello sin olvidar episodios del género que cerraron el año 2006, como la muerte de Pinochet el 10 de diciembre, o la ejecución de Sadam Hussein y los atentados terroristas en la T-4 del aeropuerto de Barajas el 30 de diciembre de 2006.

³⁹ Véase el artículo “Disparitions forcées: l’Onu met fin à l’impunité des États. Le nouveau traité international instaure un concept inédit: le ‘droit à la vérité’ pour les proches de personnes disparues”, diario *Le Figaro*, lundi 3 juillet 2006, p. 5.

⁴⁰ Una breve aproximación a ese polémico contexto en el artículo de SÁNCHEZ PATRÓN, J.M. “Hizbolá, Israel y el derecho a la legítima defensa”, diario *Levante-El Mercantil valenciano*, 27 de junio de 2006, p. 4.

⁴¹ Véase uno de los editoriales del diario *El País*, del lunes 15 de mayo de 2006, titulado “Ensangrentada Somalia”, p. 16.

⁴² Léase el artículo de DERON, F.: “Les trentes juges du procès des Khmers rouges prêtent serment à Phnom Penh”, diario *Le Monde*, jeudi 4 mai 2006, p. 5: “Los acusados –entre los que no figura el jefe jemer rojo, Pol Pot, muerto en 1998 tras un ajuste de cuentas entre antiguos camaradas– serán juzgados por genocidio y crímenes contra la humanidad que causaron la muerte de casi 2 millones de camboyanos (un tercio de la población del país) en el marco de un reino de terror que devino realmente uno de los dramas emblemáticos de las violencias de Estado del siglo XX”.

El último ejemplo mencionado de tribunal híbrido nacional-internacional en Camboya pone de manifiesto nuevamente la internacionalización del Derecho constitucional o la constitucionalización del Derecho internacional cuando se trata de juzgar las graves violaciones de los derechos humanos. Así, este ejemplo, cuyo modelo ha sido ensayado en otros supuestos como el de Sierra Leona⁴³ o fue objeto de debate asimismo como posible mecanismo para juzgar a Sadam Hussein⁴⁴, evoca una solución judicial controvertida⁴⁵ que se sitúa a caballo entre los tribunales internacionales penales y la acción universal de los tribunales nacionales penales (cuya creación y funcionamiento suscitan, respectivamente, problemas de legalidad internacional –

⁴³ Para conocer la caracterización y la tarea que está llevando a cabo el Tribunal de Sierra Leona, puede accederse a su sitio web: www.sc-sl.org/.

⁴⁴ Como es conocido, Sadam Husein fue condenado a la pena capital (y ejecutado en la horca el 30 de diciembre de 2006) por un tribunal interno internacionalmente tutelado cuya composición y funcionamiento han sido fuertemente criticados desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, además de las críticas por la aplicación de la pena de muerte: al respecto, ha señalado SAHAGÚN, F.: “Una ejecución ilegal e inútil”, diario *El Mundo*, domingo 31 de diciembre de 2006, p. 2: “Ni el estatuto del tribunal ni las condiciones del proceso garantizaban un juicio limpio y justo. El primer juez del caso dimitió por presiones del Gobierno y tres de los abogados de Sadam y de los otros siete acusados fueron asesinados. El proceso ha estado politizado de principio a fin y en Derecho internacional nada contamina más un juicio que la injerencia política. Con ello quedan ensombrecidos los dos elementos más positivos de este juicio: el fin definitivo de la inmunidad de los jefes de Estado y la ausencia de límites en los juicios de crímenes de guerra o contra la Humanidad”.

⁴⁵ De nuevo, DERON, F.: “Les trentes juges du procès des Khmers rouges...”, ya cit., p. 5: la creación de este tribunal responde a “un ejercicio de justicia controvertida, más de un cuarto de siglo después de los hechos. (...) Diecisiete jueces camboyanos y trece jueces extranjeros nombrados por las Naciones Unidas forman este tribunal no previsto normativamente, híbrido de justicia nacional e internacional. (...) La mayoría de los camboyanos son ambivalentes en cuanto a la oportunidad del proceso. Muchos familiares de víctimas desean ver castigados a los culpables, pero otros muchos también temen que la reapertura de las yagas conlleve el planteamiento de cuestiones sobre las responsabilidades colectivas en la demencia de la época, inicialmente inspirada en el comunismo campesino de Mao Zedong”.

sobre todo, los tribunales internacionales *ad hoc*– y de legitimidad constitucional⁴⁶).

En lo que concierne al año 2007, en los primeros meses tampoco estuvieron ausentes ejemplos relacionados con graves violaciones de derechos humanos, como la publicación de la *Sentencia de 26 de febrero de 2007 del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya* sobre la posible responsabilidad de Serbia en el genocidio perpetrado en Bosnia-Herzegovina (masacre de 1995 en Srebrenica), o la *Resolución del Parlamento Europeo de 14 de febrero de 2007 condenando los vuelos secretos de la CIA en Europa con destino a Guantánamo*. Y los últimos meses de 2007 estuvieron marcados, en el extranjero, por la *decisión de la Corte Suprema de Chile de dar luz verde a la extradición hacia Perú del ex Presidente peruano Fujimori* (acusado de una decena de casos de corrupción y de graves violaciones de derechos humanos en el caso “La Cantuca” y en el caso “Barrios Altos-Sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejército”) en septiembre de 2007; y, en España, por un intenso recuerdo a las víctimas de los atentados terroristas islamistas del 11-M en Madrid con motivo de la celebración de la vista oral del juicio y de la *Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional hecha pública el 31 de octubre de 2007*, así como por el emotivo homenaje a dos jóvenes guardias civiles españoles (R. Centeno y F. Trapero) asesinados por la banda terrorista ETA en territorio francés el día 1 de diciembre de 2007.

⁴⁶ Como ha subrayado VANDERMEERSCH, D.: “Violations graves des droits de l’homme (crimes internationaux) et compétence pénale universelle”, en *Protection internationale des droits de l’homme et droits des victimes/International protection of human rights and victim’s rights*, Strasbourg, Institut International des Droits de l’Homme, juillet 2006, p. 177: “la competencia universal puede igualmente revestir un carácter facultativo o incluso voluntario, cuando la ley interna de un Estado establece una competencia que excede las competencias obligatorias previstas por las convenciones internacionales ratificadas por ese Estado. Esta situación plantea a la vez la cuestión de la legitimidad y de la oportunidad de semejante extensión de competencia”.

Al hilo de estas consideraciones, la presente investigación persigue suscitar preguntas y ofrecer críticas constructivas o respuestas al tratamiento que puede brindar el ordenamiento constitucional español respecto a los peores atentados contra la dignidad humana con trascendencia internacional. Para ello, se parte en el capítulo primero de una elaboración propia u original de la noción de grave violación de los derechos humanos, que pretende completarse en los capítulos sucesivos por un desarrollo lógico del examen constitucional de las diversas fases de exigencia de responsabilidad por esas graves violaciones (la investigación e instrucción en el capítulo segundo, el enjuiciamiento en el capítulo tercero, y el castigo de los responsables y el desagravio de las víctimas en el capítulo cuarto); y se pone cierre al trabajo con un capítulo de conclusiones que constituye un compromiso metodológico y personal en clave de militancia democrática que apuesta por la profundización en un ordenamiento constitucional español más justo y sensible al reto de la lucha contra la impunidad⁴⁷.

⁴⁷ La impunidad se ha definido como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”: *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías (E/CN.4/Sub.2/1997/20. 26 de junio de 1997).*

**CAPÍTULO PRIMERO.
TOMA DE POSTURA:
TIPIFICACIÓN DE LAS VIOLACIONES GRAVES
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

I. LAS VIOLACIONES TIPIFICADAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Con carácter preliminar procede observar que, si partimos del principio de indivisibilidad e igual importancia de todos los derechos humanos, parecería incoherente establecer grados de gravedad en cuanto a su violación, lo que aparentemente equivaldría asimismo a introducir una graduación entre las diversas categorías de derechos, en contradicción con el mencionado principio. Expresado lo cual, considero que la noción de violación grave de los derechos humanos atiende, especialmente:

- De un lado, a las situaciones previstas por el Derecho internacional humanitario y penal y que repelen a la conciencia universal, lo que se aborda en el presente apartado I.

- Y, de otro lado, a los supuestos previstos por el Derecho interno penal, tanto la interiorización de las infracciones previstas por el Derecho internacional humanitario y penal (apartado II, *infra*), como los tipos penales referentes a infracciones que socavan los fundamentos del orden constitucional democrático del país afectado directamente y, como consecuencia, la paz y la estabilidad democrática del orden internacional (apartado III, *infra*).

- Pero, además, cabe precisar: por una parte, que al afrontar las graves violaciones son objeto de atención prioritaria los derechos a la vida y a la integridad; por otra parte, que no necesariamente ha de tratarse de violaciones masivas, sino que entrarían en la categoría de violaciones graves las perpetradas de

manera reiterada y persistente (o con visos de repetición y perpetuidad si no se les pone fin a tiempo); y, por añadidura, que ni siquiera su castigo suele concluir con una restitución íntegra o un desagravio total para las víctimas (apartado IV, *infra*).

Adentrémonos, pues, en el primer tipo de violaciones graves. No resulta discutible la catalogación de violación grave por referencia a las *situaciones de violencia previstas por el Derecho internacional*⁴⁸: concretamente, para el *Derecho humanitario*, esas situaciones comprenden los *conflictos armados con carácter internacional* y los *conflictos armados internos* (artículos 2 común y 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949). Por otro lado, las *situaciones de disturbios interiores* y las *tensiones internas* las menciona, para excluirlas de su aplicación, el Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra, que completa el artículo 3 común. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 18 de julio de 1998, retoma la delimitación de estas situaciones en su artículo 8.f), cuando establece que esta disposición “*se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente no se aplica a las situaciones de disturbios internos y tensiones internas*”. Sobre estas dos últimas situaciones (y presupuesto que los conflictos armados quedan mejor perfilados), cabe advertir que el artículo 1.2 del Protocolo II de 1977 se refiere a ellas conjuntamente, extendiéndolas a supuestos “*tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros análogos*”.

De todos modos, pese a esa exclusión, las organizaciones internacionales no dan realmente la espalda a los disturbios

⁴⁸ Una exhaustiva perspectiva general –que me ha ofrecido un soporte fundamental para elaborar mi postura sobre la noción de violaciones graves de derechos humanos– en la obra de SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: *Las Organizaciones Internacionales ante las Violaciones de los Derechos Humanos*, Oviedo, Septem Ediciones, 2004.

internos y las tensiones internas⁴⁹. La indeterminación respecto al alcance de ambas situaciones persiste, por lo que debe acudir a otras fuentes. Así, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda llegó a la conclusión de que “*un conflicto armado se distingue de los disturbios interiores por la intensidad del conflicto y por el grado de organización de las partes en presencia*”⁵⁰. Por su lado, el Comité Internacional de la Cruz Roja, ya en 1971 catalogó los *disturbios interiores* como aquellos en los que “*sin que haya un conflicto armado no internacional propiamente dicho, hay, dentro de un Estado, un enfrentamiento que presente cierta gravedad o duración e implique actos de violencia*”, y “*las autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales e incluso a las fuerzas armadas para restablecer el orden, ocasionando con ello muchas víctimas y haciendo necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias*” (piénsese en los disturbios que acabaron con el régimen dictatorial de Ceaucescu en Rumania en 1989, o los que tuvieron lugar en los alrededores del Parlamento ruso en 1993⁵¹).

En cuanto a las *tensiones internas*, como situación de menor intensidad que los disturbios interiores, tampoco pueden ser consideradas como situación de normalidad constitucional:

⁴⁹ Como ha estudiado J.M. SÁNCHEZ PATRÓN (*Las organizaciones internacionales ante las violaciones de los derechos humanos*, ya cit., p. 62), “el Estado afectado por una situación de disturbios internos o tensiones internas dentro de su territorio suele apelar a su *domaine réservé*. Sin embargo, resulta cada vez más unánime la opinión que pone de manifiesto el Comité de Altos Funcionarios de la CSCE, según la cual ‘(...) las cuestiones relativas a derechos humanos, libertades fundamentales, minorías nacionales, democracia y Estado de Derecho no son exclusivamente asuntos internos del Estado de que se trate (...)’. La mera existencia de una norma internacional –ya sea convencional o consuetudinaria– que garantice los derechos humanos, o alguno de ellos, sitúa su hipotética violación fuera de la exclusiva jurisdicción estatal, y por consiguiente lejos de poder considerarse como una intervención ‘ilícita’ en los asuntos internos de los Estados”.

⁵⁰ Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Sala de 1ª instancia), *sentencia dictada el 27 de enero de 2000 en el caso “Musema”*, as. TPIR-96-13-T, párr. 256.

⁵¹ CICR, *Informe de actividad*, 1995, p. 209.

así, en la misma aproximación de 1971, el Comité de la Cruz Roja caracterizó las tensiones internas “*por el hecho de que las autoridades gubernamentales mantienen el control de los acontecimientos y proceden al internamiento masivo de personas consideradas peligrosas a su seguridad*”, con medidas como “*los arrestos en masa, el elevado número de detenciones políticas, probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de garantías judiciales fundamentales, o alegaciones de desapariciones*” (así se han catalogado, verbigracia, los hechos acaecidos en el Reino Unido en 1981)⁵².

Por su parte, los delitos concretos (*Derecho internacional penal*) por los que se fija la competencia material de la Corte en el Estatuto de Roma de 1998 son los crímenes considerados más graves y de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, entendiendo por tales *el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión*⁵³. Del mismo modo que se ha precisado una delimitación de las situaciones anteriormente mencionadas (sobre todo, disturbios internos y tensiones internas) en el marco del Derecho humanitario, en el Estatuto de Roma se previó la posterior redacción de un instrumento denominado *Elementos de los Crímenes*, destinado a delimitar mejor el contenido de esas cuatro figuras delictivas, especialmente la del crimen de agresión, en donde la competencia de la Corte quedó diferida hasta que, al menos siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, una Conferencia de Revisión adoptara por mayoría cualificada una disposición

⁵² CICR, Conferencia de Expertos Gubernamentales sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable a los Conflictos Armados, Ginebra, 24 de mayo-12 de junio de 1971, vol. V: *Protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales*, Ginebra, 1971, p. 79.

⁵³ El artículo 5.1 del Estatuto dispone: “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, mencionando a renglón seguido esos cuatro crímenes.

que defina dicho delito y regule las modalidades del ejercicio de la competencia de la Corte respecto de él⁵⁴.

Dejando, pues, al margen el crimen de agresión y teniendo presente al respecto que el Preámbulo del Estatuto de Roma reafirma la compatibilidad de la acción de la Corte Penal Internacional con el principio *soberano* de no injerencia en los asuntos internos⁵⁵, el propio Estatuto ya introduce una definición detallada y bastante casuística –sin perjuicio del carácter más pormenorizado con proyección hermenéutica de los *Elementos de los crímenes*–.

Así, de manera precisa, el artículo 6 tipifica el ***crimen de genocidio*** en los siguientes términos: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b)

⁵⁴ Sobre la distinción entre crímenes de guerra y contra la humanidad, puede leerse el trabajo de SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, pp. 53-86; así como, en lo que concierne al delito internacional “clásico”, ALÍ PLANA, M.: “Los Tribunales Militares de Nüremberg y Tokio y la tipificación del genocidio como delito internacional”, www.derechomilitar.info/artidoc/TPNurembergTokio/PDF. Con un enfoque más amplio, CARDONA LLORENS, J.: “La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional (El ‘Crimen internacional’)”, *Anuario de Derecho internacional*, nº 8, 1985.

⁵⁵ Las claves del principio de no injerencia en los asuntos internos, como ha recordado J.M. SÁNCHEZ PATRÓN (*Crónica del Derecho internacional*, Valencia, Repro-Expres, 2006, p. 65), ya fueron despejadas por el *Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 1986*, recaída en el *asunto Nicaragua contra Estados Unidos*, en donde “identificó cuáles eran las condiciones que debían reunirse para determinar que el principio de no intervención había sido conculcado en un caso concreto. Así, la jurisdicción internacional señaló dos condiciones: la primera, requería que se afectase un asunto interno del país intervenido y, la segunda, exigía que la interferencia estuviese acompañada de un cierto grado de compulsión”.

Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

A continuación el artículo 7 define el **crimen de lesa humanidad**, incluyendo “*cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (apartado 1), detallando a renglón seguido en el apartado 2 algunas conductas anteriormente mencionadas.*

El artículo 8 del Estatuto se ocupa del **crimen de guerra** introduciendo un minucioso elenco de conductas en un esfuerzo nada despreciable de seguridad jurídica y tipicidad. De tal modo que en el apartado 1 atribuye competencia a la Corte Penal Internacional respecto de los crímenes de guerra “*en particular*

cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Prosigue el apartado 2 especificando qué se entiende por crímenes de guerra, lo que reconduce: a) A las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 dirigidas contra personas o bienes protegidos. b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho internacional. c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, entendiéndose por tales una serie de actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa. d) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, y que también son detalladas.

Finalmente, como se decía, el cuarto delito internacional penal previsto por el Estatuto de Roma constituye uno de los puntos oscuros de éste, pues la aplicación del *crimen de agresión* queda diferida para buscar una definición, aunque ya se cuentan con antecedentes de los que se desprende que se trata de un “delito ordenado” que excluye a los participantes no influyentes en la política de llevarlo a cabo (por ejemplo, soldados que ejecuten órdenes –que lógicamente, incurrirán en otro delito internacional), planteando la problemática del “acto colectivo” ordenado por un Estado⁵⁶. Se vislumbra, además, la posibilidad

⁵⁶ Como antecedente de la definición del crimen de agresión suele citarse la *Resolución 3314 (XXIX) A.G. de 14 de diciembre de 1974*. Entre las propuestas de definición se tienen en cuenta elementos como el uso de la fuerza armada (ataque armado), la ocupación militar y la anexión de un territorio (plantea el problema de la legítima defensa y de las escaramuzas transfronterizas), la medida en que se ordena o participa activamente en el acto de agresión (planificación, preparación, iniciación, ejecución) para controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de otro Estado.

de condicionar un acuerdo sobre el crimen de agresión a la introducción de la autorización previa del Consejo de Seguridad (artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas), con lo cual los miembros permanentes podrán utilizar el derecho de veto y hacer inoperante la aplicación de dicho delito. Además de este punto oscuro, entre las sombras del Estatuto de Roma se han señalado otras “cláusulas abusivas” tendentes a favorecer la impunidad⁵⁷. Y, por supuesto, se ha criticado que el Estatuto haga borrón y cuenta nueva respecto a crímenes cometidos antes de su entrada en vigor (1 de julio de 2002) y que se excluyan otros delitos⁵⁸.

II. LAS VIOLACIONES PREVISTAS POR EL DERECHO NACIONAL PENAL CON REPERCUSIÓN TRANSNACIONAL

1. Derecho penal internacional en sentido estricto

Con carácter preliminar, debe tenerse presente que las jurisdicciones internacionales penales se establecen de manera

⁵⁷ Así, el artículo 16 (suspensión de la investigación o el enjuiciamiento iniciados por la Corte Penal si el Consejo de Seguridad se acoge al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas –por tanto, puede decirse que el Consejo de Seguridad tiene la llave de la Corte Penal Internacional), el artículo 53.1.c (impunidad fundada en el “interés de la justicia”, como manifestación desproporcionada del principio de oportunidad –un ejemplo criticado, *mutatis mutandis*, fue la decisión tomada en junio de 2000 por la Fiscal del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia de no iniciar investigación por los crímenes cometidos por la OTAN en la antigua Yugoslavia), el artículo 98 (acuerdos de impunidad) y el artículo 124 (cláusula de exclusión de la aplicación del crimen de guerra durante siete años). Una aproximación crítica a esas cláusulas abusivas en SALVIOLI, F.O.: “¿La justicia que viene? Un análisis de la Conferencia de las Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional”, *Ágora* (revista de ciencias sociales), nº 2, ed. CEPS, Valencia, 1999.

⁵⁸ A título de ejemplo, pese al elenco detallado del artículo 7 del Estatuto de Roma, se ha hecho notar la omisión de determinados actos que podrían constituir crímenes contra la humanidad, como la utilización de menores en la prostitución y en la pornografía; las adopciones ilegales internacionales; el tráfico de órganos humanos (particularmente de niños); los crímenes ecológicos; el tráfico de estupefacientes; la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera; la intervención extranjera; el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, y los crímenes económicos (violaciones graves y masivas de derechos económicos sociales y culturales).

concurrente y complementaria –en una debida acción de sinergia– respecto a las jurisdicciones nacionales penales⁵⁹, para evitar la impunidad⁶⁰. Esa concurrencia y complementariedad, en efecto, guió el establecimiento de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y ha inspirado asimismo la creación de la Corte Penal Internacional. Ahora bien, se ha advertido que esta concurrencia se articula de modo diferente según la jurisdicción internacional de la que hablemos⁶¹, pues mientras los dos Tribunales *ad hoc* mencionados ejercen su jurisdicción de manera preferente respecto de las jurisdicciones nacionales⁶², el ejercicio de la

⁵⁹ Sobre el principio de complementariedad, puede leerse ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de ‘ingeniería jurisdiccional’?”, en *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional* (coord. por J.A. CARRILLO SALCEDO), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 283-434; LATTANZI, F.: “The complementarity character of the jurisdiction of the Court with respect to national jurisdictions”, en *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Napoli, Scientifica, 1998, pp. 1-18; NTANDA NSEREKO, D.D.: “Article 18. Preliminary rulings regarding admissibility”, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-observers notes article by article* (coord. por O. TRIFFTERER), Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 395-404; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: “Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: Condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales”, en *Creación de una jurisdicción penal internacional* (coord. por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), Madrid, Colección Escuela Diplomática, nº 4, 2000, pp. 165-190.

⁶⁰ En estos términos lo afirma el Preámbulo del Estatuto de Roma: “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

⁶¹ Así lo aclara SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “La relación entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales: las dimensiones sustantiva y procesal del principio de complementariedad”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 10, abril 2004, p. 80.

⁶² Respectivamente, *S/RES/827 (1993) de 25 de mayo de 1993* (artículo 9.2) y *S/RES/955 (1994) de 8 de noviembre de 1994* (artículo 8.2).

jurisdicción por parte de la Corte Penal Internacional es subsidiario en relación con las jurisdicciones nacionales⁶³.

Claro que, esa complementariedad o concurrencia no está exenta de problemas de relevancia constitucional, a saber –y por lo que respecta al caso español–: ¿podrían los tribunales penales españoles juzgar por alguno de los cuatro crímenes internacionales para los que tiene competencia la Corte Penal Internacional sin que éstos estuvieran tipificados o recogidos en una ley española, aun estándolo en normas internacionales ratificadas por España; o, del mismo modo, podrían las autoridades judiciales españolas competentes en dicho supuesto extraditar a una persona perseguida en otros países por esa clase de crímenes?

La cuestión no es baladí y tiene mucho que ver con este diabólico juego concurrente o complementario de palabras: *Derecho internacional penal* y *Derecho penal internacional*. El caso es que España ha recogido expresamente –¿por si acaso?– esos crímenes internacionales en el *Código Penal Español* (*Ley*

⁶³ El *Estatuto de la Corte Penal Internacional* dispone al respecto en su artículo 1 que el ejercicio de su jurisdicción por parte de ella “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. En idéntico sentido, el Consejo de Estado español (*Dictamen de 22 de julio de 1999*, párrafo IV.A) declaró que “la complementariedad de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones penales nacionales (...) se traduce en el carácter extraordinario de la intervención de dicho órgano, sólo en defecto del ejercicio debido y efectivo de su jurisdicción por los Estados Partes”. En el *Dictamen del Consejo de Estado (en pleno) de 12 de junio de 2003, sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional* se subrayaba que “la Corte responde al principio de complementariedad con las jurisdicciones nacionales de los Estados Parte, de modo que intervendrá en los casos en que aquéllas no ejerzan su competencia o no estén en condiciones de hacerlo. Surge con ello una diferencia esencial con los previos Tribunales penales internacionales -como son los creados en relación con la ex-Yugoslavia y Ruanda-, que ocupaban una posición de primacía o supremacía respecto de las jurisdicciones nacionales de los Estados Parte. En todo caso, interesa notar que es a la propia Corte a quien corresponde apreciar si un Estado Parte no va a ejercitar su jurisdicción o no está en condiciones de hacerlo”.

Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tras la modificación introducida mediante Ley Orgánica 15/2003). Así lo hace al tipificar los “delitos contra la comunidad internacional” en el título XXIV del Libro II (“Delitos y sus penas”): en particular, dentro de ese título XXIV, el capítulo I lleva por rúbrica “delitos contra el derecho de gentes” (artículos 605 y 606), el capítulo II “delitos de genocidio” (artículo 607), el capítulo II bis) “de los delitos de lesa humanidad” (artículo 607 bis), el capítulo III “de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” (artículos 608 a 614 bis) y el capítulo IV “disposiciones comunes” (artículos 615 a 616 bis).

Dicho lo cual, ¿qué podía suceder antes de dicha tipificación internacional? Para empezar, es cierto que las propias normas internacionales que tipifican estos crímenes han venido haciendo una llamada a la colaboración de la legislación nacional⁶⁴, lo cual no quiere decir que esas normas no se consideren *self-executing* una vez incorporadas al ordenamiento interno. Ahora bien, a la luz de las exigencias del principio de seguridad jurídica, tanto más acentuadas en materia penal, en la doctrina española se mantuvo, con anterioridad a la introducción en el Código Penal de esas figuras delictivas internacionales que “esta ausencia de crímenes contra la humanidad en nuestra legislación interna es una laguna de punición importante, y lo seguirá siendo incluso si en el futuro el Estatuto de Roma llega a entrar en vigor y se convierte en parte de nuestro ordenamiento interno. En lo que a la situación actual se refiere la laguna de punición es, en efecto, muy significativa, pues, al no existir ningún instrumento jurídico internacional con eficacia vinculante –ni siquiera por la vía de los principios o costumbre internacional– que describa estos crímenes contra la humanidad y prevea las penas correspondientes, nuestros tribunales no pueden juzgar a sus responsables, tanto si cometen estos delitos en

⁶⁴ Así lo hace el propio Estatuto de Roma en su artículo 80 (*El Estatuto, la aplicación de las penas por los países y la legislación nacional*).

España, como si lo hacen fuera de nuestro ámbito de soberanía, ya que no puede fundamentarse la jurisdicción de nuestros tribunales en ninguno de los supuestos previstos en el art. 23 –ni siquiera el art. 23.4g)– de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta laguna de punibilidad significa asimismo, que no es posible, tampoco, que España conceda la extradición de personas perseguidas en otros países por esta clase de crímenes –salvo de quienes están bajo la jurisdicción de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda–, por impedirlo el principio de doble incriminación, vigente no sólo en nuestra Ley de Extradición Pasiva (art. 2), sino también en el Convenio Europeo de Extradición (art. 2) y en la generalidad de los tratados bilaterales, aunque en muchos no se especifique expresamente”⁶⁵.

Y, para completar las dudas de constitucionalidad, se agrega que “el tema de las penas a imponer es muy esclarecedor, porque, a la vista de que las previstas en el Estatuto de Roma son incompatibles con nuestra Constitución y con nuestro sistema de marcos penales y reglas de aplicación, no sería conforme al principio de legalidad de las penas (art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre) que, a falta de una tipificación expresa de estos delitos y de sus penas en el Derecho nacional, nuestros tribunales fundamentaran la responsabilidad en las normas del Estatuto de Roma que describen los crímenes contra la humanidad, pero no aplicaran las penas allí previstas, sino otras diferentes no previstas en ley alguna”⁶⁶. De tal suerte, se entiende que “son inconstitucionales la ‘reclusión a perpetuidad’ (su cumplimiento en España está expresamente

⁶⁵ GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M.: “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *El Derecho penal internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 16-17; de lo cual extraer el citado autor la consecuencia siguiente: “en suma, pues, la situación legal actual convierte nuestro país en un remanso más en el que pueden refugiarse estos criminales frente a las persecuciones penales que no estén bajo la jurisdicción de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda”.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 18-19.

excluido en el instrumento de nuestra ratificación) y, por su indeterminación, la ‘reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta’ (art. 77). El enjuiciamiento de estos crímenes por nuestros tribunales padecería en estas condiciones de serios inconvenientes materiales y procesales, además de constitucionales”⁶⁷.

En esencia, comparto la argumentación en torno a los problemas planteados por un eventual vacío normativo interno, tanto más cuanto que el propio artículo 80 del Estatuto de Roma revela esas dificultades de ausencia de tipificación penal nacional. Y, en el mismo sentido, en la doctrina extranjera se ha señalado que “la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional implica la integración en el plano interno de las infracciones atribuidas a la competencia de la Corte”⁶⁸. Esta postura, en lo relativo al caso español, la suscribo plenamente desde la perspectiva del principio constitucional e internacional de la legalidad de los delitos y las penas, mostrando en cambio mis reservas –sobre lo que volveré más tarde– en lo que atañe a la supuesta inconstitucionalidad sin matices en España de la cadena perpetua.

2. Infracciones penales de trascendencia universal o extraterritorial

Sin perjuicio de lo razonado anteriormente respecto a la tipificación de graves violaciones de los derechos humanos en el Código Penal español, el elenco de infracciones internacionales

⁶⁷ *Ibidem*, p. 19: Gómez-Benítez concluye así que “en consecuencia, para poder investigar y enjuiciar en España esta clase de delitos y dar, así, contenido real al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional previsto en el Estatuto de Roma, a la vez que para poder extraditar, en su caso, a los criminales contra la humanidad reclamados por otros países, es imprescindible tipificar estos delitos en nuestro Derecho interno de forma idéntica o, al menos, no incompatible con las prescripciones contenidas en el Estatuto de Roma, así como prever las penas correspondientes con independencia de éste”.

⁶⁸ VANDERMEERSCH, D.: “Violations graves des droits de l’homme (crimes internationaux) et compétence pénale universelle”, ya cit., p. 172.

se amplía en nuestra normativa nacional referente a la competencia universal o extraterritorial de la justicia española en este ámbito. En particular, la disposición fundamental de referencia es el artículo 23.4 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril y por la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio*, en donde se establece que la jurisdicción española será competente “*para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) genocidio; b) terrorismo; c) piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) falsificación de moneda extranjera; e) los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; h) cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España*”⁶⁹.

A la vista de esta disposición nacional, procede efectuar dos observaciones, atinentes a los dos últimos apartados. Por una parte, es preciso aclarar que la condición establecida en el apartado g) referente a que los responsables se hallen en nuestro país “está referida a los padres o tutores de la víctima y no a los responsables del delito, que pueden ser extranjeros y ser cometido en el extranjero”⁷⁰.

⁶⁹ La redacción de los apartados e) y g) fue introducida mediante la modificación operada, respectivamente, por las *Leyes Orgánicas 11/1999 y 3/2005*.

⁷⁰ Así lo señala SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “La aplicación del principio de justicia universal por los órganos jurisdiccionales españoles”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 17, enero 2006, p. 82. Esta lectura, que por lo demás es la lógica aunque la redacción podría haber sido menos ambigua en términos de técnica legislativa y seguridad jurídica, vendría avalada, según el indicado autor, por la propia Exposición de motivos de la *Ley Orgánica 3/2005*, cuando declara que con ella se posibilita “la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o

Por otra parte, el apartado h) pone de relieve que la lista de los delitos explícitamente previstos en el mencionado artículo 23.4 no es cerrada, abriendo la puerta dicho apartado a la incorporación de otros delitos al catálogo inicial: así, por ejemplo, puede comprobarse que de los cuatro delitos establecidos en el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, sólo el de genocidio figura citado expresamente, por lo que esa cláusula abierta del apartado h) daría entrada igualmente al crimen de guerra (tipificado, además, en los *Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949* y en su *Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977*, para el que éstos prevén precisamente la aplicación del principio de justicia universal⁷¹), al crimen de lesa humanidad y al crimen de agresión; lo mismo cabría decir del crimen de tortura, previsto en la *Convención internacional contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984* que, si bien concibe la aplicación del principio de justicia universal con un alcance más restrictivo⁷², se ha beneficiado en el caso español de una

estancias en los países de origen de quienes se encuentren en nuestro país”. En relación con ello, la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, mediante su Disposición adicional vigésima novena modifica la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, para introducir la protección de “*las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género*”.

⁷¹ Artículo 49 del Convenio I, artículo 50 del Convenio II, artículo 129 del Convenio III, y artículo 85.1 del Protocolo I. Además, como ha advertido D. VANDERMEERSCH [“Violations graves des droits de l’homme (crimes internationaux) et compétence pénale universelle”, ya cit., p. 174], “algunos países han decidido, por propia iniciativa, extender el campo de aplicación de la represión de los crímenes de guerra a los conflictos armados no internacionales según la definición que ofrece el Protocolo II (conflictos internos de cierta envergadura en donde las fuerzas armadas disidentes controlan una parte del territorio), extensión que iba más allá de las obligaciones derivadas de la ratificación de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales”.

⁷² Artículo 5.3 de la Convención.

consideración más extensiva merced a la interpretación efectuada por nuestro Tribunal Supremo⁷³.

A mayor abundamiento, con relación al apartado h) cabría trasladar las reflexiones anteriormente efectuadas respecto al Derecho penal internacional, en términos de observancia del principio constitucional e internacional de legalidad de los delitos y las penas. En cualquier caso, desde el enfoque prevalente que preside este trabajo, interesa resaltar nuevamente que la concepción del principio de justicia universal en nuestro ordenamiento constitucional propicia una justificación de “la extensión de la jurisdicción nacional con vistas a conocer determinados hechos delictivos que por su importancia y repercusiones en el ámbito internacional no pueden ser circunscritos exclusivamente al ámbito territorial estatal”⁷⁴. Así, si antes ya se ha afirmado que el Estatuto de la Corte Penal internacional ha jugado un importante papel en la armonización de las legislaciones nacionales, paralelamente “el ejercicio de la

⁷³ Particularmente, en la *sentencia del Tribunal Supremo nº 1362/2004 (recurso de casación nº 945/2003), de 15 de noviembre de 2004 (FJ 6º)*: “en el caso a que se contrae la excepción de jurisdicción que examinamos, es aplicable el artículo 23.4 en cuanto establece que 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 penal española, como delitos de genocidio, terrorismo, entre otras figuras delictivas y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España, extensión de jurisdicción, que por lo antes expuesto, en este caso y respecto a los delitos de los que se acusa al recurrente, es compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, ya que los delitos de genocidio, torturas y terrorismo afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, y si a ello añadimos que el presunto culpable se haya en territorio español, que existe un punto de conexión directo con intereses nacionales en cuanto aparecen víctimas de nacionalidad española y que no consta que se encuentre encausado por estos mismos hechos en Argentina, siendo de reiterar las razones que se expresan en el auto recurrido, por lo que no puede hablarse de litis pendencia ni de «non bis in idem» en cuanto los concretos graves crímenes objeto de acusación, según las actuaciones, no están siendo perseguidos por la jurisdicción territorial”.

⁷⁴ SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “La aplicación del principio de justicia universal por los órganos jurisdiccionales españoles”, ya cit., p. 84.

competencia extraterritorial impone el recurso a las legislaciones nacionales. Requiere, por tanto, una cierta armonización de las legislaciones penales y procesales penales, y una cierta homogeneidad de las garantías procedimentales, así como una cooperación entre los Estados, especialmente en materia de asistencia judicial”⁷⁵.

Por último, cabe apuntar que se ha producido igualmente un avance nada desdeñable en materia de protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros frente a graves delitos atentatorios contra su dignidad, tras la *Sentencia del Tribunal Supremo nº 1092 de 27 de diciembre de 2007 (recurso de casación nº 1162/2007)*, en la que se sienta el llamado principio de justicia supletoria, entendido como cláusula de cierre que atribuye a España la jurisdicción en materia de inmigración ilegal⁷⁶.

III. LAS VIOLACIONES AFRONTADAS POR EL DERECHO SUPRANACIONAL PENAL: ATENCIÓN ESPECIAL A LA UNIÓN EUROPEA

Como complemento de lo anterior, es decir, *los actos de violencia no previstos por el Derecho internacional humanitario*

⁷⁵ VANDERMEERSCH, D.: “Violations graves des droits de l’homme (crimes internationaux) et compétence pénale universelle”, ya cit., p. 180.

⁷⁶ Este nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros se ocupaba de las entradas ilegales por vía marítima de personas a bordo de naves o similares, sin pabellón alguno. La sentencia casa la previa de la Audiencia de procedencia (Audiencia Provincial de Granada) que se declaró incompetente por falta de jurisdicción, estableciéndose como doctrina que, a fin de evitar que quede impune un hecho estimado delictivo, además de los principios de territorialidad, personal y de jurisdicción universal, el llamado principio de justicia supletoria o del Derecho penal de representación, opera en caso de inexistencia de solicitud o no concesión de extradición, permitiendo al Estado donde se encuentra el autor, juzgarlo. Se trata de un criterio residual en los casos en que la comunidad internacional tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general.

y penal (y su traducción en el Derecho penal internacional o en infracción penales de trascendencia extraterritorial), y que, sin llegar a constituir disturbio o tensión internos, presentan cierto grado de intensidad para el sustento del régimen democrático del país afectado y para los Estados colindantes (dimensión transnacional), me parece interesante desde la perspectiva constitucional española aludir a la *delincuencia organizada de gran intensidad*, sobre todo el *terrorismo*.

Antes, empero, de entrar en mayor detalle, conviene efectuar una doble observación, para subrayar la envergadura, al tiempo, constitucional e internacional, del problema terrorista⁷⁷. En primer lugar, su relevancia constitucional viene reconocida por el propio Código penal español, cuyo artículo 517 establece que la finalidad de los delitos de terrorismo radica en “*subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*”. Y, en segundo término, su proyección transnacional queda fuera de toda duda con la sola irrupción de la lamentable expresión “terrorismo internacional” que, en lo que nos afecta, es objeto de especial consideración en el seno de la Unión Europea⁷⁸. ¿En qué

⁷⁷ Según CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 163: “Una de las características del Derecho penal moderno es la evolución de una criminalidad asociada a la marginalidad del individuo (*lower class crime*) hacia una criminalidad desarrollada por estructuras complejas que desarrollan su actuación en territorios pertenecientes a distintos Estados miembros. (...) La delincuencia organizada que más preocupa es asimismo una *delincuencia transnacional*. Frente a ella se reacciona a *nivel internacional y más intensamente a nivel comunitario*”.

⁷⁸ Pero, incluso desde una perspectiva universal, se ha recordado por LLEDÓ YAGÜE, F.: “Terrorismo”, en el colectivo *Espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea* (XIII Seminario ‘Duque de Ahumada’), Madrid, Ministerio del Interior, 2002, p. 123: el terrorismo fue objeto de “atención en los clásicos convenios de la Sociedad de Naciones de 1937, en este caso la infructuosa consecución de un Tribunal Criminal Internacional para la prevención del terrorismo, etc. Los factores que caracterizan esta internacionalización del fenómeno terrorista son entre otros aspectos tan sencillos y simples como que esto

medida? Pues, si la definición de las principales infracciones penales internacionales que se han reseñado hasta ahora ha logrado un cierto consenso en la comunidad internacional (y el crimen de agresión es la excepción que confirma la regla si reparamos en el carácter pormenorizado de la delimitación de los crímenes de genocidio, contra la humanidad, y de guerra), al contrario, en la Conferencia de Roma que sacó adelante el Estatuto de Roma en julio de 1998 no se llegó a un acuerdo en cuanto a la definición de terrorismo⁷⁹, razón por la que quedó excluido dicho crimen de la competencia material atribuida a la Corte⁸⁰, como quedaron fuera asimismo –en ausencia de dicho consenso– las actividades delictivas de narcotráfico –en este caso algunos Estados consideraron que el enjuiciamiento de crímenes relacionados con el tráfico de droga implicaban problemas de investigación que podían sobrecargar en exceso el trabajo de la Corte–. De todos modos, otros Estados incidieron en que crímenes tan notorios y dañinos como el terrorismo y el narcotráfico no debían escapar a la jurisdicción de la Corte; así, para responder a esta preocupación, la Conferencia de Roma aprobó una resolución que recomienda que la Conferencia de Revisión tenga en cuenta la inclusión de dichos crímenes en la jurisdicción de la Corte⁸¹.

pueda afectar a los intereses de más de un Estado, (...) Y otro factor muy importante, tanto en el análisis del terrorismo internacional, como del terrorismo interno, es la propia vulnerabilidad y fragilidad de las sociedades democráticas unidas además a lo que se ha denominado como la aldea global”.

⁷⁹ Vid. KALLIOPI, Ch., LÓPEZ-JACOISTE, E., EBOLI, V., SALINAS DE FRÍAS, A., y SOSSAI, M.: *International Terrorism and changes in International Law*, Pamplona, Thomson Aranzadi ('The Global Law Collection'), 2007.

⁸⁰ Esta fue justamente una de las preocupaciones lanzadas por el *IV Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo* (Madrid, 22-23 de enero 2008), en cuyo manifiesto final se propugnó la inclusión del delito de terrorismo dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional con ocasión de la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte prevista para el año 2009.

⁸¹ Desde la perspectiva expuesta, el artículo 8.3 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional* responde a esa falta de consenso, animando por ello a los Estados a ejercer la acción penal respecto a tales graves infracciones, en estos

En suma, la exclusión de la competencia de la Corte Penal Internacional respecto a determinadas situaciones de graves violaciones de derechos humanos en el ámbito interno aunque de relevancia internacional (como es el caso del terrorismo) no es óbice, sino todo lo contrario, para que los Estados utilicen todo el peso de la ley y la justicia penales de manera aún más decidida – si cabe– contra los infractores. Precisamente por esas dificultades definitorias del terrorismo, estrechamente relacionadas con la falta de armonización de los tipos penales afines (ya sabemos que la analogía no juega en Derecho penal), los avances en la Unión Europea son costosos, si bien –como se verá más adelante– desde el inicial diseño de la cooperación judicial penal en el marco del tercer pilar con ocasión del Tratado de Maastricht de 1992 hasta el Tratado de Niza de 2001 –por no hablar de las disposiciones pertinentes del Tratado constitucional de 2004, ya reemplazadas por las equivalentes del Tratado de Lisboa de 2007– se han producido progresos apreciables en este terreno⁸².

términos: “Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) [es decir, el hecho de que la Corte Penal Internacional se pronuncie sobre conflictos armados que no sea de carácter internacional, pero no a las situaciones de disturbios y tensiones internas] afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo”.

⁸² Con tal espíritu, ha destacado FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F.: “Constitución Europea y terrorismo”, en el colectivo *Estudios sobre la Constitución europea* (coord. por V. BOU FRANCH y M^a CERVERA BALLTERRA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 160-161: “Introducir un concepto único de terrorismo en las legislaciones de todos los Estados miembros de la Unión Europea no es imprescindible para reprimir adecuadamente las conductas constitutivas de un delito de terrorismo en el marco de la Unión. Se puede emplear otra vía técnica consistente en unificar un listado de conductas (homicidio, lesiones, secuestro, apoderamiento ilícito de aeronaves o buques, fabricación, tenencia ilícita o adquisición de armas o explosivos, destrucciones masivas, incendios, explosiones y las demás previstas en el art. 1 de la decisión marco 2002/475/JAI, incluida la amenaza de llevar a cabo cualquiera de las anteriores conductas), que de suyo constituyen delitos comunes, y armonizar elementos intencionales añadidos (intimidar gravemente a la población, obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, desestabilizar gravemente las estructuras políticas

Efectuadas estas consideraciones previas, procedo por tanto, sin entrar a definir el terrorismo⁸³, sí a catalogar y delimitar las acciones terroristas, dejando ya sentado desde el inicio que todas esas acciones tienen esa doble relevancia constitucional-internacional. En este sentido, a mi entender, no entrarían en la categoría de disturbios internos ni tensiones internas, pero sí en la situación de violación grave de los derechos humanos de trascendencia internacional:

(A) El denominado “terrorismo de Estado” o “guerra sucia” contra el terrorismo orquestado por los “GAL” (grupos

de un país) susceptibles de convertir esas conductas (ordinariamente constitutivas de delitos comunes) en delitos de terrorismo en los países todavía reacios a adaptar una legislación especial en la materia”.

⁸³ La definición del delito de terrorismo no ha llegado a ser objeto de acuerdo en la comunidad internacional. Así, en Naciones Unidas se está trabajando sobre un *proyecto de Convenio general sobre terrorismo internacional* que, en caso de ser aprobado, persigue incluir una definición de terrorismo. El organismo que está trabajando en ello es el Comité Contra el Terrorismo, cuyo mandato está consignado en la *Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad*, aprobada unánimemente el 28 de septiembre de 2001 tras los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre en los Estados Unidos. En esa resolución, el Consejo impuso determinadas obligaciones a los Estados Miembros y les exhortó a adoptar medidas adicionales en la esfera de la lucha contra el terrorismo; entre ellas, la tipificación como delito de las actividades relacionadas con el terrorismo y la prestación de asistencia para llevarlas a cabo, la denegación de financiación y refugio a los terroristas y el intercambio de información sobre grupos terroristas. En todo caso, esa Convenio general tendería a completar a los Convenios sectoriales sobre terrorismo ya existentes en Naciones Unidas (un total de 13, que van desde el *Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves de 14 de septiembre de 1963* –en vigor desde el 4 de diciembre de 1969, con 179 Partes Contratantes– hasta el *Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 13 de abril de 2005* –aún no ha entrado en vigor). Esa ausencia de definición es constatable asimismo en otros foros internacionales: así, por ejemplo, en la OEA, la *Convención interamericana contra el terrorismo* (adoptada el 6 de marzo de 2002 y en vigor desde el 7 de octubre de 2003); por ello, no extrañan declaraciones como la efectuada por Ecuador en el momento de la firma: “1.- Deplora que los Estados Miembros no hayan podido llegar a un consenso sobre la tipificación de terrorismo y su calificación como crimen internacional de lesa humanidad”.

antiterroristas de liberación), que se trata de episodios prácticamente cerrados en España con sentencias condenatorias para los responsables.

(B) Los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 y posteriores perpetrados en Madrid por el mismo grupo terrorista o afines a la red de delincuencia organizada Al-Qaeda (por supuesto, se incluirían en esta categoría los atentados del 11 de septiembre de 2003 en Nueva York y del 7 de julio de 2005 en Londres)⁸⁴.

(C) Los atentados llevados a cabo por la banda terrorista ETA.

