



TÍTULO

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

AUTOR

Hans Pérez Rubin de Celis

Director
Curso

©
©

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2012

José de los Santos Martín Ostos

Maestría en Jurisdicción Penal Internacional (II)

Hans Pérez Rubin de Celis

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCIA

**II MAESTRIA EN JURISDICCION PENAL
INTERNACIONAL**



**LA PROTECCION DEL TESTIGO EN LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Director de la Tesis: Dr. Jose de Los Santos Martin Ostos

Postulante al Título de Maestria: Hans Pérez Rubin de Celis

Madrid, diciembre de 2010

INDICE

Indice	1
Dedicatoria	3
Introducción	6
Objeto de estudio	10
Capítulo I: El principio de Jurisdicción Universal	15
I.El principio de Jurisdicción Universal en los Tribunales Españoles.....	15
II. La subsidiaridad de la Jurisdicción Universal.....	16
III. Breve repaso al proceso a Pinochet en España	18
IV. Los crímenes contra La humanidad em El caso <i>Scilingo</i>	36
V. La Jurisdicción de los Tribunales Españoles para enjuiciar los crímenes cometidos em Guatemala 44	
VI. Un paso más hacia el reconocimiento de La Jurisdicción Universal sobre crímenes contra la Humanidad	54
VII. La relación de La Jurisdicción Universal com otros vínculos de conexión ...	55
Capítulo II: Hacia un programa de protección a testigos, sus antecedentes históricos	64
I.Genealogia del testimonio por documentos, monumentos y parlamentos	64
II. Antecedente histórico de protección a testigos - El proceso de La Reina Madre Maria Antonieta em Francia.....	69
III. Propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier (1872)	71
IV. La Jurisdicción Penal Internacional una teoría propuesta por Hans Kelsen ..	79
V. El Proceso de Nuremberg.....	83
Capítulo III: Derecho comparado – El testigo	85
I. Marco legal de La declaración del testigo.....	85
II. Testigo protegido	140
III. Sistemas de protección de testigos um estudio comparativo de jurisprudencia en otros países.....	152
Capítulo IV: Tribunales Penales Internacionales – Diversidad Institucional	166
I. Los Tribunales Penales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda	166

II. Las Cortes Híbridas	176
III. Cortes domésticas internacionalizadas	180
IV. Corte internacionalmente asistida – El tribunal especial Iraqui.....	189
Capítulo V: La Corte Penal Internacional – La protección de Víctimas y Testigos	191
I. Antecedentes para la constitución de una Corte Penal Internacional	191
II. El Estatuto de Corte Penal Internacional	193
III. De la organización, financiación y de las cláusulas finales	195
IV. Procedimiento de la Corte Penal Internacional.....	203
V. Las reglas de procedimiento y prueba.....	211
VI. Propuestas de solución.....	214
VII. Ventajas e Inconvenientes de cada una de estas posibles soluciones	219
Conclusiones	220
Bibliografía	229
Anexos	233

A mi esposa Yola Mercedes Arancibia Mollo por su apoyo incondicional y por su comprensión a las horas y días robados y sobre todo por soportarme en todos mis achaques, a mi hijo Sacha que me ha motivado para terminar la presente tesis.

A mis padres Raúl Pérez y Flora Rubin de Celis y mis suegros Teodoro Arancibia y Esperanza Mollo por el apoyo sincero en todos mis proyectos emprendidos.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo no lo hubiera podido hacer sin tomar en cuenta a dos personalidades que me han enseñado y motivado a través de sus libros a mi maestro el Profesor José Cerezo Mir, quien me cobija y enseña a través de su sabiduría y erudición para llevar su conocimiento del Derecho Penal a 4000 mts. sobre el nivel del mar , estrictamente en tierras del altiplano boliviano; y al Prof. Jose de los Santos Martín Ostos, quien es profesor titular de Derecho en la Universidad de Sevilla a quien se debe el motivo de este trabajo investigación sobre la Protección de Testigos en la Corte Penal Internacional como parte del Programa de la II Maestría en Jurisdicción Penal Internacional de la Universidad Internacional de Andalucía.