En los tres supuestos referidos, es obvia su proyección antidemocrática y, al tiempo, su relevancia transnacional. En el supuesto (A) los integrantes de los GAL llegaron a incursionar ilegalmente en territorio francés. El supuesto (B) se hace acreedor indudable de la catalogación como “terrorismo internacional” (de ahí que, por ejemplo, el Parlamento Europeo declarara el 11 de marzo *Día europeo de las víctimas del terrorismo*). Y, en cuanto al supuesto (C), conocidas son las conexiones internacionales etarras, al margen de operar en

⁸⁴ Puede leerse al respecto el trabajo de BOIX ALONSO, L.: “Al Qaeda: la nueva amenaza en la agenda de la seguridad nacional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 48, 2004. Con relación a los atentados del 11-M, el 10 de abril de 2006 se dictó el auto de procesamiento por el correspondiente Juzgado Central de Instrucción, habiéndose iniciado el juicio oral en febrero de 2007. Como es sabido, el desarrollo de la instrucción de dicho proceso ha discurrido en paralelo a una fuerte discusión mediática y a un intenso debate político, en torno a la participación o no de la organización terrorista ETA (participación mantenida por algunos medios de comunicación y apoyadas desde algún sector político, frente a aquellos otros medios informativos y políticos que critican la anterior postura tachándola de “teoría de la conspiración”), que quedó descartada tras hacerse pública el 31 de octubre de 2007 la Sentencia sobre el fondo de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Un mes antes del inicio de la fase oral de los atentados del 11-M se inauguró en enero de 2007 la nueva sede del *Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista* (dependiente del Ministerio del Interior), que empezó a funcionar en mayo de 2004.

Francia, sobre todo en el país vasco francés. Merece la pena introducir algunas pinceladas con relación a cada uno de estos supuestos.

(A) Afortunadamente, la guerra sucia contra el terrorismo ha sido una triste página cerrada en la reciente historia española. La condena más importante tuvo lugar mediante la *sentencia de 29 de julio de 1998, dictada en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial nº 2530/95 (caso Segundo Marey)*. Los recursos de amparo interpuestos por los condenados ante el Tribunal Constitucional fueron rechazados en cuanto al fondo (presunción de inocencia) mediante *SSTC 65, 66, 67, 68, 69 y 70/2001, todas ellas de fecha 17 de marzo de 2001*⁸⁵. Un año más tarde, y respecto a una causa igualmente deplorable relacionada con esa guerra sucia, en el voto particular (suscrito por cuatro de los doce magistrados) de la *STC 155/2002, de 22 de julio*⁸⁶ se afirma que “*la lectura de las Sentencias recurridas pone de manifiesto la existencia de unos hechos pavorosos, que no pueden menos de suscitar un sentimiento de horror en cualquier mentalidad mínimamente sensible a los valores, principios y derechos sobre los que se asienta cualquier Estado de Derecho y en concreto el Estado Social y Democrático de Derecho que se configura en nuestra Constitución. Surge de esa lectura, y se refuerza con la de las actuaciones conducentes a dichas Sentencias, la desoladora convicción de que agentes del Estado estuvieron detrás de los repugnantes crímenes objeto de enjuiciamiento en esas*

⁸⁵ Estas sentencias constitucionales todavía pueden contar con algún pronunciamiento posterior en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: cfr. *Decisión final sobre la admisibilidad de 2 de mayo de 2007 de la demanda nº 74181/01 (caso Rafael Vera contra España)*, en la que se declaran admisibles los motivos del demandante referentes al derecho a un tribunal imparcial y al principio de la presunción de inocencia.

⁸⁶ Recursos de amparo acumulados 4858, 4907 y 4922 de 2001 (avocados al Pleno del Tribunal Constitucional).

Sentencias. Pero la repugnancia que unos hechos tales provoca y el sano impulso depurador de su persecución, a la hora de la reacción jurisdiccional del Estado contra los mismos, no puede justificar ninguna especie de eclipse, ni total ni parcial, de las garantías constitucionales y procesales de los que son llevados al proceso como acusados por los hechos” (punto 3 del voto particular).

(B) Los azotes del terrorismo internacional en España son incipientes, pero han conmovido y siguen conmoviendo a la sociedad española. De hecho, al margen de la compleja instrucción y resolución de los atentados del 11-M en Madrid en cuanto a los veintinueve individuos acusados (la ya citada Sentencia de la Audiencia Nacional hecha pública en octubre de 2007 ha sido recurrida por las diversas partes procesales ante el Tribunal Supremo), en España ha tenido prolongaciones judiciales la barbarie cometida el 11-S en las torres gemelas de Nueva York. Precisamente, la vertiente internacional de este tipo de terrorismo ha comportado que la justicia española se vea llamada a pronunciarse sobre las células relacionadas con el 11-S presentes en nuestro país: así, en la *sentencia de la Sala de lo Penal (Sección 3ª) de la Audiencia Nacional nº 36/2005 de 26 de Septiembre* (recaída en el sumario 35/01 del Juzgado Central de Instrucción nº 5).

De esa misma causa contra las células de Al Qaeda en España trae su origen la más reciente *sentencia de la propia Sala de lo Penal (Sección 4ª) de la Audiencia Nacional nº 43/2005 de 4 de octubre (caso del “talibán español”)* sumario 25/03 del Juzgado Central de Instrucción nº 5), en donde se afirma (FJ 1º): *“En el presente momento histórico sería ilógico cuestionar el carácter terrorista de la organización ‘Al Qaeda’ que opera a nivel mundial bajo una dirección encabezada por Osama Ben Laden (...) y con una estructura reticular que se diversifica en distintos países mediante la constitución de células dirigidas al*

adoctrinamiento en los postulados religiosos islamistas (radical-fundamentalista) y al reclutamiento de individuos para su entrenamiento a fin de cómo ‘mujahidines’ realizar la ‘Yihad’ – guerra contra todos aquellos que no compartan sus creencias y prácticas religiosas y su forma de vida– en cualquier punto del urbe mediante la utilización de ataques contra las personas, patrimonio o intereses económicos que, generando una auténtica situación de terror colectivo, desestabilizan el orden mundial establecido, sirviendo dichas sedes como auténticas estructuras de apoyo logístico-económico no sólo para aquel adoctrinamiento-reclutamiento, sino también para los ‘miembros durmientes’ dispuestos a cumplir los designios de la dirección”.

Esta sentencia, no obstante, fue revocada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) mediante Sentencia nº 829 de 22 de junio de 2006 (dictada en el recurso de casación núm. 1188/2005 P), en cuyo fallo se decidió por unanimidad la absolución del recurrente “del delito de integración en banda armada del que venía siendo condenado”. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal Supremo sostiene en el Fundamento Jurídico undécimo que “ni las motivaciones que tuvo el recurrente para ir a Afganistán, ni las actividades que allí realizó, permiten alcanzar el juicio de certeza obtenido por el Tribunal de la Audiencia Nacional, ya que las conclusiones que extrae el Tribunal de instancia no se encuentran en la fuente de prueba de donde dice haberlas analizado a la vista del examen de dicha declaración efectuada por esta Sala casacional. En definitiva, la sentencia condenatoria no supera, ni con mucho, el canon de ‘certeza más allá de toda duda razonable’ que es exigible a toda condena como con reiteración tiene declarado el TEDH, nuestro Tribunal Constitucional y esta propia Sala –STS 474/2006 de 28 de Abril y las en ella citadas–. Se está en un total vacío probatorio de cargo. Existió una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, con la conclusión de que debe ser estimado el recurso y absuelto el recurrente, lo que exime del

resto de los motivos del recurso, aquél deberá ser puesto en libertad de inmediato”.

En este mismo orden de cosas, desde una perspectiva constitucionalista, la lucha frente al terrorismo internacional, sobre todo a raíz de los atentados del 11-S, además de la depuración de la responsabilidad penal individual en vía judicial, ha comportado la adopción de una controvertida legislación de “autodefensa” no sólo en Estados Unidos, sino asimismo en Europa. En efecto, los atentados del 11-S en Nueva York no comportan únicamente un debate general sobre cómo afrontar desde el Derecho constitucional el desafío del “déficit de seguridad” y de las graves violaciones de los derechos humanos, sino asimismo un examen concreto de las medidas mediante las cuales los Estados pretenden hacer frente a ese desafío, es decir, del modo que en los Estados asumen responsablemente las obligaciones positivas que pesan sobre ellos. La ilustración de ello la ofrece la *Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de febrero de 2006*, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autorizaba a derribar un avión secuestrado para cometer un atentado terrorista⁸⁷. En el ámbito español, los atentados del 11-M han generado igualmente un debate que ha llegado al ámbito legislativo en materia de control del comercio

⁸⁷ En su estudio crítico sobre dicha sentencia (bajo el título “Una cuestión de principios”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 77, mayo-agosto 2006) observa J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO que “el Tribunal Constitucional Federal no se ha pronunciado sólo sobre la inconstitucionalidad de una ley, sino también sobre la inconstitucionalidad de una actuación del Estado –la de derribar el avión secuestrado, esté o no regulada por ley: la Sentencia contiene una prohibición de esa actuación –declarada como objetivamente contraria a la Constitución– cuando en el avión viajan víctimas inocentes. Sin duda, como pusieron de manifiesto las opiniones doctrinales anteriores a la Sentencia, el Estado no puede permanecer inactivo y está llamado a actuar en casos como el planteado, en los que están en juego bienes constitucionales de primer orden. Queda por responder a la pregunta: ¿cómo?” (p. 272). Con esta aproximación, cabe mencionar las “medidas para la prevención de atentados terroristas” previstas en el capítulo 3 del *Tratado de Prüm de 27 de mayo de 2005*, concretamente los artículos 17 (escorta de seguridad en los vuelos) y 18 (armas de servicio, munición y equipos).

de armas, pudiendo citarse en esta línea la *Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso*⁸⁸.

(C) Vayamos ahora al dilatado problema del terrorismo organizado por la banda ETA, sobre cuyo fin se vino especulando con gran énfasis en el pasado año 2006 tras el llamado “alto el fuego permanente” declarado por la organización terrorista y el inicio de la negociación política, hasta el terrible atentado a finales de año en el aeropuerto de Barajas⁸⁹. Pese a ello, la especulación al respecto continuó a lo

⁸⁸ En la Exposición de Motivos de la Ley puede leerse: “desde la perspectiva de la seguridad nacional e internacional, se trata de impedir el tráfico ilícito y la proliferación de armamentos y tecnologías sensibles a favor de estados o actores no estatales susceptibles de actuar contra la paz y la seguridad o de involucrarse en actividades terroristas. Por otro lado, se busca responder a una significativa demanda política y social de control del comercio de material de defensa y productos y tecnologías de doble uso. Todo ello sin perjuicio de las legítimas exigencias del comercio legal de armas, elemento íntimamente vinculado a la defensa nacional y a las legítimas actividades de mantenimiento de la Ley y la lucha de los gobiernos contra el delito. Durante la tramitación parlamentaria de ese proyecto legislativo se están sucediendo algunas críticas sociales: al respecto, en el artículo de I.M. GARCÍA titulado “El G-8 no cumple” (diario *ADN*, jueves 10 de mayo de 2007, p. 13) se critica que –recogiendo impresiones de algunas ONGs como Intermón Oxfam o Amnistía Internacional se trata de “una ley de armas poco transparente”, pues “no asegura la cadena de venta ni impide que se exporten a países en conflicto o que no protegen los derechos humanos”.

⁸⁹ ETA declaró el “alto el fuego permanente” el 24 de marzo de 2006, rompiéndolo de forma gravísima el 30 de diciembre de 2006 con el terrible atentado en la terminal T-4 del Aeropuerto de Barajas en Madrid, con dos víctimas mortales, algunos heridos, daños materiales de enorme envergadura y, sobre todo, sentimiento de confusión y desesperanza sobre el final de la violencia terrorista. Esa confusión vino alimentada por el comunicado de la banda terrorista ETA (publicado en el diario *Gara*, del martes 9 de enero de 2007) reivindicando el atentado y, al tiempo, sosteniendo que el alto el fuego continuaba vigente. El Gobierno de Rodríguez Zapatero inicialmente declaró “suspendido” el diálogo con ETA tras dicho atentado, pues con dicha acción terrorista no se cumplirían las condiciones de la *Resolución aprobada por el Congreso de los Diputados el 17 de mayo de 2005* [por 192 votos a favor (PSOE, CiU, ERC, PNV, IU-ICV, CC y grupo Mixto -BNG, CHA, EA y NB) y 147 en contra (PP)] en la que se da soporte

largo de 2007⁹⁰, hasta que las falsas expectativas del final de la violencia terrorista (la confirmación de que se trató de una nueva “tregua-trampa”) quedaron patentes con el mencionado asesinato de dos guardias civiles en territorio francés en diciembre de 2007.

Como se decía, el terrorismo etarra no merece el calificativo de conflicto armado interno ni, por supuesto, internacional, ni tampoco el de disturbio interno o tensión interna. Esta consideración no es incompatible, dada su proyección internacional, con su tratamiento en los foros supranacionales. Así, en la Unión Europea, en el plano político la Eurocámara incluyó a Batasuna y grupos afines (considerados brazos políticos del terrorismo etarra) en una lista de partidos

al “final dialogado” de ETA en condiciones estrictas de ausencia de violencia, declarándose que “convencidos como estamos de que la política puede y debe contribuir al fin de la violencia, reafirmamos que, si se producen las condiciones adecuadas para un final dialogado de la violencia, fundamentadas en una clara voluntad para poner fin a la misma y en actitudes inequívocas que puedan conducir a esa convicción, apoyamos procesos de diálogo entre los poderes competentes del Estado y quienes decidan abandonar la violencia, respetando en todo momento el principio democrático irrenunciable de que las cuestiones políticas deben resolverse únicamente a través de los representantes legítimos de la voluntad popular. La violencia no tiene precio político y la democracia española nunca aceptará el chantaje (...) Expresamos nuestra solidaridad con las Víctimas del Terrorismo. (...) Seguiremos apoyando al conjunto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: Guardia Civil, Policía Nacional y la Ertzaintza. (...) Expresamos nuestra convicción de que la colaboración internacional, particularmente en el seno de la Unión Europea, entre los Gobiernos y los distintos poderes judiciales es indispensable para la erradicación de la violencia, a fin de prevenir la comisión de nuevos atentados y evitar la impunidad de quienes los cometen”.

⁹⁰ Así, por ejemplo, ese debate se avivó a cuenta de unas declaraciones del Rey Don Juan Carlos efectuadas el 9 de mayo de 2007 en una charla informal con periodistas (y de la que luego se hicieron eco todos los medios de comunicación y que fue objeto de mayor o menor politización según los diversos partidos) con motivo de una visita a la sede de la Dirección General de la Guardia Civil, en donde destacó la importancia del nuevo Gobierno de unidad formado en Irlanda del Norte el 8 de mayo de 2007 entre protestantes y católicos, añadiendo que esos logros hay que intentarlos y matizando que el caso irlandés es diferente al español.

políticos que sustentan el terrorismo⁹¹, mientras que en el terreno normativo (entre otros motivos, a causa de ese mismo terrorismo y a instancia de España) se adoptó el controvertido *Convenio de 27 de septiembre de 1996 establecido sobre la base del entonces artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los Estados miembros*, y la más prometedora *Decisión marco adoptada el 13 de junio de 2002 por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* (conocida como “euroorden”).

Por su parte, el Consejo de Europa tampoco ha permanecido ajeno al tratamiento del problema del terrorismo como violación grave de los derechos humanos, con la elaboración de recientes tratados en la materia⁹². En este foro, en

⁹¹ En paralelo a las dificultades de definición del terrorismo han aflorado problemas de conceptualización de organización o grupo terrorista: así, en la Unión Europea, partiendo del concepto previo de “organización criminal” establecido en la *Acción Común del Consejo de 21 de diciembre de 1998*, se incluyó inicialmente un concepto de “grupo terrorista”, en la *Posición Común del Consejo 2001/931/PESC, de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo*, pasando a ser retomado en la *Decisión marco 2002/475/JAI*, concretamente en su artículo 2 (*Delitos relativos a un grupo terrorista*): “organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo”. Así, la *Posición Común 2001/931/PESC* se acompañó de un anexo con un listado de personas, grupos y entidades, en donde se incluían los irlandeses, un par de grupos islámicos (Hamas Yihad islámica palestina), así como ETA y las entidades de su entorno (KAS, Ekin, Kaki, Jarrai-Haika-Segi y Gestoras Pro-amnistía –originariamente no se habían incluido Herri Batasuna ni Euskal Herritarrok). En este mismo contexto, debe mencionarse la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 19 de enero de 2007* (recurso de casación nº 1/1841/2005), en donde se declara que Jarrai, Haika y Segi, grupo juveniles de la izquierda *abertzale*, son organizaciones terroristas y no meras asociaciones ilícitas, revocando con ello la sentencia previa de la Audiencia Nacional.

⁹² A título de ejemplo, los tres Convenios del Consejo de Europa abiertos a la firma el 16 de mayo de 2005: *Convenio para la prevención de terrorismo*; *Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos*; y *Convenio relativo al blanqueo, identificación, incautación y confiscación de productos del crimen y a la financiación del terrorismo*.

lo que concierne a los mecanismos jurisdiccionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habrá de pronunciarse sobre la ilegalización en España de Batasuna y partidos afines (*Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos*⁹³), después de haber inadmitido *ratione personae* la primera demanda presentada por el Gobierno vasco frente a España (demanda nº 29134/2003) mediante *Decisión de fecha 3 de febrero de 2004* y, en cambio, haber sido admitidas las demandas presentadas por quienes ostentaban legitimación *ratione personae*⁹⁴.

Al margen de lo anterior, la cuestión de la lista de organizaciones que financian el terrorismo establecida en la Unión Europea, que ha sido objeto de pronunciamientos ante la Justicia comunitaria⁹⁵ –suscitándose algunos problemas bajo el ángulo de los derechos de defensa–⁹⁶, se planteó igualmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: particularmente, en el *caso Segi y otros contra Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia,*

⁹³ Confirmada mediante *STC 48/2003, de 12 de marzo*, y posteriores (*infra*).

⁹⁴ *Decisiones de admisibilidad de fecha 11 de diciembre de 2007*.

⁹⁵ Así, cabe citar *dos sentencias de fecha 21 de septiembre de 2005 del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea* (asunto T-306/01 y asunto T-315/2001), que rechazan los recursos de los afectados por las medidas restrictivas adoptadas contra personas y entidades asociadas a la red terrorista de Bin Laden, Al Qaeda y los talibanes, con apoyo en la PESC. En igual sentido, la más reciente *sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 2007 (caso Gerda Möllendorf y otro, asunto C-117/06)* que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Alemania).

⁹⁶ Léase BARTOLONI, M.E.: “La tutela giurisdizionale nell’ambito del secondo e terzo pilastro UE”, *Quaderni costituzionali*, nº 1/2005, PP. 170-174: con alusión al *auto del Tribunal de Primera de Instancia de 7 de junio de 2004 (causa T-338/02, Segi y otros)* se analizan en este trabajo de manera crítica los defectos de tutela jurisdiccional con respecto a un acto adoptado en el ámbito de la PESC (*posición común 01/931/PESC* –publicada en el DOUE L 344/93–) relativo a la aplicación de medidas específicas para la lucha contra el terrorismo, que fue adoptado sobre la base de los artículos 15 y 34 TUE para hacer recepción de la *Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1373 (2001) relativa a la lucha contra el terrorismo*.

*Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y Reino Unido de 23 de mayo de 2002*⁹⁷.

En el contexto de las garantías no jurisdiccionales, es preciso referirse al *informe del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa acerca de la situación en el País Vasco*: en dicho informe, tras indicar que la visita tuvo lugar del 5 al 8 de febrero de 2001, el Comisario advierte que esa visita se efectuó a propia iniciativa, “*motivada por la situación creada en esta Comunidad Autónoma por la violación continua de los derechos humanos provocada por la acción terrorista*”, observando que “*esta situación se ha deteriorado hasta tal punto que no sólo afectaba a los derechos individuales fundamentales sino también al libre ejercicio de algunos derechos civiles y políticos que se encuentran en la base y el soporte de toda democracia*”.

Para cerrar este epígrafe, que por razones obvias se ha centrado en la Unión Europea y en el problema del terrorismo, no está de más introducir una breve referencia al otro crimen que no fue objeto de consenso en la Conferencia de Roma de julio de 1998, concretamente las actividades violentas ligadas al narcotráfico: en esta ocasión, me parece interesante aludir a un triste ejemplo, el caso colombiano, el cual, pese a todo, no es ajeno a las acciones de represión penal de los infractores (vía justicia universal sobre la base del artículo 24.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o de protección a las víctimas (por otras vías como el derecho de asilo, la protección subsidiaria o la protección humanitaria –conocida como “subsidiaria de la subsidiaria”) en España y en la Unión Europea.

⁹⁷ Efectivamente, en dicho asunto se recurría frente a la inclusión por la Unión Europea de cierta asociación en la lista de organizaciones terroristas; el Tribunal Europeo declaró inadmisibile la demanda por falta de la condición de víctima de las entidades recurrentes, al no coincidir ellas con la organización incluida en la lista.

Pues bien, las actividades ligadas al narcotráfico, en Colombia, comportan graves violaciones de los derechos humanos, contextualizadas en gran medida en el conflicto armado interno, una de cuyas consecuencias más alarmantes es el fenómeno de los desplazados internos⁹⁸. Una vez más, la adopción de instrumentos internacionales ha requerido la intervención del legislador nacional (en este caso, con mayor motivo, al tratarse esos documentos internacionales pertinentes de *soft-law* o Derecho programático)⁹⁹, así como la contribución de la jurisdicción constitucional colombiana. Dicho lo cual, como se avanzaba, el narcotráfico aparece asociado de forma alarmante al desarrollo del conflicto interno: así, de los tres tipos de conflictos, el primero (que hace referencia a uno de los problemas sociales más antiguos del país, la distribución de la tierra) se ha visto agudizado por el fenómeno del narcotráfico; el segundo de los conflictos causantes de desplazamiento hace referencia al dominio y control territorial como estrategia de orden político y económico, en el marco netamente del conflicto armado, en el que varios actores armados luchan por hacerse con

⁹⁸ Un interesante acercamiento a ese fenómeno, en el trabajo de EUGENIA SÁNCHEZ, B.: “El trato más favorable a los desplazados internos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Foro Constitucional Iberoamericano*, n° 7, 2004, p. 1: “desplazamiento interno es una expresión empleada para describir la situación de las personas que se han visto obligadas a huir de sus sitios de trabajo y residencia habitual ante hechos –naturales o provocados por el hombre– que han puesto en peligro sus vidas y demás derechos fundamentales, o ante el riesgo de que estos hechos sobrevengan. Estas personas no llegan a cruzar una frontera internacional, permaneciendo en los Estados en los que residen habitualmente; hecho que les impide alcanzar la condición de refugiados, así que –en principio– no gozan de protección internacional. Sin embargo, las condiciones de vulnerabilidad que afrontan son semejantes a las de este otro colectivo, pues han dejado atrás sus viviendas, pertenencias y en múltiples ocasiones incluso su identidad, ya que las amenazas que se ciernen sobre ellos les obligan a ocultar su pasado”.

⁹⁹ Concretamente, a través de la *Ley colombiana n° 387 de 1997* se incorporan los *Principios Rectores del Desplazamiento Interno* (Documento E/CN.4/1998/53 Add. 2 del 11 de febrero de 1998).

el control del Estado; y el último tipo de desplazamiento forzado tiene como causa relativamente reciente la fumigación de cultivos ilícitos, una de las medidas que el gobierno colombiano ha empleado desde hace décadas en la lucha contra el narcotráfico.

Finalmente, desde la óptica de las víctimas de los desplazamientos internos, es interesante asimismo apuntar la eventual entrada en escena de una protección internacional, no supranacional, sino nacional-extraterritorial. Me refiero a la posibilidad de que, por ejemplo desde un país tercero, a personas que sufran el conflicto armado interno y/o se hayan visto forzadas al desplazamiento interno se otorgue protección consistente en el asilo, la protección internacional subsidiaria o la protección humanitaria¹⁰⁰. En realidad, el derecho de asilo y el

¹⁰⁰ En lo que atañe al *derecho de asilo*, es conocido que se refiere a un derecho fundamental atinente a la protección ofrecida por un Estado a un nacional de otro país o a un apátrida que se encuentra perseguido por las razones establecidas en la *Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado* y que, por tanto, se encuentre en peligro inminente de ver vulnerada su vida o su integridad física y moral. Por su parte, la *protección subsidiaria* se configura como un derecho a la protección internacional cuando se produzca ese peligro para la vida o la integridad física y moral sin que, no obstante, medien motivos de persecución de los reseñados (por ejemplo, el concepto de protección internacional subsidiaria ofrecido desde la Unión Europea, en instrumentos como la *Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida*). En fin, la *protección humanitaria* obedece a otro tipo de razones que dependen más o menos de la voluntad graciable del Estado de acogida, como pueda ser la situación de precariedad social, la situación de salud, etc.; y, respecto de esta última protección, unas veces se configurará como mera concesión o gracia del Estado y, en otras ocasiones, se perfilará como verdadero derecho subjetivo por la vía de conexión de derechos, como ocurrió en el *caso D. contra el Reino Unido*, en donde la Corte Europea de Derechos Humanos, mediante sentencia de fecha 21 de abril de 1997 determinó que la expulsión desde el Reino Unido para la isla de Saint-Kitts a un nacional de esta pequeña isla constituía un trato inhumano para él (en la medida en que se hallaba aquejado de una enfermedad terminal que no era susceptible de ser atendida en condiciones de dignidad similares en Saint-Kitts).

derecho a la protección internacional subsidiaria tienen un contenido de carácter marcadamente político y, por tanto, atienden a la protección del derecho a la vida frente a atentados más o menos violentos. Con lo cual, también entrará en juego la cuestión de si Colombia es o no un “*tercer Estado de Derecho seguro*” cuando se conceda esa protección por otro país a un nacional colombiano¹⁰¹. En cambio, la protección humanitaria (o “subsidiaria de la subsidiaria”) tiene que ver más con la faceta “social” del derecho a la vida, es decir, no contra atentados violentos, pero sí contra el derecho a una vida digna de ser vivida, cuyo contenido se aproxima más al enfoque adoptado, por ejemplo, en la *Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros*; desde esta perspectiva, la protección humanitaria ofrecida a un nacional colombiano en un tercer Estado supondrá efectuar un juicio de valor jurídico y político constitucional sobre el alcance de Colombia como Estado social.

IV. LAS VIOLACIONES DE LA VIDA Y LA INTEGRIDAD COMO MARCO REFERENCIAL: DELIMITACIÓN DE LAS GRAVES VIOLACIONES RESPECTO DE OTROS TIPOS DE VULNERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Anticipaba que el núcleo de las violaciones graves que son objeto de estudio viene constituido por la vida y la integridad, pero lógicamente frente a acciones violentas: por ende, no cuadraría en el concepto de violación grave aquí sostenido, pese a su gravedad, una vulneración del derecho a la integridad física

¹⁰¹ La noción de “tercer Estado seguro” ha sido abordada en el ámbito del ACNUR, y ha sido recogida recientemente en la mencionada *Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004*.

derivada de un accidente laboral sufrido por un operario por falta de adopción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo por parte del empresario responsable¹⁰².

Avanzaba asimismo que no es necesario ni suficiente el carácter masivo de las violaciones de los derechos humanos para ser éstas catalogadas de graves: por tanto, tampoco se enmarcarían en el escenario aquí analizado las violaciones susceptibles de dar lugar, a pesar de su envergadura, pongamos por caso a una reclamación colectiva que denuncie la conculcación de la libertad sindical negativa (cláusulas de *closed-shop* o de seguridad sindical) ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (según la base habilitante del Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea de 1961, incorporado en el texto de la Carta Social revisada de 1996)¹⁰³.

Ahora bien, lo expuesto anteriormente no excluye de la noción de graves violaciones de los derechos humanos otras masivas y flagrantes perpetradas en detrimento de la vida y la integridad física que se han articulado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el cauce de las demandas interestatales (hasta ahora, sólo dos han concluido con sendas sentencias, a la sazón condenatorias para los Estados demandados, concretamente las dictadas en el *caso Irlanda contra Reino Unido de 18 de enero de 1978*, y en el *caso Chipre contra Turquía de 10 de mayo de 2001*). Aun con todo, el mecanismo de las demandas interestatales ante el Tribunal europeo de Estrasburgo o ante la Corte interamericana de Costa Rica (por su riesgo de politización y de potencial controversia diplomática) no se ha revelado adecuado para atajar situaciones

¹⁰² Véase *Reclamación nº 10/2000 (Tehy ry y STTK ry contra Finlandia*, sobre derecho a permisos pagados suplementarios o a una reducción de la duración del trabajo en caso de ocupación en trabajos peligrosos o insalubres –*decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 17 de octubre de 2001*–).

¹⁰³ Véase *Reclamación nº 12/2002 (Confederación de empresas suecas contra Suecia* –*decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 22 de mayo de 2003*–).

de grave violencia humanitaria¹⁰⁴; del mismo modo, en los casos individuales, los órganos de control del sistema europeo y el interamericano de derechos humanos se han mostrado reacios a la utilización del Derecho internacional humanitario¹⁰⁵. Además, este mecanismo de las demandas interestatales abunda en la idea clásica de exigencia de responsabilidad internacional del Estado en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, no articulándose sin embargo una exigencia de responsabilidad de personas físicas concretas que hayan perpetrado las atrocidades de que se trate –en la línea más reciente de retroalimentación del Derecho internacional penal y del Derecho

¹⁰⁴ Léase REIDY, A.: “The approach of the European Commission and Court of Human Rights to International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, n° 324, 1998.

¹⁰⁵ Así lo ha observado y criticado FLAUSS, J.F.: “Le droit international humanitaire devant les instances de contrôle des Conventions européenne et américaine des droits de l’homme”, en el colectivo *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire* (dir. por J.F. Flauss), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2003, en particular, el epígrafe “La réticence de la Commission et de la Cour européennes à se référer au droit international humanitaire”, p. 121: “en la jurisprudencia de las instancias de Estrasburgo, la toma en consideración explícita del Derecho humanitario constituye una excepción notoria. La línea de actuación habitualmente seguida es, en efecto, la de la preterición, y ello incluso cuando las condiciones para una eventual toma en consideración eran más bien favorables”. Recuerda el citado autor que recientemente “el Tribunal Europeo ha apelado expresamente al Derecho de Ginebra para descartar una lectura amplia (e incluso extensiva) de la noción de ‘jurisdicción’ prevista en el artículo 1 del Convenio Europeo y, por ende, de la extensión de su propia competencia”. Cita al efecto el asunto *Bankovic y otros (Decisión de 12 de diciembre de 2001)*, en el que el Tribunal Europeo acude al artículo 1 común de los cuatro Convenios de Ginebra como argumento para inadmitir el asunto. En dicho caso, la parte demandante hacía valer que los Estados miembros de la OTAN, miembros a su vez del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con motivo de los bombardeos aéreos efectuados en Serbia, habían incurrido en un ejercicio extraterritorial de su jurisdicción. Para rechazar la tesis de la parte demandante, el Tribunal Europeo añadía en el apartado 74 de la decisión: “Por lo demás, si los autores del Convenio Europeo hubieran querido asegurar una jurisdicción tan extensiva como propugnan los demandantes, habrían podido adoptar un texto idéntico o análogo al contemporáneo del artículo 1 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949”.

penal internacional–, lo que constituye el enfoque prevalente de este trabajo al ocuparse de las posibilidades que brinda el ordenamiento constitucional español de articular la responsabilidad personal, no institucional, por graves violaciones de derechos humanos.

Y añadía, en fin, que las violaciones graves aquí examinadas hacen impensable una reparación equitativa o un desagravio totalmente satisfactorio para las víctimas¹⁰⁶, lo que también ocurre en otros supuestos que descarto del concepto de violación grave aquí suscrito: así, por ejemplo, en el mecanismo de reclamaciones colectivas de la Carta Social Europea revisada

¹⁰⁶ Al abordar “la prueba del daño moral” apostando por “la no tan difícil *difficilioris probatio*”, han destacado ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. y MAGO BENDAHÁN, O.: *Derechos de la personalidad y Derecho de los daños morales*, Caracas, Editorial Constitución Activa (Breviarios del Nuevo Derecho), 2007, p. 173: “consideramos conveniente incluir *el aspecto de la participación* en la justicia, ya que la víctima, quien es poseedora del gran secreto del daño que se le causó, debe tener participación en el diseño de la solución que más le conviene. Obsérvese que decimos participación y no un simple derecho de petición o acceso a la justicia. Igualmente los expertos deberían tener un peso vinculante para elaborar el criterio de la veracidad. La posibilidad de sentencias sin pruebas se manifiesta en la legislación y en la jurisprudencia (...). Ello, a nuestro modo de ver, constituye una mala praxis en el enjuiciamiento, con lo que la víctima puede resultar condenada a sufrir un mal peor”. Con carácter previo, ambos autores se ocupan del “*pretium doloris*” para lo cual, ante la inexistencia de un “*dolorímetro*”, apuntan diez elementos a valorar en la apreciación del daño moral: 1) Proporción del daño-afectación real de la víctima-necesidad de la víctima-resarcimiento. 2) La situación social, política y económica de las personas involucradas. 3) Las condiciones en que ocurrió la ofensa o el perjuicio moral, la intensidad del sufrimiento o humillación. 4) El grado de dolo o de culpa y la existencia de la retractación espontánea (por parte del ofensor) o el esfuerzo de minimizar la ofensa o lesión. 5) Si ha habido por parte de la víctima el perdón tácito o expreso. 6) La cultura de la persona, la cual incluiría sus valores familiares y sociales y su grado de sensibilidad. 7) La duración del agravio en el tiempo (si ha sido instantáneo, si ha sido continuado). 8) La publicidad que ha tenido el caso y la opinión pública. 9) La participación de la víctima en la causación del daño. 10) Los factores de posible exoneración de la responsabilidad del causante.

de 1996 ni siquiera se prevé el derecho a una indemnización¹⁰⁷. Por otro lado, el mecanismo previsto en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea para riesgo de atentado grave por un Estado miembro contra los derechos o valores comunes¹⁰⁸, presenta un mero alcance político que, en el primer caso planteado (el supuesto monopolio ejercido de hecho por el ex Primer Ministro italiano Berlusconi en materia de medios de comunicación), concluyó con una mera resolución del Parlamento Europeo de abril de 2004 en la que se denunciaba esa situación recomendando un cambio de legislación a Italia y se aprovechaba para reprochar a otros países prácticas contrarias a la libertad de información (verbigracia, se denunciaba respecto de España la presunta manipulación informativa en los medios públicos con motivo de los atentados del 11-M en Madrid)¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Aunque se ha llegado a reconocer, pese a tampoco estar previsto, resarcimiento por costas procesales: véase *Reclamación nº 15/2003 (Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Grecia, sobre derecho a la vivienda y a un alojamiento decente –decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 8 de diciembre de 2004–)*.

¹⁰⁸ Ese procedimiento se recogía asimismo en el artículo I-59 (*Suspensión de determinados derechos derivados de la pertenencia a la Unión*) del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*.

¹⁰⁹ *Resolución del Parlamento Europeo sobre el peligro que corre en la UE, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información* (DOCE C 104 E de 30/04/2004).

**CAPÍTULO SEGUNDO.
LA INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN
DE HECHOS GRAVEMENTE ATENTATORIOS
CONTRA LA DIGNIDAD HUMANA**

I. LA INVESTIGACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL DE CAUSAS GRAVES RELATIVAS A DERECHOS HUMANOS: EL MARCO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS A ESCALA EUROPEA

La Constitución española de 1978 prevé expresamente la *suspensión individual de determinados derechos* en su artículo 55.2, para la investigación de hechos gravemente delictivos perpetrados por *bandas armadas y elementos terroristas*. Así, si el plazo ordinario de duración de la *detención preventiva* ante las fuerzas y cuerpos de seguridad puede prolongarse un máximo de setenta y dos horas, en el supuesto de las bandas armadas y terroristas cabe una prórroga por dos días más, hasta un total por tanto de cinco días, según establece la *Ley española de enjuiciamiento criminal (reforma introducida mediante Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo*¹¹⁰). En conexión con ello, la propia Ley de enjuiciamiento criminal prevé asimismo la *incomunicación de los detenidos en dependencias policiales durante el plazo de la detención*, siempre que esa incomunicación la decrete el juez competente tras incoar diligencias previas: durante la incomunicación sólo pueden ser asistidos por abogados de oficio, no pudiendo designar letrado de su elección, lo que ha venido avalado por el Tribunal Constitucional español (por ejemplo, *STC 7/2004 de 9 de febrero*)¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. *SSTC 199/1987, de 16 de diciembre*, y *71/1994, de 3 de marzo*.

¹¹¹ Una práctica interesante destacada en medios de comunicación social consistió en la acordada mediante *Auto dictado el 13 de diciembre de 2006 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional* en el que se ordenaba grabar en vídeo el período de incomunicación de los detenidos por terrorismo (concretamente se trataba de la grabación en vídeo o DVD de 11

Trasladados al ámbito de la Unión Europea, merecen destacarse, en alusión a la investigación policial, diversos tipos de medidas, sobre todo las acordadas inicialmente en el espacio Schengen de cooperación intergubernamental (en especial, *Convenio de 1990 de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985*, integrado tras el *Tratado de Ámsterdam de 1997* en el denominado “acervo de Schengen”). La más contundente de esas medidas es, sin duda, la *persecución policial transfronteriza*, sea en caso de flagrante delito (persecución policial “en caliente”), sea en el curso de una investigación policial¹¹². Se trata de una medida “operativa” mediante la cual la policía de un Estado puede atravesar la frontera e introducirse bajo ciertas condiciones en el territorio del Estado colindante, con objeto de que la supresión de fronteras comunes (mayor libertad de movimientos)¹¹³ no constituya un beneficio para los delincuentes

islamistas detenidos en Ceuta). Se trataba de la primera vez que un juez español adoptaba una serie de medidas de protección contra la tortura, tratos inhumanos y degradantes, siguiendo las recomendaciones efectuadas en su Informe del mes de marzo de 2006 por el Relator especial de la ONU sobre la tortura (Manfred Nowak). Tanto Manfred Nowak como el anterior Relator especial, Theo Van Boven, han recomendado al Gobierno español la supresión de la incomunicación, en la medida en que facilita la comisión de torturas. En todo caso, el Informe de marzo de 2006 no estuvo exento de controversia, habiendo criticado el Ejecutivo español el uso en dicho informe de la expresión “presos políticos vascos”.

¹¹² Una visión exhaustiva de las medidas adoptadas al efecto en dicho marco en MORENO CATENA, V., y CASTILLEJO MANZANARES, R.: *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

¹¹³ Por supuesto, las fronteras todavía son más vulnerables, si cabe, como consecuencia del abuso de los medios de comunicación modernos, en especial, Internet. Sobre esta cuestión, LEZERTÚA RODRÍGUEZ, M.: “El proyecto de Convenio sobre el cybercrimen del Consejo de Europa”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *Internet y Derecho penal*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 24-26: “Las fronteras nacionales constituyen un obstáculo evidente para la detección, investigación, persecución y castigo de los autores de cyber-delitos. Mientras que Internet está configurado como un espacio sin fronteras para los delincuentes, las autoridades encargadas de investigar y reprimir tales delitos –jueces, fiscales y policías– se encuentran confinadas en el

(compensación del déficit de seguridad)¹¹⁴; sin, al tiempo, poner en peligro los derechos fundamentales¹¹⁵. Al margen de esta medida, no debe olvidarse el SIS (*sistema de información de Schengen*), que funciona al modo como lo hace la INTERPOL¹¹⁶, u otros mecanismos como el *intercambio de funcionarios de enlace* (policiales o judiciales), o la cooperación reforzada con *comisarías mixtas* en puestos fronterizos.

Además, no debe perderse de vista la posible colaboración militar, una participación armada que adquirió fuerza en la Unión Europea por influencia de Estados Unidos tras los atentados del 11-S, pese a los enfoques diversos en Europa (policial –problema de seguridad interior) y en Norteamérica (militar –problema de

interior del territorio definido por las fronteras nacionales. (...) Los delincuentes informáticos a menudo actúan a distancia. Los sistemas informáticos pueden desempeñar una de las tres funciones siguientes en la ejecución del delito: –Ser objeto mismo del delito, cuando la acción va dirigida a alterar el funcionamiento de un sistema (por ejemplo, unos hackers que a través de la red alteran el funcionamiento de un servicio de telefonía local). –Ser vehículo para cometer delitos tradicionales como el fraude (por ejemplo, proponer inversiones ficticias en una página web). –Ser instrumento accesorio del delito, por ejemplo como simple soporte de información, cuyo interés para la justicia es meramente probatorio (por ejemplo, los famosos discos duros de Sokoia en los que ETA había almacenado información estratégica)”.

¹¹⁴ Véase JIMENA QUESADA, L.: “Configuración constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles en el marco de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 49, 1997, pp. 167-213.

¹¹⁵ En este contexto, se ha insistido en que “el peligro del *forum shopping* no es del todo imaginario. ¿Cómo actuar respecto al intercambio de informaciones obtenidas de manera ilícita? ¿Qué garantías se adoptan para que la información sea controlable?”, VAN OUIRIVE, L.: “Schengen, Europol y la colaboración policial internacional: un desafío para la democracia”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 14 (monográfico sobre *La seguridad interior en la Unión Europea*), 1995, p. 188.

¹¹⁶ En el *Auto del Tribunal Constitucional nº 2/1992, de 13 de enero*, se reconoció “la validez como prueba documental pública, dentro de un procedimiento de expulsión de extranjeros, de un informe remitido por dicha organización (INTERPOL) en Londres, relativo a la existencia de antecedentes penales en el Reino Unido” (FJ 1º).

defensa) en materia de terrorismo¹¹⁷. Con tal finalidad, llegó a incluirse en el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004* la denominada “cláusula de solidaridad” en el artículo I-43¹¹⁸. Aunque la “Constitución europea” no haya llegado a alcanzar vigencia, España se hizo eco de la potencial puesta en práctica de dicha cláusula, adecuando a tal efecto esos nuevos cometidos de las fuerzas armadas españolas en el ámbito internacional a través de la *Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional* (artículos 2 y 15.3)¹¹⁹. Por lo demás, es sabido que la Guardia Civil, al margen de esa cláusula de flexibilidad –más orientada, como se decía, a la lucha contra el terrorismo internacional– ya ha venido

¹¹⁷ De forma crítica ha distinguido ambos enfoques FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F.: “Constitución Europea y terrorismo”, ya cit., pp. 137-139.

¹¹⁸ Este era el tenor literal del artículo I-43 del Tratado constitucional (*cláusula de solidaridad*): “1. La Unión y los Estados miembros actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano. La Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados miembros, para: a) – prevenir la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros; – proteger las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas; – prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de ataque terrorista; b) prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de catástrofe natural o de origen humano. 2. Las modalidades de aplicación del presente artículo están previstas en el artículo III-329”. Dicha cláusula se retoma en el Tratado de Lisboa de 2007, que la introduce como artículo 188 R del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*.

¹¹⁹ Además, en la exposición de motivos de dicha *Ley Orgánica 5/2005* se subraya: “El escenario estratégico ha visto desaparecer la política de bloques que protagonizó la guerra fría y emerger la globalización y un nuevo marco en las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, junto a los riesgos y amenazas tradicionales para la paz, la estabilidad y la seguridad, surgen otros como el *terrorismo transnacional* con disposición y capacidad de infligir daño indiscriminadamente”.

participando como instituto armado con estatuto militar en importantes misiones internacionales¹²⁰.

Del mismo modo que se ha destacado la persecución policial transfronteriza, se ha puesto el énfasis en los avances en la persecución judicial transfronteriza. Porque “hoy es una realidad en la Unión Europea el fortalecimiento de los instrumentos de cooperación policial y judicial en materia penal”, existiendo “una clara tendencia a la construcción de un *Espacio Judicial Europeo*”, razón por la cual “los Estados de la Unión Europea han decidido reaccionar frente a determinadas manifestaciones de delincuencia grave, mejorando la cooperación jurídica, adoptando medidas estructurales destinadas a facilitar la investigación y la actuación de los Estados miembros frente a una realidad criminal que con frecuencia es fruto de la actuación de organizaciones transnacionales. En particular, *se ha tomado conciencia común del fenómeno jurídico del terrorismo*, a menudo marginado como un problema asociado sólo a alguno de los Estados miembros, lo que ha motivado el establecimiento de políticas más firmes a nivel comunitario”¹²¹.

¹²⁰ Entre esas muchas misiones, podemos recordar la decisión del Gobierno español de enviar en enero de 1996 treinta y cinco Guardias Civiles para integrarse en la policía civil internacional (*International Police Task Force*) que se constituyó en Bosnia-Herzegovina (un total de 1721 agentes) bajo la supervisión de Naciones Unidas para la reconstrucción pacífica de la zona. En cuanto a las fuerzas militares, el 4 de mayo de 2007 tuvo lugar una solemne ceremonia de despedida (en la “Plaza de España”) de tropas españolas (encuadradas en la Agrupación Multinacional Sureste de EUFOR) en la ciudad de Mostar, en donde crearon un campamento modular para que familias serbias, croatas y bosnias quedaran fuera del peligro de los francotiradores. Ahora, España concentrará todas sus tropas en el Cuartel General de la misión europea en la capital bosnia (Sarajevo), con objeto de verificar los avances de Bosnia de cara a su futura integración en la Unión Europea.

¹²¹ CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación”, ya cit., pp. 162-163. Prosigue el citado autor observando que “la cooperación jurídica entre Estados es susceptible de distintos grados de evolución. No existen en la actualidad instituciones supranacionales con competencia en materia penal, y tampoco se dispone de un Derecho penal

Una de las iniciativas jurídicas de cooperación más recientes en el ámbito de la Unión Europea ha sido la creación de los llamados *Equipos conjuntos de investigación*. Éstos, en realidad, constituyen la concreción de una evolución en materia de cooperación entre fuerzas policiales y judiciales. En esta evolución, el SIS (secundado por la *Oficina Europea de Policía – Europol–*) únicamente permite un intercambio de información entre Estados obtenida individualmente, a diferencia de los nuevos sistemas de obtención conjunta de información. En el marco de esta tendencia evolutiva, la asistencia judicial mutua entre los órganos judiciales de los Estados de la Unión Europea ha operado un cambio significativo como resultado del *Convenio de la Unión Europea relativo a la asistencia judicial en materia penal, celebrado por Acto del Consejo de 29 de mayo de 2000* adoptado sobre la base del art. 34 del TUE. Este Convenio vino a interiorizar al ámbito de la Unión el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal del año 1959 adoptado en el seno del Consejo de Europa.

Es precisamente ese *Convenio de 29 de mayo de 2000* el que regula los *Equipos Conjuntos de Investigación*, señaladamente en su artículo 13¹²², desarrollado a su vez a escala supranacional por la *Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002* y en el ámbito español por la *Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación*

comunitario. Por ello, la tendencia hacia la Unión y un espacio único de libertad y justicia se satisface mediante la asimilación y armonización de las legislaciones internas, con el fin de conseguir el mayor grado de homogeneización jurídica posible, que facilite a su vez una fluida cooperación internacional y permita sortear las barreras jurídicas que pudieran derivarse del principio de la doble incriminación” (p. 164).

¹²² En el *Informe explicativo del Convenio de 29 de mayo de 2000* se señala que “cuando un Estado investiga hechos delictivos de carácter transfronterizo, en particular relacionados con la delincuencia organizada, la investigación puede beneficiarse de la participación de las fuerzas policiales y demás personal competente de otro Estado miembro en el que existan vínculos con los hechos delictivos de que se trate”.

penal en el ámbito de la Unión Europea. En estas condiciones, la capacidad operativa policial y judicial a escala de la Unión es interesante, pues permite superar las viejas reticencias soberanas en torno al uso del aparato coactivo del Estado. El caso es que los equipos conjuntos actúan en una *fase preprocesal*, y su finalidad principal radica en “permitir el acceso a las funciones de policía judicial de representantes de otros Estados miembros, con lo cual se amplía el concepto de Policía Judicial que se maneja en España en la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* y en el *Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, de Policía Judicial*, normas a las que se remite expresamente la Disposición Adicional Primera de la Ley 11/2003. De acuerdo con ello, miembros de un Estado pueden tomar conocimiento de las actuaciones que se siguen en otro Estado, y pueden participar en las diligencias de investigación que se practiquen tomando conocimiento directo y participando activamente en la práctica de aquellas diligencias”¹²³.

La iniciativa y la constitución de estos equipos conjuntos plantean algún problema de orden constitucional en España desde la perspectiva del diseño del sistema judicial, y que tiene que ver en buena medida con el siempre complejo juego fase ascendente-fase descendente del Derecho comunitario europeo. Cabalmente, a escala europea no se suscita una problemática especial, pues la *Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002* prevé que la solicitud de constitución del equipo pueda proceder de cualquiera de los Estados miembros afectados (dejando, en virtud del principio de autonomía institucional, que cada país señale sus autoridades competentes), lo mismo que podrá efectuar esa solicitud *Eurojust* según la *Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002*¹²⁴, que contempla asimismo la

¹²³ CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación”, ya cit., pp. 172-173.

¹²⁴ *Eurojust* se creó precisamente por esa *Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002*, como órgano cuya finalidad es luchar contra las formas

participación en los equipos de funcionarios de Eurojust. Con parecida filosofía, el *Acto del Consejo de 28 de noviembre de 2002*, mediante el que se propuso un Protocolo que modifica el Convenio Europol, previo la modificación de dicho Convenio para regular la participación de los agentes de *Europol* en equipos conjuntos de investigación¹²⁵. Con ello, se reforzaba la tendencia hacia una *justicia operativa europea* y hacia una *policía operativa europea*.

Pero, como avancé, la *Ley española 11/2003, de 21 de mayo*, ha planteado interesantes problemas constitucionales al determinar la autoridad competente española para la constitución de los equipos conjuntos de investigación. Concretamente, su artículo 3 prevé tres supuestos: de un lado, cuando sólo participen funcionarios de policía, será competente para la designación de ellos el Ministerio del Interior, por lo que parecen quedar excluidas de estos equipos conjuntos las policías autonómicas, sin perjuicio de la eventual transmisión de información a éstas cuando proceda, en virtud de la disposición adicional 3ª de la Ley; el supuesto, por tanto, no es problemático, si bien confirma la estatalización de la cooperación policial española a la manera, por ejemplo, como se hizo al señalar las autoridades policiales españolas responsables en el espacio de Schengen, lo cual sí ha planteado algunas disfunciones debidas a nuestro modelo de coexistencia policial. De otro lado, el segundo supuesto, referente a una investigación sobre delitos cuyo

graves de delincuencia. La *Decisión Eurojust* tiene su base habilitante en el *Tratado de Niza*, en donde se dio carta de naturaleza a Eurojust para facilitar la coordinación de las Fiscalías nacionales y de las autoridades policiales de los países miembros de la Unión en el marco de la cooperación judicial en materia penal. Eurojust contaba con la experiencia precedente de la *Red Judicial Europea*, creada mediante la *Acción Común de 20 de junio 1998*, precisamente para mejorar asimismo la cooperación de las autoridades competentes de los Estados miembros en lo referente, especialmente, a delincuencia organizada, narcotráfico y terrorismo.

¹²⁵ La modificación consistió en la introducción de los artículos 3 bis), 3 ter) y 39 bis).

enjuiciamiento sea competencia de la Audiencia Nacional y participen jueces y fiscales, será la propia Audiencia Nacional la autoridad competente para la designación de aquéllos, a cuyo efecto la disposición adicional 1ª de la Ley remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En fin, el tercer supuesto, relativo a la participación de jueces y fiscales cuando no se trate de delitos cuya competencia recaiga en la Audiencia Nacional, se presenta más controvertido, por cuanto la autoridad competente para la designación de aquéllos es el Ministerio de Justicia: en este caso, desde el punto de vista constitucional se ha planteado idéntico problema que con el nombramiento de *magistrados de enlace*¹²⁶, de manera que en ambos casos el Ejecutivo parece interferir en el Poder Judicial (hurtando competencias el Gobierno al Consejo General del Poder Judicial, según los perfiles del órgano de gobierno de los jueces y magistrados trazados en nuestra Constitución de 1978 y en la Ley Orgánica del Poder Judicial), lo que se aleja de las tendencias más recientes a *judicializar* en lo posible la asistencia judicial internacional, como ocurre con la *euroorden* (a continuación, apartado II *infra*).

En congruencia con la delimitación de las graves violaciones de los derechos humanos que he efectuado en el capítulo primero, he de subrayar que la *Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002* prevé lógicamente la constitución de *grupos de investigación para la investigación de los responsables de los delitos de genocidio, crímenes contra la*

¹²⁶ La figura del magistrado de enlace fue creada mediante la *Acción Común 96/277, de 22 de abril*. Con soporte en esta base normativa europea, el Consejo de Ministros español procedió a nombrar al primer magistrado de enlace el 26 mayo de 2000 [*Real Decreto 958/2000 de 26 de mayo*, por el que se nombra Magistrado de enlace ante las correspondientes autoridades de la República Francesa a Don Manuel García Castellón (BOE nº 127 del sábado 27 de mayo de 2000)], lo que desde ciertos sectores se criticó como una modificación espuria de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que prevé el nombramiento de Jueces y Magistrados por el Consejo General del Poder Judicial).

humanidad y crímenes de guerra. En este caso, se trata de crear una *Red Europea de puntos de contacto* que proporcione cualquier información disponible de interés para las investigaciones relacionadas con dichos crímenes internacionales. Por supuesto, por lo que respecta a la participación de jueces y fiscales españoles, nos hallaríamos ante el segundo supuesto mencionado, al ser competencia de la Audiencia Nacional. En este terreno, la creación de la Red no puede ser más pertinente, dado el alto grado de especialización que impone la investigación de esas infracciones penales internacionales.

Lo curioso es que esos problemas constitucionales que ha planteado la mencionada *Ley 11/2003, de 21 de mayo*, parecen llamados a seguir suscitándose, a tenor de la más reciente *Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea*, por medio de la cual –según su propia exposición de motivos– “*se adapta el ordenamiento jurídico español a las necesidades derivadas del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, al tiempo que se incorporan otras medidas complementarias, singularmente, las previstas en la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo*”¹²⁷. De hecho, en la parte expositiva de la Ley se toma buena nota de esos problemas que he reseñado, al reconocerse que “*al hilo de la regulación derivada de la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, se ha querido incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una regulación mínima relativa a*

¹²⁷ Basta, para comprobar lo afirmado, la lectura de los artículos 1 y 2 de la Ley 16/2006. El primer precepto establece en su apartado 2 que “el miembro nacional de Eurojust quedará adscrito orgánicamente al Ministerio de Justicia”, mientras que el artículo 2.1 dispone que “el miembro nacional de Eurojust será nombrado por real decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia”.

otros órganos o estructuras que, en materia de cooperación judicial, han ido surgiendo en los últimos años y que carecían de reflejo normativo en nuestro derecho, como es el caso de las redes judiciales europeas y de la figura de los magistrados de enlace”¹²⁸.

Sea como fuere, esos problemas organizativos sugieren más bien un problema de déficit democrático que guarda conexión con elementos más generales relativos tanto a la fase ascendente como a la descendente de elaboración y aplicación del Derecho de la Unión Europea y que, por ello mismo, parecen guardar más relación con el sistema de fuentes y con la distribución constitucional del poder. Ahora bien, determinadas insuficiencias normativas en esta materia tienen que ver más directamente con la salvaguardia de los derechos fundamentales. Así, pese a instrumentos importantes como el SIS y el recurso a grupos especiales de investigación, todavía se siguen produciendo avances tecnológicos que facilitan la investigación de graves violaciones de derechos humanos y que, sin embargo, merecen una regulación específica para evitar problemas de insuficiencia normativa que comporte una limitación desproporcionada en los derechos fundamentales de las personas que sean objeto de una investigación criminal. A tal desafío responde, por ejemplo, la *Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*, que se hace eco de medidas propuestas tanto desde el Consejo de Europa [*Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, del Comité de Ministros, sobre utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal*] como desde la Unión

¹²⁸ Así, se aprovecha la Disposición Adicional primera (*De los magistrados de enlace*) de la Ley 16/2006 para efectuar ese “reflejo normativo”, en estos términos: “1. Se habilita al Gobierno para crear o suprimir, mediante real decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, plazas de magistrados de enlace en los destinos que proceda, de conformidad con lo previsto en el derecho de la Unión Europea, los convenios internacionales o lo acordado en términos de reciprocidad”.

Europea (por ejemplo, el Consejo de la Unión a través de sendas *Resoluciones relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 y de 25 de julio de 2001* y, sobre todo, una mención especial merece el *Tratado de Prüm de 27 de mayo de 2005*¹²⁹), sin olvidar nuestra jurisprudencia constitucional a la hora de abordar la protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN (por ejemplo, *STC 207/1996, de 16 de diciembre*), o la adecuación a la *Ley Orgánica 15/1999*.

II. LA ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL EN LA PERSECUCIÓN DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS: CONSIDERACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FIGURA CLÁSICA DE LA EXTRADICIÓN Y DE LA NOVEDOSA “EUROORDEN”

En lo que es más propiamente investigación judicial, al margen de la medida clásica de asistencia judicial penal

¹²⁹ Instrumento de ratificación de España del *Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005* (BOE nº 307 de 25 de diciembre de 2006). En el Preámbulo de dicho Tratado (conocido como “Schengen III” –como evolución del Acuerdo de 1985/Schengen I y del Convenio de Aplicación de 1990/Schengen II) los Estados Partes se declaran “dispuestos a completar el presente Tratado con otros acuerdos para hacer posible la consulta automatizada de datos de otras bases de datos pertinentes, en la medida en que ello sea necesario y proporcionado para profundizar en la cooperación transfronteriza”, y ello “Dentro del respeto de los derechos fundamentales, tal y como se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados participantes, y conscientes en particular de que la transmisión de datos de carácter personal a otra Parte Contratante requiere que en la Parte Contratante receptora se garantice un nivel adecuado de protección de datos”.

consistente en las *comisiones rogatorias*¹³⁰ u otras figuras tradicionales como el *traslado de personas condenadas* y la *ejecución de sentencias extranjeras*¹³¹, el medio más importante y al tiempo más polémico (sobre todo en materia de violaciones graves de los derechos humanos, por los conflictos de jurisdicción que plantea) es la *extradición*¹³² (para enjuiciar a una persona o para que ésta cumpla condena si ya ha sido juzgada). A este respecto, en la línea de una mayor simplificación y fluidez en las relaciones entre Estados miembros de la Unión Europea, se ha verificado un gran avance en la Unión Europea, particularmente a través de la mencionada “orden europea de detención y entrega” o “euroorden”, aprobada por el Consejo de Ministros de la Unión mediante la citada *Decisión-Marco de 13 de junio de 2002* (2002/584/JAI).

En España se incorporó por medio de la *Ley Orgánica 3/2003, de 14 de marzo*, y tuvo su primera aplicación con el *Auto de 10 de febrero de 2004 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional* (entrega de un ciudadano de nacionalidad inglesa por las autoridades judiciales españolas a las autoridades judiciales de Finlandia por presunta comisión de un delito de estafa). Con la “euroorden” se pretende superar las disfunciones provocadas (sobre todo, en materia de terrorismo) por la figura clásica de la extradición en el marco de la Unión Europea, de las que merecen destacarse dos: una de ellas, relativa a la armonización de los tipos delictivos, tiene que ver con el rechazo de demanda

¹³⁰ La asistencia judicial entre Estados, en el ámbito europeo, ha estado regulada principalmente por el *Convenio del Consejo de Europa de 1959*, con peculiaridades en el *Convenio de Aplicación de Schengen de 1990* y en distintos tratados bilaterales. Pero, sobre todo, en el ámbito de la Unión Europea, el *Convenio de Estrasburgo de 1959* se ha visto interiorizado y superado mediante el *Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 2000*.

¹³¹ Estas dos figuras aparecen reguladas en el *Convenio del Consejo de Europa de 1983*, así como en el *Convenio de Aplicación de Schengen de 1990* y en el *Convenio de Bruselas de 1991 para los Estados miembros de la Unión Europea*.

¹³² Referencia obligada en este caso es el *Convenio Europeo de Extradición del Consejo de Europa de 13 de diciembre de 1957*.

extradicional por el país requerido en un entendimiento rígido y formalista del principio de doble incriminación, al no considerarse equivalentes las figuras de colaboración o pertenencia a banda armada, banda terrorista, banda de malhechores o asociación mafiosa¹³³. La otra, estrechamente vinculada a la anterior, consiste en la poca exitosa adopción del también mencionado *Convenio de 27 de septiembre de 1996 relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea*, en el cual, uno de sus puntos controvertidos era la exclusión total de la figura del asilo político entre esos Estados¹³⁴, como causa para la denegación de una extradición salvo en caso de que en el país requirente se hubiera recurrido a la adopción de medidas excepcionales de suspensión de derechos con apoyo en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³⁵.

Lo bien cierto es que, en Europa, esa “euroorden” se sitúa en un tercer estadio, en la medida en que: por un lado, se supera el llamado “sistema de lista” introducido por los Tratados internacionales de extradición clásicos, mediante los que regía entre los Estados Partes la obligación recíproca de entregarse a

¹³³ Véase FAUCHON, P.: *Vers la construction d'un espace judiciaire européen?*, Les rapports du Sénat, n° 352, Paris, 1996-1997, pp. 19-20: el autor destaca el *handicap* constituido por la ausencia de unificación de los tipos y los procedimientos penales en el caso de la lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo, poniendo ejemplos de divergencias entre países (por ejemplo, entre el Código penal italiano y el Código penal francés).

¹³⁴ Recuérdese que no procede la extradición por delitos políticos, excluyéndose del concepto de delito político los actos terroristas (véase en tal sentido el *Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977* y el artículo 13.3 de la *Constitución española* –a tenor de esta disposición constitucional “la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”–).

¹³⁵ Obviamente, si esa exclusión parecía coherente bajo un ángulo político, dado el parámetro de democraticidad que disciplina la pertenencia a la Unión Europea, presentaba serias dudas en el plano jurídico de conformidad con la normativa internacional sobre estatuto del refugiado.

los presuntos delincuentes por la comisión de alguno de los delitos del elenco establecido en el Tratado; como fácilmente se colegirá, la imperfección técnica del sistema derivaba de dejar impunes los delitos que no figuraran en el listado. Por otro lado, se mejora asimismo el segundo mecanismo, más avanzado, instituido mediante el *Convenio Europeo de Extradición del Consejo de Europa de 13 de diciembre de 1957*, que sustituyó el sistema de lista por el de “mínimo punitivo”, de modo que procedía la entrega extradicional cuando el delito que daba lugar a la petición de entrega estuviera castigado en el Estado requirente y en el requerido (principio de doble incriminación) con la pena mínima señalada en el Convenio (principio de mínimo punitivo)¹³⁶. Con este segundo sistema, empero, se produjeron contenciosos, por ejemplo, entre Bélgica y España en 1996, al denegar la jurisdicción competente belga para la extradición pasiva una demanda extradicional formulada por la jurisdicción española (extradición activa) respecto de dos presuntos miembros o colaboradores con banda armada terrorista, al considerar la primera que esa figura delictiva española no coincidía formalmente con la figura belga de pertenencia o colaboración con asociación de malhechores¹³⁷.

Por fortuna, desde que con el *Tratado de Maastricht de 1992* se abriera en la Unión Europea la vía de la cooperación intergubernamental en materia judicial penal (en el entonces llamado “tercer pilar”), se progresó en la idea de que las relaciones entre los sistemas jurídicos europeos deben estar presididas por la confianza, llegándose a implantar mediante la

¹³⁶ Un año cuando la petición extradicional tenía por objeto la entrega para enjuiciar al reclamado, y cuatro meses si la demanda extradicional iba dirigida a ejecutar una pena ya impuesta en sentencia firme.

¹³⁷ Sobre la experiencia española de la extradición activa y pasiva, especialmente en casos de terrorismo, véase el trabajo de FUNGAIRIÑO BRINGAS, E.: “La cooperación judicial. El Convenio Europeo de Extradición”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 14 (monográfico sobre *La seguridad interior en la Unión Europea*), 1995, pp. 93-104.

“euroorden” un sistema de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (desarrollado mediante la citada *Decisión-Marco de 13 de junio de 2002*), que combina el sistema de lista (treinta y dos delitos que pueden dar lugar a la entrega inmediata) con el de mínimo punitivo (que el delito que da origen a la petición de entrega esté castigado en la legislación del Estado requirente con pena de tres años o superior), desapareciendo (un punto esencial de controversia desde la perspectiva constitucional) el principio de doble incriminación (ya no es necesario que en el Estado requerido estén tipificados los hechos controvertidos como delito)¹³⁸.

Además, con la “euroorden” se simplifican enormemente los trámites procedimentales, estableciéndose un plazo máximo de entrega (sesenta días, prorrogables por otros treinta excepcionalmente), y se diseña un formulario susceptible de ser cumplimentado fácilmente por la autoridad judicial que pide la

¹³⁸ En efecto, es importante subrayar que la entrega de la persona reclamada por medio de la euroorden, a diferencia de lo establecido en el artículo 6 de nuestra *Ley de Extradición Pasiva* (según la cual la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no es vinculante para el Gobierno), se producirá dentro de los diez días siguientes a la decisión judicial de entrega, sin más trámites, y sin necesidad de control de la doble tipificación de los hechos cuando se trate de alguno de los delitos que en catálogo cerrado se enumeran (así lo ha subrayado PUERTA LUIS, L.R.: “Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional”, ya cit., p. 35). Véase asimismo MARIN, L.: “Il *ne bis in idem* dello spazio penale europeo”, *Quaderni costituzionali*, n° 3/2005, pp. 681: la autora se refiere a los riesgos de la supresión del principio de doble incriminación en la orden europea de detención, “fenómeno que merece atención, por cuanto en la legislación penal encuentra su fundamento y límite la máxima expresión del poder coactivo del Estado sobre el individuo, es decir, el uso de la fuerza y la restricción de la libertad individual”. La cuestión todavía es más compleja cuando se confronta con sistemas diversos, por ejemplo, con Estados Unidos: véase PASQUERO, A.: “Il mutuo riconoscimento delle decisioni penali nel mandato d’arresto europeo e nella *rendition* statunitense”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 4, 2005, pp. 978-979: el trabajo plantea los problemas que se derivarían de la aceptación de la “euroorden” en Estados Unidos bajo la óptica del principio de la doble incriminación, con apoyo en el principio del “full faith and credit” sentado en la jurisprudencia de la *Supreme Court* norteamericana.

entrega. Pero, sobre todo, el otro punto que me parece esencial a los efectos de instrucción de causas frente a presuntos responsables de graves violaciones de los derechos humanos, radica en que *el procedimiento se despolitiza*, esto es, que se prescinde de la intervención de la autoridad política dándose pie a que la persecución internacional de los delitos se lleve a término directamente entre órganos judiciales (el gobierno de cada país intervendría, en su caso y exclusivamente, para prestar apoyo técnico, consistente en la traducción de la orden de entrega al idioma del país requerido)¹³⁹.

Aun con todo, el funcionamiento de la “euroorden” no deja de plantear problemas desde el punto de vista del respeto de los derechos constitucionales de defensa, habiendo sido ya objeto de análisis crítico por parte de la jurisdicción constitucional española¹⁴⁰. El caso es que, en comparación con la postura adoptada por otras jurisdicciones constitucionales extranjeras, me ha parecido más acertado el enfoque efectuado por el Tribunal Constitucional español, consistente en no haber suscitado un problema genérico de utilización de este procedimiento especialmente acelerado de extradición (de “turboextradición” se

¹³⁹ Al respecto, DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, *Actualidad Penal*, nº 4 (semana del 20 al 26 de enero de 2003): según el citado autor, la “euroorden” consistiría en una extradición simplificada, sin que se altere esa naturaleza jurídica extradicional por el hecho de que se elimine la intervención de los Ministerios de Justicia y se acentúe el protagonismo de los sistemas judiciales.

¹⁴⁰ Por ejemplo, *STC 339/2005, de 20 de diciembre*. En ella se estima parcialmente el recurso de amparo 4760/2004, formulado contra autos de la Audiencia Nacional por los que se accedía a la entrega a Francia del demandante solicitada en virtud de orden europea de detención y se acordaba y confirmaba la prisión provisional del recurrente, reconociendo a éste su derecho a la asistencia de letrado en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, anulando los autos mencionados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la audiencia prevista en el artículo 14 de la Ley 3/2003, a fin de que vuelva a celebrarse con respeto al derecho fundamental reconocido.

ha hablado en ocasiones), sino en sancionar las concretas disfunciones susceptibles de merecer un otorgamiento del amparo constitucional en supuestos específicos¹⁴¹. Al contrario, en Alemania, el *Tribunal Constitucional federal alemán*, mediante *Sentencia de 18 de julio de 2005*¹⁴², declaró la nulidad de la *Ley alemana de 21 de julio de 2004 que incorporaba la euroorden* por cuanto, en esencia, dicha ley no preveía la negativa a entregar a la persona reclamada cuando el delito se hubiera cometido en Alemania ni permitía interponer un recurso contra la decisión de entrega. Desde luego, asumiendo semejante crítica¹⁴³ (la sentencia trae su origen del recurso de amparo promovido por un ciudadano sirio nacionalizado alemán que, a través de una euroorden, fue reclamado por España para ser enjuiciado en nuestro país como presunto integrante de Al

¹⁴¹ Suscribo así el balance efectuado por ARANGÜENA FANEGO, C.: “La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la decisión marco sobre la euroorden”, *Revista de Derecho Penal*, nº 10, 2003: si bien la autora concluye que la transposición ha sido aceptable en líneas generales y realizada con prontitud (p. 94), critica que “sin embargo, y quizás por esa rapidez, su resultado final no es satisfactorio, abriéndose numerosos interrogantes en cuanto a su tramitación, al haberse limitado prácticamente a llevar al texto de la ley las líneas contenidas en la Decisión marco sin haberse preocupado de efectuar el debido ajuste en atención a las exigencias y principios que informan nuestro modelo procesal penal, encomendando el procedimiento a dos órganos jurisdiccionales diversos sin un claro y adecuado reparto de competencias entre ambos, y negando la posibilidad de recurrir la decisión de entrega” (p. 95).

¹⁴² *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, 2 BvR 2236/04, 18.7.2005). Puede accederse al texto en la dirección: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html.

¹⁴³ Como dato curioso digno de mención, conviene recordar que la sentencia constitucional alemana estuvo precedida por la postura hecha pública por ciento veintitrés profesores penalistas germanos oponiéndose a la transposición de la euroorden al ordenamiento de la República federal, en la medida en que tal medida acarrearía para ellos problemas de inconstitucionalidad: para una aproximación a esas tesis contrarias puede leerse la colaboración de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *La Ley*, nº 6069, de 26 de julio de 2004, p. 3.

Qaeda), la posición de la jurisdicción constitucional alemana se fundamenta en un criticable juicio abstracto¹⁴⁴, y adicionalmente plantea un problema de responsabilidad supranacional europea y ralentiza la cooperación judicial en el seno de la Unión, por cuanto los jueces de los demás países europeos que se dirijan a las autoridades judiciales germanas no tendrán más remedio que seguir acudiendo a la extradición clásica¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Comparto así la crítica formulada por TOMUSCHAT, Ch.: “Inconsistencias: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 sobre la orden europea de detención y entrega”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006, pp. 256 y 263: en esa sentencia “se aprecia que el Tribunal ha estructurado sus explicaciones conforme al modelo del control abstracto de normas, sin ocuparse en detalle del caso concreto o de las implicaciones para el recurrente. En ningún lugar se examina la especial afectación a los derechos fundamentales del recurrente; la supuesta lesión es deducida simplemente del hecho de que la Ley sobre asistencia jurídica internacional en materia penal, en la redacción que le da la Ley sobre la orden europea de detención, no satisface las exigencias generales en materia de derechos fundamentales que derivan de los arts. 16.2, frase segunda [la libertad de los ciudadanos alemanes frente a la extradición a un tercer Estado], y 19.4 GG, y por ello también de los arts. 2.1 y 20.3 GG. (...) El Tribunal dedica una atención extraordinaria al reproche de la ‘desestatalización’. (...) Menos fácil de ver es la razón por la que en este contexto se rechaza, de forma un tanto admonitoria, una ‘armonización general del Derecho penal de los Estados miembros’. ¿Por qué una liga de Estados (*Staatenverbund*), que se ve a sí misma como una comunidad política con valores comunes, no puede proponerse una armonización del Derecho penal, que ha de ser concebido justamente como instrumento para proteger tales valores comunes?”. Con similar sentido crítico, que comparto, al comentar esa sentencia constitucional alemana sobre la “euroorden”, ha advertido VIDAL PRADO, C.: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, mayo-agosto 2006, p. 274: “El Tribunal se ha detenido más en subrayar la primacía del Derecho constitucional alemán sobre el Derecho comunitario, que en entrar, por ejemplo, a estudiar las implicaciones concretas del caso que tenía entre manos, relacionado con el terrorismo internacional. Tampoco parecen haberle preocupado al BVerfG las consecuencias que su decisión puede tener de cara al proceso de integración europea. Es más, algunas de las afirmaciones no permiten albergar expectativas demasiado favorables hacia este proceso, aunque siempre puede haber una rectificación, incluso parcial, de las posiciones que se contienen en la sentencia”.

¹⁴⁵ Más crítico con la postura de la jurisdicción constitucional española se ha mostrado DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI; T.: “El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006: “Al contrario de lo que ha ocurrido en otros países en los que los Tribunales Constitucionales se han planteado la constitucionalidad de determinados aspectos contenidos en las leyes nacionales de transposición de tal decisión marco, en nuestro país el Alto Tribunal ha preferido ‘sortear’ tales cuestiones”, lo que dicho autor reconduce –al comentar la STC 177/2006– a la falta de motivación suficiente acerca de la exigencia de reciprocidad y a la falta de

Por último, en el marco de la reseñada discusión constitucional, es preciso mencionar la reciente *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007 (asunto C-303/05, caso Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad)*, mediante la que se pronuncia directamente sobre la Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la euroorden, con motivo de una cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 35 del Tratado de la Unión Europea, por el *Arbitragehof* belga. La cuestión prejudicial trae su petición presentada en el marco de un recurso interpuesto por la asociación *Advocaten voor de Wereld VZW* ante el *Arbitragehof* con el fin de que se anulara la *Ley belga de 19 de diciembre de 2003, relativa a la orden de detención europea*. El fallo del Tribunal de Justicia apuesta por no poner reparos al proceso de integración europea, declarando textualmente que “el examen de las cuestiones planteadas no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros”; y ello tras analizar la Decisión marco sobre la base del principio de legalidad de los delitos y las penas y del principio de igualdad y no discriminación.

III. LA POLÉMICA INSTRUCCIÓN DESDE ESPAÑA DE VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS PERPETRADAS EN OTROS PAÍSES: PRIMER ACERCAMIENTO A LA JUSTICIA ESPAÑOLA COMO JUSTICIA UNIVERSAL

En el marco constitucional y supranacional que se viene reseñando, uno de los puntos más polémicos que se han suscitado en España en torno a la instrucción de hechos gravemente

condicionamiento de la entrega a la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria dictada en ausencia del condenado.

atentatorios contra la dignidad humana, ha derivado de la aplicación del ya mencionado artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Con semejante disposición legal, si es cierto que pueden generarse conflictos de jurisdicción, en contrapartida se da respuesta al problema de la validez espacial de la ley penal o, mejor aún, se superan los escollos que, para la instrucción desde España de violaciones graves de derechos humanos perpetradas en otros países, podría plantear el criterio clásico de la territorialidad. Pues, en efecto, este principio de territorialidad o principio de *forum loci comissi* constituye el criterio principal de atribución de jurisdicción, de modo que con el recurso a la competencia universal o extraterritorial se sortean los problemas y las teorías relativas a qué debe entenderse por lugar de comisión del delito, pues en teoría las normas que reconocen validez extraterritorial a la norma penal siempre colisionarán con el criterio de atribución de jurisdicción por el lugar del hecho.

Desde este punto de vista se han sostenido diversas teorías en torno al lugar de la comisión en los “delitos a distancia”, siendo la llamada “teoría de la ubicuidad” la que más se aproxima al criterio de la extraterritorialidad¹⁴⁶, que por lo demás ha sido recogido, al margen de en el reiterado artículo 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* por razones obvias, en el

¹⁴⁶ En lo que atañe al criterio clásico de territorialidad, existen diversas teorías para determinar el lugar de comisión de un delito, que resulta controvertido en los casos de los llamados “delitos a distancia”, en los que el lugar de la acción y el resultado son distintos (ejemplo, carta injuriosa enviada desde España cuyo destinatario la recibe en el extranjero). La “teoría de la actividad” tiene en cuenta el lugar donde actuó el autor o donde debió haber actuado (omisión). La “teoría del resultado” atiende, por el contrario, al lugar donde se produce el resultado típico. Frente a estas teorías, está muy extendida la “teoría de la ubicuidad”, conforme a la cual se considera lugar de comisión tanto el de la acción como el del resultado típico, pretendiéndose con ello evitar lagunas derivadas del principio de territorialidad. He tomado la síntesis de estas teorías de J. A. CHOCLÁN MONTALVO (“Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación”, ya cit., pp. 184-185) quien además añade que debe estarse a las peculiaridades de cada supuesto.

Código Penal respecto al delito de blanqueo de capitales¹⁴⁷. Sea como fuere, la conflictividad potencial inherente al criterio de extraterritorialidad y, por ello mismo, a la teoría de la ubicuidad, impone el recurso a criterios complementarios de determinación de la competencia, como el llamado “fuero de prevención”, a tenor del cual cuando actúen varios jueces competentes tendrá preferencia el que inicie antes las actuaciones respecto al presunto delito. Este fuero es el que determinó que en el caso Pinochet (cuando el ex dictador chileno se encontraba en el Reino Unido con motivo de un viaje que efectuó a dicho país para recibir tratamiento médico en 1998) las autoridades judiciales inglesas atendieran en primer lugar, con arreglo a la *Extradition Act* inglesa, la petición de extradición española, que se adelantó a las demandas extradicionales de autoridades judiciales de otros países para instruir la causa por los actos de barbarie consistentes en torturas, asesinatos y desapariciones de individuos a gran escala en Chile y en países relacionados con el régimen dictatorial chileno de entonces¹⁴⁸. Una lamentable ironía del destino, como se apuntó en el capítulo introductorio, ha determinado que el ex dictador chileno falleciera en 2006 el *Día internacional de los derechos humanos* (10 de diciembre), lo que

¹⁴⁷ Concretamente, en el artículo 301.4 del *Código Penal*.

¹⁴⁸ Un análisis pormenorizado del caso Pinochet en MARTÍN CANIVELL, J.: “El caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *El Derecho penal internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001. Entre los pormenores del caso, recuérdese que la primera decisión de la Cámara de los Lores, de 25 de noviembre de 1998, fue posteriormente anulada el 15 de enero de 1999, en razón de que el tribunal que lo decidió no estaba correctamente constituido; es decir, que también para un responsable de graves violaciones de derechos humanos como lo era el general Pinochet jugaba el respeto de los derechos fundamentales, en este caso, al *due process of law* (después de la primera decisión se tuvo conocimiento de que uno de los cinco jueces, lord Hoffmann, contribuía económicamente al mantenimiento de la ONG Amnesty International, que había alertado de la presencia de Pinochet en el Reino Unido, y de que su esposa trabajaba para la misma ONG).

ha conducido a archivar todas sus causas penales pendientes sin poder ser condenado por los crímenes cometidos¹⁴⁹.

Así las cosas, con base habilitante, especialmente, en el citado artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la primera actuación de la jurisdicción española en este terreno, que adquirió un lógico gran relieve en la opinión pública internacional, fue el *Auto de 28 de junio de 1996 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional* en el que se dispuso “*declarar competente a la Jurisdicción española y dentro de ella, a este Juzgado, para la instrucción de este Procedimiento en averiguación de los hechos denunciados y*

¹⁴⁹ Ello sin perjuicio de las causas colaterales que afectan a familiares y allegados de Pinochet, por la enorme fortuna que acumuló éste en cuentas secretas en el exterior. A su muerte, el ex dictador chileno estaba procesado por fraude tributario, malversación de caudales públicos y utilización de pasaportes falsos. En realidad, las causas pendientes se redujeron considerablemente tras la *Resolución de 3 de enero de 2007 de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile*, que dejó sin efecto la mayor parte de los procesamientos dictados en enero de 2006 por el juez Carlos Cerda (en octubre de 2006 había trascendido que Pinochet habría ocultado nueve mil kilos de oro en lingotes valorados en ciento veintisiete millones de euros, en un banco de Hong Kong; en contrapartida, en febrero de 2005 se había producido algún avance, como la aceptación por un banco de Estados Unidos –Banco Riggs National Corp, con sede en Washington, D.C.– de pagar ocho millones de dólares a un fondo de resarcimiento a las víctimas de crímenes cometidos por el ex dictador chileno y antiguo cliente de la entidad financiera, a cambio de que se retiraran los cargos penales y civiles contra la compañía y siete ex y actuales directores y empleados). Con respecto a este último supuesto mencionado, se pone de manifiesto no sólo el ejercicio “clásico” de justicia universal en el ámbito penal (ese acuerdo tuvo su impulso fundamental en la acción de la Audiencia Nacional española contra Augusto Pinochet), sino asimismo la acción extraterritorial judicial en el terreno civil: sobre esta cuestión, puede leerse FLAUSS, J.F.: *Violations graves des droits de l’homme et compétence civile universelle*”, en *Protection internationale des droits de l’homme et droits des victimes/International protection of human rights and victim’s rights*, Strasbourg, Institut International des Droits de l’Homme, juillet 2006. Para una investigación más exhaustiva, acúdase a la página web www.nsarchive.com (*The National Security Archive*, The George Washington University, December 2007), en el que aparecen miles de documentos desclasificados durante el gobierno del Presidente Bill Clinton poco después del arresto de Pinochet en Londres, por ejemplo en el enlace “Operación Cóndor en el Archivo del Terror”.

persecución de los delitos cometidos por los querellados, cualesquiera que fueren responsables y así se determinen”, ello en relación con la querrela formulada por la Asociación Progresista de Fiscales (a la que se sumaron otras entidades) denunciando delitos de genocidio y terrorismo con resultados de muerte, detenciones ilegales, desapariciones y otros ocurridos en Argentina respecto de cientos de ciudadanos españoles o familiares de españoles durante la dictadura militar entre 1976 y 1983.

Como es conocido, en España es la Sala Penal de la Audiencia Nacional la jurisdicción competente a estos efectos de justicia universal (para el enjuiciamiento, ocupándose los Juzgados Centrales de Instrucción de la previa fase de averiguación), como jurisdicción especializada (que no como Tribunal de excepción, estando expresamente prohibida esta categoría en el artículo 117.6 de la Constitución española)¹⁵⁰.

Al hilo de este pronunciamiento, me limitaré por el momento a efectuar las siguientes consideraciones:

1ª) La competencia universal de los tribunales españoles para la instrucción (y para el enjuiciamiento) de causas por graves violaciones de los derechos humanos no ha sido una cuestión pacífica ante los altos órganos jurisdiccionales españoles hasta la *STC 237/2005, de 26 de septiembre (infra)*¹⁵¹.

2ª) El loable fin humanitario y jurídico del precepto español de referencia (artículo 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*) u otros preceptos extranjeros similares, se enfrenta en

¹⁵⁰ Véase FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz”, *Poder Judicial*, nº 36, diciembre 1994; así como JIMENA QUESADA, L.: “Juridictions militaires et juridictions d’exception en Espagne”, en la obra colectiva *Juridictions militaires – Juridictions d’exception: perspectives comparées et internationales* (dir. por Elisabeth Lambert Abdelgawad), Paris, Éditions des Archives Contemporaines/Agence Universitaire de la Francophonie, 2007, pp. 233-263.

¹⁵¹ Véase asimismo *227/2007, de 22 de octubre*.

su aplicación práctica con un obstáculo político casi infranqueable, a saber, la realización de un juicio previo por parte de la justicia extraterritorial acerca de la inoperancia (por cualesquiera motivos) de la justicia a la que correspondería actuar conforme al principio de territorialidad, lo que por el mismo motivo se manifestará seguramente en una inoperancia de la segunda para facilitar, con la debida colaboración, la instrucción intentada por la primera¹⁵². A ello se suma la circunstancia de que la investigación extraterritorial de los hechos denunciados, que normalmente se verificará después de un cambio de régimen político o de circunstancias políticas en donde además se compruebe la inactividad de la justicia interna, tropieza con otro escollo que dificulta la instrucción, el factor tiempo¹⁵³.

3ª) A lo precedente todavía cabría adicionar las dificultades derivadas del propio ordenamiento nacional de la justicia extraterritorial, para lo que me permito citar la *STC 169/2001 de 16 de julio*, dictada en el recurso de amparo nº 3824/1999 (“caso Adolfo Scilingo Manzorro”). En dicha sentencia constitucional se otorga el amparo al demandante (de nuevo con relación a conductas gravemente delictivas cometidas en Argentina y Chile durante los regímenes militares) anulándose las resoluciones de la Audiencia Nacional que, en la instrucción de esas causas, habían impuesto como medida cautelar la consistente en la libertad provisional con prohibición de

¹⁵² Por ello se ha subrayado que la praxis estatal entraña que el conocimiento de dichos crímenes internacionales por parte de jurisdicciones extraterritoriales queda sometido a restricciones que hacen inaplicable el principio de justicia universal: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Jurisdicción internacional y jurisdicción universal penal”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1999*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 323.

¹⁵³ Sobre este punto, léase el razonamiento jurídico primero del citado *Auto de 28 de junio de 1996 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional*: “Sólo la mente humana es capaz de imaginar, diseñar y ejecutar los horrores que en estas causas se describen. (...) los que ahora corresponde investigar a la Jurisdicción española con la losa que representa el tiempo transcurrido”.

abandonar el territorio español y retirada del pasaporte, como consecuencia de la insuficiencia de *Ley española de enjuiciamiento criminal* al no prever ésta explícitamente esa medida. Este pronunciamiento es tanto más importante cuanto que, por una parte, el demandante de amparo acudió voluntariamente a declarar ante la jurisdicción española y, por otra, si la presencia de los presuntos responsables en este tipo de delitos previstos en el artículo 23.4 de la Ley española del Poder Judicial no es necesaria para la apertura del procedimiento, sí lo es para el enjuiciamiento, dado que contraviene el ordenamiento español el juzgamiento en rebeldía de estos crímenes.

4ª) En fin, estos pronunciamientos internos de justicia universal posiblemente hayan servido para reducir la crítica al déficit de legitimidad de los Tribunales Penales internacionales *ad hoc* (ex-Yugoslavia y Ruanda), así como para fortalecer la función a desempeñar por la Corte Penal internacional permanente instituida mediante el *Estatuto de Roma de 1998*¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Cfr. JIMENA QUESADA, L.: “La Justicia Nacional ante y frente a las disfuncionalidades de la Justicia Internacional”, en el colectivo *Hacia una Justicia internacional*, Madrid, Servicio Jurídico del Estado, 2000, pp. 767-787.

CAPÍTULO TERCERO.
EL ENJUICIAMIENTO DE LOS RESPONSABLES
POR CAUSAS GRAVES EN MATERIA
DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

I. LA APERTURA DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL AL DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y A LOS ÓRGANOS SUPRANACIONALES COMPETENTES: ESPECIAL REFERENCIA AL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En este capítulo, enfocado desde España, a efectos de sistematización creo que habría que distinguir dos niveles. En el primero, las previsiones de la normativa interna respecto a la entrada en escena del Derecho internacional penal y humanitario y de los órganos supranacionales competentes (en este apartado I). Y, en el segundo nivel, la regulación interna que otorga competencia universal a los órganos jurisdiccionales nacionales para enjuiciar esas causas graves en materia de derechos humanos (apartado II, *infra*). Teniendo en cuenta, en tercer lugar, la necesaria acción de sinergia, cooperación y complementariedad entre ambos niveles (apartado III, *infra*).

La aproximación al *primer nivel* no debe conllevar, en esta sede, un estudio exhaustivo de todo el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, que constituye un extenso corpus de Derecho internacional penal, sino aquellas cláusulas del Estatuto que han suscitado problemas de constitucionalidad en el ordenamiento español y en otros ordenamientos. Así, de las diversas cuestiones de relevancia constitucional, me parece interesante partir de aquella que ponía en entredicho el estatuto especial del Jefe del Estado español y de nuestros representantes parlamentarios y gubernamentales, para lo cual procede tomar como referencia el artículo 27 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, a tenor del cual: “1. *El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el*

cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de un a persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. Como es sabido, la razón última de la improcedencia o inadmisibilidad del cargo oficial como excusa absolutoria es evitar la alegación de “actos de Estado” o la exageración del principio de no injerencia en los asuntos internos, para que quienes ejecuten esos actos no queden impunes ni protegidos por la doctrina de la soberanía del Estado.

Pues bien, en el caso de España, la ratificación del *Estatuto de Roma* planteó la posible contradicción del citado artículo 27 con las normas de la *Constitución vigente de 1978* referentes a la irresponsabilidad del Monarca (artículo 56.3), así como a la inmunidad y el fuero especial ante la Sala Penal del Tribunal Supremo de los parlamentarios (artículo 71) y de los miembros del Gobierno (artículo 102). A mi modo de ver, el *Consejo de Estado español*, en su *dictamen plenario de 22 de julio de 1999*, afrontó de manera adecuada la consulta efectuada por el Gobierno, entendiendo que la irresponsabilidad del Rey se fundamenta en su posición como Jefe del Estado cuyos actos son debidos y, por tanto, la responsabilidad se trasladaría a quien refrendara dichos actos (Presidente del Gobierno o Ministros competentes) a los efectos del artículo 25 del Estatuto (*responsabilidad penal individual*), en conexión con los artículos 27 (*improcedencia de cargo oficial*) y 28 (*responsabilidad de los jefes y otros superiores*) del propio Estatuto de Roma.

Una solución diversa, respecto a dicha problemática, se ha alcanzado en otros sistemas constitucionales. A título de ejemplo, el *Tribunal Constitucional chileno*, mediante *sentencia de 9 de*

abril de 2002 declaró que “*el artículo 58 de la Constitución Política establece, con el doble objetivo de asegurar la independencia del Congreso y una mayor libertad de acción a sus miembros, ciertos beneficios, como son la inviolabilidad y el fuero parlamentario*” (considerando 83°); de suerte que, al confrontar dicha disposición constitucional con el artículo 27 del Estatuto de Roma “*aparece con nitidez que el fuero parlamentario*” queda “*sin efecto porque hace desaparecer este sistema, ya que prevé un procesamiento directo ante la Corte, lo que resulta incompatible*” con la disposición constitucional citada (considerandos 87° y 88° de la sentencia).

Esa misma contrariedad entre la Constitución y el Estatuto de Roma se predica de las prerrogativas reconocidas a los jueces chilenos. Además, el Tribunal Constitucional chileno deduce otras contradicciones del Estatuto con la Carta Magna chilena, en materia de la autoridad que puede otorgar los beneficios del indulto y la amnistía como atribuciones especiales del Presidente de la República o del Parlamento, respectivamente, y de incompatibilidad de las funciones de la Fiscalía ante al Corte Penal Internacional con las funciones atribuidas constitucionalmente a los fiscales chilenos. Todo lo cual conduce al Tribunal Constitucional chileno a acoger la “*petición de inconstitucionalidad planteada*” y “*se declara que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa*”.

Retomando, pues, el caso español, cabe sintetizar diciendo que tanto en el supuesto del artículo 56.3, como en el caso de la inmunidad y fuero especial de los artículos 71.3 y 102.1 de la Constitución (para parlamentarios y miembros del Gobierno, respectivamente), suscribo la tesis de que en nuestro sistema constitucional no se observa contradicción entre dichos preceptos y el artículo 27 del Estatuto de Roma que no sea superable por la

vía del artículo 93 de la Carta Magna española, que prevé la transferencia mediante Ley Orgánica del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución: en congruencia con ello, mediante *Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, se autorizó la ratificación por España del Estatuto*. A similar solución se ha llegado en otros países europeos que no han precisado modificar sus Constituciones para incorporar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues sus textos autorizaban expresamente la transferencia de competencias soberanas en estas materias, pudiendo señalarse, a título de ejemplo, además de España, Austria, Holanda o Italia.

Al contrario, en otros países de la Unión Europea como Francia, Irlanda, Luxemburgo o Portugal, que no cuentan con una cláusula análoga de apertura supranacional que dote de flexibilidad a la interpretación del edificio constitucional, fue preciso acometer la reforma de la respectiva Ley Fundamental:

- En Francia, el *Consejo Constitucional*, por *decisión N° 98-408 DC, de 22 de enero de 1999*, resolvió la necesidad de reformar la Constitución de 1958 para aprobar el Estatuto de Roma por la incompatibilidad que existía entre determinados aspectos de dicho Estatuto y la Carta Política Francesa, dictándose al efecto la *Ley Constitucional N° 99-568, de 8 de julio de 1999*, por la cual se incorporó en el Título VI de la Constitución, un artículo 53-2, redactado en los términos siguientes: “*La República puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en las condiciones previstas por el Tratado firmado el 18 de julio de 1998*”.

- Por su parte, la República de Irlanda enmendó su Carta Fundamental, mediante la *Vigésima Tercera Enmienda de la Constitución*, que entró en vigor el *27 de marzo de 2002*, adicionando a su artículo 29, una disposición que prescribe: “*El Estado puede ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito en Roma el 17 de julio de 1998*”.