INTRODUCCIÓN

Estos últimos seis años de estancia en el Reino de España han sido para mi persona una peregrinación en busca del conocimiento, desarrollo profesional, intelectual y personal, el presente trabajo es fruto de los estudios superiores realizados en la Universidad Internacional de Andalucía donde realice el postgrado Maestría en Jurisdicción Penal Internacional, por todo ello he visto necesario desarrollar ampliamente en el primer capítulo de la presente tesis el *Principio de Jurisdicción Penal Internacional*, para posteriormente enfocarme en mi objeto de estudio que es la *protección de testigos* en sus diferentes estadios de desarrollo sea este un sistema continental o angloamericano, internacional penal o penal internacional, procesal penal domestico o procesal penal internacional.

En palabras vertidas del Prof. José Cerezo Mir “en el ordenamiento jurídico español el *principio de jurisdicción penal universal* en cuanto a la ley penal en el espacio se rige el “*principio de la territorialidad*” dicho principio se establece en el Código Civil y en la L.O.P.J. si vemos que en el apartado primero en el art. 8 del Código Civil dispone que las leyes penales, las de seguridad pública obligan a todos los que se hallan en territorio español tanto por españoles como por extranjeros este criterio esta confirmado por el art. 23 apartado 1 de la LOPJ. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español sin perjuicio de lo previsto de los tratados internacionales en los que España sea parte ahora bien en España como la mayor parte de los países que han optado por el principio de la territorialidad como principio básico para regular la eficacia de la ley penal en el espacio se combina este principio con otros de carácter complementario y que dan lugar a la aplicación de las leyes penales españolas a conductas realizadas fuera del territorio español en sentido jurídico dentro de estos principios complementarios desataca por su importancia y actualidad el “principio de jurisdicción universal”, también se le llama el principio de Justicia Mundial, así lo llamaba, hasta hace unos años en su libro de derecho penal Tomo I. Con arreglo al principio de jurisdicción universal el estado en cuyo territorio ha sido detenido un delincuente es competente para juzgarle cualquiera sea su nacionalidad y aunque haya cometido el delito en el extranjero, y contra extranjeros lo que el llama el principio de la competencia de la competencia del judex de aprehensionis el principio de la competencia del juez del lugar de detención del delito, el origen de este principio de la justicia universal se halla en las concepciones ius naturalistas de los teólogos, juristas españoles de los siglos XVI y XVII , especialmente de Covarruvias y Suarez y que luego desarrollo Grocio. Si

bien Grocio distinguió los crímenes de los delitos y contravenciones los crímenes para Grocio constituían una violación al Derecho Natural que rige en la sociedad del genero humano por ello consideraba Grocio el Estado en cuyo territorio era detenido el autor de un crimen debía juzgarle o entregarle, en la versión latina “aut dedere aut punire”, la aplicación del principio de jurisdicción universal requiere de condiciones en primer lugar implica la consideración del delito como un **“ataque a los intereses de la comunidad internacional”** y una cierta deformidad de las legislaciones penales su introducción tropieza con el recogimiento de pruebas donde se ha cometido el delito y juzgar con acierto el magistrado del lugar, donde no se ha cometido el delito, donde el reo es extranjero y en muchos casos desconocido, donde también es extranjera la víctima, a pesar de esto se ha legislado en los países este principio con carácter complementario para el castigo de un reducido de delitos que atentan con carácter que van en contra de la comunidad como ser la piratería, la trata de personas para dedicarlas a la prostitución o trata de blancas, la falsificación de moneda, el trafico de estupefacientes, el genocidio, el apoderamiento ilícito de aeronaves y el terrorismo. El catalogo de estos delitos tiende a ampliarse como consecuencia de la mayor comunicación entre estados que facilita el desarrollo de una conciencia de solidaridad, la unificación progresiva de las leyes penales la intensificación de la colaboración internacional, policial cada vez mas estrecha, la extradición todo esto motivo nuevas ayudas en el sistema judicial, como la ordenación de entrega dentro el marco de la Unión Europea. Estos últimos tiempos aparece en nuestro escenario una delincuencia mas sofisticada en materia de terrorismo, trafico de drogas, etc.”¹

En este último siglo pasado el principio de “jurisdicción universal” ha sido un producto que ha tenido una evolución aletargada e incluso se puede decir que estaba congelado. Durante mucho tiempo, la mayoría de los Estados no concedieron a sus tribunales jurisdicción universal en su ordenamiento interno. Más tarde, varios Estados, en su mayoría latinoamericanos, promulgaron leyes que estipulaban el ejercicio de la jurisdicción universal sobre ciertos delitos contemplados por el Derecho Internacional cometidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Entre ellos figuraban Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Noruega, Panamá,

¹ Cerezo Mir, José “Principio de Jurisdicción Universal”, Programa Radial de la UNED 2004.