- Con similar proceder, Luxemburgo modificó, tras el *dictamen* (“avis”) del Consejo de Estado luxemburgués de 4 de mayo de 1999, el artículo 118 de su Constitución para aprobar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por *Ley de 8 de agosto de 2000*, estableciendo que “*las disposiciones de la Constitución no serán obstáculo para aprobar el estatuto de la Corte Penal Internacional y para la ejecución de las obligaciones establecidas bajo las condiciones previstas por este Estatuto*”.

- Otro ejemplo en tal sentido lo ofrece Portugal, cuyo Gobierno presentó a la Asamblea de la República la propuesta de Resolución N° 41/VIII “*teniendo como fin la aprobación, para ratificación, del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional*”¹⁵⁵, tras lo cual la Asamblea de la República aprobó con fecha 4 de octubre de 2001, modificar la Carta Fundamental, dictándose la *Ley Constitucional* respectiva el 12 de diciembre de 2001, la cual incorporó, en su artículo 7º, un nuevo número 7, que dispone: “*Portugal puede, teniendo en vista la realización de una justicia internacional que promueva el respeto de los derechos de la persona humana y de los pueblos, aceptar la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, en las condiciones de complementariedad y demás términos establecidos en el Estatuto de Roma*”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ En dicha propuesta se contiene el parecer de la Comisión de Asuntos Constitucionales, Derechos, Libertades y Garantías de esa Asamblea, siendo interesante transcribir lo expuesto por dicha Comisión en su párrafo primero del punto 2, que expresa: “Aunque la Constitución de la República Portuguesa se puede describir como una Constitución ‘amiga del derecho internacional’ (Jorge Miranda), no lo es hasta el punto de reconocer, como otras (Holanda y Austria) la supraconstitucionalidad del derecho internacional convencional”.

¹⁵⁶ En algunos otros países de la Unión Europea, la incorporación del Estatuto de Roma también ha tenido relevancia constitucional, como ha ocurrido en Alemania. Al respecto, puede leerse WILKITZK, P.: “The German Law on cooperation with the ICC”, *Revue internationale de droit pénal* (Association internationale de droit pénal), 1º/2º trimestres de 2005, pp. 97-103: en este trabajo se da cuenta de los esfuerzos efectuados en la República Federal de Alemania para incorporar las exigencias del Estatuto de Roma, y que incluyen una ley de modificación de la Constitución que permite la entrega de nacionales alemanes a los tribunales internacionales, una ley que contiene un código nacional relativo a crímenes contra el Derecho internacional, y una ley que adapta la

Retornando a nuestras fronteras, la cuestión expuesta no era baladí en el caso de España, por las consecuencias que hubieran podido derivarse de su participación en la guerra de Irak o en otras misiones futuras en las que participen fuerzas militares españolas. Así, es menester destacar un primer pronunciamiento negativo de la jurisdicción española que, no obstante, puede tener interés para casos posteriores que eventualmente se sustancien en España o ante la Corte Penal Internacional¹⁵⁷. Me refiero, al *Auto*

legislación alemana sobre cooperación en asuntos penales al Estatuto de Roma. Esta última incluye las diversas formas de cooperación con la Corte Penal internacional, permitiendo que ésta emprenda independientemente actos procesales y lleve a cabo sesiones en territorio alemán, lo que el autor describe como “revolucionario” (p. 101). Lo mismo ha sucedido en países de Latinoamérica: así, además del caso chileno, ya reseñado en el cuerpo del texto, la Constitución política de Colombia menciona la Corte en su artículo 93, tras la reforma constitucional operada mediante el Acto Legislativo N° 2 de 2001; de todos modos, en sentido opuesto a Alemania, amparada en el artículo 124 del Estatuto de Roma, Colombia, al ratificar el mismo (lo ratificó el 5 de agosto de 2002), excluyó (una especie de ratificación “a la baja”) de su jurisdicción por un periodo de 7 años la competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar en su territorio crímenes de guerra (ello con el fin de facilitar las negociaciones con los grupos armados irregulares, ante un eventual proceso de paz; en dicha ratificación y amparada en el mencionado precepto, se excluyó asimismo de la jurisdicción de la Corte a las tropas estadounidenses que, en territorio colombiano, se encuentran prestando asesoría militar).

¹⁵⁷ En el ámbito interno, el Partido Comunista de España en Andalucía presentó varias querellas por crímenes de guerra (relacionados con la participación española en la guerra de Irak) contra el ex Presidente Aznar en los meses de marzo y abril de 2007 ante la fiscalía de las Audiencias Provinciales de Sevilla, Málaga y Almería, que lógicamente se declararon incompetentes, lo mismo que la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que decidió el 18 de abril de 2007 archivar las actuaciones al considerarse incompetente, sin trasladarlas a ninguno de los juzgados de instrucción de la Audiencia Nacional. El propio 18 de abril de 2007 tenía que debatirse ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados una proposición no de ley presentada por el grupo parlamentario de IU-ICV en la que se insta al Gobierno a remitir la documentación sobre la participación española en la guerra de Irak a la Corte Penal Internacional con objeto de llevar ante el Tribunal de la Haya al ex Presidente Aznar. Sin embargo, finalmente fue retirada dicha iniciativa al constatar los proponentes la falta de apoyo. Si fue aprobada en cambio la otra proposición no de ley presentada por el mismo grupo parlamentario [por 22 votos a favor (PSOE, ERC, IU-ICV y Grupo Mixto) y nueve en contra del PP] en la que se recordó a las autoridades de Estados Unidos que sigue vigente el Tratado de Asistencia Judicial suscrito con España, por lo que debería aplicarse para una mayor cooperación en relación con la imputación por la justicia española de los tres militares estadounidenses implicados en la muerte del cámara español José Couso en Irak.

de la Sala Penal del Tribunal Supremo (Sala segunda) de 21 de enero de 2004 (causa especial nº 142/2003 y acumuladas), que acuerda inadmitir las querellas formuladas por varios miles de ciudadanos contra el ex Presidente del Gobierno y otros aforados (Ministros de exteriores y de defensa), denunciando la participación de España en la guerra de Irak sin la previa autorización de las Cortes Generales prevenida en el *artículo 63.3 de la Constitución (artículo 588 del Código Penal vigente de 1995)*, así como las acciones que se califican como delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (*artículos 608 a 616 del Código Penal*).

En su resolución, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria española reconoce previamente su competencia “*ratione personae*”, dado que el *artículo 102.1 de la Constitución* establece que la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo¹⁵⁸. El fondo del asunto, en cambio, reviste mayor complejidad, al examinarse el doble motivo de las querellas y la argumentación del Tribunal Supremo; así, procede destacar tres aspectos:

1º) En cuanto a la incoación del procedimiento penal por los hechos que los denunciantes califican como delito del artículo 588 del Código Penal (declaración de guerra sin cumplir lo dispuesto en la Constitución), el Tribunal Supremo determina que no concurre la competencia “*ratione materiae*” para esa incoación, puesto que este tipo de delitos se encuadraría entre los delitos de traición (Capítulo primero del Título XXIII del Código Penal), de lo que se derivaría la consecuencia prevista en el

¹⁵⁸ Pueden leerse al respecto las monografías de DÍEZ-PICAZO, L.M.: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996; GARCÍA MAHAMUT, R.: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 2000; OBREGÓN GARCÍA, A.: *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución Española*, Madrid, Civitas, 1996; y SEIJAS VILLADANGOS Mª E.: *Responsabilidad jurídica del Gobierno y defensa de la Constitución*, León, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 2003.

artículo 102 de la Constitución: “*Si la acusación fuere por traición o por cualquier otro delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo*”.

Desde luego, la solución procedimental basada en las cláusulas constitucionales de la justicia penal como justicia política no deja de ser insatisfactoria y, desde una aproximación estrictamente jurídica, cabría suscitar si ello conculca el derecho a un proceso equitativo reconocido en el artículo 6 del *Convenio de Roma de 1950* como mecanismo para pedir protección frente a supuestas graves violaciones de los derechos humanos, en la interpretación efectuada por el Tribunal Europeo de Estrasburgo en determinados asuntos: por ejemplo, el *caso Cordova contra Italia n° 2, de 30 de enero de 2003*, en donde se considera contrario a la tutela judicial efectiva que la prerrogativa de inmunidad *ex* artículo 68 de la *Constitución italiana* degenerare en un privilegio injustificado para evitar el procesamiento de un parlamentario haciendo prevalecer el criterio meramente político de la Cámara frente al de la justicia. Por supuesto, otra cuestión diversa, en el extremo opuesto, sería el problema de respeto de la legalidad internacional referente al doble grado de jurisdicción en el caso de los aforados¹⁵⁹, y en general en el orden penal¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Véase DE LUCCI LÓPEZ-TAPIA, Y.: “Nuevas consideraciones sobre el derecho al recurso penal (El dictamen del Comité de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional en el caso Segundo Marey)”, *Revista de Derecho Procesal*, n° 1-3, 2002, p. 349: la autora critica la ausencia de la doble instancia en el caso de los aforados, sobre lo que el Tribunal Constitucional se pronunció por vez primera (avalando no obstante esa ausencia) en las SSTC 64, 65 y 66/2001. Para efectuar tal crítica se apoya en la llamada de atención a España por parte del *Comité de Derechos Humanos en el caso Gómez Vázquez contra España, de 20 de julio de 2000* (Comunicación n° 701/1996). Esa línea se ha seguido por el Comité en asuntos posteriores: *caso J. Semey contra España de 30 de julio de 2003* (Comunicación n° 986/2001); *caso M. Sineiro Fernández contra España de 7 de agosto de 2003* (Comunicación n° 1007/2001); *caso J.Mª Alba Cabriada contra España de 1 de noviembre de 2004* (Comunicación n° 1101/2002); y *caso A. Martínez Fernández contra España de 29 de marzo de 2005* (Comunicación n° 1104/2002).

¹⁶⁰ De esta vulneración de la legalidad internacional se tiene conciencia en España y, a tal efecto, se tramitó durante la VIII Legislatura (2004-2008) el *Proyecto de Ley Orgánica*

2º) En lo que concierne al segundo motivo articulado en las querellas, que se refiere a las acciones que se califican como delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado previstos en los mencionados artículos 608 a 616 del Código Penal español, el Tribunal Supremo entiende en cambio en el segundo de sus razonamientos jurídicos que la competencia *ratione materiae* no está excluida, “*pues la específica naturaleza político-penal de la responsabilidad prevenida en los supuestos del artículo 102.2 de la Constitución española no se extiende a estos tipos delictivos que no son materialmente asimilables al delito de traición ni afectan directamente a la seguridad del Estado*”. A renglón seguido, el Tribunal Supremo introduce un razonamiento insatisfactorio pues, sin prejuzgar responsabilidad alguna, efectúa un análisis superficial de unos hechos (catalogados “de apoyo político o logístico”) que se han revelado más controvertidos y complejos¹⁶¹.

*por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza y la doble instancia penal, en cuya exposición de motivos podía leerse: “En el orden penal, la reforma procesal se orienta, de un lado, a culminar la generalización de la segunda instancia penal que, iniciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, diseña el procedimiento a seguir para satisfacer las exigencias derivadas del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante las reiteradas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que declaran el incumplimiento de España del citado precepto. Y, de otro, la reforma se concreta en adaptar el recurso de casación a la puesta en marcha de la doble instancia penal, pues si todos los asuntos son susceptibles de un doble enjuiciamiento, la casación debe dejar de ser una ‘casación ampliada’ y debe ceñir su ámbito al propio de un recurso extraordinario con finalidad unificadora”. Ahora bien, desde la doctrina procesalista se ha cuestionado que realmente ese proyecto de Ley comporte una generalización de la doble instancia y, en consecuencia, un cumplimiento de las obligaciones internacionales: así, CALDERÓN CUADRADO, P.: “La generalización –rectius, desaparición– del doble grado de jurisdicción en el proceso penal español”, *Revista de Derecho Procesal*, 2006, en particular, pp. 633-641. Desde otra perspectiva, véase *mutatis mutandis* GELLI, M.A.: “Matices de la legitimación, el agravio y el interés del Estado por su responsabilidad internacional en materia de derechos humanos”, *Revista de Derecho Político*, nº 63, 2005, p. 283.*

¹⁶¹ Desde algunos sectores se ha entendido que la implicación de España en el conflicto excedió de la mera ayuda logística, proponiéndose el examen de ciertos elementos adicionales (cesión del espacio aéreo español y bases norteamericanas en territorio español,

3º) Por lo demás, en el razonamiento jurídico tercero se fundamenta igualmente el archivo de las querellas en lo que afectaba a su extensión (*ratione personae*) al jefe del Gobierno británico. Este tercer razonamiento no parece generar discusión interpretativa puesto que, de un lado, efectivamente la competencia para la persecución penal de los graves hechos denunciados –en el caso hipotético de poder procederse contra el Premier británico– correspondería en España a la Audiencia Nacional; y, de otro lado, en materia de inmunidad, basta traer a colación la *sentencia de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, de 14 de febrero de 2002*, que condenó a Bélgica por la orden de arresto internacional dictada contra el Ministro de Asuntos Exteriores en activo de la República Democrática del Congo.

II. LA DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES PARA JUZGAR GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Antecedentes comparados y situación anterior al *leading case* del Tribunal Constitucional español sobre la materia

El *segundo nivel*, según se anticipaba, tiene que ver con la *competencia extraterritorial de los órganos jurisdiccionales nacionales para juzgar graves violaciones de los derechos humanos*. En este sentido, estimo una buena referencia de partida la *sentencia de 11 de julio de 1996 del Tribunal de Justicia de la Haya, dictada en el caso Bosnia contra República Federal de*

detenciones por las tropas españolas de población civil y elementos armados iraquíes que luego eran entregados a las fuerzas armadas estadounidenses que a su vez los recluían en prisiones con escandalosos casos de torturas). Y, sobre ser estrictamente personal la responsabilidad penal, no cabe olvidar los diversos grados de responsabilidad previstos en el artículo 25 del Estatuto de Roma.

Yugoslavia, en donde se reconoció expresamente el derecho de los Estados a ejercer la jurisdicción universal respecto del delito de genocidio.

Descendiendo, pues, al nivel de la justicia nacional, vale la pena aludir a varios países de la Unión Europea:

- La *Corte de Casación francesa*, ya en la *sentencia de fecha 20 de diciembre de 1985 pronunciada en el caso Klaus Barbie* determinó que los crímenes contra la humanidad son perseguibles en Francia cualquiera que sea el lugar de su comisión.

- Más recientemente y de igual modo, pese al deplorable resultado *politizado* final, la *sentencia de la Cámara de los Lores del Reino Unido de 24 de marzo de 1999 dictada en el caso Pinochet* recordó que los crímenes de “*ius cogens*” son susceptibles de persecución penal por cualquier Estado¹⁶².

- También participa de esta orientación la *sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de diciembre de 2000*, en la que declaró la constitucionalidad de las condenas por genocidio dictadas por los tribunales penales alemanes por delito de genocidio respecto de crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina en el contexto del conflicto en la ex-Yugoslavia. Y ello sin perjuicio de que el *Tribunal Internacional de Justicia* de La Haya, en su *sentencia de 26 de febrero de 2007*, no haya entendido que en el genocidio de Srebrenica en 1995 quepa atribuir responsabilidad objetiva a Serbia a efectos indemnizatorios, más allá de las responsabilidades penales individuales que se sustancien¹⁶³.

¹⁶² Sobre las implicaciones de este asunto, puede leerse REMIRO BROTONS, A.: “El caso Pinochet. Los límites de la impunidad”, *Política Exterior*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.

¹⁶³ En síntesis, el Tribunal Internacional de Justicia absuelve a Serbia de la acusación de haber planificado, incitado, cometido o colaborado en un genocidio contra la población bosnia (la sentencia reconoce como “genocidio” la matanza de más de 7.000 musulmanes en la ciudad de Srebrenica en julio de 1995), pese a declarar que Serbia “violó sus obligaciones” de prevenir ese genocidio y de entregar a la justicia a sus responsables. Pero

- Y lo mismo sucede con la *Corte de Casación belga*, en cuya *sentencia de 12 de febrero de 2003 dictada en el caso Sharon y otros* se confirma la actuación de la justicia extraterritorial para delitos de genocidio conforme a la legislación de Bélgica, que contiene una regulación muy similar a la establecida en el artículo 23.4 de la Ley española del Poder Judicial. Paso pues, a analizar, la situación en España en esta materia.

En esta línea, debe recordarse que la *STC 237/2005, de 26 de septiembre*, ha marcado un antes y un después en el ordenamiento español. Con anterioridad a ese pronunciamiento, la referencia fundamental venía constituida por la *sentencia n° 327 de 25 de febrero de 2003 dictada por el Tribunal Supremo en recurso de casación n° 803/2001, formulado contra Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2002* que declaró la incompetencia de la jurisdicción española para pronunciarse sobre las querellas formuladas por diversas asociaciones (secundando la denuncia de la Premio Nobel de la Paz Rigoberta Menchú) sobre delitos de genocidio, torturas y terrorismo perpetrados en Guatemala entre 1978 y 1986. Y bien, esa sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 es precisamente la recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, que resolvió el fondo mediante la reiterada *STC 237/2005, de 26 de septiembre*.

Sin entrar en la polémica en torno a la “guerra de cortes” entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo¹⁶⁴, lo cierto es que resultaba difícil que el primero confirmara (al menos totalmente) la sentencia del segundo. En el marco de esta controversia, el Tribunal Supremo, por una ajustada mayoría de ocho votos contra siete, adoptó una postura (excesivamente

el Tribunal Internacional de La Haya concluyó que esta grave responsabilidad serbia no justifica la imposición del pago de indemnizaciones a Bosnia.

¹⁶⁴ Véase SERRA CRISTÓBAL, R.: *La guerra de las Cortes. La revisión en amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Tecnos, 1999.

comedida a mi parecer) del ejercicio de la justicia universal en España, interpretando de manera restrictiva el alcance del repetido artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pese a que con apoyo en dicho precepto admita parcialmente el recurso de casación reconociendo “*la jurisdicción de los Tribunales españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos cometidos contra ciudadanos españoles en la Embajada Española en Guatemala el día 30 de enero de 1980, y de los hechos cometidos en perjuicio de los ciudadanos españoles Alonso, Julián, Luis Manuel y Eloy*” (punto dispositivo segundo del fallo de la sentencia).

En lo atinente a la *postura sostenida por la mayoría en la sentencia del Tribunal Supremo*, en síntesis viene a efectuarse una *modulación*, no prevista en el artículo 23.4 de la Ley del Poder Judicial, del *alcance de la justicia extraterritorial en España*, seleccionando como “elemento de conexión en el ámbito del principio de jurisdicción universal” el de la *nacionalidad de las víctimas*¹⁶⁵. Delimitado así el ámbito de ejercicio de la jurisdicción española, el Tribunal Supremo baraja otros *posibles criterios de conexión* para la persecución universal de las violaciones graves a los derechos humanos, entre ellos que la *justicia del territorio donde se hayan cometido esas violaciones no proceda a su persecución* (fundamento jurídico noveno), o que *el presunto culpable se encuentre en territorio español o la relevancia de un interés nacional* (fundamento jurídico décimo), concluyendo que estos elementos no concurrían en el caso de autos.

Así las cosas, considero más acertado el *voto de los siete magistrados disidentes*. Con carácter previo, discrepan de la resolución dictada por la mayoría “*por estimar que mantiene una doctrina excesivamente restrictiva en la aplicación del relevante principio de justicia universal. Doctrina que no respeta lo establecido por el Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de genocidio en el artículo 23.4.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”. En todo caso, el punto del voto particular que reclama mayor

¹⁶⁵ Véanse los dos párrafos finales del último fundamento jurídico (el duodécimo).

atención es el referente a la afectación de intereses nacionales como elemento de conexión para el ejercicio de la justicia universal. Y, sobre este punto, en su disidencia, los magistrados de la minoría advierten que esta restricción concreta un criterio de razonabilidad o *“se orienta a una finalidad razonable, como es el de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos, y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad del procedimiento puede ser nula. Pero si interpretamos el nexo de conexión, como se hace en la sentencia mayoritaria, en sentido tan restringido que únicamente alcanza a los casos de víctimas de nacionalidad española, que, para acoger la competencia por genocidio, deben además formar parte de la etnia que es víctima de dicho delito, suprimimos en la práctica el principio de jurisdicción universal, derogando lo dispuesto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*.

2. La posición flexible del Tribunal Constitucional español y el primer pronunciamiento de fondo de justicia extraterritorial sobre graves violaciones de derechos humanos

Como se viene reiterando, la *STC 237/2005, de 26 de septiembre* delimita el alcance del ejercicio de la justicia extraterritorial por parte de los órganos judiciales españoles competentes. Al otorgar el amparo, el Tribunal Constitucional español reconoce de la manera más amplia posible la competencia universal de los tribunales españoles, anulando tanto el Auto de inadmisión de la Audiencia Nacional (que se había declarado incompetente por considerar que no había quedado constatada la inactividad de los órganos jurisdiccionales guatemaltecos) como la sentencia ulterior en casación del Tribunal Supremo (que había declarado admisible la demanda, pero –como se dijo– condicionando el alcance de la jurisdicción española al conocimiento de los hechos basado en la verificación de dos circunstancias, a saber, la legitimación “pasiva” –víctimas de nacionalidad española– y la existencia de un interés nacional

en juego). Ahora bien, la Jurisdicción constitucional española declara que el derecho a la tutela judicial efectiva, y especialmente el derecho de acceso a la jurisdicción, impide establecer semejantes criterios; en otros términos, la competencia universal de los órganos jurisdiccionales españoles competentes no queda sometida ni a la existencia de víctimas españolas ni a la existencia de esos intereses nacionales.

Para llegar a semejante conclusión, el Tribunal Constitucional razona en el FJ 9º de la sentencia que *“la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. (...). Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestra el propio art. 23.4 LOPJ”*.

En todo caso, sin necesidad de contar con el soporte de esta controvertida, al tiempo que benévola, jurisprudencia constitucional, la *Audiencia Nacional española (Sala de lo Penal, Sección 3ª)* pronunció sólo unos meses antes una sentencia histórica (*sentencia nº 16/2005, de 19 de abril de 2005*), al ser la primera que resolvía el fondo de un asunto de justicia universal. En ella se condenaba a Adolfo F. Scilingo por un delito de lesa humanidad cometido durante la dictadura argentina¹⁶⁶. Un aspecto interesante de la sentencia radica en que, en ella, los magistrados de la Audiencia Nacional estiman *“que más que la exacerbación cuantitativa de la pena, lo que deben garantizar*

¹⁶⁶ Concretamente en el punto primero del fallo de la sentencia puede leerse: “1. Condena a Adolfo Francisco Scilingo Manzorro como autor responsable de un delito de lesa humanidad: 1º con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; 2º con también realización de detención ilegal a la pena de 5 años de privación de libertad; 3º con causación de tortura grave igualmente a la pena de 5 años de privación de libertad. Con accesoria de las anteriores penas la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena (...)”.

esta clase de delitos es su persecución eficaz”, “a través de la internacionalización de su persecución, imprescriptibilidad, etc.” (FJ 5º). Y, sobre todo, esta sentencia de la Audiencia Nacional ha sido revisada en casación por el Tribunal Supremo (*STS –Sala de lo Penal– nº 798 de 1 de octubre de 2007, recurso de casación nº 10049/2006 P*), que incluso ha elevado las condenas impuestas¹⁶⁷.

Desde luego, la *STC 237/2005*, por polémica que pueda parecer en cuanto a su carácter extraterritorial prácticamente ilimitado (con la excepción de los jefes de Estados y miembros del Gobierno en activo, según la jurisprudencia de la *Corte Internacional de Justicia –sentencia de 14 de febrero de 2002, sobre el arresto en Bélgica del Ministro de asuntos exteriores de la República Democrática del Congo–*; además –pero susceptible de fiscalización– que el delincuente no haya sido indultado, absuelto o penado en el extranjero), me merece una valoración positiva. Por lo pronto, es preferible que se ofrezca la posibilidad de persecución universal de graves violaciones de derechos humanos aunque finalmente esa posibilidad no llegue a verificarse, antes que establecer criterios restrictivos que ni siquiera den pie para plantear semejante posibilidad, con la carga que ello comporta de pasividad frente a la impunidad. Ciertamente, podrá achacarse a la *STC 237/2005* que resulta demasiado pretenciosa *a priori* e incluso ilusoria frente a persecución de hechos gravemente atentatorios para la dignidad con trascendencia para la comunidad internacional y que, adicionalmente,

¹⁶⁷ En el fallo de esa *STS nº 798 de 1 de octubre de 2007* se declara: “Que debemos condenar y condenamos al acusado A.F.S.M. como autor de treinta delitos de asesinato previstos y penados en el artículo 139.1º; como autor de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163, y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal previstos y penados en el artículo 163, todos ellos del Código Penal vigente, los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional, a las penas de 19 años de prisión por cada delito de asesinato; cuatro años de prisión por el delito de detención ilegal del que se le condena como autor, y dos años de prisión por cada uno de los delitos de detención ilegal de los que es considerado cómplice. Accesorias de inhabilitación absoluta respecto de cada una de las penas de 19 años de prisión y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo respecto de las demás penas. Se acuerda la absolución respecto de los demás delitos imputados. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente. De conformidad con el artículo 76.1.a) del Código Penal, se establece en 25 años el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena”.

el criterio benévolo del Tribunal Constitucional podrá tener un efecto de atracción (con la consiguiente sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales españoles) respecto de este tipo de asuntos criminales. Ahora bien, como decía, es preferible disponer de esa posibilidad amplia de ejercicio de la competencia extraterritorial (*disponibilidad*) antes que carecer de ella para, en caso de *imposibilidad*, que sea eventualmente la Corte Penal Internacional quien ejerza su competencia; lo cual, dicho sea de paso, traslada el problema a la *posibilidad* de la propia Corte Penal¹⁶⁸.

III. LA PERSPECTIVA TRANSFRONTERIZA DEL ENJUICIAMIENTO DE LOS RESPONSABLES DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA ACCIÓN DE SINERGIA Y RETROALIMENTACIÓN DEL PLANO NACIONAL Y DEL INTERNACIONAL

Ahora procede enfocar, por fin, de manera entrecruzada, *los dos niveles acabados de analizar*, por referencia a la *acción*

¹⁶⁸ Desde este punto de vista, ha hecho notar OLÁSULO, H.: “El alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional a la luz del marco procesal del Estatuto de Roma”, *Revista Poder Judicial*, n° 78, 2005, p. 86: “la experiencia de los tribunales *ad hoc*, y en particular del TPIY, muestra que incluso con un presupuesto y una dotación de personal muy superiores a los de la Corte no es posible celebrar más de media docena de juicios orales al año”. En cuanto a la Corte Penal Internacional, los tres primeros procedimientos abiertos lo han sido contra presuntos responsables de crímenes contra la humanidad cometidos en República Democrática del Congo (abierto el 23 de junio de 2004), en Uganda (abierto el 29 de julio de 2004) y en Sudán (abierto el 6 de junio de 2005). Este último caso fue remitido a la Corte Penal por el Consejo de Seguridad de la ONU a consecuencia de la situación en Darfur. Por supuesto, la propia Corte Penal se ve sometida a garantías procesales y sustanciales: así, por ejemplo, cuenta con un centro de detención en La Haya (recibió una primera visita del Comité Internacional de la Cruz Roja los días 28 y 29 de junio de 2006) y ya se ha visto confrontada a pronunciarse sobre hechos como huelga de hambre de detenidos. Por lo demás, la acción jurisdiccional de la Corte Penal Internacional no es incompatible con la actividad de otros organismos tutelares de Naciones Unidas como el novedoso *Consejo de Derechos Humanos*, creado mediante la *Resolución 60/251 de la Asamblea General de la ONU de 15 de marzo de 2006* (<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/>): en dicha Resolución se establece como una de las tareas del nuevo Consejo el “*responder con prontitud a situaciones de emergencia de derechos humanos*”, habiendo prestado atención a tal efecto en sus sesiones especiales del primer año de funcionamiento a la situación en Palestina, Líbano y Sudán (Darfur).

de sinergia y retroalimentación de ambos. En este caso, me gustaría efectuar la ilustración sobre la base de dos acciones complementarias, una normativa y la otra jurisprudencial, ambas producidas en España. La primera se refiere a la *Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, que encierra la misma filosofía que la anterior *Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia*, o la *Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda*.¹⁶⁹ Una apreciación importante en la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 18/2003*, como se hacía en las precedentes, es que se “*parte del presupuesto del carácter autoejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto de Roma, en condiciones de positividad que permiten su aplicación directa por los tribunales, en aquellos sistemas como el español, en los que los tratados pueden ser aplicados directamente cuando el contenido material de la norma así lo permita*”, por lo que “*en lógico desarrollo de este planteamiento, la ley sólo regula aquellos aspectos orgánicos, procesales y procedimentales que permitan la aplicación concreta del Estatuto, evitando reproducir preceptos de éste que serían redundantes*”.

Con estos parámetros, la Ley pone el acento en la regulación de eventuales conflictos competenciales entre la Corte y los tribunales españoles. Más allá de las disposiciones que disciplinan esa cooperación judicial¹⁷⁰, un elemento significativo

¹⁶⁹ Como antecedente de interés de estas dos leyes, cabe mencionar el *Dictamen del Consejo de Estado (Comisión Permanente) de 9 de septiembre de 1993, sobre introducción en el Derecho Interno Español de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre Tribunal Penal Internacional para castigo crímenes internacionales en la antigua Yugoslavia*.

¹⁷⁰ Se establece el deber del Ejecutivo de sostener la competencia española cuando ésta ha sido ejercida o se está ejerciendo (es decir, cuando los tribunales

previsto por la Ley es la entrega a la Corte de una persona reclamada por ella, que resulta imprescindible, dado que el Estatuto no permite dictar sentencias en rebeldía. El aspecto más destacado al respecto es el principio general que establece el Estatuto acerca de la obligatoriedad de decretar la prisión provisional, siendo excepción la libertad provisional, aunque no se establezca un automatismo riguroso eliminando la facultad de apreciación por el juez interno, que examinará y valorará las recomendaciones de la Corte (artículo 59.4 del Estatuto).

Sin duda alguna, el extremo más relevante de la entrega es la limitación de los motivos de denegación de la solicitud, apartándose de los modelos clásicos en materia de extradición, ya que ni siquiera la existencia de cosa juzgada puede impedir la entrega, sin perjuicio de la eventual valoración que efectúe luego la Corte: acercándose al espíritu de la ya estudiada “euroorden”,

españoles hayan conocido del asunto y haya recaído sentencia, o se haya decretado el sobreseimiento libre de la causa o estén conociendo del asunto –artículo 9.1 de la Ley–), pero se establece un matiz o gradación en los deberes del Ejecutivo, en orden al deber de recurrir o la facultad de hacerlo ante órganos judiciales externos: cuando la causa se halla en un estadio inicial, en el momento procesal en que el Fiscal de la Corte reclama la competencia, el Gobierno tiene el deber de recurrir ante la Sala de Cuestiones Preliminares; sin embargo, cuando ésta ya se ha pronunciado sosteniendo la competencia de la Corte, el Gobierno tiene la facultad de apreciar “soberanamente” si se aquieta a esta decisión o interpone recurso ante la Sala de Apelaciones. De cualquier modo, cuando la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa solicitada por el Gobierno (artículo 9 de la Ley) no prospere porque la Sala competente de la Corte autorice al Fiscal a proceder a la investigación o mantiene su competencia, “el órgano jurisdiccional español se inhibirá a favor de la Corte y a su solicitud le remitirá lo actuado” (artículo 10 de la Ley), con lo que prevalece finalmente el criterio de la Corte Penal. Estos preceptos, por ende, hacen efectivo el principio de cooperación pasiva y activa (artículos 2 y 3 de la Ley) por parte de las autoridades competentes españolas, que según la Ley son las siguientes (artículo 4): en lo que afecta al Ejecutivo, el Gobierno, así como los Ministros de Justicia, de Asuntos Exteriores, de Defensa y del Interior; en lo que atañe al ámbito estrictamente judicial, a los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria (y, en particular, la Audiencia Nacional), los órganos judiciales militares (y, en particular, el Tribunal Militar Central), y el Ministerio Fiscal.

se judicializa el sistema eliminándose las llamadas fases gubernativas, siendo competentes para la entrega los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional. En fin, en lo concerniente a la ejecución de las sentencias de la Corte, se reproduce la matización respecto de las penas privativas de libertad que ya figura en la Declaración efectuada por España en la Disposición Adicional única de la *Ley Orgánica 6/2000 de ratificación del Estatuto de Roma*, en la que, a efectos de lo previsto en el apartado b) del artículo 103.1 del Estatuto, y a título “preventivo” respecto de una posible colisión con los fines de reeducación y reinserción previstos en el artículo 25.2 de la Constitución española en materia de reclusión a perpetuidad (contradicción que, como expuse, a mi juicio no se produce) España “*declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española*”¹⁷¹.

Me refiero ahora a la segunda aportación anunciada, la jurisprudencial. En este supuesto, y en la línea de la reseñada acción de sinergia, entiendo interesante mencionar el primer supuesto que desde España se ha remitido a la Corte Penal Internacional, a saber, el *Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional de fecha 18 de marzo de 2003*, dictado en la querrela criminal interpuesta por un grupo de ciudadanos contra el Presidente de Venezuela Hugo Chávez y otros altos cargos venezolanos, denunciando delitos de terrorismo tipificados en los artículos 571 a 580 del Código Penal español y de lesa humanidad recogidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma derivados de la represión a los opositores

¹⁷¹ Puede verse asimismo el *Dictamen del Consejo de Estado (Comisión Permanente) de 3 de febrero de 2000, sobre el Proyecto de Acuerdo entre el Reino de España y las Naciones Unidas para la ejecución de sentencias dictadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*.

políticos al régimen (supuestamente, entre otros mecanismos, a través de grupos paramilitares y otros grupos violentos afines a los dirigentes gubernamentales). En la parte dispositiva del Auto se acuerda “no admitir a trámite la querrela interpuesta”, añadiéndose a continuación: “una vez sea firme la presente resolución, remítase testimonio de todo lo actuado a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional con sede en la Haya”, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Estatuto de Roma (según se señala en el razonamiento jurídico quinto del Auto). En este mismo razonamiento jurídico, en conexión con el cuarto, se señala que la causa por la que no procede la admisión de la querrela ante este Juzgado, es decir, la causa de exclusión de la punibilidad, es “la inmunidad de D. Hugo Chávez Frías, al ostentar el cargo de Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, que se erige como un obstáculo procesal para la perseguibilidad de los delitos que contra el mismo se denuncian”.

Aunque el ejemplo normativo y el ejemplo jurisprudencial mencionados aporten claridad a la cuestión, lo bien cierto es que las relaciones de complementariedad entre la jurisdiccional nacional y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional pueden devenir más complejas en función de las circunstancias de cada asunto. Pues, si es verdad que “los Estados son los que tendrán que ejercer preferentemente su jurisdicción sobre los asuntos que formen parte de la competencia de la Corte”, cuando los Estados no quieran (*indisponibilidad*) o no puedan (*imposibilidad*) ejercer su jurisdicción, la Corte “podrá ejercer preferentemente la suya”, es decir, que “esta primacía puede ser reivindicada por la Corte cuando determine que la jurisdicción nacional que se ocupa de un asunto no quiere conocerlo y enjuiciarlo, sino que realmente aparenta investigar o enjuiciar dicho asunto con el objetivo

último de evitar que los responsables de los actos en cuestión puedan ser finalmente condenados”¹⁷².

Profundizando en esta faceta preferencial, se han suscitado dudas de constitucionalidad cuando la Corte Penal Internacional considere que una sentencia interna ya firme ha sido un ejercicio ficticio de la justicia y entre a corregirla o revisarla, lo que formalmente plantea contradicción con los principios constitucionales de cosa juzgada y de *non bis in idem*¹⁷³. El Consejo de Estado español alertó, en su *Dictamen de 22 de julio de 1999*, sobre la posible contradicción en esta materia entre la Constitución española y el Estatuto de Roma, llegando sin embargo a la conclusión de que “*la cesión de competencias judiciales a la Corte Penal Internacional (sobre la base del artículo 93 de la Constitución española) habilitaría a ésta para, en las circunstancias y por los cauces establecidos por su ‘ley reguladora’ [refiriéndose al Estatuto de Roma] debidamente integrada en el ordenamiento español, modificar en su caso las resoluciones de los órganos españoles*”.

¹⁷² SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “La relación entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales: las dimensiones sustantiva y procesal del principio de complementariedad”, ya cit., p. 82. El *Consejo de Estado español*, en su *Dictamen de 22 de julio de 1999* señaló al respecto que “la complementariedad funciona en realidad de modo distinto en circunstancias ordinarias –en las que vendría a actuar a modo de subsidiariedad– que en circunstancias extraordinarias cuando los órganos nacionales hayan ejercido sus competencias en fraude del Estatuto o de forma puramente aparente –supuestos en que la complementariedad se trocaría en auténtica primacía o preferencia–”.

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 82-83: “A la Corte no le resulta ningún obstáculo el poder conocer y enjuiciar un asunto concreto que ya ha sido resuelto por las jurisdicciones nacionales con el objetivo de evitar que la propia Corte investigue y juzgue a los que han sido, por ejemplo, absueltos. Esta posibilidad supone un menoscabo importante del principio de cosa juzgada y del principio de *non bis in idem* y con ellos de garantías judiciales de carácter fundamental. Sin embargo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional apuesta claramente por debilitar el respeto de estas garantías judiciales fundamentales con tal de asegurar el respeto de un principio igualmente básico y al que obedece la instauración de la propia Corte Penal Internacional: el de evitar la impunidad de determinadas infracciones internacionales”.

A la vista de ello, creo oportuno efectuar una doble aportación:

a) De un lado, en el caso de imposibilidad por parte de la jurisdicción nacional, la preferencia de la Corte Penal Internacional puede tener una proyección positiva, y no dialéctica, en el ámbito interno. De manera que la jurisdicción española competente pero incapacitada para investigar o enjuiciar un determinado asunto, en lugar de entrar a ejercerla defectuosamente (con lo que se produciría la tensión, al ser objeto de revisión su actuación inadecuada por la Corte Penal Internacional), puede correlativamente encontrar en ello un buen y justificado pretexto para inhibirse y remitir ese asunto a la Corte Penal Internacional, señaladamente con apoyo en el artículo 17.3 del Estatuto de Roma¹⁷⁴, tanto más cuanto que “precisamente, no escasean los asuntos presentados ante los órganos jurisdiccionales españoles en los que éstos se declaran incompetentes para conocer y enjuiciar determinadas infracciones internacionales, en particular el crimen de genocidio”¹⁷⁵.

Realmente, en la práctica hemos comprobado que esa remisión del asunto sí es efectuada por los órganos jurisdiccionales españoles, y sirva de ilustración el ya mencionado *Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional de fecha 18 de marzo de 2003*, dictado en la querrela Hugo Chávez y otros altos cargos venezolanos. Y ello

¹⁷⁴ El artículo 17.3 del Estatuto de Roma establece: “A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia 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”.

¹⁷⁵ SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “La relación entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales: las dimensiones sustantiva y procesal del principio de complementariedad”, ya cit., p. 84.

pese a que del artículo 7.2 de la *Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional* parezca desprenderse lo contrario¹⁷⁶, lo cual, a su vez, no es óbice según el apartado 3 del propio artículo 7 de dicha Ley para que “*si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes*”.

b) De otro lado, la conclusión alcanzada por el Consejo de Estado en torno a la idoneidad del artículo 93 de la Constitución española supone una toma de postura respecto a la posición de los tratados internacionales en España y su posible tensión con la Carta Magna desde la perspectiva de la apertura de ésta a las fuentes internacionales en términos de cesión de competencias soberanas. Y, desde mi punto de vista, el criterio mantenido por el Consejo de Estado es acertado a la luz de la función de habilitación prevista en el citado artículo 93 de la Ley de leyes española, por más que sea posible observar que dicha disposición constitucional no pueda hallarse en la base de una reforma constitucional encubierta. A mí no me parece que la función de complementariedad entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales se vea ensombrecida por la preferencia o primacía de aquélla en los supuestos reseñados, no debiendo por tanto verse en ello el ejercicio de una peyorativa función correctiva o sustitutiva, al menos no más que en el supuesto del

¹⁷⁶ Según el artículo 7.2 de la *Ley Orgánica 18/2003*: “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 su competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”.

ejercicio de jurisdicción por parte de otras instancias judiciales internacionales, como pueda ser el Tribunal de Justicia comunitario o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (incluso aunque, en este último supuesto, no se acudiera a la base habilitante del artículo 93 de la Constitución española, pues en todo caso estaríamos ante corrección o sustitución de una función soberana como es el ejercicio de la potestad de juzgar)¹⁷⁷.

Y es que, en efecto, el juego del artículo 93 de la Constitución española no debe pasar desapercibido y, en buena medida, marca la diferencia con otros sistemas constitucionales que no cuentan con una cláusula semejante y que, por tal motivo, han conducido a su jurisdicción constitucional respectiva, a mantener la necesidad de la revisión constitucional para asumir el diseño del papel complementario de la Corte Penal Internacional. Este ha sido el criterio mantenido por el *Tribunal Constitucional chileno* en la referida *sentencia de 9 de febrero de 2002*.

Para llegar a semejante conclusión, la Corte Constitucional chilena efectúa una distinción entre la Corte Penal Internacional y otros Tribunales internacionales que no me parece adecuada, por cuanto todas esas instancias judiciales supranacionales comportan la misma afectación al derecho soberano de juzgar, por más que la Corte Penal juzgue personas físicas y las otras instancias se pronuncien sobre Estados¹⁷⁸. Y en esta

¹⁷⁷ Al respecto, ha señalado JIMÉNEZ FORTEA, F.J.: “Hacia una jurisdicción internacional (I)”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 1, 1999 (<http://www.uv.es/~ripj/javij.htm>): “la Corte Penal Internacional no entrará a formar parte de los tribunales ordinarios, esto es, de los previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que se equiparará a otros, que pueden calificarse de especiales en este sentido, y que encuentran su razón de ser directamente en la Constitución (art. 3.1 LOPJ). Así, el Tribunal Constitucional, el Tribunal del Jurado, el Tribunal de Cuentas, los Tribunales militares y el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Pero, sobre todo, con una clase de estos órganos, que son los supranacionales y que actualmente se concretan en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

¹⁷⁸ Así, en el considerando 32º de la sentencia se razona que “la Corte Penal Internacional tiene características que permiten calificarla como un tribunal

aproximación a la soberanía es en la que realmente cifra la Corte Constitucional chilena esa contradicción¹⁷⁹, a la vista de que la Constitución chilena no prevé una cláusula de apertura nacional similar al artículo 93 de la Constitución española¹⁸⁰.

supranacional, en razón de las disposiciones del Estatuto transcritas anteriormente en este fallo aparece en forma indubitable la diferencia entre ambos tipos de tribunales. La Corte Penal Internacional se distingue por ser un tribunal ‘permanente’ que ejerce su jurisdicción sobre personas naturales y, en ciertos casos, por sobre las jurisdicciones penales nacionales a que se encuentran sometidas esas personas que sean procesadas por los delitos que contempla el Estatuto de la Corte”, añadiendo en el considerando 33° que “los tribunales internacionales establecidos en tratados ratificados por Chile, como por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, no tienen una supervigilancia correctiva o sustitutiva de las resoluciones de los tribunales nacionales”.

¹⁷⁹ Basta para corroborarlo la lectura de los considerandos 35° y 51° de la sentencia.

¹⁸⁰ En la doctrina chilena, BERTELSEN, R.: “Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, n° 2 y 3, Tomo I, p. 219: “¿Cabe, entonces, alguna duda que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables? Nada se innovó en 1989, por consiguiente, en la solución tradicional chilena sobre la superioridad de las normas constitucionales sobre las de los tratados internacionales”. Sobre esta problemática, en el ámbito español, JIMENA QUESADA, L.: “La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal constitucional español)”, en el colectivo *La reforma del Tribunal Constitucional* (coord. Pablo Pérez Trepms), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 419-439.

**CAPÍTULO CUARTO.
EL CASTIGO DE LOS RESPONSABLES
Y EL DESAGRAVIO DE LAS VÍCTIMAS**

I. PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL ACERCA DEL RÉGIMEN DE LAS CONDENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. La duración de las penas y sus modulaciones

Al abordar el alcance del *castigo por graves violaciones de los derechos humanos* me voy a centrar, primeramente, en un problema que se ha suscitado en España con motivo, de nuevo, de la ratificación del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, en donde creo que, otra vez, el mencionado *Dictamen del Consejo de Estado español de 22 de julio de 1999* efectuó una aproximación adecuada. Me refiero a la cuestión de la duración de las penas, al abrigo del *artículo 25.2 de la Constitución española*¹⁸¹. La reflexión más actual al respecto ha suscitado una confrontación de la disposición constitucional española con el *artículo 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, que incluye dentro del catálogo de penas aplicables la de reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Conviene recordar que la pena de prisión en España tiene una duración máxima de veinte años como regla general, aunque excepcionalmente pueda prolongarse hasta treinta (*artículo 36 del Código Penal de 1995, en su redacción dada por Ley Orgánica 15/2003*), o incluso cuarenta años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados por Ley con pena de prisión superior a veinte años, o cuando el sujeto haya sido condenado por dos o

¹⁸¹ De conformidad con dicha disposición constitucional española: “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. (...)*”.

más delitos de terrorismo y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años (*artículo 76 del Código Penal, según asimismo modificación operada por Ley Orgánica 15/2003*).

Como puede apreciarse, se establece un tratamiento singular para los delitos de terrorismo, como atentado grave contra los derechos fundamentales en el sentido que he sostenido en el capítulo primero. Con análoga orientación, el artículo 74 del Código Penal incide en el castigo a los terroristas en la filosofía del cumplimiento íntegro de las penas, de modo que de la aplicación del régimen general de cumplimiento de la condena, con los posibles beneficios penitenciarios conectados a ese régimen, quedan excluidos los terroristas. Y ello no afecta a los fines de reinserción o reeducación social, que pueden conseguirse por otras vías. Es más, incluso la condena a perpetuidad prevista en el Estatuto de Roma puede salvar la posible contradicción con el artículo 25 de la Constitución española. Desde un doble punto de vista:

a) Desde la perspectiva del propio *Estatuto de Roma*, éste incorpora diversas modulaciones, como la prevista en el *artículo 80* (“*nada de lo dispuesto en el presente Estatuto se entenderá sin perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte*”), en conjunción con el *artículo 103.1.b) del Estatuto* (“*en el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte*”), así como con el *artículo 110* (que prevé la reducción de las penas, cuya revisión podrá plantearse por ejemplo a los veinticinco años de prisión en caso de cadena perpetua).

b) En el plano del ordenamiento interno, la posición de principio tendente a la limitación temporal de las penas está presente en España y en los demás países de la Unión Europea, incluso en aquellos en los que la reclusión perpetua coexiste con el beneficio de la libertad condicional, que de tal suerte se configuraría como una medida posible que no colisionaría con la ejecución de una pena orientada a la reeducación y la reinserción social. El juego de la interpretación es muy amplio y debe cohonstar la vigencia de las diversas reglas hermenéuticas: así, con un enfoque literal, la reeducación y reinserción social no tiene por qué conllevar necesariamente una limitación temporal de la pena que repudie la perpetuidad, pues esa reinserción puede efectuarse a través de beneficios como la mencionada libertad condicional o la reeducación con el acceso a la cultura. Desde luego, mantener la inconstitucionalidad *sin más* de la cadena perpetua constituye una postura hermenéutica “políticamente más correcta”¹⁸². Sin embargo, a fuerza de poner tanto el acento

¹⁸² La *STC 49/2006, de 13 de febrero*, recoge, con apoyo en la jurisprudencia europea, el enfoque básico sobre la cadena perpetua (FJ 5º): “Finalmente se invoca en la demanda la vulneración del derecho del recurrente a la vida e integridad física y a no ser sometido a tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes, fundamentada en la eventualidad de que, tras su enjuiciamiento en Albania, le sean impuestas la pena de muerte o de cadena perpetua. Esta pretensión, sin embargo, también ha de ser desestimada, por cuanto en la parte dispositiva del Auto de 8 de junio de 2004 constan las condiciones de la procedencia de la extradición que el Convenio europeo de extradición, la Ley de extradición pasiva y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este Tribunal han considerado garantías necesarias y suficientes de salvaguarda de los derechos a la vida, integridad física y prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes en este ámbito extradicional, a saber: que, caso de imponerse la pena de muerte, ésta no será ejecutada, y que, en caso de imponerse la pena de cadena perpetua, el cumplimiento de la misma no será indefectiblemente ‘de por vida’ (por todas, SSTEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Soering c. Reino Unido*, y de 16 de noviembre de 1999, asunto *T. y V. c. Reino Unido*; *STC 91/2000, de 30 de marzo*, FJ 9)”. En el más reciente *caso Léger contra Francia de 11 de abril de 2006* (ha sido sometido para reexamen ante la Gran Sala), el Tribunal Europeo ha confirmado la compatibilidad de la cadena perpetua con el artículo 3 del Convenio de Roma de 1950 cuando se examine de manera proporcionada el posible beneficio

en la limitación o en la reducción de las penas como medida de reeducación y reinserción social, nos hemos visto confrontados a interpretaciones polémicas que venían generando desesperanza y desazón en la ciudadanía y en las víctimas y que, a la postre, no parecían sino requerir una reinterpretación más equitativa.

2. La duración de las penas y su reinterpretación... más favorable a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos

En este ambiente, la *sentencia del Tribunal Supremo* (Sala de lo Penal) *nº 197/2006, de 28 de febrero de 2006 (caso Parot)*¹⁸³ pone de manifiesto, precisamente en un supuesto referente a graves violaciones de derechos humanos (individuo condenado por múltiples atentados terroristas en España) que la problemática constitucional acerca del régimen de las condenas privativas de libertad sigue abierta, en concreto en lo atinente a la limitación temporal de varias penas impuestas a un mismo culpable cuando no sea posible el cumplimiento simultáneo de todas ellas, una limitación adoptada con soporte en controvertidas razones de política criminal que se solapan con determinado entendimiento de la inexistencia en España de cadena perpetua.

Exactamente, se aborda el régimen de limitación temporal de las penas a la luz del *artículo 70 del Código penal de 1973*¹⁸⁴,

de la libertad condicional. La postura de la mayoría de la Sala que ha dictado dicha sentencia (por cinco votos contra dos se declaró que no había violación del artículo 3 ni del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) ha sido tildada de conservadora, de manera muy crítica, por uno de los dos magistrados disidentes (voto particular de la jueza Sra. Fura-Sandström).

¹⁸³ Recurso de casación nº 598/2005 P, formulado contra *Auto de fecha 26 de abril de 2005 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictado en la Ejecutoria núm. 1000012/1984*.

¹⁸⁴ La regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, en el caso del condenado por una pluralidad de infracciones y de que las diversas penas no pudieran ser cumplidas de

que era el aplicable al supuesto controvertido, razonando el Tribunal Supremo que “*puesto que nuestra legislación no cuenta en su catálogo de penas con la de reclusión perpetua, el legislador diseña un sistema de limitaciones temporales para el cumplimiento de las diversas penas que hayan sido impuestas al mismo culpable, cuando todas ellas no puedan ser cumplidas simultáneamente. Tales limitaciones no son fruto de los más recientes Códigos, sino que fueron ya proclamadas por el Código penal de 1870. Estas limitaciones son de dos tipos: una, impuesta por discutibles razones de política criminal, limita el cumplimiento total de la condena del culpable, al triplo del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas (esto es, cumplidas sucesivamente), cubrieren el máximo de tiempo predicho; otra limitación, esta vez fundada en razones humanitarias y de proscripción de tratos o penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), previene una duración máxima de treinta años de prisión, mediante el cumplimiento de las sucesivas penas impuestas en un mismo proceso, o tras la verificación de una operación de acumulación jurídica, como a la que seguidamente nos vamos a referir. Sin embargo, el Código penal vigente (de 1995) contiene otros tipos de limitaciones escalonadas (una básica de 20 años, pero otras superiores, que se sitúan en 25, 30 ó 40 años de prisión, tras su modificación por L.O. 7/2003)*” (mismo FJ 3º).

A la vista de lo anterior, el Tribunal Supremo concluye (FJ 4º) que “*una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta*

forma simultánea, establecía que “el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años. (...) la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”.

años no se convierte en una nueva pena, *distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario*". Bajo tal ángulo, la Corte Suprema española observa que *"por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una 'refundición de condenas', sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código penal (T.R. 1973). De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante"*.

Dado que la solución adoptada por el Tribunal Supremo resulta novedosa respecto a la práctica aplicativa de los beneficios penitenciarios y las limitaciones temporales de las penas, aquél perfila su razonamiento jurídico con objeto de justificar su resolución bajo la óptica de los principios de igualdad y de irretroactividad de lo desfavorable. Pues bien, a mí me parece que la *ratio decidendi* del Tribunal Supremo posee un soporte lógico y técnico jurídico aceptable desde la perspectiva

de nuestro ordenamiento constitucional que, adicionalmente, parece acercarse más a la lógica y a la conciencia de lo justo imperante en la sociedad.

Ahora bien, que el debate constitucional sigue abierto viene abonado por la existencia de un voto particular disidente suscrito por tres de los quince magistrados que integraron la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La crítica efectuada en el voto particular se apoya, básicamente, en tres ejes: de un lado, se habría vulnerado el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal desfavorable, al efectuar una reinterpretación del Código penal de 1970 aplicable al caso que se asentaría en los parámetros más restrictivos en esta materia del Código penal de 1995; de otro lado, ese giro interpretativo no estaría fundado en sólidas razones y, al contrario, contradiría el principio de igualdad al ser objeto el individuo afectado de una solución excepcional no prevista siquiera para casos de terrorismo; y, en fin, se habría operado una especie de incongruencia *extra petita*, por cuanto la solución interpretativa controvertida se habría adoptado con motivo del recurso de casación formulado por el condenado con respecto a otra cuestión.

Desde mi punto de vista, es obvio –y así sucede en numerosos supuestos– que la argumentación de la minoría tiene un sustento lógico y técnico-jurídico tan sólido como el razonamiento de la mayoría y, en la práctica, la utilidad del voto particular radica en su potencial proyección como parámetro para la formulación de un ulterior recurso de amparo constitucional o eventualmente europeo. Expresado lo cual, creo que del mismo modo que la minoría ha rebatido el criterio mayoritario, cabría igualmente salvar los obstáculos constitucionales interpuestos por los magistrados disidentes: en cuanto al problema de la irretroactividad, lo que prohíbe en puridad el artículo 9.3 de la Constitución española es la relativa a las “*disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*” y, lo que se ha operado en el caso de autos, no es la

aplicación posterior desfavorable del Código penal de 1995, sino una interpretación diferente del Código penal de 1973. En lo atinente a la posible discriminación, ese giro jurisprudencial aparece lo suficientemente motivado y, por ello, no se resiente el derecho fundamental a la aplicación igual de la ley *ex* artículo 14 de la Constitución, ni se puede deducir de ese cambio interpretativo que se trate de una solución excepcional para terroristas equiparable a las previstas en el artículo 55.2 de la Carta Magna; al contrario, se trata –como por lo demás se reconoce en el propio voto particular– de una solución general *pro futuro* en materia de limitación temporal de las penas¹⁸⁵. En fin, no aprecio tampoco que se haya producido en la sentencia del Tribunal Supremo la criticada indefensión por incongruencia *extra petita*, puesto que los magistrados de la mayoría han respondido a la cuestión planteada por el recurrente en casación (precisamente la interpretación de la regla segunda del artículo 70 del Código penal de 1970), estimando dicho recurso en cuanto a la inadecuada formación de dos bloques de condenas por parte de la Audiencia Nacional para aplicar la aludida limitación penológica de treinta años por cada uno de esos bloques, aclarando no obstante que los treinta años (para el Tribunal Supremo, un solo bloque, por existir el criterio de conexidad cronológico en el terrible historial delictivo del condenado) se considerarán respecto a cada una de las penas, y no como una pena nueva refundida, en el sentido ya estudiado.

Como avanzaba, desde una estricta perspectiva de lógica interpretativa, ambos criterios, tanto el de la mayoría reflejado en la sentencia como el de la minoría manifestado en el voto particular, no merecen reproche. Ahora bien, el criterio mayoritario me parece más comprometido con la defensa de los derechos humanos y con parámetros de *militancia democrática* y, por ende, refuerza más el orden constitucional español y su

¹⁸⁵ Sobre la motivación del cambio de criterio, en la jurisprudencia constitucional española puede verse, por todas, *STC 74/2002, de 8 de abril*.

apertura a las normas internacionales sobre derechos humanos¹⁸⁶, mientras la postura minoritaria resulta marcadamente técnica o más aséptica y se acerca a cánones de una especie de *política criminal correcta*¹⁸⁷; todo ello, obviamente, a reserva de los eventuales pronunciamientos ulteriores de la justicia constitucional y de la justicia europea sobre este asunto.

3. La duración de las penas y su reinterpretación... más garantista para los derechos de los verdugos

Para cerrar este apartado, procede traer a colación otro supuesto polémico de grave violencia terrorista que ha hallado gran eco en los medios de comunicación y que guarda una estrecha conexión asimismo con el problema de fondo de la limitación temporal de las penas. Me refiero a la *Sentencia de 8 de noviembre de 2006, de la Sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictada en el caso De Juana Chaos* (Sumario 51/2005, rollo de Sala 82/2005, procedente del

¹⁸⁶ En el FJ 3º de la sentencia se dice: “Es claro también, que otro principio que preside la interpretación de esta materia, residenciado en consideraciones de política criminal, descansa en que el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo. Esta interpretación ni la consiente el valor de justicia proclamado por la Constitución española, ni resulta propiamente tampoco de la ley. *En el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa acabada, el principio de humanidad estará siempre al lado de las víctimas, sin perjuicio de la forma humanitaria de la ejecución de la pena a su autor*”.

¹⁸⁷ En el punto noveno del voto particular puede leerse: “*Es claro que tal giro interpretativo tiene que ver con la llamativa singularidad del caso concreto, es decir, con el sanguinario historial del recurrente y su cruel autocomplacencia en lo realizado*. Y que tampoco es ajeno al comprensible eco de ambos factores en los medios de comunicación y en la opinión. Pero ni siquiera tales circunstancias pueden justificar una quiebra de los parámetros de aplicación del derecho que constituyen la normalidad de la jurisprudencia. Por un imperativo de estricta legalidad, e incluso -si es que aquí pudieran contar- por las mejores razones de política criminal. Pues, como nadie ignora, una práctica común en la estrategia de las organizaciones terroristas consiste en inducir al Estado de derecho a entrar en esa destructiva forma de conflicto consigo mismo que representa el recurso a medidas excepcionales”.

Juzgado Central de Instrucción nº 1, por un delito de integración en organización terrorista y seis delitos de amenaza terrorista), siendo acusadores el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública y la Asociación Víctimas del Terrorismo ejerciendo la acusación popular. La Audiencia falló la absolución en cuanto al delito de integración en organización terrorista en virtud del derecho fundamental a la legalidad penal en su vertiente de no condena dos veces por los mismos hechos¹⁸⁸, acogiendo en cambio la petición de condena por amenazas terroristas a doce años y siete meses de prisión por dos artículos publicados en el diario *Gara* en los que señalaba con nombres y apellidos a jueces y a funcionarios de prisiones. El soporte argumental para llegar a esa conclusión condenatoria se asienta en la concepción de la libertad de expresión como derecho limitado o no absoluto, para lo cual se menciona explícitamente en la sentencia jurisprudencia constitucional y europea¹⁸⁹.

Ahora bien, esta sentencia de la Audiencia Nacional en el *caso De Juana Chaos* generó mayor controversia en los medios jurídicos que la del Tribunal Supremo en el *caso Parot* pues, si bien la solución a ambos casos se presentaba aparentemente presidida por el criterio reseñado de la militancia democrática a tenor del historial criminal de los condenados, da la impresión de

¹⁸⁸ En el FJ 2º (*Acerca de la no existencia del delito de pertenencia a banda armada*) se razona por la Audiencia Nacional que “la acusación popular ha mantenido su petición de condena por un delito de integración en organización terrorista de los artículos 515.2 y 516.2 del Código Penal. Entiende el Tribunal que, no cabe su apreciación pues lo contrario supondría una flagrante vulneración del *principio non bis in indemn*”.

¹⁸⁹ Se trae a colación expresamente, en el FJ 1º (*calificación jurídica*), la sentencia (apartado b, relativo a la *libertad de expresión*) sobre la Mesa Nacional de HB (*STC 136/1999, de 20 de julio*) en la parte relativa a los límites a la libertad de expresión, haciéndose eco asimismo de varias sentencias del TEDH (*caso Lingens contra Austria de 8 de julio de 1986, caso Handyside contra Reino Unido de 7 de diciembre 1976, caso Jersild contra Dinamarca de 23 de septiembre de 1994, o el más reciente caso Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia de 27 de mayo de 2004*), pero para poner el énfasis en las restricciones previstas en el apartado 2 del artículo 10 CEDH.

que en el *caso Parot* se reaccionó a tiempo en cuanto a la evitación de los efectos perversos de la limitación temporal de la pena (por más que, como se ha visto, el giro jurisprudencial del Tribunal Supremo haya recibido críticas desde la perspectiva del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable –a mi entender, ni siquiera constituye un escollo insalvable la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial, el *caso Pessino contra Francia, de 10 de octubre de 2006*¹⁹⁰), mientras en el *caso De Juana Chaos* se daba la impresión de haber forzado extemporáneamente los resortes del ordenamiento jurídico para evitar la excarcelación del penado.

Así, llama la atención que la Audiencia Nacional traiga a colación la sentencia constitucional sobre la Mesa Nacional de Herri Batasuna en lo relativo a los límites a la libertad de expresión, en lugar del criterio que tuvo mayor peso de la infracción del principio de proporcionalidad; del mismo modo, resulta llamativo que la Audiencia Nacional se remita a casos importantes del Tribunal Europeo sobre libertad de expresión para poner el acento en las restricciones¹⁹¹, eludiendo la cita de algún supuesto (en especial, el *caso Castells contra España, de*

¹⁹⁰ En dicha sentencia se declara la violación del artículo 7 (*no hay pena sin ley*) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al entenderse vulnerado el principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable. Aunque para llegar a tal conclusión (en especial, párrafos 28 a 37 de la sentencia) el Tribunal de Estrasburgo aclare previamente que el término “ley” incluye no sólo la ley formal del Parlamento (versión francesa, “loi”), sino más ampliamente el “Derecho” (versión inglesa, “Law”) y, por ende, la jurisprudencia, lo cierto es que en el caso concreto se determinó que hubo violación porque los tribunales franceses no habían justificado suficientemente (en términos de seguridad jurídica) el cambio de criterio, mientras que en el *caso Parot* –como he indicado– creo que el Tribunal Supremo sí motiva adecuadamente el cambio de criterio jurisprudencial como solución general para el futuro.

¹⁹¹ Un exhaustivo estudio de esta materia en CATALÀ I BAS, A.H.: *Libertat de expresió e informació. La jurisprudencia del TEDH y su recepció por el Tribunal Constitucional. Hacia un Derecho europeo de los derechos humanos*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2001.

23 de abril de 1992¹⁹²) que se asemeja en mayor medida al caso enjuiciado y en donde el Tribunal de Estrasburgo consideró asimismo desproporcionada la injerencia de los poderes públicos¹⁹³. Dicho sea de paso, la utilización, tanto en el caso de la Mesa de Herri Batasuna como en el caso Castells, del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo, respectivamente, tampoco deja de ser controvertida¹⁹⁴ ni de suscitar un “efecto desaliento”¹⁹⁵.

¹⁹² En la sentencia dictada en el *caso Castells*, el Tribunal Europeo recordó que “los límites de la crítica permitida son más amplios respecto del Gobierno que de un simple particular, o incluso de un político” (párrafo 46), reprochándose al Gobierno español que hubiera utilizado el mecanismo más contundente, en lugar de otros medios menos gravosos (principio de intervención mínima y de proporcionalidad), para defenderse de las críticas formuladas por el demandante. Sobre el principio de proporcionalidad, en este contexto, puede leerse BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2003; LOPERA MESA, G.P.: *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEC, 2006; así como las diversas contribuciones sobre dicho principio contenidas en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5 septiembre-diciembre 1998.

¹⁹³ Una crítica a la sentencia de la Audiencia Nacional en la que se advierte de las dificultades de dicho pronunciamiento para superar un eventual recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se contiene en el artículo de MAZÓN COSTA, J.L.: “Reventar el proceso de paz”, diario *Deia*, de 14 de noviembre de 2006 (<http://www.deia.com/es/impresa/2006/11/14/bizkaia/iritzia/308234.php?setlangua=es>).

¹⁹⁴ En la *STC 136/1999, de 20 de julio* se afirma en principio de forma contundente que el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático, por lo que ha de admitirse que cualquier acto de apoyo al mismo comporta una lesión, al menos potencial, para bienes jurídicos individuales y colectivos de enorme entidad, a cuya defensa se dirige el tipo delictivo analizado. En coherencia con ello, se añade que no puede negarse en abstracto la posibilidad de que el Estado limite mediante el establecimiento de sanciones penales el ejercicio de los derechos fundamentales para garantizar bienes tan relevantes como la vida, la seguridad de las personas o la paz social que son puestos en peligro por la actividad terrorista (FJ 27º); por tal motivo, no cabe concluir que la reacción penal resulta innecesaria y que las medidas no penales tendrían un grado de funcionalidad manifiestamente similar (FJ 28º). Sin embargo,

En todo caso, el carácter controvertido de la sentencia la Audiencia Nacional quedó corroborado por la rebaja de condena (de doce a tres años de prisión, facilitando con ello su excarcelación) decidida por el *Tribunal Supremo* mediante su *sentencia n° 149/2007, de 26 de febrero de 2007*¹⁹⁶: mediante ésta (el Tribunal Constitucional inadmitió en enero de 2008 el recurso de amparo interpuesto por De Juana), se otorgaba mayor peso a la libertad de expresión y se declaraba que no hubo delito de integración en banda armada ni delito de amenazas terroristas, sino amenazas no condicionales causadas a varios grupos de personas (artículos 169.2º y 170.1 del Código Penal) en concurso

luego se produce un salto argumental a través de una discutible interpretación del principio de proporcionalidad según la cual la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas (FJ 29º). Contra la *STC 136/1996* presentó una demanda la *Asociación de Víctimas del Terrorismo contra España (demanda n° 54102/00)* ante el Tribunal Europeo. Éste la declaró inadmisibile mediante *decisión de 29 de marzo de 2001*, tras entender que “la asociación demandante y sus miembros pueden ciertamente pretender que se han visto afectados muy de cerca por las circunstancias que envuelven los hechos controvertidos, teniendo en cuenta, en particular, su calidad de víctimas, ellos mismos o miembros de sus familias, de las actividades de ETA. El Tribunal, por lo demás, es consciente de la gravedad de la situación a este respecto. Sin embargo, a la vista de lo que precede, el Tribunal no puede sino constatar que el procedimiento penal controvertido no se refiere a una denuncia sobre los derechos y obligaciones de carácter civil de la demandante ni sobre una acusación en materia penal dirigida contra ella en el sentido del artículo 6 del Convenio. De lo que se desprende que la demanda es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio en el sentido del artículo 35.3, debiendo ser rechazada en aplicación del artículo 35.4”.

¹⁹⁵ Véase CUERDA RIEZU, A.: “Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna”, en el colectivo *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002; así como DE DOMINGO PÉREZ, T.: “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o efecto desaliento”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 122, 2003.

¹⁹⁶ Recurso de casación n° 11281/2006 P.

ideal con delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo (artículo 578 del Código Penal)¹⁹⁷. Llama la atención, sin embargo, el carácter estrictamente técnico del razonamiento del Tribunal Supremo, apoyándose en su propia jurisprudencia y omitiendo cita alguna de pronunciamientos del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo¹⁹⁸.

En fin, según se anticipó, que el *caso De Juana Chaos* está estrechamente relacionado con la cuestión de la limitación temporal de las penas privativas de libertad, queda patente de manera expresa en la propia sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2006, en cuyo FJ 1º.a) “*el Tribunal no discute que el procesado estuviere alterado por los continuos retrasos en su excarcelación definitiva, pero si en efecto, tal y como ha manifestado lo que pretendía era luchar contra la campaña mediática que se había iniciado contra su persona y poner en conocimiento de la opinión pública su situación, ninguna necesidad tenía de referirse a personas concretas con nombres y apellidos, ya que los artículos periodísticos no perderían ni un ápice de su fuerza narrativa y de la finalidad con aquellos pretendida por su autor si se hubieran suprimido tales referencias a jueces y funcionarios de prisiones concretos y determinados*”¹⁹⁹. Desafortunadamente, esta sentencia (y, a

¹⁹⁷ Véase, especialmente, el FJ 6º de la sentencia.

¹⁹⁸ La excepción que confirma esta regla es el siguiente párrafo en el FJ 3º: “No es lo mismo un delito de opinión que los de comisión de atentados con resultado de muerte u otros. Véase el auto de esta Sala de 23.5.2002 y particularmente la cita que se hace de la *STC 199/1987*”.

¹⁹⁹ De Juana había iniciado una huelga de hambre el 7 de agosto de 2006 en demanda de su puesta en libertad, y la interrumpió sesenta y tres días más tarde (el 8 de octubre de 2006). La razón de su protesta fue precisamente su nuevo procesamiento por un delito de amenazas, que evitó que fuera excarcelado en febrero de 2005, después de haber cumplido dieciocho años de cárcel de los casi tres mil a los que había sido condenado por once atentados en los que murieron veinticinco personas. De Juana, al conocer su nueva condena por amenazas terroristas según la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2006, retomó la huelga de hambre, que había abandonado el 9 de octubre de 2006, el día antes de que el Ministerio Público anunciara su intención de rebajar en el juicio

fortiori la STS de 26 de febrero de 2007) venía a confirmar la necesidad de la (re)interpretación de la limitación temporal de las penas efectuada en el caso Parot por un lado y, por otro lado, la pertinencia de una regulación explícita de las amenazas proferidas (con actitud desafiante y desprovista de todo arrepentimiento²⁰⁰) a los jueces por parte de los imputados incluso en el curso de los juicios orales, para satisfacer así el triple test impuesto por el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y por el Tribunal de Estrasburgo consistente en que las limitaciones estén previstas por la ley, persigan un fin legítimo y sean necesarias en una sociedad democrática (esto, en conexión con el principio de proporcionalidad). Y, por supuesto, más allá del supuesto concreto referente a De Juana (que ha resumido privilegios escandalosos a la luz de la opinión pública mayoritaria, tanto por el “descontrolado” régimen de visitas en el hospital madrileño durante la huelga de hambre como por su “flexible” régimen especial de salidas en el hospital donostiarra – con una permisividad de la Administración penitenciaria que ha ignorado el efectivo control judicial del régimen atenuado de privación de libertad²⁰¹), lo que se pone de manifiesto es la

oral la petición inicial de pena de noventa y seis años de cárcel. Finalmente, tras la STS de 26 de febrero de 2007 De Juana fue trasladado a primeros de marzo de 2007 del hospital madrileño 12 de Octubre al hospital Donostia de San Sebastián, en donde sólo debía permanecer hasta su recuperación, pudiendo a continuación marchar a su domicilio, en atención a su clasificación en segundo grado con prisión atenuada (artículo 100 del *Reglamento penitenciario*). Finalmente, ingresó otra vez en prisión el 6 de junio de 2007, un día después del anuncio de ruptura del alto el fuego permanente por parte de ETA.

²⁰⁰ Tampoco es sencilla la regulación del estatuto de los terroristas arrepentidos: sobre esta problemática, puede leerse el artículo de HERNÁNDEZ VELASCO, I.: “¿Qué hacer con los terroristas arrepentidos?”, diario *El Mundo*, jueves 7 de diciembre de 2006, p. 41: “El nombramiento de una ex miembro de las Brigadas Rojas para ocupar un cargo público desata el debate en Italia”.

²⁰¹ El artículo 100 (clasificación penitenciaria y principio de flexibilidad) del *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario* dispone: “1. Además de las separaciones señaladas en el artículo anterior, tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados. Los grados

necesidad de plantear un debate serio sobre la constitucionalidad del sistema de ejecución penal (partiendo del artículo 117.3 de la Constitución española) delimitando y acotando las competencias de la Administración penitenciaria y las de los Jueces de Vigilancia.

II. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL RELATIVA AL PERDÓN DE LOS RESPONSABLES DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Paso ahora a referirme al *perdón de los responsables*. Como primer acercamiento, la *Constitución española* impide aplicar el indulto a los supuestos en que se haya condenado por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado al Presidente del Gobierno y a los demás miembros del Gobierno en el ejercicio de sus funciones (artículo 102.3). Sobre el particular, creo que la seguridad del Estado no ha de reconducirse ni mucho menos a la seguridad de quienes detentan el poder, sino más ampliamente a la seguridad interior (del orden constitucional democrático, es decir, del ejercicio regular del poder por las instituciones y del libre disfrute de los derechos y libertades) y exterior (piénsese que la participación de España y Reino Unido, sobre todo, en la guerra de Irak, ha resquebrajado la política de seguridad y defensa de la Unión Europea). La terrible conexión con esto último de los atentados del 11-M en Madrid (o los

serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto. 2. No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”.

previos del 11-S en Nueva York, o los posteriores del 7-J en Londres) ha diluido en gran medida, por ejemplo, la diferencia entre actos terroristas nacionales e internacionales, e incluso entre la nociones de guerra y terrorismo.

Al hilo de lo anterior, debe señalarse asimismo que la Constitución española (artículo 62.i) prohíbe expresamente las leyes que autoricen indultos generales²⁰². Es cierto que en España se cuenta con una *Ley de indulto decimonónica (de 18 de junio de 1870, modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero)*, que todavía necesita ser actualizada²⁰³: de hecho, existe un debate en tal dirección (de momento, se discuten medidas concretas, como la exclusión del indulto en delitos de violencia doméstica, en la línea de las políticas públicas de género). ¿Podría pensarse en la exclusión, mediante ley, del indulto, para los delitos de terrorismo?²⁰⁴ Por supuesto, máxime si se tiene presente que los

²⁰² Bajo tal ángulo, tuvo una indudable repercusión a la luz del precepto constitucional la concesión “en bloque” de más de mil indultos (1.443 Reales Decretos de Indulto) publicados en el BOE de 1 de diciembre de 2000, entre los que figuraba uno que produjo gran polémica, a saber, el indulto de un juez condenado por prevaricación por la *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (sentencia de 15 de octubre de 1999)*: sobre este polémico indulto, puede leerse el trabajo de AGUADO RENEDO, C.: “Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el ‘caso Gómez de Liaño’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 63, 2001.

²⁰³ Puede leerse AGUADO RENEDO, C.: *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid, Civitas, 2001, así como GARCÍA MAHAMUT, R.: *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

²⁰⁴ Un caso reciente que ha generado polémica en este terreno tiene que ver con el indulto concedido por el Gobierno al “grapo” S. Rodríguez Veloso (*Real Decreto 584/2007, de 27 de abril, por el que se indulta a don Sebastián Rodríguez Veloso*, BOE nº 102 de 28 de abril de 2007), condenado a más de ciento tres años por, entre otros, delito de terrorismo tras asesinar en 1984 al presidente de la patronal sevillana a la sazón R. Padura. Durante su encarcelamiento, Veloso mantuvo una larga huelga de hambre tras la cual hubo de utilizar silla de ruedas. Sin embargo, nunca ha mostrado arrepentimiento y pretendía ser candidato en las listas del BNG en las elecciones municipales del 27 de mayo de 2007 (para el Ayuntamiento de Vigo), posibilidad que impidió la Junta Electoral de Galicia al no

actos terroristas pueden integrar a su vez parte de alguno de los cuatro delitos previstos en el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*²⁰⁵, no susceptibles de prescripción en el ámbito español (artículo 131.4 del *Código Penal*, *infra*). Esta postura, más acorde jurídicamente con la lucha contra la impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos y que permite matizar el escollo del indulto planteado por el artículo 23.5 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*²⁰⁶, podría ser criticada desde una posición más “políticamente correcta” tendente a dejar la puerta abierta al indulto en semejante materia para facilitar “procesos de paz” o negociaciones políticas en aras del fin de la violencia terrorista. De todos modos, las dificultades de armonización, incluso en el seno de la Unión Europea, en torno a la definición

haber satisfecho dicho individuo la indemnización que le impuso el tribunal sentenciador.

²⁰⁵ Así, cabe distinguir entre *terrorismo* como situación autónoma (respecto de lo cual, como se dijo, no se ha llegado a un consenso para su definición en la comunidad internacional) que por ejemplo, existe en España, y *actos terroristas*, que pueden darse en cualquier situación (no sólo, verbigracia, algunos de los actos que figuran como crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino actos que se producen en conflictos armados internos e internacionales).

²⁰⁶ Como ha advertido BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero”, ya cit., p. 216-217: “si el principio [de extraterritorialidad] autoriza una jurisdicción universal para ciertos delitos, carece de sentido que su aplicación dependa de que algún otro Estado no haya decidido por sí y ante sí despenalizar el delito mediante indulto (o amnistía). Esto no es correcto (...) pues desde el punto de vista del principio universal nadie debería tener derecho por sí y ante sí a despenalizar lo que es una lesión universalmente reconocida de la dignidad de la persona. (...) Por esta razón, a la luz del art. 23.5 LOPJ cabe preguntarse: ¿qué validez se debe reconocer en España a estas ‘leyes de punto final’? Por un lado se postula en España que se trata de ‘leyes’ que sólo tiene valor dentro de los límites de la soberanía del Estado que las dicta: España, por lo tanto, no debería aceptarlas. Coincido en el resultado, pero me permito discrepar de la fundamentación. A mi modo de ver la ley española es clara. Si el hecho ha sido indultado o amnistiado desaparece la jurisdicción española. Sin embargo, la ley española no obliga a aceptar cualquier indulto o cualquier amnistía. Esto surge de los principios modernos del Derecho penal internacional”. Por tanto –me permito añadir– de nuevo se percibe esa internacionalización de nuestro ordenamiento constitucional.

de terrorismo y de organización terrorista, discurren de forma paralela a la compleja equiparación continental del ejercicio del derecho de gracia, como lo pone de manifiesto la *Decisión marco sobre la euroorden*²⁰⁷.

En estas mismas coordenadas, el Tribunal Constitucional español ha modulado la discrecionalidad del Gobierno en la concesión de indultos (obligando, como mínimo a motivar la denegación de tramitación de solicitud de indulto, por ejemplo, en la *STC 163/2002 de 16 de septiembre*), superando con ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia²⁰⁸. A esta línea evolutiva tampoco ha permanecido ajeno el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, *caso Mouisel contra Francia de 14 de noviembre de 2002*, en donde sin reconocer obviamente el derecho subjetivo al indulto, sí se exige motivar adecuadamente la denegación de gracia en supuestos como los presos que se encuentren gravemente enfermos, pues en tal caso el Estado no estaría respetando los fines del sistema penal infligiendo un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3

²⁰⁷ Al respecto, ha recordado MORENO CATENA, V.: “La orden europea de detención en España”, *Revista Poder Judicial*, nº 78, 2005, pp. 25-26: “Como un claro exponente y manifestación del principio de soberanía de cada uno de los Estados, la euroorden no se podrá cumplir por nuestros tribunales (como país de ejecución) cuando la persona reclamada haya sido indultada en nuestro país por los mismos hechos si el delito fuera perseguible en España (art. 12.1.c). Nada se especifica para el caso de que el ejercicio del derecho de gracia se hubiera concedido por otro Estado miembro de la UE, lo cual tiene cierta lógica, por el propio carácter territorial del derecho de gracia, atributo de la soberanía. Así pues, se deja en manos de las autoridades del país que concede la gracia a favor del responsable de un delito que sean ellas quienes sostengan la medida, sin involucrar en esa decisión política a los responsables judiciales de otros Estados en donde se pueda encontrar el reclamado y, al propio tiempo, circunscribe la medida de perdón al territorio del Estado, de forma que el indultado sólo encontrará efectiva gracia en ese territorio”.

²⁰⁸ La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene *la no obligatoriedad de motivar el indulto*, en la medida en que no sería un acto administrativo en el sentido establecido en la Ley 30/1992 y, por tanto, no sería fiscalizable desde tal punto de vista ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos de la Ley 29/1998, más allá de la fiscalización de los requisitos procedimentales exigidos legalmente para la concesión del indulto: en concreto, *STS (Sala Tercera, Sección Sexta) 11 de diciembre de 2002* (recurso contencioso-administrativo núm. 166/2001).

del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*)²⁰⁹. En cualquier caso, no son despreciables las consecuencias extraíbles de las prescripciones constitucionales comentadas, tanto la relativa a los cargos gubernamentales como la referente a la prohibición de indultos generales.

Esto último me lleva a abordar la cuestión del perdón de los responsables bajo el ángulo de la justicia española como justicia extraterritorial, puesto que el reiterado artículo 23 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* exige, para que pueda perseguirse en España este tipo de delitos “sin fronteras” por violaciones graves de los derechos humanos, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. Esta fue, precisamente, una de las cuestiones espinosas con las que se enfrentó el juez titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional española cuando dictó el mencionado *Auto de 28 de junio de 1996*. En éste, me parece acertado el modo en que afronta el juez instructor la inaplicabilidad de la

²⁰⁹ En el caso *Mouisel contra Francia*, el demandado había sido condenado por el Tribunal Penal de la Alta Garona a una pena de quince años de reclusión por robo a mano armada en banda organizada, secuestro y estafa. Fue internado en la prisión central de Lannemezan (Altos Pirineos), habiéndose empezado a deteriorar su estado de salud; por ello, el demandante presentó una petición de indulto por causa médica ante el Presidente de la República que fue rechazada el 7 de marzo de 2000 (apartado 13 de la sentencia). Para llegar a la conclusión de vulneración del artículo 3 del Convenio Europeo por no concesión del indulto o, si se prefiere, por seguir manteniendo en prisión al demandante, el Tribunal Europeo se hace eco de Informe de la Asamblea Nacional realizado en nombre de la Comisión de investigación sobre la situación en las cárceles francesas-Tomo I-pg. 249-(28 junio 2000). Así, en el apartado 25 de la sentencia se recoge un extracto de la parte V titulada “Hacia el control indispensable de la población reclusa”, y al aludirse a los detenidos enfermos o ancianos se lee: “Morir en prisión no es digno. Se plantea, por tanto, la cuestión del mantenimiento del encarcelamiento de los reclusos enfermos o en edad avanzada. El indulto por motivos médicos sólo puede ser concedido actualmente por el Presidente de la República. Parece que esta medida es propuesta, no obstante, de forma parsimoniosa y concedida con más prudencia aún; en 1998, se presentaron al Presidente de la República 27 expedientes y se otorgaron 14 indultos; en 1999, se pronunciaron 18 indultos de 33 propuestas. (...) Parece efectivamente necesario revisar el procedimiento de indulto por motivos médicos; nada justifica que esta decisión siga dependiendo del Presidente de la República. El procedimiento debería depender del Juez de vigilancia penitenciaria que podría, para adoptar su decisión, basarse en dictámenes médicos que probaran que el enfermo padecía una enfermedad que ponía en juego su pronóstico vital”.

cosa juzgada o la ausencia total de virtualidad de las Leyes argentinas sobre perdón de los responsables²¹⁰. Y ello, como digo, desde la propia perspectiva del ordenamiento español, sin necesidad de acudir a la importante jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos sobre la no aceptación de estas leyes claramente atentatorias contra la conciencia de la humanidad y la dignidad personal (por todos, el *caso Barrios Altos –contra Perú– de 14 de marzo de 2001*), con independencia del nombre que se dé a dichas leyes, incluso denominaciones casi eufemísticas como, pongamos por caso, la *Ley uruguaya de caducidad de la acción punitiva del Estado* (Ley 15.848)²¹¹.

Un ejemplo paradigmático de adecuación a los cánones internacionales de lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones de derechos humanos, en este caso a las orientaciones del sistema interamericano de Derechos humanos, viene suministrado por la *Sentencia de la Corte Suprema de Argentina de 14 de junio de 2005* declarando la nulidad de las leyes de impunidad y ratificando condena por crímenes contra la humanidad. Lo interesante en la sentencia radica en constatar que “*el Derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión*” de lo hasta esa fecha resuelto, y esa constatación se efectúa en virtud de la “*progresiva evolución del Derecho internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional–*”, que ya no autoriza al Estado a tomar decisiones “*cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza*” (considerando 14). Y se añade en esa misma línea: “*Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional*

²¹⁰ Véase razonamiento jurídico quinto del indicado Auto.

²¹¹ El título oficial de la Ley era “Funcionarios militares y policiales. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985”.

en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos” gravemente atentatorios contra la dignidad humana (considerando 15). Y prosigue la Corte argentina su razonamiento en clave constitucional, declarando que “si bien es cierto que el artículo 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. (...) en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al ‘olvido’ de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables” (considerando 16).

Y, efectivamente, la Corte con sede en Buenos Aires asume esa internacionalización del Derecho constitucional, apoyándose para ello, sobre todo, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, desgrana dicha jurisprudencia desde el primer caso de competencia contenciosa²¹² –pasando por el propio análisis efectuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Argentina y el alcance de la ejecución de los compromisos internacionales impuestos por dicha Comisión²¹³– hasta la culminación de esa línea de lucha contra la impunidad²¹⁴.

²¹² En el considerando 18 se señala que “ya en su primer caso de competencia contenciosa, Velásquez Rodríguez, la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía”.

²¹³ En el considerando 20 de la sentencia se recuerda que “en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos

Por añadidura, esa declaración de nulidad, según declara el propio tribunal argentino, no es obstáculo para el acompañamiento de otras medidas complementarias en el ámbito internacional (por ejemplo, ratificación de otros tratados internacionales en la materia) o nacional (leyes que incluso doten de mayor seguridad jurídica)²¹⁵.

Como complemento de lo anterior, el perdón del ofendido, como causa de extinción de la responsabilidad criminal²¹⁶, que en España se prevé en el artículo 130 del *Código Penal*, sólo podrá ser otorgado cuando la Ley lo prevea, se conceda de forma expresa y antes de que se haya dictado sentencia. A mayor abundamiento, como problemática a caballo entre el castigo y el perdón de los responsables, debe subrayarse que el *Código Penal español*, cuando regula la prescripción de los delitos (artículo

fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos –desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros– cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²¹⁴ En el considerando 23 se advierte que las posibles dudas “con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso ‘Barrios Altos’. (...) La Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía, que constituyó la violación de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno”.

²¹⁵ En el considerando 31 se hace notar: “Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada”.

²¹⁶ Junto a otras causas como la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena, el propio indulto, la prescripción del delito, o la prescripción de la pena.

131), establece explícitamente 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*” (apartado 4, según *redacción introducida mediante Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*). La disposición penal española secunda, pues, los elementos característicos de los crímenes contra la humanidad; esas características específicas, que derivan de la naturaleza de dichos crímenes como ofensa a la dignidad inherente a toda persona, pueden sintetizarse del siguiente modo²¹⁷: a) Son crímenes imprescriptibles. b) Son imputables al individuo que los comete, sea o no órgano o agente del Estado. c) A las personas responsables o sospechosas de haber cometido un crimen contra la humanidad no se les puede conceder asilo. d) Como crimen internacional, la naturaleza del crimen contra la humanidad y las condiciones de su responsabilidad son establecidas por el derecho internacional con independencia de la que pueda establecerse en el Derecho interno de los Estados; esto significa que el hecho de que el Derecho interno del Estado no imponga pena alguna por un acto que constituye un crimen de lesa humanidad, no exime de responsabilidad en Derecho internacional a quien lo haya cometido. e) Estos crímenes no son amnistiables. f) Los crímenes contra la humanidad están sujetos al principio de jurisdicción universal.

III. ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para concluir este capítulo, deseo expresar una reflexión final, que conecta con otra vertiente que, no por trascender lo

²¹⁷ Tomo la síntesis de estas características del informe elaborado por el Equipo Nizkor bajo el título *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, de fecha 14 de abril de 2004.

estrictamente jurídico, resulta en absoluto desdeñable. Me refiero, sin perjuicio de la efectividad de las resoluciones judiciales sobre casos de violaciones graves de los derechos humanos, al valor ético (y, si se quiere, político) de esas resoluciones como *desagravio de las víctimas*. Con este espíritu, dado que el mundo del Derecho ofrece un variado espectro de interpretaciones y consiguientes tomas de posición, no está de más enfatizar la voluntad ética y política de los órganos jurisdiccionales competentes (entendiendo la política no como politización, sino *como sensibilidad ética o compromiso ideológico*)²¹⁸ a favor de la defensa de los derechos humanos²¹⁹, lo que por lo demás constituye la función básica del juez²²⁰. Desde esta óptica, resulta pertinente traer a colación nuevamente, bajo ese ángulo de militancia democrática, sensibilidad ética o compromiso ideológico, algunos pronunciamientos judiciales ya analizados:

a) De un lado, en el voto particular discrepante formulado a la ya analizada *sentencia del Tribunal Supremo español de 25*

²¹⁸ Esa resuelta voluntad y compromiso éticos requieren una fuerte personalidad que imprima la necesaria independencia a la actuación judicial, máxime en supuestos de graves violaciones de derechos humanos sometidos a fuerte presión mediática. Con esta orientación, ha destacado MORENO CATENA, V.: “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, ya cit., p. 20: “Es verdad que no faltan ocasiones en que la demanda social de justicia, también de justicia penal, puede impulsar al juez en un determinado sentido, intentando condicionar o mediatizar sus resoluciones. La presión de los medios de comunicación sirve además de eficaz aliado de esa sensibilidad social que no es indiferente al resultado de los procesos, como sucede cuando se trata de casos de terrorismo o de narcotráfico, que se contaminan de la ‘jurisprudencia prospectiva’. Ahora bien, en este sentido el poder judicial debe mantenerse como un celoso guardador de su independencia, impidiendo absolutamente cualquier injerencia o intromisión en sus decisiones, ni siquiera como aliado o cómplice de la mayoría de la población, pues ha de defender, sobre todo, los derechos de los justiciables y debe ser servidor de la ley”.

²¹⁹ Véase GARCÍA BELAUNDE, D.: “Los derechos humanos como ideología”, Lima, Revista *Derecho*, n° 36, diciembre 1992, pp. 97 y ss.

²²⁰ Con tal orientación, es expresiva la exposición de motivos de la *Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio)*, al asociar *prima facie* la vigencia del Estado de Derecho con la “garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, a través de unos órganos independientes que ofrezcan a “todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”.

de febrero de 2003 (párrafo final) se subraya que “el ejercicio de la jurisdicción universal, al desterrar la impunidad por los grandes crímenes contra la humanidad, como lo es el de genocidio, contribuye a la paz y a la humanización de nuestra civilización. Es cierto que no devuelve la vida a las víctimas, (...). Pero puede ayudar a prevenir algunos crímenes y a enjuiciar a algunos de sus responsables. Con ello contribuye a la consecución de un mundo más justo y seguro, y a consolidar el Derecho Internacional, en lugar de la violencia, como forma habitual de solucionar los conflictos”.

b) De otro lado y de manera más contundente, igualmente en el terreno de la justicia universal se decía en el *Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de fecha 28 de junio de 1996*, razonamiento jurídico primero: *“Siempre quedará en nuestras conciencias si se hizo desde España lo suficiente para esos cientos de ciudadanos españoles que buscando lo que aquí no tenían, encontraron lejos de su tierra una absurda e inícuca muerte junto con otros miles de hermanos, en Argentina en los años oscuros de la dictadura militar. Quizás se haya conseguido inventar la coraza de la insensibilidad trufada de desinterés para todo lo ‘ajeno’ a nuestra cómoda conciencia consumista. Desde aquí y ahora este instructor entiende que ha de accederse a la investigación de unos hechos que jamás prescribirán en la mente y los corazones de los que la sufrieron, y, hacerlo desde la legalidad que desde luego choca, tanto desde el punto de vista de la normativa internacional como nacional con las llamadas leyes de punto final o de obediencia debida, tal como se tratará de razonar más adelante. La Ley es razón y es lógica y nunca puede amparar ni el asesinato ni el secuestro”.*

c) Y un tercer pronunciamiento interesante, en este caso relativo a graves atentados por violencia terrorista, se contiene en la *sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) nº 197/2006, de 28 de febrero de 2006*, cuyo FJ 3º hace notar que la

limitación temporal de las penas privativas de libertad “*obedece a discutibles razones de política criminal, porque rompe con el principio constitucional de cumplimiento de las penas, que resulta del contenido del art. 118 de la Constitución española (‘es obligado cumplir las sentencias... firmes de los Jueces y Tribunales ...’), y establece un cierto principio de impunidad, por el que resulta que el autor de más de tres delitos de la misma gravedad, no cumplirá sanción alguna por todos los restantes, sin fundamento alguno, cualquiera que sea su número, y que origina situaciones de trato discriminatorio respecto de otro sujeto que cometiendo idénticas infracciones tenga ya alguna sentencia condenatoria que rompa con la posibilidad de tal acumulación*”.

Al hilo de lo expuesto, el derecho de los responsables de esas atrocidades a la seguridad jurídica está llamado a ceder (recuérdese que los crímenes contra la humanidad no prescriben nunca) frente al superior y prevalente derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares²²¹. Evidentemente, la “verdad” judicial se halla expuesta en menor medida a riesgos de politización que las “comisiones de verdad” (o denominaciones parecidas) creadas en algunos países en donde se han producido graves violaciones de derechos humanos; y, por supuesto, comisiones parlamentarias “de la verdad” como la del 11-M en España suministran un ejemplo todavía más ostensible de esa politización²²².

²²¹ En torno a esta problemática, léase EYMAR ALONSO, C.: “Derecho y olvido. Algunas consideraciones en torno a la prescripción del delito”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, 2001, pp. 279-312.

²²² La *Comisión de investigación parlamentaria del 11-M* aprobó en junio de 2005 el dictamen final de los trabajos (el dictamen final fue aprobado por todos los grupos parlamentarios excepto el PP, que en cambio sí respaldó algunas propuestas para mejorar la atención a las víctimas del terrorismo o para mejorar la seguridad del Estado). Las conclusiones y recomendaciones de la comisión se estructuran en tres partes. La primera analiza el fenómeno terrorista internacional de raíz islamista, su amenaza sobre España antes del 11-M y la reacción del Estado ante esa amenaza. La segunda parte del dictamen se centra en la forma en que las instituciones civiles y políticas respondieron a los atentados y se examina la conducta del Gobierno español, presidido entonces por José M^a Aznar.

Si para que funcione una Comisión parlamentaria como la del 11-M en España era precisa la buena disposición de todos los grupos parlamentarios participantes con objeto de no incurrir en una utilización partidista que socave las bases del consenso constitucional, para que desempeñen sus funciones con relativa normalidad las comisiones de verdad y reconciliación se precisa igualmente de buena voluntad por los integrantes de éstas, acompañada de una paralela buena predisposición para aceptar la colaboración de las organizaciones cualificadas de la sociedad civil²²³. En cualquier caso, el espíritu que ha de guiar la creación de este tipo de comisiones (parlamentarias de investigación, o de verdad) al inquirir sobre graves hechos del pasado y su modo de reparación, no debe ser la evitación de procesos penales, sino prevenir que se reproduzcan esas graves violaciones de derechos humanos en el futuro y promover la restauración de la verdad para que la opinión pública no se sienta engañada o manipulada políticamente y para que reine eventualmente un ambiente de reconciliación nacional. Casi ocioso es añadir, por lo demás, que las comisiones no son infalibles²²⁴, como tampoco lo son los tribunales²²⁵.

Finalmente, la tercera parte del Dictamen de la Comisión expone las recomendaciones de futuro sobre medidas a adoptar para que un 11-M nunca pueda volver a repetirse, que se refieren a la atención de las víctimas y mejora de la seguridad del Estado “frente al terrorismo islamista” mediante la cooperación policial y judicial, potenciación de recursos y una mayor coordinación institucional. Además, propone al Gobierno que impulse reformas legales para combatir el control de las fuentes de financiación del terrorismo, la inmigración ilegal, regular la figura del confidente y mejorar el control de explosivos. Asimismo, también se aboga por un paquete de medidas para mejorar la relación con la religión musulmana y promover una política exterior de seguridad. Por último, la comisión de investigación recomienda a los partidos políticos la realización de un Pacto contra el Terrorismo Internacional, abierto a todas las fuerzas políticas democráticas, para evitar que pueda volver a repetirse un hecho tan trágico como el del 11-M.

²²³ A título de ejemplo, puede mencionarse el *Convenio de cooperación institucional suscrito en Perú entre la Comisión de la verdad y reconciliación (CVR, creada mediante Decreto Supremo N° 065-2001-PCM) y la Comisión andina de juristas (CAJ)*. El texto del Convenio puede verse en la página web: <http://www.cverdad.org.pe/lacomision/cnormas/convenio08.php>.

²²⁴ Así lo ha advertido MÉNDEZ, J.E.: “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”,

Desgraciadamente, el derecho a la verdad se ve ensombrecido en ocasiones al romperse el equilibrio entre el desagravio de la víctima y la garantía de los derechos fundamentales de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, a favor de esta segunda garantía y en perjuicio de aquel desagravio. De hecho, el juego de las garantías procesales ha llegado a jugar como un escollo prácticamente insalvable en tal sentido, propiciando que se genere una solución material de presunción de inocencia²²⁶ en lugar de, respetando procedimentalmente esas garantías, retrotraer actuaciones para volver a valorar las pruebas que determinen o no la antijuridicidad y la culpabilidad del imputado²²⁷: el *caso Barberà, Messegué y Jabardo contra España*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ilustra la crítica que estoy efectuando²²⁸. Pero, afortunadamente, la comunidad internacional se sigue mostrando sensible al derecho a la verdad, como lo demuestra la *Convención internacional para la protección de todas las personas en contra de las desapariciones forzadas*

www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Juan_E_Mendez.doc, p. 15. Este trabajo se encuentra publicado asimismo bajo el mismo título en el colectivo *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 1998, pp. 517-540.

²²⁵ Sobre los límites del procedimiento judicial como método para alcanzar la verdad, puede leerse FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 51-70.

²²⁶ Véase CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

²²⁷ Sobre la delimitación de estas categorías, señala MIR PUIG, S.: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 88: “Si la antijuridicidad es el ámbito de los hechos que el Derecho puede desear prevenir, la culpabilidad es la esfera en que se comprueba si el hecho injusto cometido puede atribuirse a su autor en condiciones psíquicas de motivabilidad normal”.

²²⁸ *Sentencia del Tribunal Europeo sobre la indemnización de 13 de junio de 1994* (aplicación del anterior artículo 50 –actual artículo 41– del Convenio de Roma de 1950); la sentencia principal sobre el fondo del asunto es de 6 de diciembre de 1988. Una crítica al respecto en JIMENA QUESADA, L.: “De nuevo sobre la problemática ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: en particular, la satisfacción equitativa o indemnización como parte del derecho a un proceso justo”, *Revista General de Derecho*, nº 630, marzo 1997, pp. 2005- 2018.

adoptada por la ONU en París el 21 de diciembre de 2006 y abierta a la firma el 6 de febrero de 2007²²⁹.

Justamente, de manera coetánea a la elaboración de ese proyecto de Convención de Naciones Unidas, en el ámbito de la OEA su Asamblea General aprobó en su cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006, una *Resolución sobre el derecho a la verdad*²³⁰. En dicha Resolución, tras tomar en consideración particularmente, de un lado, “los artículos 25, 8, 13 y 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativos al derecho a la protección judicial, al debido proceso y garantías judiciales, a la libertad de expresión y al deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, respectivamente”, y, de otro lado, “los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I, adoptado el 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que reconocen el derecho que asiste a las familias a conocer, tan pronto las circunstancias lo permitan, la suerte de las personas desaparecidas en conflictos armados”, se destaca que “también se deberían adoptar las medidas adecuadas para identificar a las víctimas en las situaciones que no equivalgan a conflicto armado, en especial en los casos de violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos”, así como que “la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos han reconocido el derecho a la verdad en el marco de las recomendaciones y sentencias adoptadas, respectivamente, sobre varios casos individuales de violaciones a los derechos humanos”.

²²⁹ Sobre este novedoso instrumento internacional, DECAUX, E., y FROUVILLE, O. (dirs.): *La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Bruxelles, Bruylant (Collection ‘Droit et Justice’), 2008.

²³⁰ OEA, AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06). Se recuerda asimismo la *Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el derecho a la verdad*.

Con estas premisas, la Asamblea General de la OEA, sobre ser consciente de que “*el derecho a la verdad puede caracterizarse de manera diferente en algunos sistemas jurídicos como derecho a saber o a ser informado o libertad de información*”, resuelve una serie de puntos importantes, entre ellos:

a) Reconocer *la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos.*

b) Acoger con satisfacción la creación en varios Estados de *mecanismos judiciales específicos, así como otros mecanismos extrajudiciales o ad hoc, como las comisiones de la verdad y la reconciliación, que complementan el sistema judicial, para contribuir en la investigación de las violaciones de los derechos humanos y las del Derecho internacional humanitario, y valorar la preparación y publicación de los informes y decisiones de esos órganos.*

c) En conexión con lo anterior, alentar a los Estados interesados a difundir y aplicar las recomendaciones formuladas por mecanismos nacionales extrajudiciales o *ad hoc*, como las comisiones de la verdad y la reconciliación, y a vigilar su implementación en el ámbito interno, así como a informar sobre la observancia de las decisiones de los mecanismos judiciales.

d) Alentar igualmente a los Estados y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro del ámbito de su competencia, a que presten a los Estados que así lo soliciten, la asistencia necesaria y adecuada sobre el derecho a la verdad, a través de, entre otras acciones, la cooperación técnica y el intercambio de información relativa a medidas administrativas, legislativas y judiciales nacionales aplicadas, así como de experiencias y mejores prácticas que tienen por objeto la protección, promoción y aplicación de este derecho.

Sin perjuicio de un perfeccionamiento más amplio de los perfiles de este *novedoso* derecho a la verdad (que puede

considerarse tanto una prolongación del derecho a la tutela judicial efectiva²³¹, como una manifestación de la libertad de información –derecho a ser informado sobre informaciones que están en posesión del Estado²³²), su satisfacción puede considerarse como uno de los fines inmediatos y específicos del proceso penal que, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones preceptivas a los autores de las graves violaciones de los derechos humanos, comporta un indisociable derecho de los familiares de las víctimas y de la sociedad en su conjunto a la efectiva averiguación de lo ocurrido²³³.

Correlativamente, ese derecho implica una más cualificada *obligación positiva* de los Estados para poner en marcha todos

²³¹ Esta aproximación fue evocada por la Corte Interamericana de Costa Rica en el caso *Velásquez Rodríguez*, *sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988*, en cuyo apartado 181 sostenía: “El deber de investigar hechos de este género (se refiere a la desaparición del ciudadano Manfredo Velásquez Rodríguez), subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál es el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”.

²³² Puede leerse, con tal espíritu, el artículo 13.1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, o el artículo 19.2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

²³³ Abundando en ese doble enfoque, como derecho a la información y a la tutela judicial efectiva, es interesante el *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 22 de diciembre de 1999 en el caso “Ignacio Ellacuría”*, en donde se establecía, de un lado, que “el derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía. La Convención Americana protege el derecho a acceder y a recibir información en su artículo 13”; y, de otro lado, que “el derecho a la verdad se relaciona también con el artículo 25 de la Convención Americana, que establece el derecho a contar con un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos consagrados en ella. La existencia de impedimentos fácticos o legales (como la ley de amnistía) para acceder a información relevante en relación con los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, constituye una abierta violación del derecho establecido en la mencionada disposición e impide contar con recursos de la jurisdicción interna que permitan la protección judicial de los derechos fundamentales establecidos en la Convención, la Constitución y las leyes”.

los mecanismos a su alcance susceptibles de contribuir al esclarecimiento de lo realmente acontecido. Podría decirse que, sin perjuicio de la responsabilidad penal individual de los criminales, si la violación de compromisos internacionales hace pesar sobre el Estado responsable la obligación de reparar el daño causado²³⁴, cuando se trata de crímenes relativos a graves violaciones de derechos humanos semejante obligación estatal es más cualificada y amplia. Adquiere así un especial vigor la noción de reparación integral que, no pudiendo en la mayoría de los casos reconducirse al “statu quo ante” por las deleznable características de estas violaciones graves, comporta al menos un efectivo esfuerzo para averiguar los hechos y castigar a los responsables. De manera más precisa, con apoyo en el avance experimentado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha hecho un esfuerzo por sistematizar las obligaciones que tienen los Estados para satisfacer el derecho a la verdad como parte del más amplio derecho a la justicia, y que se articulan en torno a cuatro ejes básicos:

a) *la verdad*, es decir, la obligación de investigar y difundir los hechos que puedan quedar fehacientemente establecidos;

b) *la justicia*, o sea, la obligación de procesar, enjuiciar y castigar a los criminales;

c) *la reparación*, esto es, la obligación de restablecer íntegramente por los daños causados²³⁵;

²³⁴ Lo que es jurisprudencia internacional consolidada desde la *sentencia dictada en 1970 por la Corte Internacional de Justicia en el caso “Barcelona Traction” (Bélgica vs. España, de 5 de febrero de 1970)*, que se convirtió en un asunto célebre al iniciar la fundamentación del concepto de obligaciones *erga omnes*, posteriormente consolidado con el desarrollo de la jurisprudencia sobre la noción de *garantía colectiva*.

²³⁵ Sobre la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones, puede leerse la crónica de ÚBEDA DE TORRES, A.: “Cour interaméricaine des droits de l’homme”, *L’Europe des Libertés*, n° 18, enero 2006, p. 69: al comentar el *caso Comunidad Moiwana contra Surinam, de 15 de junio de 2005*, afirma la autora que “en el marco de las reparaciones, la pérdida de tierras y la pobreza de los miembros del grupo dan lugar a una indemnización equitativa por los daños materiales, morales y espirituales. La Corte retoma, por tanto, en parte, el razonamiento innovador del *caso Bámaca Velásquez contra Guatemala (sentencia de 22 de febrero de 2002)*,

y d) *la democratización de las fuerzas y cuerpos de seguridad* o, en otros términos, expulsar a los agentes públicos que hayan tolerado, ordenado o cometido las graves violaciones de derechos humanos.

Ni que decir tiene que esas obligaciones son acumulativas e interdependientes y que los Estados deben poner todo su empeño en cumplimentarlas sin introducir trabas a través de cualesquiera poderes (ya sea judicial, ejecutivo o legislativo), no sólo en coyunturas de emergencia o excepcionalidad sino asimismo en situaciones de relativa normalidad constitucional en las que se llegue a aprobar alguna ley de amnistía que venga a derogar *a posteriori* el derecho a la verdad impidiendo la investigación sobre hechos gravemente violatorios contra la dignidad de la persona. Ya se trate de medidas de suspensión previstas con carácter previo, ya se trate de medidas de derogación posteriores, lo bien cierto es que tanto los ordenamientos constitucionales como las normas internacionales prevén cláusulas de inderogabilidad o derechos intangibles²³⁶.

recordando la importancia del ‘culto a los muertos’ (o del ‘derecho a un proyecto postvital’, como el juez Cançado lo califica en un extenso y poético voto particular) para determinar las reparaciones debidas a esas comunidades étnicas. Una visión muy ‘comprometida con los derechos humanos’ y ultraprotectora que, sin duda, no pasará inadvertida para las demás jurisdicciones de derechos humanos y la doctrina internacionalista”.

²³⁶ En el ámbito constitucional español, puede leerse la obra de CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984. Dicho autor pone de manifiesto que el Derecho de excepción diseñado por el constituyente español de 1978 es limitado, de manera que, sustancialmente, el artículo 55 de la Constitución española vigente “marca el ámbito de la *Constitución suspendible*” (p. 48).

CAPÍTULO FINAL.
A MODO DE CONCLUSIÓN:
GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA Y LUCHA
CONTRA LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE
GRAVES VIOLACIONES
DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. MILITANCIA DEMOCRÁTICA, CONVIVENCIA PACÍFICA Y ORDEN CONSTITUCIONAL JUSTO

Las situaciones de graves violaciones contra los derechos humanos que he incluido y presentado en el capítulo primero, tanto las estrictamente internacionales como las nacionales, son susceptibles de alterar la gobernabilidad democrática y la convivencia pacífica de la sociedad estatal que las padece directamente y, por extensión, de la comunidad internacional, por lo que se impone una lucha determinante contra la impunidad respecto de ese tipo de violaciones. Para ello, obviamente, es preciso que el combate frente a esas actitudes antidemocráticas se efectúe con medios democráticos²³⁷. Con semejante entendimiento, es evidente que la premisa mayor radica en que los poderes nacionales y los organismos internacionales se vean impregnados de esa filosofía de respeto del binomio inseparable *democracia-derechos humanos*²³⁸.

²³⁷ Desde este punto de vista, los atroces atentados del 11-S en Nueva York dieron lugar al endurecimiento de la legislación antiterrorista en Estados Unidos y en Canadá, con medidas que han suscitado críticas desde la perspectiva del respeto de los derechos fundamentales. En tal línea, puede leerse McMAHON, S.F.: “We Are All Potential Terrorists Now: The Reconstitutive Effects of the Anti-terrorism Act and the USA PATRIOT Act”, *Review of Constitutional Studies*, Special issue on *Globalization and the Re-construction of Security*, Vol. 10, numbers 1-2, 2005, pp. 71-72: el autor critica, en el ámbito constitucional interno de Canadá y de Estados Unidos, cómo las medidas legislativas antiterroristas posteriores al 11-S han propiciado que los ciudadanos en ambos países se erijan en potenciales terroristas, al haberse articulado una especie de “guerra preventiva” *ad intra*.

²³⁸ Sobre el uso de la noción de militancia democrática en lugar de democracia militante, me remito a JIMENA QUESADA, L.: “Estado constitucional de partidos

En cuanto a los remedios internos, cabe destacar, por referencia a la lucha contra la violencia terrorista, las medidas que en España se han adoptado para frenarla desde las exigencias democráticas, por más que se perfilen como “políticamente poco correctas”: a título de ejemplo, la vigente *Ley de partidos políticos (Ley Orgánica 6/2002)* permitió ilegalizar judicialmente ante el Tribunal Supremo a las asociaciones consideradas como brazo político del terrorismo, ilegalización que ha venido avalada por el Tribunal Constitucional mediante varias sentencias importantes (*STC 48/2003 de 12 de marzo*, y *SSTC 5 y 6/2004 ambas de 16 de enero*)²³⁹.

y militancia democrática. A propósito del libro *Partidos Políticos y Constitución*, de Javier Tajadura Tejada”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 48, 2004, pp. 113-129, en especial el epígrafe III (“La dimensión transnacional de la militancia democrática”). En este terreno, I. DE OTTO PARDO (*Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 13) se refirió a la posibilidad de deducir del artículo 9.1 de nuestra Constitución un principio de democracia militante si reconducimos la expresión “Constitución” no tanto al ordenamiento constitucional positivo, sino al orden constitucional subyacente a los preceptos integrantes de dicho ordenamiento.

²³⁹ Sobre el particular, léase VÍRGALA FORURIA, E.: “Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 10-11, 2003, p. 245: en este trabajo se subraya que, pese a la existencia de una jurisprudencia constitucional que ha reconducido la aplicación de los artículos 24 y 25 de la Constitución a los procedimientos judiciales y al Derecho sancionador, “nada impide su aplicación en una organización que por mandato constitucional ha de ser democrática”. Acúdase asimismo a la obra de TAJADURA TEJADA, J.: *Partidos Políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*, Madrid, Civitas, 2004: el citado autor argumenta y defiende con solidez que la Ley Orgánica 6/2000 tiene fundamento constitucional; que para ello no le hace falta asumir un modelo de democracia militante; que no vulnera el principio *non bis in idem*; que tampoco vulnera los derechos fundamentales a la libertad ideológica, participación, expresión e información, ni siquiera a través de la controvertida inclusión del apoyo tácito al terrorismo en el apartado a) del artículo 9.3 de la Ley; que de igual modo ésta tampoco vulnera las exigencias de previsibilidad ni desconoce el principio de proporcionalidad; que no es una Ley de carácter singular o de “caso único”; que no infringe el principio de irretroactividad; que no menoscaba el derecho de asociación por el hecho de limitar a los españoles la facultad de crear partidos políticos; que el carácter constitutivo del régimen de inscripción registral

Las mencionadas sentencias constitucionales han tenido como efecto adicional que los partidos ilegalizados no hayan podido consecuentemente participar en los procesos electorales en España, un resultado avalado por otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como la *STC 85/2003, de 8 de mayo*²⁴⁰. Lo anterior, empero, ha venido matizado por el episodio que se ha cerrado en el ámbito nacional con motivo de las elecciones autonómicas y municipales de 27 de mayo de 2007 por medio de

no contradice el artículo 22.3 de la Carta Magna. Por lo demás, en España se han dictado otras Leyes con tal finalidad, como la que tiende a bloquear la financiación a partidos que apoyen el terrorismo y a proveer medidas de protección de cargos públicos amenazados por los terroristas (*Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los concejales*). Otras prolongaciones interesantes de este problema se han suscitado con motivo de sentencias constitucionales posteriores, como la *STC 68/2005, de 31 de marzo*, con respecto a los criterios para determinar el carácter defraudatorio de agrupaciones de electores que comportan una continuidad de un partido político previamente ilegalizado.

²⁴⁰ Una crítica sobre esta cuestión ha sido formulada por SALAZAR BENÍTEZ, O.: “La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por la L.O. 6/2002, de partidos políticos. Comentario a las SSTs de 3 de mayo y a la STC 85/2003, de 8 de mayo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 122, octubre-diciembre 2003, pp. 139-140. En sentido divergente, con una apuesta decidida de militancia democrática, BLANCO VALDÉS, R.: “La nueva ley de partidos. A propósito de la ilegalización de Batasuna”, *Claves de razón práctica*, nº 124, 2002; y VÍRGALA FORURIA, E.: “La dimensión externa del principio de constitucionalidad de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12/13, 2º semestre 2003-1º semestre 2004, p. 249: “Incluso debemos estar dispuestos a admitir que desde una perspectiva exclusivamente pragmática, el establecimiento de límites y controles a las actividades y a los fines de los partidos que puedan conducir a la disolución de algunos, pueda desencadenar como efecto no deseado, una radicalización o recrudecimiento de la violencia propugnada por dichos grupos. Ante esta perspectiva hay que recordar, como hizo el profesor RUBIO LLORENTE en un sugerente y brillante artículo periodístico [“Los límites de la democracia”, *El País*, 26 de abril de 2002] que, en determinadas ocasiones, los pueblos, como las personas, para mantener el respeto a sí mismos, han de llevar a cabo acciones que se justifican por sí mismas, con independencia de su resultado favorable o no para el actor. Lo que está en juego no es el carácter militante o no de la democracia, sino el fundamento axiológico del concepto político de Constitución”.

dos SSTC 110 y 112/2007, de 10 de mayo de 2007, mediante la que se deniegan los amparos solicitados y se confirman, de un lado, la estrategia de un partido ilegalizado (“Abertzale Sozialistak”) concurrir fraudulentamente a los comicios a través de agrupaciones de electores y, de otro lado, las candidaturas igualmente fraudulentas de un partido no ilegalizado (“Acción Nacionalista Vasca”)²⁴¹.

Si el fondo del asunto referente la confirmación de la anulación de todas las listas del partido ilegal “Abertzale Sozialistak” no ha suscitado una especial discusión, sí han generado polémica la circunstancia de que en el segundo supuesto el Gobierno (a través de la Abogacía del Estado) y la Fiscalía sólo impugnaran 133 candidaturas de los tres centenares de ellas presentadas por “Acción Nacionalista Vasca”, lo que en definitiva ha conllevado una especie de “ilegalización parcial” de este último partido²⁴². Este episodio de la impugnación y consiguiente anulación de una parte de las listas de “Acción Nacionalista Vasca” ha puesto de relieve la ausencia de consenso en materia antiterrorista entre el partido gubernamental y el primer partido de la oposición, así como una politización de la materia que ha proyectado su sombra sobre la *STC 112/2007 de 10 de mayo* denegatoria del recurso de amparo formulado por

²⁴¹ La primera de las sentencias constitucionales de 10 de mayo de 2007 deniega el recurso de amparo nº 4107/2007 y otros, confirmando la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2007* (Sala Especial del artículo 61 LOPJ) mediante la que se anulaban todas las agrupaciones de electores de “Abertzale Sozialistak”. La segunda de las sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 2007 deniega el recurso de amparo nº 4215/2007, confirmando los *Autos de 4 y 5 de mayo de 2007 dictados por el Tribunal Supremo* (Sala Especial del artículo 61 LOPJ) en la pieza separada abierta dentro del proceso de ejecución nº 1/2003 dimanante de las actuaciones acumuladas nº 6/2002 y 7/2002, sobre ilegalización de partidos políticos.

²⁴² Una crítica a esa estrategia impugnatoria y a ese efecto de “ilegalización parcial” ha sido efectuada por VIDAL PRADO, C.: “Un camino mal escogido”, *Diario La Razón*, 10 de mayo de 2007, p. 13.

dicho partido vasco²⁴³. De hecho, la politización (y, a los ojos de la opinión pública, carácter electoralista) de la petición y consiguiente ilegalización parcial de ANV se ha puesto de manifiesto con la promoción por parte del Gobierno español de la ilegalización total de ese partido de cara a las elecciones generales de 9 de marzo de 2008.

Volviendo a la inicial *STC 48/2003*, como se dijo, fue recurrida por el Gobierno Vasco ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo inadmitida la demanda *ratione personae* mediante *Decisión de 3 de febrero de 2004*. Las *SSTC 5 y 6/2004* todavía no han sido resueltas definitivamente en Estrasburgo, en donde la Corte Europea habrá de dictar sentencia sobre el fondo, que a mi juicio (pese a las *tres Decisiones de admisibilidad de fecha 11 de diciembre de 2007*)²⁴⁴ tiene muchas

²⁴³ Algo más que anecdótico parece ser, en efecto, que el mismo día 11 de mayo de 2007 en que se hizo pública esa sentencia constitucional, el Alto Tribunal hubo de publicar un auto de aclaración mediante el que se suprimía un controvertido párrafo incluido “por error” en aquélla. El párrafo en cuestión indicaba textualmente que “la disolución y hasta la suspensión de dicho partido en razón de esa sola circunstancia hubiera planteado quizás el problema de si cabría entenderla manifiestamente desproporcionada, aun cuando no pueda descartarse que, en unión de otras, pudiera llevar en su momento a esa última consecuencia. En cualquier caso, es evidente que el hecho de que esa solución radical se estimase hoy impracticable por quienes pudieran instarla o decidirla, no implica que no fuera obligado arbitrar otras, toda vez que la actividad defraudatoria intentada habría producido, de perfeccionarse, consecuencias de muy difícil reparación, pues la eventual disolución posterior del partido ahora legal no afectaría al mandato representativo de aquellos de sus candidatos que resultaran elegidos”. El auto de aclaración del Tribunal precisa que ese párrafo “no forma parte de la sentencia” y que ha figurado en ella “por error”.

²⁴⁴ La primera *decisión de admisibilidad de 11 de diciembre de 2007* se refiere a las *demandas n° 25803/04 (presentada por Herri Batasuna)* y *n° 25817/04 (presentada por Batasuna)*, y en ella se declaran admisibles las pretensiones basadas en los artículos 10 y 11 CEDH (expresión, reunión y asociación). En la *segunda decisión (demanda n° 35579/03 presentada por Etxeberria, demanda n° 35613/03 presentada por Barrena Araza, demanda n° 35626/03 presentada por Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y demanda n° 35634/03 presentada por Aiarako y otros)* y en la *tercera decisión de admisibilidad de 11 de diciembre de 2007 (demanda n° 43518/04 presentada por Herritarren Zerrenda)* se declaran

posibilidades de ser desestimatoria a tenor de la jurisprudencia más reciente de dicha Corte, en la que se da por bueno el recurso al margen de apreciación estatal y a la cláusula “*pas de liberté pour les ennemis de la liberté*” del artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Me refiero especialmente al *caso Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía de 31 de julio de 2001*²⁴⁵. Sin embargo, en el *caso Kavakçi contra Turquía, de 5 de abril de 2007*, el Tribunal Europeo se ha mostrado más cauto a la hora de limitar los derechos políticos a la luz del artículo 3 del Protocolo nº 1 adicional al Convenio de Roma de 1950, decretando la violación de dicha disposición convencional como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional turca de no permitir la adquisición de la condición de parlamentaria de una electa del “Partido de la Virtud” (*Fazilet Partisi*) por prestar juramento o promesa de acatar el ordenamiento constitucional turco con el velo islámico²⁴⁶.

admisibilidades las pretensiones formuladas por esas agrupaciones de electores fundadas en los artículos 10 CEDH y 3 (derecho a concurrir libremente a las elecciones) del Protocolo adicional nº 1.

²⁴⁵ Más tarde, la *sentencia dictada por la Gran Sala en fecha 13 de febrero de 2003 en el caso Partido de la Prosperidad*, tras el reexamen del asunto, confirmó por unanimidad de los diecisiete magistrados componentes del colegio que no había habido vulneración del artículo 11 del Convenio. Comparto esa militancia democrática del Tribunal Europeo, por más que obviamente haya que extremar el examen de este tipo de restricciones, como ha advertido GARCÍA ROCA, J.: “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, mayo-agosto 2002, p. 313: la lucha contra el terrorismo “no es por sí misma una patente de corso que justifique una medida desproporcionada, en ausencia de mayores razones y pruebas, dentro de lo que debe ser un control jurídico estricto del asociacionismo político”. Véase asimismo GARCÍA ROCA, J.: “Abuso de derechos fundamentales y defensa de la democracia (artículo 17 CEDH)”, en el colectivo *La Europa de los derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos* (coord. J. García Roca y P. Santolaya Machetti), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

²⁴⁶ Cfr. *sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 29 de junio de 2004, dictado en el caso Leyla Sahin contra Turquía*.

En este contexto, debe entenderse que España intenta hacer frente al terrorismo con medidas que se pretenden positivas (dificultando con ello el ser condenada por una jurisdicción supranacional como el Tribunal Europeo por inactividad –por ejemplo, por no proteger a las víctimas del terrorismo), sin llegar a utilizar todos los resortes democráticos que ofrece la propia Constitución de 1978 tales como, además de la suspensión individual²⁴⁷, el acudir a las medidas de suspensión colectiva de derechos previstas en los artículos 55 y 116 (estados de excepción y sitio, a los que por fortuna hasta la fecha no ha habido de recurrirse en la España democrática desde la vigencia de la Carta Magna de 1978), o a la “cláusula de rebeldía” que permite al Estado utilizar la fuerza coactiva frente a un territorio que no respete las obligaciones constitucionales (artículo 155)²⁴⁸.

Creo que el no recurso a estas medidas excepcionales (que incluso habrían dificultado todavía más las extradiciones de presuntos terroristas reclamados por las autoridades nacionales²⁴⁹) refuerza la tesis que mantengo de que la violencia

²⁴⁷ En este ámbito, pueden leerse los trabajos de MARTÍNEZ CUEVAS, M.D.: *La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, Granada, Comares, 2002; REMOTTI CARBONELL, J.C.: *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid, Colex, 1999; y VÍRGALA FORURIA, E.: “La suspensión de los derechos por terrorismo en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 40, 1994.

²⁴⁸ Para una aproximación a los cánones europeos a la hora de adoptar medidas excepcionales de defensa de la democracia, acúdase a ERGEC, R.: *Les droits de l’homme à l’épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987.

²⁴⁹ Precisamente, la noción de “terrorismo internacional” añade elementos de “extranjería” que hacen más compleja la supervisión de las medidas antiterroristas a la luz de los derechos de los extranjeros afectados; piénsese que, en la masacre del 11-M en España, casi todos los acusados son extranjeros: sobre esta cuestión, léase SITAROPOULOS, N.: “The Role and Limits of the European Court of Human Rights in Supervising State Security and Anti-terrorism Measures Affecting Aliens’ Rights”, capítulo 2 de la obra colectiva *Terrorism and the Foreigner. A*

terrorista en España es una violación grave de derechos humanos que no llega al umbral de disturbio interno o tensión interna²⁵⁰. Naturalmente, con la inclusión de supuestos como el problema del terrorismo en España como violación grave de los derechos humanos, pero fuera del Derecho internacional penal o humanitario y de las situaciones de tensiones y disturbios internos, no sólo se opera la exclusión de las acciones terroristas de este segundo bloque por razones normativas obvias en una simple y bienintencionada labor hermenéutica de la regulación

Decade of Tension around the Rule of Law in Europe (Baldaccini, A., and Guild, E., eds.), The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2007. En todo caso, el Tribunal de Estrasburgo está extremando el análisis de los supuestos de lucha antiterrorista para intentar un equilibrio entre las medidas compensatorias del déficit de seguridad y el respeto de los derechos de los presuntos terroristas: a título de ejemplo, véase el *caso Rashid contra Bulgaria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18 de enero de 2007*, violación del derecho a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos o degradantes (artículo 3), así como del derecho a no ser privado arbitrariamente de libertad ante las fuerzas policiales y del derecho a un recurso efectivo ante el juez (artículo 13), siendo la víctima un individuo investigado por su implicación en criminalidad organizada.

²⁵⁰ Con relación al enfoque mantenido en este trabajo, resulta de interés la reflexión efectuada por ÚBEDA DE TORRES, A.: *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*, Madrid, Editorial Reus, 2007: para dicha autora, la aplicabilidad del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos comporta dos elementos: “por un lado, que, aunque existe una presunción de ‘gravidad’ de una guerra, los enfrentamientos de ‘baja intensidad’ no podrán dar lugar a la aplicación de la cláusula del artículo 15 CEDH, sino que es necesario que exista, además, un peligro real e importante para el Estado; por el otro, no sólo los enfrentamientos armados en sentido literal están previstos entre las causas suspensivas, sino que parece también incluirse la amenaza de guerra. A falta de una definición de guerra unánime, los conflictos armados internacionales forman parte evidentemente de la misma, incluso entre Estados Partes de la CEDH. Los conflictos armados de carácter interno son más de difíciles de clasificar, pero, tanto si se hallan o no previstos bajo el calificativo de ‘guerra’ del artículo 15, es evidente que sí entran a formar parte de las situaciones susceptibles de justificar un estado de excepción bajo la expresión ‘otro peligro público’. En efecto, dicha expresión abarca tanto un golpe de Estado, una insurrección o incluso una catástrofe natural, siendo indiferente que ello haya sido establecido así por el gobierno legal reconocido, o por un gobierno revolucionario, o si hay un Estado que ha, deliberadamente, provocado tal situación o no” (pp. 582-583).

interna (guiada, cuando menos, por el principio *favor libertatis* y por el principio de proporcionalidad)²⁵¹, sino que por esa misma vía se evitan posiciones políticamente interesadas que persiguen internacionalizar espuriamente dicho problema y provocar una crisis de legitimidad estatal²⁵².

En el mismo sentido debería enfocarse, sin menoscabo de los derechos de las víctimas del terrorismo, el desafío actual en España por acabar con el terrorismo a través del diálogo con terroristas e integrantes de su brazo político, entendido dicho desafío como un ejercicio por parte del Gobierno español de su función de dirección de la política interior (1) y exterior (2), a continuación.

²⁵¹ Con esta aproximación, GARCÍA, L.M.: “El Derecho internacional de los derechos humanos”, capítulo primero de la obra colectiva *Los derechos humanos en el proceso penal* (coord. L.M. García), Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2002, en especial, el apartado relativo al principio *pro homine* (pp. 103-114) [concebido como “directiva que indica al intérprete que frente a uno o varios textos normativos que puedan afectar derechos humanos se tome siempre una decisión a favor del hombre”, o como “criterio hermenéutico que impone acudir a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o sus suspensión ordinaria], y el apartado relativo al principio de proporcionalidad (pp. 156-166) [sistematizado en torno a “tres áreas en las que opera el principio: a) en materia de suspensión de garantías; b) en materia de restricciones legítimas y c) en ciertos casos de proporcionalidad latente (“basada en la idea de que los derechos no son absolutos”).

²⁵² Con tal aproximación, KEUTCHA TCHAPNGA, C.: “Droit constitutionnel et conflits politiques en Afrique noire francophone”, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 63, 2005, p. 479: “La insuficiencia del Derecho constitucional para regular los conflictos políticos tiene en parte su origen en el auge de la mediación internacional”, de modo que si bien ese auge puede erigirse en un modo alternativo de resolución de controversias, al mismo tiempo “la mediación revela de hecho Estados ‘depredadores’ en crisis de legitimidad”.

1. Política interior contra el terrorismo desde el orden constitucional nacional

En la línea de la política interior, merece la pena ubicar el *Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de fecha 13 de noviembre de 2006 dictado en el recurso nº 20389/2006*, mediante el que se acordaba inadmitir la querrela formulada, ejercitando la acción popular, por el Sindicato de Funcionarios Públicos “Manos Limpias” por presuntos delitos de prevaricación, desobediencia y quebrantamiento de medidas cautelares, contra el Presidente del Gobierno, los miembros del Consejo de Ministros, el Secretario General de Organización del Partido Socialista Obrero Español y el Coordinador de la ejecutiva PSE-EE. La querrela se fundaba en que los querrellados habrían abierto una vía de diálogo y mantenido reuniones con partidos afines a ETA ilegalizados por el Tribunal Supremo y que figurarían en la lista de organizaciones terroristas establecidas por la Unión Europea.

Para llegar a esta consecuencia de inadmisión de la querrela y el archivo de las actuaciones, con el consiguiente espaldarazo – siquiera, indirecto– a la negociación política o a los contactos políticos para acabar con el terrorismo, el Tribunal Supremo razona en el FJ 3º del citado Auto: *“el ejercicio del control judicial sobre la actuación de los otros poderes del Estado -y concretamente sobre la actuación del Ejecutivo- nunca podrá realizarse haciendo abstracción de la primacía que tiene el principio democrático en el sistema constitucional, primacía que se manifiesta en el ya citado art. 66.2 CE a cuyo tenor son las Cortes Generales, que representan al pueblo español, las que ‘controlan la acción del Gobierno’, de suerte que vendría a ser un fraude constitucional que alguien pretendiese, mediante el ejercicio de la acción penal y la puesta en marcha de un proceso de la misma naturaleza, corregir la dirección de la política interior o exterior que el art. 97 CE encomienda al Gobierno democráticamente legitimado. En cuanto al delito de desobediencia del art. 410 del C. Penal, que también imputan a los querrellados, baste decir que, sin orden expresa, no puede existir negativa abierta a su cumplimiento; tal ocurre en el presente caso, de ahí la ausencia de conducta delictiva”*. Obviamente, este pronunciamiento del Tribunal Supremo podría condicionar el tratamiento de las causas abiertas frente al

Lehendakari y otros dirigentes del Ejecutivo y del Parlamento vascos por motivos semejantes ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Por supuesto, no cabe equiparar ese auto del Tribunal Supremo (ni su proyección sobre los asuntos pendientes ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco) con la sentencia del propio *Tribunal Supremo hecha pública el 6 de noviembre de 2006*, mediante la que decide anular la previa *sentencia del Tribunal Superior vasco de fecha 8 de noviembre de 2005* en la que se absolvió al ex presidente del Parlamento vasco Juan María Atutxa de un delito de desobediencia por no disolver Sozialista Abertzaleak, el grupo que sustituía Batasuna en la Cámara autonómica. El ex presidente del Parlamento vasco había sido encausado junto a dos integrantes de la Mesa de la Cámara (uno de EA y otro de EB), por negarse a disolver el grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, formado por los diputados de la ilegalizada Batasuna. En su día, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco entendió que gozaban de inmunidad parlamentaria y que habían actuado en el marco de sus funciones en la Mesa y los absolvió. Así, se estimó el recurso presentado ante el Supremo por el colectivo de funcionarios “Manos Limpias”, declarándose que el Tribunal vasco es competente para estudiar el caso y decidir si los tres encausados cometieron o no un delito de desobediencia. A continuación, el *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* dictó nueva *sentencia absolutoria de fecha 4 de enero de 2007* entrando en el fondo del asunto, tras determinar que no hubo delito de desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 410 del Código penal²⁵³. Finalmente, la

²⁵³ A diferencia del inicial fallo absolutorio, que fue revocado por el Tribunal Supremo, en esta ocasión la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior vasco entró en el fondo del asunto, arguyendo que los miembros de la Mesa imputados “intentaron” cumplir el mandato del Supremo -la disolución del grupo-, pero no pudieron hacerlo “por causas ajenas a su voluntad”. La mayoría de la Sala reconduce esas causas al hecho de que el Reglamento de la Cámara vasca tenía una “laguna” derivada de la aprobación de la Ley de Partidos Políticos y no contemplaba el modo en el que se podía disolver un grupo parlamentario. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no contó con

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 21 de enero de 2008, ha estimado la casación interpuesta contra la sentencia del TSJ del País Vasco y ha condenado a Atutxa y los otros dos demandados al pago de una multa e inhabilitación para ejercer cargo público.

La *negociación política*, pese a todo, no debiera confundirse con el margen de *negociación jurídica* susceptible de ser utilizada en controversias sobre graves violaciones de derechos humanos. ¿A qué me refiero? Pues a que los contactos políticos o la negociación política abordados en el mencionado *Auto del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2006* no son equiparables al acuerdo alcanzado por la representante del Gobierno venezolano y la representación procesal de algunos etarras ante la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe de admisibilidad N° 37/06 aprobado el 8 de noviembre de 2006 en el marco de su 124° período de sesiones)*: si ese acuerdo (consistente en indemnizar a dos etarras supuestamente entregados presuntamente de manera ilegal por Venezuela a la Justicia española en 2002, y en otorgar la nacionalidad venezolana a otros cuatro etarras)²⁵⁴ resulta escandaloso desde un punto de vista político, a mi modo de ver se revelaba ante todo inadmisibles desde una perspectiva jurídica. Si en el ámbito mercantil suele decirse que es preferible el peor acuerdo al mejor pleito, semejante concepción no es en absoluto trasladable en cualquier caso al campo de los derechos humanos pues, como es

el voto unánime de sus integrantes, puesto que el presidente de la Sala emitió un voto particular para constatar que, en su opinión, los tres acusados no hicieron otra cosa que dar “apariencia de acatamiento a lo que realmente escondía una desobediencia”.

²⁵⁴ Las peticiones contra el Estado de Venezuela por los dos etarras entregados a la justicia española fueron presentadas el 26 de noviembre de 2002 y el 9 de junio de 2003, habiendo decidido la Comisión Interamericana en marzo de 2004 la acumulación de ambas peticiones. Los peticionarios sostuvieron que las deportaciones se realizaron sin las debidas garantías configurándose violaciones a varias disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: derecho a la integridad personal (artículo 7); garantías judiciales (artículo 8) protección a la honra y a la dignidad (artículo 11) derecho de circulación y residencia (artículo 22.6) igualdad ante la ley y protección judicial, en concordancia con la obligación de respeto y garantía prevista en el artículo 1.

sabido, la conciliación o el arreglo pacífico o amistoso que deben facilitar la Comisión Interamericana o el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos no implica aceptar todo acuerdo alcanzado por las partes litigantes. Lo cual significa que, en ocasiones, no procederá admitir acuerdo alguno, dado que deberá imponerse una solución “ejemplar” guiada por el respeto de los derechos humanos que comportará una condena mediante sentencia sobre el fondo del asunto; y, en otras ocasiones, procederá “rebajar” el acuerdo alcanzado por las partes, para que se guarde un equilibrio entre la supuesta violación provocada y la compensación otorgada a las presuntas víctimas, ya que esa compensación habrá de ser “equitativa” y no desmesurada e insultante para la dignidad de otras personas afectadas.

La lectura jurídica que postulo debe, por lo demás, enmarcarse en lo resuelto por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-19/05, de 28 de noviembre de 2005*, en la que se pronunció sobre el alcance del control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana. Curiosamente, la consulta había sido formulada por Venezuela el 12 de noviembre de 2003, planteando la forma de ejercer el control de la legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana para evitar una posible indefensión del Estado afectado por una decisión de la Comisión violatoria de su propio estatuto legal. Así, la Corte de Costa Rica opinó, en primer lugar, que la Comisión Interamericana, como órgano del sistema interamericano de derechos humanos, tiene plena autonomía e independencia, y actúa dentro del marco legal establecido por la Convención Interamericana de 1969 en el ejercicio de las funciones que le competen (artículos 41 y 44 a 51); y, en segundo lugar, que la Corte, por su parte, ejerce el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión en lo que se refiere al trámite de los asuntos que estén bajo su conocimiento.

Aplicando este razonamiento al supuesto criticado, parece comprensible que los representantes de los etarras afectados en sus garantías procesales como consecuencia de su entrega por las autoridades venezolanas a la policía española pretendan ser resarcidos por ello e incluso propugnen el mantenimiento del acuerdo alcanzado ante la Comisión Interamericana y, a tal efecto, acudan ante la Corte Interamericana de Costa Rica²⁵⁵. Ahora bien, la decisión de la Corte Interamericana no debiera aceptar un arreglo (como el alcanzado) que comporta unas medidas, no sólo obstaculizadoras para una ulterior acción judicial –con todas las garantías– frente a los etarras, sino insultantes para las víctimas de las eventuales acciones terroristas de aquéllos... pues eso no sería una compensación equitativa para los etarras (por excesiva) ni una solución justa para las víctimas de ellos (por vergonzosa). Esto constituye una lectura jurídica adicional prevista por la propia Convención Americana de Derechos Humanos [artículos 48.1.f) y 63]. Cuestión diversa es la consecuencia o consecuencias políticas colaterales de la negociación efectuada ante la Comisión Interamericana, que comportó la destitución de la agente del Gobierno venezolano tras el malestar expresado por el Gobierno español: precisamente, esta actuación del Ejecutivo español se inscribe en su función de dirección de la política exterior, lo que paso a analizar a continuación.

2. Política exterior contra el terrorismo desde el orden constitucional nacional

En la línea de la dirección política exterior, vale la pena mencionar la *Resolución del Parlamento Europeo de fecha 25 de*

²⁵⁵ Puede leerse la edición electrónica del diario *La Vanguardia* (www.lavanguardia.es), del día 7 de diciembre de 2006, concretamente el artículo “La defensa de los etarras ‘extraditados’ por Venezuela recurrirá la retirada de su indemnización”.

octubre de 2006 dando soporte al “proceso de paz” para acabar con la lacra del terrorismo en España²⁵⁶. Ese apoyo internacional, como antes indicaba, no debe concebirse de manera espuria como mera politización del problema interno, sino como un nuevo impulso para seguir mejorando la situación nacional de respeto de los derechos humanos y que ésta siga siendo objeto de atención o fiscalización internacional, incorporándose mecanismos de restablecimiento del derecho a la verdad a favor de las víctimas del terrorismo y, en paralelo, observándose cánones preventivos como, pongamos por caso, la intervención del Comité Europeo contra la Tortura del Consejo de Europa²⁵⁷. Por supuesto, la publicidad de las acciones preventivas llevadas a cabo por este órgano europeo no debe ser objeto de una

²⁵⁶ Lamentablemente, desde España se trasladó a la Eurocámara una imagen de división interna frente al terrorismo, lo que además se manifestó en el resultado de la votación: 321 votos a favor, 311 en contra y 24 abstenciones. Según el texto de la Resolución, “el Parlamento Europeo: 1. Hace suya la Declaración del Consejo Europeo de 23 y 24 de marzo de 2006 bajo presidencia austriaca en la que ‘el Consejo celebra la noticia dada por el presidente del Gobierno español sobre el anuncio de un alto el fuego permanente hecho por el grupo terrorista ETA’. 2. Apoya la comunicación del presidente del Parlamento Europeo, Josep Borrell, de 22 de marzo de 2006 a tenor de la cual ‘es una buena noticia para la sociedad española y para toda Europa, que demuestra que se puede combatir el terrorismo desde la fuerza de la democracia. Es un momento para demostrar serenidad y prudencia. Es un momento para recordar a las muchas víctimas del terrorismo. Y es un momento para la esperanza, para la unidad de todas las fuerzas políticas democráticas’. 3. Pide al Consejo y a la Comisión que actúen en consecuencia. 4. Condena la violencia porque es moralmente inaceptable y absolutamente incompatible con la democracia. 5. Expresa su solidaridad con las víctimas del terrorismo. 6. Apoya la lucha contra el terrorismo y la iniciativa de paz en el País Vasco emprendida por las instituciones democráticas españolas en el marco de sus competencias exclusivas. 7. Encarga a su presidente que transmita la presente resolución al Consejo, a la Comisión y a los Gobiernos de los Estados miembros”.

²⁵⁷ Léanse, a título de ejemplo, los *informes de este Comité publicados por el Consejo de Europa el 5 de marzo de 1996 acerca de las visitas efectuadas a España en 1991 y 1994 a centros de internamiento de extranjeros, de menores, hospitales psiquiátricos, cárceles y comisarías policiales*. Véanse asimismo los FFJJ 8º y 9º de la STC 7/2004, de 9 de febrero.

restricción desproporcionada a la libertad de información, ni siquiera en el ámbito penitenciario²⁵⁸.

Como es fácil suponer, tampoco ha de confundirse un supuesto como el acabado de mencionar con gravísimas situaciones como la de los prisioneros de Guantánamo en manos de Estados Unidos, que ha dado lugar a resoluciones importantes como la *Decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2002* y a comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja respecto del estatuto legal de los detenidos en Guantánamo (en esos comentarios se rechazaba el calificativo de “combatientes ilegales” –“*unlawful combatants*”– atribuido por Estados Unidos a los prisioneros de guerra de Guantánamo, y se esgrimía que no hay zonas intermedias en conflictos armados que dejen a nadie en manos enemigas fuera de la ley y, por tanto, al margen de toda protección)²⁵⁹.

Posteriormente, secundando esta orientación, el *Tribunal Supremo de Estados Unidos* dictó una *decisión histórica en junio de 2004 sobre Guantánamo (caso Rasul contra Bush)*, en la que declaró que “ningún elemento, en el caso *Eisentrager* o en nuestros otros casos, excluye categóricamente del derecho al recurso ante los tribunales americanos a los extranjeros detenidos en las prisiones militares que estén fuera de Estados

²⁵⁸ Resulta interesante aproximarse, con referencia directa al supuesto mencionado, a la *STC 2/2006, de 16 de enero*. Mediante dicha sentencia se otorga el amparo al recurrente, interno en el centro penitenciario de Cádiz-Puerto-II, al que le fue notificada la retención del libro *Informe sobre la tortura en el Estado Español: 1996/1997/1998*, mediante un escrito de fecha 19 de mayo de 2000 firmado por el director de la prisión, al amparo del art. 128.2 del Reglamento penitenciario (en adelante RP), por entender que dicha publicación “puede atentar contra la seguridad y el buen orden del establecimiento, toda vez que en la misma aparecen nombres de funcionarios de Instituciones Penitenciarias y de otros Cuerpos del Estado; siendo ésta intervenida por la Agencia de Protección de Datos”.

²⁵⁹ Esa visión crítica en SHELTON, D.: “The Legal Status of the Detainees at Guantanamo: Innovate Elements in the Decision of the Interamerican Commission of Human Rights of 12 march 2002”, *Human Rights Law Journal*, vol. 23, nº 1-4, pp. 13-14.

Unidos. Los tribunales de los Estados Unidos siempre han estado abiertos a los extranjeros no residentes”²⁶⁰. Esta decisión implicaba que los órganos jurisdiccionales de primera instancia se reputaban competentes para decidir sobre el alcance de los derechos civiles de los detenidos en Guantánamo²⁶¹. La decisión del Tribunal Supremo estadounidense se alineaba así con las normas internacionales sobre derechos humanos²⁶², así como con las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Cruz Roja Internacional, sin olvidar las conclusiones del Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria de la ONU (que había concluido, a petición de la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos, que los detenidos en Guantánamo debían poder ejercer el derecho de revisar su detención por un tribunal competente).

Se reaccionaba así frente a los objetivos recogidos en la *Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos* lanzada en septiembre de 2002²⁶³, que conciben esa “autodefensa” como un mecanismo que va más allá de una eventual respuesta a la amenaza terrorista, defendiendo el derecho a intervenir –a través

²⁶⁰ En la decisión del Tribunal Supremo puede leerse: “...*nothing in Eisentrager or in any of our other cases categorically excludes aliens detained in military custody outside the United States from the privilege of litigation in U.S. Courts...The courts of the United States have traditionally been open to nonresident aliens*”.

²⁶¹ Sobre el alcance de la postura del Tribunal Supremo de Estados Unidos manifestada en junio de 2004, puede leerse AMANN, D.M.: “L’imposition d’un contrôle judiciaire sur la politique de détention de l’exécutif”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 4, octubre-diciembre 2004, pp. 987-990.

²⁶² Esta histórica decisión es el resultado de la demanda planteada por el *Centro para los derechos constitucionales (Center for Constitutional Rights)* en febrero de 2002, que incluía dos peticiones (*Rasul versus Bush* y *Habib versus Bush*) de *habeas corpus* ante el Tribunal de Distrito de Columbia frente a la Orden ejecutiva presidencial de 13 de noviembre de 2001 que autorizaba la detención indefinida sin posibilidad de ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva (*without due process of law*).

²⁶³ *The National Security Strategy of the United States of America* (puede accederse a ella a través del sitio <http://www.white.house.gov>).

de la represalia militar con un enfoque de “guerra preventiva”– en otro Estado considerado como potencial enemigo de la seguridad interna estadounidense. Ahora bien, los avances mencionados no han evitado –ni previsiblemente evitarán– nuevos pronunciamientos del *Tribunal Supremo estadounidense*, como la reciente *sentencia de 29 de junio de 2006* dictada en el caso *Hamdam contra Rumsfeld* declarando ilegales los tribunales de excepción de Guantánamo²⁶⁴.

Siguiendo con los reproches a Guantánamo, las críticas conexas surgidas en el ámbito europeo suscitaron asimismo en España una justificada reacción negativa frente a la ya citada *sentencia de la Sala de lo Penal (Sección 4ª) de la Audiencia Nacional nº 43/2005 de 4 de octubre (caso del “talibán español”)* en lo concerniente al no cómputo como período de prisión provisional del tiempo de detención en la base de Guantánamo²⁶⁵. Sin embargo, la crítica más acerba la formuló el

²⁶⁴ Con tono crítico, en un capítulo titulado “los fraudes de Guantánamo”, ha reseñado esta evolución SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: *Crónica del Derecho internacional*, Valencia, Repro-Expres, 2006, pp. 51-52: “Aunque el Tribunal Supremo de los EEUU ha corregido estos desmanes jurídicos con el tiempo – fundamentalmente, aceptando la jurisdicción de los tribunales norteamericanos, lo que ha sido contestado, a su vez, por la Administración Bush-hijo con la creación de nuevos tribunales *nacionales* (militares y especiales)–, lo cierto es que hasta la resolución del recurso presentado por el presunto chofer de Bin Laden, el pasado mes de junio, no se ha declarado que los tribunales de excepción de Guantánamo son ilegales (*Hamdam v. Rumsfeld* de 29 de junio de 2006). La ilegalidad de dichos tribunales *nacionales* se justifica por no conformarse a las exigencias del Derecho americano (Constitución de los EEUU de 1787) ni al Derecho internacional (Convenios de Ginebra de 1949). A la vista de ello, el Presidente estadounidense ha presentado una nueva ley para juzgar a los detenidos en Guantánamo. El texto legislativo introduce mejores, pero, aún, mantiene importantes puntos oscuros, por lo que, previsiblemente, acabarán siendo examinados, nuevamente, por el Tribunal Supremo en un futuro. Así pues, el fraude de los tribunales *nacionales* de Guantánamo, no ha llegado, aún, a su fin, pese a los varapalos de la justicia norteamericana”.

²⁶⁵ La crítica va dirigida al FJ 5º de dicha sentencia de la Audiencia Nacional, que presenta la siguiente redacción: “Conforme al art. 58 del texto penal sustantivo

propio Tribunal Supremo español al casar dicha sentencia mediante la también mencionada *Sentencia nº 829 de 22 de junio de 2006* (dictada en el recurso de casación núm. 1188/2005 P), en cuyo fallo no es que se discrepe del no cómputo del tiempo transcurrido en Guantánamo, sino que se llega a absolver al condenado haciendo prevalecer la presunción de inocencia. Concretamente, al analizar “*todas aquellas cuestiones que tienen su origen en la estancia en la base americana de Guantánamo del recurrente*”, en el FJ 6º de la sentencia el Tribunal Supremo declara en términos contundentes que

“la detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada. Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero ‘limbo’ en la Comunidad Jurídica que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como ‘Derecho Penal del Enemigo’. Ese derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquéllos a los que se les consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de Derecho. Precisamente esos ataques los convertiría en extraños a

será de abono al procesado a efecto de cumplimiento de la pena de prisión impuesta el tiempo de prisión sufrido preventivamente por esta causa (desde el 13 de Febrero de 2004 en que quedó a disposición del Juzgado de Instrucción, hasta el 13 de Julio del mismo año en que se acordó efectivamente su libertad provisional bajo fianza constituida de 3.000 euros), ello *sin que este Tribunal pueda considerar como prisión provisional la situación de privación de libertad desde su captura en el conflicto bélico afgano hasta la entrega directa por las autoridades de Estados Unidos de América, al no encontrarse durante tal lapso temporal sometido a la jurisdicción española*”. Por lo demás, este tipo de preocupaciones se encuentra, entre otras iniciativas, en el origen del *Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea publicado el 19 de febrero de 2003*, cuya elaboración se ve impregnada por la finalidad de “que las autoridades judiciales de cada Estado miembro tengan confianza en los sistemas judiciales de los restantes Estados miembros”.

la 'polis' a la comunidad de ciudadanos y como tal enemigos, es decir, excluido de la Comunidad y perseguidos si es preciso con la guerra"²⁶⁶.

Esta *Sentencia n° 829 de 22 de junio de 2006* del Tribunal Supremo, por su carácter contundente al descalificar globalmente la existencia de Guantánamo, ha dejado en un segundo plano otros aspectos directamente relacionados con esa base norteamericana desde la perspectiva constitucional, como vuelos secretos de la CIA en territorio europeo con destino a tan siniestro lugar²⁶⁷. Ante semejante despropósito, el *Parlamento Europeo* aprobó una *Resolución el 14 de febrero de 2007*²⁶⁸

²⁶⁶ Y prosigue el Tribunal Supremo en dicho FJ 6º: “Por ello, las grandes líneas de esta singular construcción se encontrarían en: a) Frente al derecho penal del hecho –hecho concreto–, propio de la sociedad democrática, el derecho penal del enemigo es un derecho de autor que se centra no en lo que éste haya hecho, sino en lo que pueda hacer en su condición de terrorista. b) Hay un decaimiento generalizado o anulación de las garantías procesales propias del proceso debido. c) Las penas previstas para esa actitud –que no los actos cometidos– pues el acento se pone en la puesta en riesgo, son de una gravedad y desproporción que desbordan la idea de ponderación, medida y límite anudados a la idea de derecho, y más concretamente de derecho penal. Se trata de una construcción jurídica que parte de una contradicción en sus argumentos que contamina hasta la propia denominación de la doctrina. No se pueden defender desde el Estado los valores de la libertad, convivencia, pluralidad y Derechos Humanos, con iniciativas caracterizadas por la vulneración de los valores que se dicen defender”. En la doctrina, léase ZAFFARONI, E.R.: *El Enemigo en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 2007.

²⁶⁷ Como es conocido, como consecuencia de las noticias publicadas en el *Washington Post* y por *Human Rights Watch* sobre la existencia de centros secretos de detención de la CIA en Rumania y en Polonia, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (a través de su Comisión de asuntos jurídicos) decidió el 1 de noviembre de 2005 investigar las sospechas de secuestros en suelo europeo y de transporte ilegal de prisioneros desde o a través de Europa hacia países en donde corren el riesgo de ser torturados (más información en la página web del Consejo de Europa: www.coe.int).

²⁶⁸ La Resolución fue aprobada por 382 votos a favor, 256 en contra y 74 abstenciones. Un año antes, el *15 de febrero de 2006*, el *Parlamento Europeo* había aprobado una *Resolución sobre Guantánamo*, en el que se contienen los estos cinco puntos: “1. Pide al Gobierno de los Estados Unidos que proceda al cierre del centro de detención de la Bahía de Guantánamo e insiste en que todos los prisioneros deben recibir un trato conforme a la legislación humanitaria internacional y ser juzgados en el plazo más breve posible tras una vista justa y

condenando dichos vuelos y considerando “inverosímil” que los gobiernos europeos afectados los desconocieran: así, el Parlamento Europeo “*condena la aceptación y ocultación de estas prácticas [de la CIA], en ciertas ocasiones por los servicios secretos y algunos Gobiernos europeos*”, condenando igualmente las entregas extrajudiciales como “*un instrumento ilegal utilizado por Estados Unidos en la lucha contra el terrorismo*”, así como “*la aceptación y ocultación de la práctica, en varias ocasiones, por los servicios secretos y autoridades gubernamentales de algunos países europeos*”.

El caso es que, desde el punto de vista constitucional, una investigación parlamentaria, e incluso judicial, tanto en el plano transnacional europeo como en el ámbito nacional de cada uno de los Estados miembros afectados (incluida España), plantea problemas y reticencias derivados de la necesidad de desclasificar “papeles” secretos o reservados²⁶⁹. En España, en el terreno parlamentario debe mencionarse la comparecencia del Director del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) el 3 de julio

pública a cargo de un tribunal competente, independiente e imparcial; 2. Condena todas las formas de tortura y de malos tratos y reitera la necesidad de respetar el Derecho internacional; 3. Subraya que el terrorismo contemporáneo, en particular el terrorismo global contra las democracias y sus habitantes, supone una amenaza a los derechos humanos básicos y fundamentales de los que disfrutan nuestras sociedades; 4. Reitera que la lucha contra el terrorismo, que es una de las prioridades de la Unión y un aspecto fundamental de su acción exterior, sólo puede llevarse a cabo con éxito si se respetan plenamente los derechos humanos y civiles; 5. Encarga a su Presidente que transmita la presente Resolución al Consejo, a la Comisión, al Alto Representante de la PESC, a los Parlamentos de los Estados miembros, al Secretario General de las Naciones Unidas, y al Presidente y al Congreso de los Estados Unidos de América”.

²⁶⁹ El eurodiputado español Ignacio Guardans, del grupo parlamentario Alianza de Liberales y Demócratas en Europa (ALDE), y miembro de la comisión de investigación de los vuelos de la CIA en la Cámara europea, calificó de “GAL internacional” el presunto uso por los servicios de inteligencia norteamericanos de aeropuertos europeos para el traslado ilegal de presos. En relación con ello, la portada del Diario *El País*, del martes 13 de febrero de 2007 iba encabezada con este titular: “Policías españoles interrogaron a 20 marroquíes en Guantánamo durante el Gobierno de Aznar”.

de 2006 ante la Comisión de Secretos Oficiales del Congreso de los Diputados, en donde aquél reconoció que el CNI sólo empezó a investigar los supuestos vuelos secretos de la CIA para el traslado de presuntos terroristas a partir de las informaciones publicadas en el *Diario de Mallorca* en marzo de 2005, sin que no obstante se encontraran indicios de delito o actividades ilegales en territorio español. Pese a ello, en el ámbito judicial, con origen precisamente en esa investigación e información periodísticas, la Audiencia Nacional (concretamente, el *Juzgado Central de Instrucción nº 2*), mediante *Auto de 11 de junio de 2006*, se declaró competente para investigar la existencia de un presunto delito de torturas relacionado con el supuesto uso del aeropuerto mallorquín de Son Sant Joan por aviones de la CIA para el traslado de presos. En dicho auto se razona que la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 23) propicia esa actuación, por tratarse de un delito de “persecución universal”, al ordenar dicha disposición interna a la jurisdicción española que conozca de aquellos asuntos que “según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido por España” (en este caso, en virtud de la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984*, ratificada por España en 1987).

II. LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD COMO EXIGENCIA AXIOLÓGICA DEMOCRÁTICA DE UN ORDEN INTERNACIONAL PACÍFICO

En estas coordenadas, del mismo modo que el déficit democrático interno de las instituciones conlleva que los órganos nacionales no enjuicien esas causas gravemente atentatorias contra la dignidad humana (correlativamente, debe evitarse el recurso abusivo al principio de justicia universal o extraterritorial), ese déficit democrático debe superarse a escala mundial para satisfacer el principio de igualdad soberana de los

Estados y que los más fuertes no sólo dejen de interferir en los asuntos internos de otros a través de actos imperialistas no apoyados en la legalidad internacional²⁷⁰, sino que además se comprometan a respetar una obligación insoslayable como la vinculación por el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Este sometimiento es, amén de un mandato jurídico, un imperativo moral universal, lo mismo que la democracia constituye una exigencia axiológica de orden internacional.

Bajo tal óptica, la manida reforma de la ONU con objeto de que sea más transparente y de que el Consejo de Seguridad se configure como un actor ecuánime de pacificación internacional²⁷¹, lo mismo que el fortalecimiento del principio de

²⁷⁰ Conviene recordar que la referencia básica de Naciones Unidas sobre el principio de no intervención en los asuntos internos es la *Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, en la que aprobó la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*. En ella se señala: “Ningún Estado o grupos de Estados tiene el derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto no solamente la intervención armada sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, son violaciones del Derecho Internacional. Ningún Estado puede ampliar o fomentar el uso de las medidas económicas, políticas o de otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas”. Esa Resolución es citada en otras posteriores como la *56/154, de 13 de febrero de 2002, sobre el respeto de los principios de soberanía nacional y de no injerencia en los asuntos internos de los Estados en relación con sus procesos electorales como elemento importante de la promoción y protección de los derechos humanos*(A/RES/56/154).

²⁷¹ El anterior Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, presentó en marzo de 2005 a la Asamblea General una propuesta de reforma de la ONU titulada “Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos” (A/59/2005, de 21 de marzo de 2005). Con carácter general, véase VÉDRINE, H.: “Réflexions sur la réforme de l’ONU”, *Pouvoirs*, nº 109 (monográfico sobre “L’ONU”), 2004, pp. 125-140. Con tono crítico, respecto al Consejo de Seguridad, apunta ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, P.: “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak: ¿ONG privilegiada, convalidador

legalidad en el funcionamiento de la justicia internacional penal²⁷², constituyen otros tantos factores de estabilidad democrática internacional. Pues, en efecto, pese a la importancia que reviste la Corte Penal Internacional y el número de países que se han sometido a su jurisdicción²⁷³, no deben perderse de vista sus limitaciones, que por cierto pueden ser reducidas –por paradójico que parezca– por el propio Consejo de Seguridad²⁷⁴. En paralelo, debe reforzarse igualmente la transparencia y la

complaciente u órgano primordial?, *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 1, 2003, vol. LV, p. 222: critica esta autora la tendencia persistente del Consejo de Seguridad, incluso en la postguerra de Irak, “a asumir un mero papel de adlátere en las grandes crisis internacionales”.

²⁷² Con relación a este aspecto, MANZINI, P.: “Il principio di legalità nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 3, 2005, p 698: el autor pondera la especificidad del Derecho internacional penal, por cuanto no parece subsistir “en el ordenamiento internacional norma alguna que impida la conclusión de tratados que contengan disposiciones penales no taxativas o que, hipotéticamente, disciplinen actos con retroactividad, ni ha sido nunca invocada la nulidad de un instrumento convencional por contravenir el sobrevenido principio de legalidad”.

²⁷³ El Estatuto de Roma cuenta con 139 firmas y 100 ratificaciones. La actualización de esta información en el sitio web de la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/>.

²⁷⁴ Efectivamente, sólo el Consejo de Seguridad puede conseguir que la Corte Penal Internacional pueda conocer de unos hechos de los que no tendría jurisdicción en un principio [artículo 13.b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional]. Para alcanzar este resultado basta con que el órgano principal de las Naciones Unidas le presente los hechos cometidos en el territorio y por los nacionales de un Estado que son Parte en su Estatuto, lo que, pese a su falta de competencia inicial, facultará a la Corte Penal Internacional para poder ejercer su jurisdicción sobre los mismos: a título de ejemplo, pese a que Sudán no era Parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remitió la situación de violaciones de los derechos humanos ocurridas en Darfur desde el 1 de julio de 2002, al Fiscal de la Corte Penal Internacional. Ver: S/RES/1593(2005) de 31 de marzo de 2005. Desde luego, el material probatorio, como en todo proceso, será importante; en esta línea, son interesantes las vivencias y testimonios de personas que trabajan sobre el terreno: véase el reportaje de CARRERA, F., y GONZÁLEZ, A.: “La ONU en Sudán. Asistencia y apoyo a la paz”, *Mundo Negro*, n° 500, octubre 2005, pp. 48-52.

legalidad en el plano interno para dar viabilidad a las acciones internacionales de estabilidad democrática²⁷⁵.

Con carácter añadido, tanto en el plano internacional como en el ámbito nacional debe efectuarse el preceptivo esfuerzo por los actores competentes para cumplimentar las *obligaciones positivas* que propicien la consecución de la gobernabilidad democrática y la lucha contra la impunidad sin alterar las relaciones pacíficas a escala mundial. En el terreno supranacional, merecen una mención especial las aportaciones de la *Corte interamericana de derechos humanos*²⁷⁶. Lógicamente,

²⁷⁵ Esa preocupación por el control democrático nacional y supranacional se recoge en la mencionada *Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional*, en cuya exposición de motivos se dice: “La proyección internacional de España y de nuestra política de defensa en el conjunto de la acción exterior hace que, desde finales del siglo XX, nuestras Fuerzas Armadas vengán actuando fuera de nuestras fronteras como observadores, como fuerzas de interposición, de mantenimiento de la paz y de ayuda humanitaria. Esta circunstancia demanda incluir en la Ley misiones que no estaban recogidas expresamente en la anterior normativa, planteamientos rigurosos en cuanto al respeto a la legalidad internacional de dichas operaciones e incluso novedosos en cuanto a su control. En relación con las misiones en el exterior, las Cortes Generales, que representan la soberanía nacional, deben tener una mayor participación y protagonismo. La Ley somete a su debate las decisiones gubernamentales y regula de manera concreta las condiciones que deben cumplir”. En el plano doctrinal, puede leerse GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: “Guerra y Derecho constitucional. La formalización del inicio de la guerra mediante la declaración en Derecho internacional y en Derecho interno”, *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tomo III, Madrid/Méjico D.F., Universidad Complutense/Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2001, pp. 1037-1086.

²⁷⁶ En especial, cabe mencionar el caso *Villagrán Morales y otros de 19 de noviembre de 1999*, conocido como caso “*niños de la calle*”. Singular interés presenta el voto particular concurrente conjunto formulado por los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, en cuyo párrafo 1 puede leerse: “el párrafo 144 de la presente Sentencia, a nuestro juicio, refleja con fidelidad el estado actual del derecho a la vida en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y bajo la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 4) en particular. Afirma el carácter fundamental del derecho a la vida, que, además de inderogable, requiere *medidas positivas de protección por parte del Estado* (artículo 1.1 de la Convención Americana)”, para añadir en el párrafo 2: “El derecho a la vida implica no sólo la obligación negativa de no privar a nadie de la

el esfuerzo jurisprudencial debe ir acompañado por compromisos normativos, lo cual no siempre es fácil a nivel internacional, no ya sólo para suscribir los instrumentos correspondientes, sino incluso para ponerse de acuerdo en torno a determinadas nociones, como es el caso del terrorismo²⁷⁷.

Sea como fuere, uno de los aspectos que pretende resaltar el presente trabajo es que la catalogación de las violaciones graves de derechos humanos da pie para emprender una acción de sinergia nacional e internacional tendente a facilitar la gobernabilidad democrática y la convivencia pacífica a nivel mundial. Con tal enfoque, las medidas normativas y las jurisdiccionales (con el soporte de la acción de las fuerzas policiales y, eventualmente, militares) han de ir de la mano. Ahora bien, las aportaciones jurisprudenciales y, en especial, la retroalimentación de los jueces internos e internacionales, son susceptibles de una menor politización y, por ende, de menores reticencias soberanas. Así, los pronunciamientos de jueces internos ejerciendo competencia universal deben verse como una fase positiva de evolución de la defensa internacional de los derechos humanos (por la fuerza persuasiva que proyectan)²⁷⁸ y

vida arbitrariamente, sino también la *obligación positiva* de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. Dicha interpretación del derecho a la vida, de modo que abarque *medidas positivas* de protección por parte del Estado, encuentra respaldo hoy día tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina”. La jurisprudencia más reciente ha puesto el énfasis en las obligaciones positivas de los Estados, por ejemplo condenando a Colombia como responsable de la acción de los grupos paramilitares (*Sentencia de la Corte Interamericana de 5 de julio de 2004, caso de los diecinueve comerciantes*).

²⁷⁷ Véase CUMIN, D.: “Pour une définition objective du terrorisme – Contribution du point de vue du *jus in bello*”, *Revue droit et défense*, n° 4, 2003, en particular, p. 28.

²⁷⁸ Con tal espíritu, se refieren a la idea de “une autorité persuasive” ALLARD, J., y GARAPON, A.: *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, pp. 58-59: al participar en el comercio judicial global o mundial, la *jurisdictio* no radica tanto en “mantener la coherencia de un sistema particular, sino asegurar la racionalidad de decisiones singulares. Al participar en el comercio

de relatividad de las fronteras como potenciales obstáculos a la responsabilidad por graves atentados contra la dignidad humana. Estos pronunciamientos, por mucha repercusión política que proyecten, permiten fortalecer la posición del individuo en su ordenamiento constitucional y, por ende, asimismo en Derecho internacional, así como las correlativas obligaciones positivas de los Estados.

En este escenario positivo se inscriben las ya reseñadas *STC 237/2005, de 26 de septiembre y sentencia n° 16/2005, de 19 de abril, de la Audiencia Nacional sobre competencia universal de los tribunales españoles*. En todo caso, si son numerosas las desdichas sufridas en todos los continentes, la última guerra de Irak ha potenciado el movimiento internacional a favor del ejercicio de la competencia universal en materia de graves violaciones de derechos humanos y la consiguiente lucha contra la impunidad. Así, con motivo de la dimisión del ex Secretario de Estado de Defensa de Estados Unidos, Donald Rumsfeld (quien ya no podría invocar su inmunidad como autoridad gubernamental en activo)²⁷⁹, algunas organizaciones no gubernamentales han planteado en Alemania una querrela contra éste y otros altos responsables civiles y militares estadounidenses por supuestamente haber autorizado el recurso a la tortura en la “guerra contra el terrorismo”²⁸⁰.

judicial, el juez intenta dotar a su opinión personal de un soporte más general y, por ello mismo, más aceptable. En la medida en que pretende un grado superior de racionalidad, confiere a su decisión un carácter más universalizable. En este sentido, la autoridad que reconoce a las decisiones extranjeras no es vinculante, sino más bien persuasiva (*persuasive authority*)”.

²⁷⁹ Cfr. el interesante precedente de la Decisión de la Corte Suprema de Chile de extraditar a Perú al ex Presidente Fujimori en septiembre de 2007 para que responda por graves violaciones de derechos humanos, sin permitir que éste se amparara en la inmunidad de su anterior condición de jefe de Estado.

²⁸⁰ Se trata de una querrela por crímenes de guerra planteada en nombre de 11 víctimas iraquíes y un detenido de Guantánamo en virtud de la doctrina de la competencia universal: véase esta información ampliada en la página web: http://www.fidh.org/article.php?id_article=3802 (lunes 13 de noviembre de 2006).

Si es cierto que el ejercicio de la competencia universal por parte de algunos órganos jurisdiccionales nacionales contribuyó sobremedida a dar un impulso a la creación de la Corte Penal Internacional, no por ello esa actuación extraterritorial desde el ámbito nacional deja de perder vigor. Al contrario, esa actuación sigue siendo tanto más importante cuanto que la Corte Penal se ha diseñado con arreglo al principio de subsidiariedad y, cuando entre en escena el tribunal internacional, los órganos nacionales habrán de cooperar. Siendo esto así, mayor razón de ser sigue teniendo, si cabe, esa competencia universal de los órganos jurisdiccionales nacionales con relación a los Estados que no han querido ser Parte Contratante del Estatuto de Roma y respecto de los cuales el posible sometimiento a la jurisdicción de la Corte Penal internacional resulta altamente improbable. Si es verdad que la mera existencia de la Corte Penal tiene entonces –aun con todo– una función preventiva o disuasoria frente a las graves violaciones de los derechos humanos, la paralela existencia de decisiones nacionales de justicia universal refuerza ese carácter preventivo y disuasorio.

Esta es la lectura que cabe efectuar de la *sentencia dictada por unanimidad el 5 de diciembre de 2006 por la Sala Penal del Tribunal Supremo (caso Couso)* mediante la que se revoca la previa decisión de la Audiencia Nacional (*auto de 10 de marzo de 2006*) de archivar la investigación sobre la muerte en Irak el 8 de abril de 2003 del cámara de Telecinco al ser atacado el hotel en donde se encontraba por un tanque norteamericano. La sentencia del Tribunal Supremo trae su causa del recurso formulado por la familia del periodista fallecido contra el mencionado auto de la Sala Penal de la Audiencia nacional en el que se entendía que no nos hallábamos ante “*un acto intencional doloso de causar la muerte*”, sino de “*un acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado*” en “*un contexto de guerra violenta y peligrosa*” entre las tropas estadounidenses y la Guardia Republicana de

Irak. Lo interesante del razonamiento del Tribunal Supremo radica en que se apoya en la importante *sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 2005* en la que se fija de manera amplísima la competencia universal de la justicia española para perseguir y juzgar este tipo de crímenes, con la consecuencia de devolver el asunto a la Audiencia Nacional para que comience otra vez la instrucción.

Frente a esta nueva situación procesal, cabe recordar que la decisión anulada de la Audiencia Nacional había dejado sin efecto el auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1 en el que ordenaba la busca, captura y detención a efectos de extradición de los tres militares norteamericanos que se encontraban en el tanque que disparó contra el hotel. El problema que se plantea ahora es el grado de cooperación que habrá por parte de la Justicia norteamericana, que no sólo había rechazado con anterioridad la extradición pedida por España, sino incluso la petición de interrogatorio de los soldados encausados, a quienes el auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1 imputaba un delito contra la comunidad internacional y otro de asesinato.

En realidad, si nos atenemos a la posición de Estados Unidos respecto a la Corte Penal Internacional, las expectativas de cooperación de la justicia estadounidense no son muy esperanzadoras *a priori* pues, como se recordará²⁸¹: de un lado, pese a haber participado en la negociación del *Estatuto de Roma*, el 6 de mayo de 2002 los Estados Unidos de América transmitieron al Secretario General de la ONU a la sazón (Kofi Annan) su intención de no ser Parte en dicho tratado, considerándose no vinculada a él ni ligada por obligación alguna derivada de la firma del Estatuto hecha por el ex presidente

²⁸¹ Como ya se indicó, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados aprobó el 18 de abril de 2007 una proposición no de ley presentada por el grupo parlamentario de IU-ICV en la que se pedía una mayor cooperación a las autoridades de Estados Unidos en la investigación judicial de la muerte de José Couso en Irak.

Clinton el 31 de diciembre de 2000. Y, de otro lado, precisamente en la negociación del Estatuto de Roma, los Estados Unidos propusieron y consiguieron incluir una disposición (artículo 98.2) tendente a respetar los acuerdos bilaterales preexistentes entre Estados. Con apoyo en esa postura del Gobierno estadounidense y en dicha cláusula, en Estados Unidos se adoptó en 2000 la *American Service Members Protection Act* (ASPA), fundada en el deseo de evitar que la Corte Penal pueda juzgar a nacionales de dicho país, para lo cual dicha ley prevé cancelar toda ayuda militar a los aliados que se nieguen a garantizar la inmunidad de los estadounidenses, condicionando su ayuda militar a la firma de un tratado bilateral con el significado expuesto; en otras palabras, esa ley persigue fomentar el mayor número de tratados bilaterales en los que los países suscriptores se comprometan con Estados Unidos a no acusar ni extraditar a ningún ciudadano norteamericano para ser juzgado por la Corte Penal²⁸².

En cualquier caso, la lectura de estas sentencias y de las causas universales pendientes nos ofrece elementos esperanzadores de incalculable interés: en primer lugar, que este tipo de causas no tienen por qué perderse en el camino de la instrucción tras un prolongado peregrinaje judicial. A continuación, que la condena no devuelve la vida ni compensa unos daños irreparables a las víctimas, aunque sí entraña una satisfacción judicial y moral del derecho a la verdad y al no olvido de sus familiares²⁸³. En tercer término, que estos

²⁸² Una crítica a la posición de Estados Unidos respecto a la Corte Penal puede leerse en el trabajo de WEDWOOD, R.: "The International Criminal Court: An American View", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 93-107. Para una puesta al día sobre la evolución de esos acuerdos bilaterales puede accederse a: <http://www.iccnw.org/>.

²⁸³ Cfr. GARZÓN REAL, B., y ROMERO, V.: *El alma de los verdugos*, Barcelona, Ars Medica, 2008. Se trata de una investigación periodística en la que los autores tratan de responder, a través de entrevistas a numerosas víctimas y de sobrecogedores relatos de los propios verdugos que intervinieron en la cruenta

pronunciamientos no deben ser vistos como una lección de democracia (el que ejerce la competencia judicial extraterritorial) que da un país a otro (aquel en donde se han producido las graves violaciones de los derechos humanos), sino como un mecanismo de cooperación judicial internacional que puede repercutir positivamente en la consecución de un orden democrático y de una paz social en el país afectado²⁸⁴. Además, que toda una serie de personas ha apostado tenaz y valientemente por seguir luchando por la causa de los derechos humanos, incluido el compromiso de los jueces “extraterritoriales” y de los jueces “internos”²⁸⁵. Por añadidura, que este tipo pronunciamientos de

represión de las dictaduras de América Latina, a la pregunta de “quiénes son esas personas aparentemente normales, padres ejemplares o trabajadores modélicos que cada mañana despiden a sus hijos en el colegio para a continuación entrar en un sótano y torturar a un prisionero político”, el juez Baltasar Garzón y el periodista Vicente Romero retratan y analizan aquí la represión más cruenta que ha tenido lugar en América Latina.

²⁸⁴ Como se dijo, la *Suprema Corte de Justicia de Argentina* declaró inconstitucionales las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida en su *sentencia de 14 de junio de 2005*. Esto comporta, de alguna manera, uno de los puntos culminantes de la reparación jurídico-moral de las víctimas en el plano interno. Pues, efectivamente, como se recuerda en el FJ 1º (apartado 6.2) de la primera sentencia de justicia universal de la *Audiencia Nacional española (la citada sentencia nº 16/2005, de 19 de abril)*, dictada en el caso “Scilingo”: “el advenimiento de la democracia en Argentina tras el fin de la dictadura militar trajo consigo acciones concretas tanto en el ámbito judicial como fuera para restablecer el orden jurídico profundamente perturbado por las violaciones masivas de los derechos humanos más elementales acontecidas durante la época anterior. La derogación por Ley 23040 de 22.12.1983 de la Ley 22924 de ‘Pacificación Nacional’ o de autoamnistía adoptada por la Cuarta Junta Militar inmediatamente antes a la entrega del poder al Gobierno democrático sucesor. La creación de la ‘Comisión nacional para la desaparición de personas’ presidida por D. Ernesto Sábato, y el importantísimo informe ‘Nunca más’ sobre cuya elaboración prestó testimonio el referido testigo. Las diversas modificaciones en diversos sentidos del Código de Justicia Militar. (...) Sin embargo, la decidida acción judicial se encontró con el obstáculo de la Ley 23.492 de ‘Punto Final’ [y por] la Ley 23.521 de Obediencia Debida (...)”.

²⁸⁵ Así, en la mencionada sentencia de justicia universal de la *Audiencia Nacional española (la nº 16/2005, de 19 de abril)*, concretamente en su FJ 1º (apartado 8) se efectúa un reconocimiento explícito (con nombre y apellido) al juez

justicia nacional extraterritorial ha contribuido enormemente al desarrollo de la justicia universal penal, hasta el punto de reducir el déficit con el que ésta última haya podido ser criticada a la luz del principio de legalidad. Y, recíprocamente, que una vez en funcionamiento la jurisdicción universal penal, la jurisprudencia de ésta nutre a los órganos nacionales, en una tarea positiva de recepción mutua y retroalimentación²⁸⁶.

Tal vez esas decisiones de justicia nacional extraterritorial constituyan la única compensación y alivio que les quede a las víctimas, pronunciamientos judiciales que condenen, que responsabilicen, que se manifiesten contra la impunidad, todo ello siquiera –como mínimo, pero ya es algo– en recuerdo de las víctimas y sus familiares, que tendrán un soporte jurídico, pero también moral, para que no se niegue la barbarie sufrida y, en definitiva, aquéllas no se vean sumidas en el olvido.

Lo fundamental de la experiencia positiva en el contexto nacional y en el internacional en materia de responsabilidad por graves violaciones de derechos humanos radica en que esa experiencia sea conocida por la opinión pública internacional y difundida de tal modo que se genere una verdadera *cultura democrática internacional*. A tal efecto, a la consideración de la democracia como “un Estado, un voto”²⁸⁷, debe asociarse la percepción de la democracia como un valor axiológico universal

“interno”: “No deja de ser relevante que aunque pueda decirse que haya quedado constatada la incapacidad de las autoridades argentinas para a lo largo de los años dar una respuesta aceptable a la demanda de justicia de las víctimas; sin embargo, y también es necesario decirlo, la cooperación judicial prestada tanto por la Administración pública argentina como desde el poder judicial argentino en este momento para la realización del presente enjuiciamiento ha sido absolutamente ejemplar. Desde luego, mención especial merece la eficazísima labor del Juez de la Cámara Federal de Buenos Aires D. Claudio Bonadío, que ha llevado a cabo actos modélicos –en el fondo y en la forma– de cooperación judicial con este Tribunal”.

²⁸⁶ Así, en la sentencia (FJ 1º, apartado A: “Calificación jurídico-penal de los hechos”) se recoge y sistematiza la jurisprudencia del Tribunal para la exYugoslavia con respecto al delito de lesa humanidad.

²⁸⁷ HERMET, G.: *Culture et démocratie*, Paris, UNESCO, 1993, p. 113.

que camina de la mano de un *movimiento constitucional universalizado a favor de los derechos humanos*²⁸⁸. Y, en este terreno, sin perjuicio de la apreciable contribución de actores con un firme compromiso (sean jueces, militares, líderes políticos, profesores universitarios, personas integrantes de asociaciones de la sociedad civil, etc.) que en ocasiones les cuesta la vida, debe tenerse en cuenta que la cultura de los derechos humanos, la democracia y la paz es cosa de todos²⁸⁹. Semejante aproximación ha hallado eco —a título de ejemplo— en una reciente ley española²⁹⁰: a propósito, un ejemplo comparado reciente de lo promovido por esta Ley lo suministra el manual de historia propuesto a los alumnos del último año de bachillerato de Francia y Alemania, como un símbolo de reconciliación franco-alemán²⁹¹. Lo que, en cambio, suscita mayor controversia, es el

²⁸⁸ Cfr. COTARELO, R.: “La universalización de la democracia”, *Sistema*, n° 4, 1991.

²⁸⁹ Sobre esta cuestión particular, puede leerse en la *Declaración y Plan de acción mundial de educación en derechos humanos y en democracia* adoptados en Montreal el 11 de marzo de 1993 por la UNESCO: “El Plan concibe la educación en su sentido más amplio, para todos los hombres y mujeres de cualquier edad, todas las categorías sociales, todos los grupos étnicos, nacionales, religiosos y lingüísticos y para todos los sectores de la sociedad. (...) El Plan se encamina a: (...) animar a los gobiernos y a la comunidad internacional para que promuevan y favorezcan una cultura de la paz basada en los derechos humanos”.

²⁹⁰ Me refiero particularmente a la *Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz*.

²⁹¹ Una ampliación de este ejemplo en el artículo de AUFFRAY, A.: “Le manuel d’histoire, nouveau symbole franco-allemand. Un ouvrage commun proposé aux élèves de terminale des deux pays”, diario *Libération*, jeudi 4 mai 2006, p. 16: Ese nuevo libro escolar de historia ha sido concebido como la consecución de un objetivo político que se acordó en enero de 2003 por Alemania y Francia para conmemorar los cuarenta años del Tratado de amistad firmado por De Gaulle y Adenauer. En el citado artículo se destaca aún más la importancia de esta iniciativa al recordar que “no faltan ejemplos que muestran el carácter altamente político de lo que se manda leer a los alumnos. Así, manifestaciones antijaponesas se sucedieron en China tras la reedición, en Japón, de un manual acusado de minimizar las atrocidades cometidas durante la ocupación de China (1931-1945). Y por su lado, la Unión Europea convirtió el tratamiento de la cuestión armenia en los manuales escolares turcos en una de sus condiciones de las

valor pedagógico de potenciales pronunciamientos judiciales que deriven de procesos de restablecimiento de una cierta versión “científica” de la historia²⁹², a menos que realmente se trate de defender los derechos humanos frente a tesis revisionistas y negacionistas de barbaries contrastadas históricamente²⁹³.

Claro que, el ejercicio de las obligaciones positivas por parte de los Estados en esa creciente internacionalización del Derecho constitucional e internacionalización del Derecho internacional, especialmente cuando entra en juego la satisfacción del derecho a la verdad, no siempre encuentra un eco

negociaciones de adhesión de Ankara. Los autores del manual franco-alemán se han esforzado en fabricar un símbolo útil. En particular, porque la mirada cruzada permite enriquecer la lectura”.

²⁹² Polémica resulta, a mi entender, la *STC 43/2004, de 23 de febrero*, en donde la mayoría de magistrados constitucionales hizo prevalecer el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad científica del autor de un reportaje televisivo sobre el funcionamiento de las jurisdicciones militares (en particular, los Consejos de guerra) durante la guerra civil y la dictadura, frente al derecho al honor de los familiares de una persona (ya fallecida) que no había tenido el grado de participación como testigo en un proceso militar (que condujo en 1937 a una condena a muerte por un delito de adhesión a la rebelión militar) que se le atribuía en el curso de dicho reportaje. Creo que el Tribunal Constitucional español ha incurrido en una falta de rigor jurídico al poner el acento sobre todo en la libertad de opinión y en los criterios subjetivos que entrarían en el ámbito de la libertad científica del historiador, mientras que –sin perjuicio del enfoque o del método, e incluso de las ideas de cada historiador–, la historia se define en particular (por ejemplo, en el diccionario *Larousse*) como una ciencia de los *hechos* y de los *acontecimientos* del pasado, considerados en su desarrollo y estudiados según un *método riguroso* (es decir, se subraya el peso de los criterios objetivos). Con tal proceder, estimo que dicha sentencia constitucional puede hacer emerger, desde un punto de vista político, un riesgo de interpretaciones “peligrosas” sobre hechos incontestables que se refieran no sólo a la guerra civil española, sino también a la segunda guerra mundial o a acontecimientos históricos; y, desde un punto de vista jurídico, la sentencia de referencia puede perder credibilidad a la jurisprudencia constitucional en la materia, desde el momento en que se utiliza de manera sesgada la jurisprudencia constitucional precedente (con mención desacertada e inadecuada de la *STC 214/1991*). Por tal motivo, me parece más razonable el criterio sostenido por los dos magistrados constitucionales disidentes, que de forma coherente subrayan los límites de la libertad de expresión necesarios para la protección del derecho al honor de los demás, para impedir potenciales relatos de manipulación o de negación de hechos históricos.

²⁹³ Así, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, *decisión de inadmisibilidad de 24 de junio de 2003*, dictada en el *caso Garaudy contra Francia*, demanda nº 65831/01) como el Tribunal Constitucional español (véase *caso Violeta Friedman, STC 214/1991, de 11 de noviembre*) han reprochado las tesis negacionistas del genocidio del pueblo judío perpetrado por los nazis durante la segunda guerra mundial.

unánime en las fuerzas políticas internas ni en la opinión pública internacional aunque se trate de una *ley de proyección interna* (1), como tampoco en los Estados que se ven afectados por *leyes extraterritoriales* (2). Veamos un ejemplo de cada supuesto.

1. Leyes internas sobre procesamiento histórico de graves atentados contra la dignidad humana

Un ejemplo del primer tipo de ley avanzado es la reciente “Ley de la memoria histórica”, cuyo título exacto es el de *Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*. Pues bien, si se efectúa un balance del contenido de la polémica ley, en mi opinión ésta acomete el novedoso derecho a la verdad de modo desigual. ¿En qué medida? De la lectura del texto legislativo se colige un enfoque en el que prevalece la satisfacción del derecho a la verdad a través del derecho a la información, es decir, como un derecho de las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura o sus familiares a conocer o acceder a toda la información de que disponga o pueda disponer el Estado, para lo que se establecen obligaciones positivas correlativas que pesan sobre los poderes públicos a la hora de hacer recopilación de datos, mapas de localización, etc²⁹⁴.

²⁹⁴ Así, la exposición de motivos de la Ley 52/2007 afirma: “La presente Ley parte de la consideración de que los diversos aspectos relacionados con la memoria personal y familiar, especialmente cuando se han visto afectados por conflictos de carácter público, forman parte del estatuto jurídico de la ciudadanía democrática, y como tales son abordados en el texto. Se reconoce, en este sentido, *un derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano, que encuentra su primera manifestación en la Ley en el reconocimiento general que en la misma se proclama en su artículo 2*”. En conexión con ello, el artículo 11 ilustra el alcance de esas obligaciones positivas bajo la rúbrica *colaboración de las administraciones públicas con los particulares para la localización e identificación de víctimas*.

En cambio, como consecuencia de la tortuosa negociación política de la ley, el otro enfoque (inicialmente descartado) referente a la satisfacción del derecho a la verdad mediante el derecho a la justicia o a la tutela judicial efectiva²⁹⁵, se manifestó en la primera versión del proyecto gubernamental en el hecho de no prever la revisión judicial de los procesos desarrollados durante el período de “recuperación de la memoria histórica” ni la obtención de resarcimiento alguno²⁹⁶, sustituyéndose esa revisión judicial y esa reparación por una declaración de un Consejo especial de expertos. A mi entender, ese Consejo (desaparecido finalmente del articulado de la Ley 52/2007) parecía configurarse como un *tertium genus* entre la acción de los órganos judiciales y la actuación de las comisiones parlamentarias de investigación, para aproximarse más a las

²⁹⁵ Como es sabido, al margen del derecho de acceso a los archivos, registros y documentos públicos reconocido en el artículo 105 de la Constitución española, la única faceta puramente prestacional del derecho a ser informado queda integrada en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Carta Magna española (derecho de una persona a ser informada de la acusación que se formule contra ella); así, el “derecho a la verdad” comporta una profundización en esa relación estrecha entre tutela judicial y recibir información.

²⁹⁶ En particular, al margen de la mejora cuantitativa o del alcance de algunas prestaciones ya reconocidas a viudas, hijos y otros familiares de víctimas de la Guerra Civil y de la Dictadura (artículos 8 a 12 del proyecto), el artículo 7 del proyecto de ley efectivamente limitaba el efecto reparador del ejercicio del derecho a la memoria, que revestía un alcance más bien simbólico; intitulado *contenido de la declaración*, el artículo 7 presenta esta redacción: “1. Las Declaraciones de reparación y reconocimiento personal tendrán por único objeto la constatación de que las ejecuciones, condenas o sanciones sufridas son manifiestamente injustas por contrarias a los derechos y libertades que constituyen el fundamento del orden constitucional hoy vigente y son la base de la convivencia de la sociedad. 2. *En ningún caso la Declaración a que se refiere este artículo constituirá título para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado ni de cualquier Administración Pública, ni dará lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional.* 3. La Declaración omitirá toda referencia a la identidad de cuantas personas hubiesen intervenido en los hechos o en las actuaciones jurídicas que dieron lugar a las sanciones o condenas. 4. La fórmula de reparación regulada en esta Ley será compatible con cualquier otra ya instada por el interesado y prevista en el ordenamiento jurídico. 5. Las Declaraciones de reparación y reconocimiento personal se publicarán en el Boletín Oficial del Estado para su general conocimiento”.

comisiones de verdad que han funcionado en países latinoamericanos²⁹⁷.

Este segundo enfoque, como se avanzaba, fue objeto fundamental de discusión parlamentaria, pues algunos grupos representados en ambas Cámaras de las Cortes Generales abanderaban esa pretensión de revisar los juicios efectuados en ese triste período de la historia española. El proyecto de Ley redactado por el Gobierno no abría inicialmente esa posibilidad, más allá del soporte que pueda ofrecer la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español basada en la utilización de las pruebas pertinentes (*STC 123/2004, de 13 de julio*)²⁹⁸. El texto

²⁹⁷ Es interesante acercarse a este mecanismo a través de la lectura del trabajo de ÚBEDA DE TORRES, A.: “Justicia transicional y comisiones de verdad: ¿avance o retroceso en el Derecho internacional contemporáneo?”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José de Costa Rica, nº 108, septiembre-diciembre 2005, p. 17. De interés resulta, para una completa visión sobre las fuentes de la “memoria histórica” no sólo en España, sino en otros países, la consulta del *Boletín de Documentación* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 27, septiembre-diciembre 2006, *Dossier: Memoria Histórica. El Proceso de Justicia Transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica*. En particular, para el caso español, el capítulo IV “España: una transición consensuada” (pp. 136-211), en el que aparecen las normas aprobadas durante la transición (1976-1978), la legislación de la democracia (1979-2006), la legislación de las Comunidades Autónomas, iniciativas legislativas y actos de control de las Cortes Generales, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, reparaciones, archivos y memorias, y direcciones web. Para el caso francés, puede consultarse *La Documentation française*, monográfico sobre “Loi et mémoire”, octubre 2006.

²⁹⁸ Mediante la *STC 123/2004* se amparó a los familiares de los dos anarquistas ejecutados durante la dictadura franquista, ordenándose a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que continuara la tramitación del procedimiento para revisar la sentencia. Pese a esta sentencia del Tribunal Constitucional, el *Tribunal Supremo (Sala de lo Militar)* ha vuelto a denegar (*mediante sentencia de 13 de diciembre de 2006*) a los familiares de los dos anarquistas ejecutados la autorización para interponer recurso de revisión de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra en 1963. La nueva sentencia del Tribunal Supremo, dictada por tres votos frente a dos, pone de manifiesto, desde una perspectiva formal, una división interna en el ámbito judicial paralela a la existente en círculos políticos en torno a estos juicios de “memoria histórica”; y, desde un punto de vista material, el escollo que se interpone en este tipo de juicios cuando se ponen en marcha, a saber, su complejo desenlace por falta o desaparición de pruebas determinantes como consecuencia del trascurso del tiempo. De signo diferente es, en cambio, es otra *Sentencia* de la propia *Sala Militar del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2007* (recurso de revisión penal nº 106/2004), mediante la que se anula una sentencia de un Consejo de Guerra que condenó a muerte a un republicano durante la guerra civil; así, en el fallo de la sentencia del Tribunal

definitivo de la Ley 52/2007 tampoco introduce semejante posibilidad, más allá de establecer que “las previsiones contenidas en la presente Ley son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España” (Disposición adicional segunda).

Profundizando en esta cuestión, cabe hacer notar que la Ley 52/2007 pone el acento en la persecución por razones ideológicas o políticas²⁹⁹, lo cual, desde un examen en clave jurídica (de persecución de las graves violaciones de los derechos humanos sin el escollo de la prescripción) viene dificultado por opiniones doctrinales que descartan, por ejemplo, del concepto de genocidio la persecución o exterminio de grupos políticos³⁰⁰. Con análoga orientación, debe recordarse que los órganos

Supremo se declara: “Debemos estimar y estimamos el presente Recurso de Revisión penal, deducido por la representación procesal de D. F.P.A. frente a la Sentencia de fecha 06.08.1937, dictada por el Consejo de Guerra Permanente nº 1 de Málaga en la causa nº 38/1937, mediante la que se condenó a D. R.P.R., ya fallecido, padre de dicho recurrente, como autor responsable de un delito de Rebelión militar, a la pena de muerte sucesivamente conmutada por privación de libertad finalmente establecida en seis años y un día de prisión mayor; Sentencia que debemos anular y anulamos como contradictoria con la dictada en firme con fecha 14.04.1937 por el Consejo de Guerra Permanente nº 3 de Málaga, en causa 30/1937 en la que resultó absuelto D. R.P.R. del mismo delito de Rebelión militar, declarando la virtualidad de esta última; con los efectos que de esta declaración se derivan. Sin costas”.

²⁹⁹ Con relación al artículo 2, la exposición de motivos del proyecto resalta que “en dicho precepto se hace una proclamación general del carácter injusto de todas las condenas, sanciones y expresiones de violencia personal producidas, *por motivos inequívocamente políticos o ideológicos*, durante la Guerra Civil, así como las que, por las mismas razones, tuvieron lugar en la Dictadura posterior”.

³⁰⁰ Un apunte en tal sentido lo ofrece, *mutatis mutandis*, BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero”, ya cit., p. 219-220: “A mi modo de ver, no es sostenible que en el art. 23.4 LOPJ el concepto de genocidio deba ser entendido como un concepto social, es decir, incluyendo también la persecución o exterminio de grupos políticos. Tal conclusión no aparece respaldada por el texto legal. De todo ello se deduce que el principio ‘universal’ referido al genocidio no resulta ser el medio más adecuado para postular la intervención del Derecho penal nacional en los casos de violaciones masivas de derechos humanos en una dictadura, cuya finalidad era la eliminación de opositores políticos”.

tutelares del Convenio Europeo de Derechos Humanos han rechazado *ratione temporis* entrar a enjuiciar hechos que se remontan a la Guerra Civil o a la Dictadura³⁰¹.

Con estos parámetros de análisis, más allá del debate político (desde los parlamentarios que entendían que el proyecto de ley era innecesario por abrir viejas heridas, hasta los representantes que criticaban la poca ambición de lo proyectado), la enseñanza que debe extraerse de este episodio legislativo habría de ser el despertar una mayor conciencia para combatir las graves violaciones de los derechos humanos, sobre todo las actuales, con objeto de no tener que enfrentarlas cuando tal vez ya sea demasiado tarde para obtener una reparación. Y ello a pesar de que esas graves violaciones (y las contempladas en la Ley 52/2007 lo son –artículo 2) susciten una mayor flexibilidad jurídica *ratione temporis* (el proyecto se refiere a la recuperación de la memoria personal y familiar durante la Guerra Civil y la Dictadura –artículo 1), *ratione materiae* (derecho a la memoria como novedoso derecho que constituiría una extensión o prolongación de los derechos a ser informado y a la justicia – artículo 3), *ratione loci* (de algún modo, es expresión de ello la concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales –artículo 20) y *ratione personae* (no sólo reconocimiento a víctimas y familiares, sino asimismo “*a las asociaciones, fundaciones y organizaciones que se hayan destacado en la defensa de la dignidad de las víctimas de la violencia política a que se refiere esta Ley y en la contribución a la recuperación de la memoria histórica*” –artículo 21).

En el panorama expuesto, al margen de las discrepancias políticas internas, el texto inicial del *proyecto de ley de la*

³⁰¹ Por todas, puede mencionarse la *Decisión de 11 de marzo de 1985* de la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos dictada en el *caso Asociación de Aviadores de la República, Jaime Mata y otros contra España*, que declaró la demanda (nº 10733/84) inadmisibile *ratione temporis*.

memoria histórica recibió una severa crítica desde determinadas organizaciones no gubernamentales. Así, en el *Nuevo informe de Amnistía Internacional sobre el Proyecto de Ley de “derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo”* cuestionaba en tono crítico dicha organización si se estaría caminando “¿hacia una ‘Ley de punto final’?”, respondiendo que este proyecto de ley “*olvida el derecho internacional, no menciona el derecho a la justicia, la verdad depende del Estado y la reparación es escasa*”³⁰².

Un exhaustivo informe, análogo al efectuado por AI e igualmente crítico con el texto inicial del proyecto de Ley sobre memoria histórica, es el que elaboró el Equipo Nizkor bajo el título *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas, de fecha 14 de abril de 2004*³⁰³. Lo cierto es que, se comparta o no el contenido del informe, se someta o no a un juicio más o menos crítico –incluso bajo cierta sombra de politización–, en él se incluye un exhaustivo plan de acción que va mucho más allá de lo recogido en la Ley española de memoria

³⁰² Puede verse el informe completo en: <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/hacia-una-ley-de-punto-final/>, así como en http://www.es.amnesty.org/uploads/media/No_hay_derecho.pdf. La organización presenta un nuevo informe titulado “Víctimas de la guerra civil y el franquismo: No hay derecho”, donde asegura que 70 años después del comienzo de la guerra civil, el Estado daría un paso atrás y perdería una oportunidad histórica para ofrecer verdad, justicia y reparación a miles de víctimas, si no cambia este Proyecto de Ley.

³⁰³ El texto del informe puede verse en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/>. Así, en el informe se repasa sucesivamente una serie de puntos: I.- La ilegalidad del régimen franquista: Alzamiento en armas contra un gobierno legítimo y vulneración del ordenamiento jurídico en vigor. II.- Las Naciones Unidas declaran al régimen de Franco en su origen, naturaleza, estructura e historial como un régimen fascista alineado con las “Potencias del Eje”. III.- Los crímenes de la represión franquista se enmarcan en el contexto europeo y su calificación viene dada por el derecho emanado de Nuremberg. A) Obligación subsidiaria de aplicación del Estatuto de Nuremberg, de la doctrina emanada de sus sentencias y de los Principios de Nuremberg. B) Tipología de los crímenes de la represión franquista. C) Características de los crímenes contra la humanidad. D) Distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. IV.- La inobservancia de los derechos de las víctimas y familiares de las víctimas de la represión franquista se enmarca en el contexto de la impunidad que aún hoy existe en España. A) La impunidad. B) Derecho a saber. C) Derecho a la justicia. D) Derecho a la reparación.

histórica, un plan de acción que en cualquier caso debe servir como elemento de reflexión respecto a esa Ley y otras iniciativas análogas en el futuro. Pues, en definitiva, algunos de sus puntos (por ejemplo, el primero del plan de acción)³⁰⁴ sí comportarían una profundización en esa tendencia a la *constitucionalización del Derecho internacional* y a la *internacionalización del Derecho constitucional*.

2. Leyes extraterritoriales sobre procesamiento histórico de graves atentados contra la dignidad humana

Como ejemplo de ley extraterritorial en la materia debe citarse la *proposición de Ley francesa que sanciona la negación del genocidio armenio*³⁰⁵, adoptada en primera lectura por la Asamblea Nacional el 12 de octubre de 2006, por 106 votos a favor y 19 en contra. La Ley consta de un artículo único, mediante el que se inserta un nuevo apartado en el artículo 24 bis) de la *Ley de 29 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa*, con el siguiente tenor: “*serán castigados igualmente con las mismas penas aquellos que negaren, a través de uno de los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad cometidos con ocasión del genocidio armenio de 1915 reconocido por la Ley 2001-70 de 29 de enero de 2001*”.

Según la exposición de motivos de dicha proposición de ley, aunque el citado genocidio haya sido reconocido

³⁰⁴ El punto VI recoge el siguiente plan de acción: “1. Ratificación de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*. (...)”. A este respecto, cabe recordar que España tampoco ha firmado ni ratificado el tratado correspondiente del Consejo de Europa (*Convención europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra*, abierta a la firma el 25 de enero de 1974 y entrada en vigor el 27 de junio de 2003 tras conseguir las tres ratificaciones requeridas).

³⁰⁵ Se trata de una *proposición de ley* (nº 1643) formulada por el grupo socialista en la Asamblea Nacional francesa.

anteriormente por el ordenamiento francés, éste adolecería de insuficiencia normativa en cuanto a su castigo en el orden penal: *“En efecto, la problemática del genocidio armenio es particular. La realidad de la Shoah, por ejemplo, no solamente ha sido negada por aquellos a los que se llama revisionistas, sino que ha sido objeto de apología. Por tanto, es deseable condenar las dos facetas de esta misma actitud insoportable: la apología y la negación. El genocidio armenio, hasta el presente al menos, en lo que conocemos no ha sido objeto de apología alguna. Al contrario, es su misma existencia la que se niega. Ahora bien, ¿cómo hacer apología de un hecho del que se niega su existencia? La necesidad de sancionar penalmente no sólo la apología, lo que según el ministro sería posible con el Derecho existente, pero también y sobre todo la negación del genocidio armenio, lo que no es posible en la actualidad, es por tanto evidente”*.

Estas insuficiencias normativas también se han manifestado en la Unión Europea, lo que ha dado lugar, verbigracia, al *Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 17 de diciembre de 2003*, sobre supuesta responsabilidad extracontractual de la Unión Europea (asunto T-346/03), en el que el Tribunal desestima el recurso por carecer manifiestamente de fundamento jurídico alguno. El asunto traía su causa de las demandas presentadas por dos ciudadanos armenios (Grégoire y Suzanne Krikorian) y una organización no gubernamental que trabaja a favor de la causa del pueblo armenio (Euro-Arménie ASBL) contra las tres instituciones políticas de la Unión (Parlamento, Consejo y Comisión), y tenía por objeto la petición de indemnización del perjuicio moral que los demandantes habrían sufrido debido, principalmente, al hecho de haberse reconocido a la República de Turquía el estatuto de Estado candidato a la adhesión a la Unión Europea, siendo así que dicho Estado se había negado a reconocer el genocidio

perpetrado en 1915 contra los armenios que residían en Turquía³⁰⁶.

En este panorama, las reacciones de las autoridades turcas frente a la proposición de ley francesa fueron contundentes, máxime en el difícil proceso negociador de la adhesión de Turquía a la Unión Europea. Evidentemente, una vez más, iniciativas (en este caso, legislativas extraterritoriales) de este género no suscitan casi nunca unanimidad, pues su fin justo se ve mediatizado por los intereses políticos en juego. Así, se llegó a alertar sobre los sentimientos nacionalistas que esta controvertida ley francesa podía alimentar³⁰⁷, una medida legislativa que llevó

³⁰⁶ En los apartados 24 a 27 del Auto se razona: “En el presente caso, de las alegaciones formuladas por los demandantes se desprende que el perjuicio moral alegado es consecuencia de la negativa del Gobierno turco a reconocer el genocidio de que se trata y no del comportamiento que se reprocha a las Instituciones demandadas. En estas circunstancias, los demandantes no han demostrado en modo alguno que el comportamiento reprochado a las Instituciones demandadas sea la causa directa y determinante del perjuicio alegado. Por otro lado, en lo que se refiere al requisito según el cual los demandantes deben haber sufrido un perjuicio real y cierto, es forzoso reconocer que los demandantes se limitaron a invocar, en su escrito de interposición del recurso, en términos generales, un perjuicio moral que se le ha irrogado a la comunidad armenia, sin facilitar la menor indicación acerca de la materialidad y la amplitud del perjuicio que estiman haber sufrido personalmente. De esta forma, los demandantes no han facilitado unas informaciones que permitan al Tribunal de Primera Instancia comprobar que los demandantes han sufrido efectivamente un perjuicio real y cierto que les afecte personalmente (véase, en este sentido la *sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 2003, Hameico Stuttgart y otros/Consejo y Comisión, T-99/98*, Rec. p. II-0000, apartados 68 y 69). En estas circunstancias, es manifiesto que los demandantes no han demostrado que concurren los requisitos que generan la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. De todo lo anterior se deduce que las pretensiones de indemnización carecen manifiestamente de fundamento”.

³⁰⁷ Así lo ha observado DRÉANO, B.: “Négation du génocide arménien: cette loi alimente les nationalismes”, *Politics*, en <http://www.politis.fr/article1846.html>. El autor llama la atención sobre la curiosa coincidencia de dos acontecimientos producidos el 12 de octubre de 2006: la concesión del premio Nobel de literatura al turco Orhan Pamuk, y la votación en el Parlamento francés de la proposición de ley que castiga la negación del genocidio de los armenios en el Imperio Otomano en 1915.

incluso a los legisladores turcos a proponer ese mismo mes de octubre de 2006 una ley de reacción frente a la proposición francesa que reconocería el “genocidio argelino” perpetrado por las fuerzas coloniales francesas en 1945³⁰⁸.

III. EL EQUILIBRIO ENTRE UNA RESPUESTA CONSTITUCIONAL COMPROMETIDA INTERNACIONALMENTE Y UNA REACCIÓN CONSTITUCIONAL PROPORCIONADA: NUEVOS PERFILES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO

Llegados a este punto de la investigación, debo hacer notar que en ella he pretendido poner de manifiesto algunos aspectos fundamentales que deben enfrentar los Estados desde su orden constitucional interno para conseguir una acción jurídica y judicial tendente a favorecer el respeto de la dignidad humana a escala universal.

Así pues, sin complejos puede hablarse de *constitucionalización del Derecho internacional* o de *internacionalización del Derecho constitucional*, o cabe recordar la catalogación del Código penal como “Constitución negativa”,

³⁰⁸ De esa reacción parlamentaria en Turquía y del reproche lanzado por los gobernantes turcos a los parlamentarios franceses se da cuenta en la nota de prensa “La France adopte une loi controversée sur la reconnaissance du génocide arménien”, publicado el viernes 13 de octubre de 2006 en <http://www.euractiv.com/fr/elargissement/france-adopte-loi-controversee-reconnaissance-genocide-armenien/article-158763>: “en una declaración, el Ministro turco de asuntos exteriores se refirió a un ‘duro golpe’ a las ‘relaciones históricas desde hace tiempo entre Turquía y Francia’, calificando esta proposición de ‘irresponsable’. En Bruselas, Krisztina Nagy, la portavoz del Comisario para la ampliación Olli Rehn, declaró que la ley ‘impediría el diálogo necesario para la reconciliación sobre este asunto. ‘No corresponde a la ley escribir la historia. Los historiadores deben poder debatir’, indicó la Sra. Nagy”.

o de la creciente importancia del *Derecho constitucional procesal* (o del *Derecho procesal constitucional*). El Derecho constitucional no debe permanecer en la mera y abstracta constatación de la crisis de la soberanía en el marco del Estado internacionalmente integrado, en conexión con el principio de no injerencia en los asuntos internos. La reformulación de la soberanía conduce a afrontar nuevos desafíos como la reducción de la estatalidad a favor de medidas europeas que permiten luchar contra graves violaciones de derechos humanos o, correlativamente, el amplio reconocimiento constitucional del ejercicio de la jurisdicción universal por esas graves violaciones de trascendencia para la comunidad internacional.

De igual modo, el Derecho internacional ha pasado de ser una disciplina marcada por las relaciones entre Estados soberanos como sujetos por excelencia de esa disciplina, a un Derecho en el que el individuo ha dejado de ser mero objeto de análisis o protección para convertirse en verdadero actor y sujeto en la escena internacional, tanto en lo atinente a la legitimación activa como, más recientemente, en la consideración de las personas físicas como sujetos sometidos a directa responsabilidad internacional. Por su parte, el Derecho penal y el Derecho procesal se han visto enfrentados a nuevos desafíos en el ambiente de esa mundialización, habiéndose apuntado que el Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional “constituye un verdadero código de fondo y de forma contenido en este único instrumento internacional al incluir los crímenes de su competencia y el procedimiento que se ha de seguir para su juzgamiento”³⁰⁹ y, por ello mismo, uno de los terrenos que abonan igualmente con predilección penalistas y procesalistas.

³⁰⁹ ANELLO, C.S.: “Los desafíos que enfrentan los Estados Parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en materia de cooperación internacional y asistencia judicial”, *Investigaciones* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina), n° 1/2, 2005, p. 154.

Abundando en lo expuesto, el reto de la globalización impone la necesidad de luchar en el orden constitucional y en el orden internacional contra las graves violaciones de los derechos humanos, puesto que el fenómeno mundializador dota de un fuerte dinamismo a las nociones y conceptos básicos de las disciplinas mencionadas. Y ello empezando por la propia conceptualización de la noción de graves violaciones de derechos humanos, pues es sabido que ni en Derecho constitucional, ni en Derecho constitucional europeo, ni en Derecho internacional se ha llegado a una definición unánime de terrorismo, o a unos elementos comunes unánimemente aceptados respecto a la definición del crimen de agresión. Ello no obstante, semejante déficit o limitación conceptual debe invitar a hacer *más* Derecho constitucional, Derecho internacional, Derecho penal o Derecho procesal sin complejo teórico y con compromiso democrático. Las lagunas normativas derivadas de esos problemas conceptuales van acompañadas irremediablemente por una labor jurisprudencial nada desdeñable, lo cual impone un enfoque metodológico en el que convergen las tendencias prevalentes del *civil law* y las orientaciones imperantes en el *common law*, en una combinación más o menos equilibrada de apego a la ley y de recurso a la jurisprudencia, respectivamente. Así lo he intentado dejar plasmado en el presente libro, dando cuenta de los avances normativos y de los progresos jurisprudenciales en la materia. Adviértase que ese dinamismo conceptual y metodológico – señaladamente en el tema objeto de estudio– afecta no sólo al Derecho constitucional, sino asimismo a disciplinas que tradicionalmente se congratulan de poseer categorías dogmáticas más asentadas (como es el caso del Derecho penal).

Por lo demás, en cuanto a los retos específicos del Derecho constitucional, el reiterado de su internacionalización (o la constitucionalización del Derecho internacional) he intentado ilustrarlo con un tema de indudable actualidad y precisado de investigación, empezando por la propia aportación sobre qué

deba entenderse por grave violación de derechos humanos; qué ventajas y resultados útiles prevalecen sobre los inconvenientes y controversias suscitadas por mecanismos como la euroorden o el ejercicio de la jurisdicción universal; qué enseñanzas positivas – frente a las menos favorables– cabe extraer de proyectos legislativos de carácter intemporal o de alcance extraterritorial para perseguir graves atentados contra la dignidad humana; qué nuevos perfiles adquieren en nuestro ordenamiento constitucional derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva o la información como cauces de reparación y desagravio de las víctimas de graves violaciones; o qué equilibrios cabe encontrar entre esos derechos de las víctimas y los correlativos derechos que asisten a los verdugos sin que medie una quiebra de los principios básicos en los que se asienta el orden constitucional y el orden internacional... sin perder de vista que esos nuevos perfiles comportan una profundización en el desarrollo del núcleo axiológico de la Constitución política (la dignidad humana) y de la apertura más favorable a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Y esa profundización, en última instancia, no constituye o no debe constituir un aséptico estudio con selección de objeto, contenido, método y retos propios del Derecho constitucional sino, además, una apuesta de militancia democrática a favor del ordenamiento constitucional.

* * * * *

Para cerrar el presente trabajo, conviene efectuar una conclusión general lógicamente conectada con el planteamiento inicial. Desde este punto de vista, las actividades normativa y jurisprudencial españolas, extranjera e internacional en materia de graves violaciones de derechos humanos que han sido objeto

de análisis en estas páginas en clave constitucional ponen de relieve que, efectivamente, la *constitucionalización del Derecho internacional* o la *internacionalización del Derecho constitucional* constituyen un desafío ineludible, por lo demás impuesto por la apertura internacional de la Constitución española (artículo 10.2). Y, desde luego, afrontar ese reto comporta, como toma de postura, un *rigor técnico-jurídico en el uso de las categorías dogmáticas y nociones básicas del Derecho constitucional* combinado con *una apuesta que no sea aséptica o de política criminal correcta, sino de sensibilidad ética, militancia democrática y compromiso ideológico con la defensa de los derechos humanos*.

Todo lo cual conlleva, a fin de cuentas, que sin menoscabo de los derechos de los responsables de graves atentados contra la dignidad humana, no se olvide como enfoque prevalente el necesario desagravio y la dignidad de las víctimas de esos atentados (con recepción o, cuando menos, prospección, de los nuevos desarrollos y perfiles del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la información), tanto más cuanto que ello viene impuesto por el núcleo axiológico de la Norma Suprema española (artículo 10.1)³¹⁰.

³¹⁰ Desde el ámbito del Derecho penal se ha subrayado la pertinencia de, aun por supuesto respetando los criterios jurisprudenciales internacionales, proceder a una asunción crítica en el ámbito interno: así lo ha subrayado OTTAVIANO, S.: “¿Subordinación y valor? La posición de la Corte Suprema ante los órganos internacionales de derechos humanos”, en VV.AA, *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.r.l, 2006, p. 209: “En la jurisprudencia constitucional argentina en materia penal sería deseable, entonces, menos ‘subordinación’ y más ‘valoración’ al momento de recibir la doctrina emanada de los órganos internacionales”.

EPÍLOGO

LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD CRIMINAL: UN DESAFÍO PARA LA JUSTICIA UNIVERSAL

Hoy en día, nadie duda de la existencia y suficiencia de uno de los sectores del Derecho internacional que de manera más profusa y rápida se ha desarrollado en los últimos decenios: el Derecho internacional de los Derechos Humanos; avance sólo superado – no tanto en fecundidad como en inmediatez – por otra vertiente del Derecho internacional: la del medio ambiente. Sin embargo, el crecimiento general experimentado por el Derecho interestatal, fruto de las transformaciones acaecidas en la sociedad internacional sobre la que se proyecta, ha permitido la constitución y consolidación de otras ramas derivadas del mismo tronco común jurídico-internacional: nos referimos a lo que se ha venido a bautizar como el Derecho internacional penal*.

* El llamado Derecho internacional penal no debe confundirse con el Derecho penal internacional, denominación con la que se reconoce aquel sector del Derecho penal interno o estatal que cuenta con un elemento o dimensión internacional o extraterritorial.

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho internacional penal tuvo la oportunidad de manifestarse, principalmente, a través de normas consuetudinarias con las que se incriminaban las aberraciones cometidas durante el régimen nazi (crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad). Y para la aplicación efectiva de tales tipos penales, se instauraron las primeras jurisdicciones internacionales de naturaleza penal (Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio). Desde entonces, el número así como la variedad de normas internacionales tendentes a erigir en crímenes comportamientos que atentan contra los derechos humanos básicos, han crecido significativamente a fin de no dejar en manos exclusivas de cada Estado este cometido incriminatorio. No obstante, este esfuerzo normativo no se había visto seguido, ni en la cantidad ni en su diversidad, de iniciativas institucionales conducentes a garantizar que los crímenes tipificados por las normas internacionales pudieran ser enjuiciados y castigados al margen del monopolio jurisdiccional de los Estados. El Derecho internacional ha estado aportando tipos penales, pero fallaba en el empeño de disponer de mecanismos que los hiciesen efectivos; laguna esta última que explicaba la sujeción irremediable a la voluntad estatal de querer actuar, cooperar, o en el peor de los casos, *mirar hacia otro lado*... Sólo a raíz de la instauración de los Tribunales Penales Internacionales para la exYugoslavia y Ruanda por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en la década de los años noventa, se ha comenzado a poner remedio a este vacío institucional tan clamoroso.

Los precedentes exyugoslavo y ruandés, dieron paso a nuevas iniciativas institucionales con las que se han pretendido responder a los *holocaustos* cometidos contra los pueblos sierraleonense, timorense, kosovar, jemer e irakí, a fin de que sus responsables respondiesen por la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad ante los respectivos tribunales

internacionales para Sierra Leona, Timor-Este, Kosovo, Camboya o Irak. Esta proliferación de jurisdicciones internacionales ha facilitado la consecución de una vieja aspiración – con sus importantes luces pero también con sus innumerables sombras – materializada con la creación de una Corte Penal Internacional, puesta en funcionamiento, finalmente, el 1 de julio de 2002.

Pese a los logros normativos e institucionales alcanzados, que permiten justificar y confirmar la vigencia y perspectivas de un Derecho internacional penal, no debemos olvidarnos del papel del Estado. Y no sólo porque el Estado es el verdadero hacedor del Derecho internacional – fuente de su fortaleza, pero también causante de su debilidad –, y por ende de todas sus ramas, incluida la penal; sino porque es el principal responsable de incorporar internamente los compromisos jurídicos alcanzados – constitucionalizando el Derecho internacional – así como de facilitar la cooperación internacional necesaria – internacionalizando el Derecho constitucional –; ejes, estos últimos, a cuyo estudio está consagrada la presente obra del compañero y amigo Luis Jimena Quesada, y a la que estas reflexiones generales pretenden servir de epílogo.

Este doble efecto, internacional e interno, puede apreciarse en el Derecho español con la introducción de reformas legislativas –principalmente, del Código Penal o la Ley Orgánica del Poder Judicial– y la extensión de la jurisdicción nacional demostradas en los casos de Pinochet y Scilingo, así como en los asuntos actualmente en curso ante nuestra jurisdicción: Cavallo y Couso. Precisamente, estos ejemplos evidencian la convicción de que la tipificación y represión de los crímenes más graves no se pueda dejar única y exclusivamente a los buenos propósitos de algunos Estados y a los intentos obstaculizadores de otros tantos. La tipificación y la represión internacional penal no es la

solución, pero es una realidad normativa e institucional en expansión que aspira a alcanzar lo que constituye su primera motivación a la vez que su finalidad última: evitar la impunidad de los responsables de los crímenes más cruentos...

José Manuel Sánchez Patrón
*(Profesor de Derecho internacional
en la Universitat de València)*
Valencia, noviembre de 2007

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, C.: *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid, Civitas, 2001.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de ‘ingeniería jurisdiccional’?”, en *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional* (coord. por J.A. Carrillo Salcedo), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español*, León, Universidad de León, 1996.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. y MAGO BENDAHÁN, O.: *Derechos de la personalidad y Derecho de los daños morales*, Caracas, Editorial Constitución Activa (Breviarios del Nuevo Derecho), 2007.
- ALÍA PLANA, M.: “La imposición de la paz”, <http://www.derechomilitar.info/artidoc/impopaz.PDF>.
- - “Los Tribunales Militares de Nüremberg y Tokio y la tipificación del genocidio como delito internacional”, www.derechomilitar.info/artidoc/TPNurembergTokio/PDF.
- ALLARD, J., y GARAPON, A.: *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Éditions du Seuil, 2005.
- AMANN, D.M.: “L’imposition d’un contrôle judiciaire sur la politique de détention de l’exécutif”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 4, octubre-diciembre 2004.
- ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, P.: “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, 2003, vol. LV.

- ANELLO, C.S.: “Los desafíos que enfrentan los Estados Parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en materia de cooperación internacional y asistencia judicial”, *Investigaciones* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina), n° 1/2, 2005.
- ARANGÜENA FANEGO, C.: “La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la decisión marco sobre la euroorden”, *Revista de Derecho Penal*, n° 10, 2003.
- ASCENSIO, H., DECAUX, E., et PELLET, A. (dirs.): *Droit international pénal*, Paris, Éditions A. Pédone, 2000.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *El Derecho penal internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- BARTOLONI, M.E.: “La tutela giurisdizionale nell’ambito del secondo e terzo pilastro UE”, *Quaderni costituzionali*, n° 1/2005.
- BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2003.
- BERTELSEN, R.: “Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, n° 2 y 3, Tomo I.
- BETTATI, M.: “L’usage de la force par l’ONU”, *Pouvoirs*, n° 109 (monográfico sobre “L’ONU”), 2004.
- BIDART CAMPOS, G.J.: “La interpretación del sistema de derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 19, 1994.
- *El Derecho constitucional humanitario*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1996.

- BOIX ALONSO, L.: “Al Qaeda: la nueva amenaza en la agenda de la seguridad nacional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 48, 2004.
- BUENO ARÚS, F., y ZARAGOZA, J.M.: *Manual de Derecho internacional penal*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2003.
- BUERGENTHAL, T.: *International Human Rights*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1988 (1ª ed. y ediciones posteriores).
- CANÇADO TRINDADE, A.A.: “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *Colección “Cuadernos de derechos humanos” de Guatemala*, 1995.
 - “The Right to Live: The Illegality Under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 39, 2004.
- CARDONA LLORENS, J.: “La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional (El ‘Crimen internacional’)”, *Anuario de Derecho internacional*, nº 8, 1985.
- CARDONA LLORENS, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 1999.
- CASSESE, A.: *Internacional criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003.

- CUMIN, D.: “Pour une définition objective du terrorisme – Contribution du point de vue du *jus in bello*”, *Revue droit et défense*, nº 4, 2003.
- DAVID, E.: *Éléments de droit pénal international*, Bruxelles, ULB, 7º ed., 4 vols., 1997.
- DECAUX, E., y FROUVILLE, O. (dirs.): *La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Bruxelles, Bruylant (Collection ‘Droit et Justice’), 2008.
- DE DOMINGO PÉREZ, T.: “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o efecto desaliento”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 122, 2003.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI; T.: “El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, *Actualidad Penal*, nº 4 (semana del 20 al 26 de enero de 2003).
- DE LUCCI LÓPEZ-TAPIA, Y.: “Nuevas consideraciones sobre el derecho al recurso penal (El dictamen del Comité de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional en el caso Segundo Marey)”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-3, 2002.
- DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V.: “El Derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el Derecho brasileño”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 39, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

- ERGEC, R.: Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1987.
- ESCOBAR ROCA, G.: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005.
- EUGENIA SÁNCHEZ, B.: "El trato más favorable a los desplazados internos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Foro Constitucional Iberoamericano*, nº 7, 2004.
- EYMAR ALONSO, C.: "Derecho y olvido. Algunas consideraciones en torno a la prescripción del delito", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77.
- FAUCHON, P.: *Vers la construction d'un espace judiciaire européen?*, Les rapports du Sénat, nº 352, Paris, 1996-1997.
- FERNANDEZ SANCHEZ, P.A.: "Jurisdicción internacional y jurisdicción universal penal", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1999*, Madrid, Tecnos, 2000.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz", *Poder Judicial*, nº 36, diciembre 1994.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F.: "Constitución Europea y terrorismo", en el colectivo *Estudios sobre la Constitución europea* (coord. por V. Bou Franch y M^a Cervera Ballterra), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- FLAUSS, J.F.: - "Le droit international humanitaire devant les instances de contrôle des Conventions européenne et américaine des droits de l'homme", en el colectivo *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire* (dir. por J.F. Flauss), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2003.
- "L'internationalisation de l'exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?", en el colectivo *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/Berliner Wissenschafts/Bruylant, 2004.

- “Violations graves des droits de l’homme et compétence civile universelle”, en Protection internationale des droits de l’homme et droits des victimes/International protection of human rights and victim’s rights, Strasbourg, Institut International des Droits de l’Homme, juillet 2006.

- FUNGAIRIÑO BRINGAS, E.: “La cooperación judicial. El Convenio Europeo de Extradición”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 14 (monográfico sobre *La seguridad interior en la Unión Europea*), 1995.

- GARCÍA, L.M.: “El Derecho internacional de los derechos humanos”, capítulo primero de la obra colectiva *Los derechos humanos en el proceso penal* (coord. L.M. García), Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2002.

- GARCÍA BELAUNDE, D.: “Los derechos humanos como ideología”, Lima, Revista *Derecho*, nº 36, diciembre 1992..

- GARCÍA MAHAMUT, R.: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 2000.

- *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

- GARCÍA ROCA, J.: “Abuso de derechos fundamentales y defensa de la democracia (artículo 17 CEDH)”, en el colectivo *La Europa de los derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos* (coord. J. García Roca y P. Santolaya Machetti), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

- GELLI, M.A.: “Matices de la legitimación, el agravio y el interés del Estado por su responsabilidad internacional en materia de derechos humanos”, *Revista de Derecho Político*, nº 63, 2005.

- GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M.: “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *El Derecho penal internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

- GOMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *La Ley*, nº 6069, de 26 de julio de 2004.
- GRADONI, L.: “L’attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie: ‘regularités’ et ‘règles’”, en el colectivo *Les sources du droit international pénal* (DELMAS-MARTI, M., FRONZA, E., et LAMBERT-ABDELGAWAD, E., eds.), Paris, Société de législation comparée, 2005.
- GRAY, C.: “The US National Security Strategy and the New ‘Bush Doctrine’ on Preventive Self-defense”, *Chinese Journal in International Law*, 2002.
- HANSKI, R., and SUKSI, M. (eds.): *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Turku/Abo, Institute for Human Rights-Abo Akademi University, Turku/Abo, 2nd ed. reprinted, 2004.
- JIMENA QUESADA, L.: “Configuración constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles en el marco de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 49, 1997.
- “La Justicia Nacional ante y frente a las disfuncionalidades de la Justicia Internacional”, en el colectivo *Hacia una Justicia internacional*, Madrid, Servicio Jurídico del Estado, 2000.
- “El lugar de la Constitución en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en la obra colectiva *Os Rumbos do Direito Internacional dos Direitos Humanos/Ensaio em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade (Liber amicorum Cançado Trindade)*, coord. por R. Zerbini Ribeiro Leão, São Paulo, Sergio Antonio Fabris Editor, vol. 6, 2005.
- JIMENA QUESADA, L., y SALVIOLI, F.O.: “The individual, human rights and international instruments: focus on the Council

- of Europe”, *The ELSA Law Review*, DJOF Publishing Copenhagen Denmark, Number 2, 1994.
- JIMÉNEZ FORTEA, F.J.: “Hacia una jurisdicción internacional (I)”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 1, 1999 (<http://www.uv.es/~ripj/javij.htm>).
 - KALLIOPI, Ch., LÓPEZ-JACOISTE, E., EBOLI, V., SALINAS DE FRÍAS, A., y SOSSAI, M.: *International Terrorism and changes in International Law*, Pamplona, Thomson Aranzadi (‘The Global Law Collection’), 2007.
 - KEUTCHA TCHAPNGA, C.: “Droit constitutionnel et conflits politiques en Afrique noire francophone”, *Revue française de droit constitutionnel*, nº 63, 2005.
 - LAMBERT ABDELGAWAD, E. (dir.): *Juridictions militaires – Juridictions d’exception: perspectives comparées et internationales*, Paris, Éditions des Archives Contemporaines/Agence Universitaire de la Francophonie, 2007.
 - LATTANZI, F.: “The complementarity character of the jurisdiction of the Court with respect to national jurisdictions”, en *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Napoli, Scientifica, 1998.
 - LEZERTUA RODRÍGUEZ, M.: “El proyecto de Convenio sobre el cybercrimen del Consejo de Europa”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *Internet y Derecho penal*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
 - LLEDÓ YAGÜE, F.: “Terrorismo”, en el colectivo *Espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea* (XIII Seminario ‘Duque de Ahumada’), Madrid, Ministerio del Interior, 2002.
 - LOPERA MESA, G.P.: *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEC, 2006.
 - MANACORDA, S. (dir.): *Missions militaires de peace keeping et coopération en matière pénale*, Roma, Conseil de la Magistrature Militaire, 2004.

- MANZINI, P.: “Il principio di legalità nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 3, 2005.
- MARIN, L.: “Il *ne bis in idem* dello spazio penale europeo”, *Quaderni costituzionali*, n° 3/2005.
- MARTÍN CANIVELL, J.: “El caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *El Derecho penal internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- McMAHON, S.F.: “We Are All Potential Terrorists Now: The Reconstitutive Effects of the Anti-terrorism Act and the USA PATRIOT Act”, *Review of Constitutional Studies*, Special issue on *Globalization and the Re-construction of Security*, Vol. 10, numbers 1-2, 2005.
- MÉNDEZ, J.E.: “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en el colectivo *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 1998.
- MORENO CATENA, V.: “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *Sistemas penales europeos*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002.
- “La orden europea de detención en España”, *Revista Poder Judicial*, n° 78, 2005.
- MORENO CATENA, V., y CASTILLEJO MANZANARES, R.: *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- NOLTE, G. (ed.): *European Military Law Systems*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003.
- NTANDA NSEREKO, D.D.: “Article 18. Preliminary rulings regarding admissibility”, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-observers notes article by article* (coord. por O. TRIFFTERER), Baden-Baden, Nomos, 1999.

- OBREGÓN GARCÍA, A.: *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución Española*, Madrid, Civitas, 1996.
- OLÁSOLO, H.: “El alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional a la luz del marco procesal del Estatuto de Roma”, *Revista Poder Judicial*, nº 78, 2005.
- OTTAVIANO, S.: “¿Subordinación y valor? La posición de la Corte Suprema ante los órganos internacionales de derechos humanos”, en VV.AA, *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.r.l, 2006.
- PASQUERO, A.: “Il mutuo riconoscimento delle decisioni penali nel mandato d’arresto europeo e nella *rendition* statunitense”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, nº 4, 2005.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M.: “El Derecho Internacional Humanitario en busca de su eficacia”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, 2001.
 - “La legítima defensa puesta en su sitio: críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, 2003.
- PROVOST, R.: *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- PUERTA LUIS, L.R.: “Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (monográfico sobre *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003.
- REIDY, A.: “The approach of the European Commission and Court of Human Rights to International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, nº 324, 1998.
- REMIRO BROTONS, A.: “El caso Pinochet. Los límites de la impunidad”, *Política Exterior*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.

- REMOTTI CARBONELL, J.C.: *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid, Colex, 1999.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: “Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: Condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales”, en *Creación de una jurisdicción penal internacional* (coord. por C. Escobar Hernández), Madrid, Colección Escuela Diplomática, nº 4, 2000.
- SÁIZ ARNÁIZ, A.: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SALVIOLI, F.O.: “¿La justicia que viene? Un análisis de la Conferencia de las Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional”, *Ágora* (revista de ciencias sociales), nº 2, ed. CEPS, Valencia, 1999.
- SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001.
 - *Las Organizaciones Internacionales ante las Violaciones de los Derechos Humanos*, Oviedo, Septem Ediciones, 2004.
 - “La relación entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales: las dimensiones sustantiva y procesal del principio de complementariedad”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 10, abril 2004.
 - *Crónica del Derecho internacional*, Valencia, Repro-Expres, 2006.
 - “La aplicación del principio de justicia universal por los órganos jurisdiccionales españoles”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 17, enero 2006.

- SEIJAS VILLADANGOS M^a E.: *Responsabilidad jurídica del Gobierno y defensa de la Constitución*, León, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 2003.
- SHELTON, D.: “The Legal Status of the Detainees at Guantanamo: Innovate Elements in the Decision of the Interamerican Commission of Human Rights of 12 march 2002”, *Human Rights Law Journal*, vol. 23, nº 1-4, 2002.
- SITAROPOULOS, N.: “The Role and Limits of the European Court of Human Rights in Supervising State Security and Anti-terrorism Measures Afecting Aliens’ Rights”, capítulo 2 de la obra colectiva *Terrorism and the Foreigner. A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe* (Baldaccini, A., and Guild, E., eds.), The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- SUDRE, F.: *Droit européen et international des droits de l’homme*, Paris, PUF, 6ème éd. refondue, 2003.
- SWINARSKI, CH.: *Introducción al Derecho internacional humanitario*, San José de Costa Rica/Ginebra, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/CICR, 1984.
- TAJADURA TEJADA, J.: *Partidos Políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*, Madrid, Civitas, 2004.
- TOMUSCHAT, Ch.: “Inconsistencias: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 sobre la orden europea de detención y entrega”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006.
- TOUZÉ, S.: *La protection des droits des nationaux à l’étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007.
- ÚBEDA DE TORRES, A.: “Justicia transicional y comisiones de verdad: ¿avance o retroceso en el Derecho internacional contemporáneo?”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José de Costa Rica, nº 108, septiembre-diciembre 2005.
- *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*, Madrid, Editorial Reus, 2007.

- VANDERMEERSCH, D.: “Violations graves des droits de l’homme (crimes internationaux) et compétence pénale universelle”, en *Protection internationale des droits de l’homme et droits des victimes/International protection of human rights and victim’s rights*, Strasbourg, Institut International des Droits de l’Homme, juillet 2006.
- VAN OUIRIVE, L.: “Schengen, Europol y la colaboración policial internacional: un desafío para la democracia”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 14 (monográfico sobre *La seguridad interior en la Unión Europea*), 1995.
- VÉDRINE, H.: “Réflexions sur la réforme de l’ONU”, *Pouvoirs*, nº 109 (monográfico sobre “L’ONU”), 2004.
- VÍRGALA FORURIA, E.: “La suspensión de los derechos por terrorismo en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994.
 - “La dimensión externa del principio de constitucionalidad de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12/13, 2º semestre 2003-1º semestre 2004.
- VV.AA.: *Boletín de Documentación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, nº 27, septiembre-diciembre 2006, *Dossier: Memoria Histórica. El Proceso de Justicia Transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica*.
- VV.AA.: *El Derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- VV.AA. *La Documentation française*, monográfico sobre “Loi et mémoire”, octubre 2006.
- WEDWOOD, R.: “The International Criminal Court: An American View”, *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999.
- WILKITZK, P.: “The German Law on cooperation with the ICC”, *Revue internationale de droit pénal* (Association internationale de droit pénal), 1º/2º trimestres de 2005.
- ZAFFARONI, E.R.: *El Enemigo en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 2007.