Perú, Suiza, Uruguay y Venezuela. Muy pocos de estos Estados han ejercido alguna vez tal jurisdicción.

Sin embargo, en la década de los noventa se empezó con el establecimiento de los tribunales penales internacionales Ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda en 1993 y 1994, los Estados han comenzado por fin a cumplir las obligaciones contraídas en virtud del Derecho Internacional de promulgar una legislación que permita a sus tribunales ejercer la jurisdicción universal sobre crímenes graves de Derecho Internacional y de ejercer tal jurisdicción. En Alemania, Austria, Dinamarca, los Países Bajos, Suecia y Suiza, los tribunales han ejercido la jurisdicción universal sobre crímenes graves comprendidos en el Derecho Internacional cometidos en la antigua Yugoslavia.

En otros países como ser “Bélgica, Francia y Suiza, se han abierto investigaciones criminales o iniciado procesamientos por genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra cometidos en 1994 en Ruanda, en respuesta a la Resolución 978 del Consejo de Seguridad de la ONU, que insta a los Estados a detener y recluir, de acuerdo con su Derecho interno y las normas pertinentes del Derecho internacional y en espera de su procesamiento por el Tribunal de Ruanda o por las autoridades nacionales, a las personas que se encuentren en su territorio contra las que haya pruebas suficientes de su responsabilidad en actos de la competencia del Tribunal de Ruanda”².

Italia y Suiza han abierto investigaciones criminales sobre casos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada ocurridos en Argentina en los años setenta y ochenta. España, así como Bélgica, Francia y Suiza, ha pedido la extradición desde el Reino Unido del antiguo jefe del Estado de Chile Augusto Pinochet, contra quien se ha dictado acta de acusación y procesamiento por esos delitos. El 24 de marzo de 1999, la Cámara de los Lores del Reino Unido resolvió que no gozaba de inmunidad por los cargos de tortura y conspiración para la tortura que se le imputaban. El ministro del Interior ha permitido que los tribunales examinen la solicitud española de extradición por esos cargos, decidiendo el tribunal competente el 8 de octubre de 1999 autorizar la extradición de Pinochet a España.

En cuanto al juego del principio de jurisdicción universal con el resto de criterios de competencia penal extraterritorial, se ha de tener en cuenta que muchos tratados, tales como las convenciones sobre el secuestro o sobre lucha antiterrorista, permiten que los

² Márquez Carrasco, María del Carmen, “Alcance de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción Universal o nexos jurisdiccionales aplicables”.

Estados que no sean los de la nacionalidad del acusado ejerzan la jurisdicción sobre las personas acusadas de haber cometido delitos graves que se encuentren dentro de su competencia³. Dichos tratados disponen - refiriéndose a los mismos Estados mencionados en el artículo 12 del Estatuto de Roma - que quien ejerza la jurisdicción sea: ***primero, el Estado del territorio, y segundo, el Estado de la nacionalidad del presunto delincuente.***

Dichos tratados reafirman no sólo la facultad sino la obligación de los Estados especificados para ejercer la jurisdicción. En la mayoría de los casos van más allá, y disponen que el Estado de la nacionalidad de la víctima también lo haga⁴. Y todos tienen disposiciones que contemplan que los Estados partes que encuentren a un delincuente en su territorio lo procesen o extraditen. Dichos tratados, como el Estatuto de la CPI, no requieren que el estado de la nacionalidad sea parte del tratado o acceda al procesamiento, lo que no es de extrañar. Por ejemplo, es difícil concebir que un tratado sobre lucha antiterrorista que requiera la ratificación o el consentimiento por parte del Estado de la nacionalidad del acusado sea aceptable para los Estados, y por supuesto no lo sería para la opinión pública ni para el gobierno de los Estados Unidos.

Estados Unidos es parte de todos menos uno de los tratados mencionados⁵. De hecho, ha ejercido la jurisdicción sobre los ciudadanos de otros Estados en varios procesos, sobre la base de las disposiciones de los tratados que así se lo facultan. Valga el ejemplo de un ciudadano del Líbano, que presuntamente secuestró un avión jordano en el Medio Oriente. El tribunal confirmó la competencia del tribunal estadounidense en el asunto en cuestión, basándose en la Convención de la Haya y en la “Convención Internacional contra la Toma de Rehenes”, en que el Estado de la nacionalidad de la víctima puede

³ Véase el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, 12 de dic. de 1969 U.N.T.S. 220-241, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves («La Convención de la Haya») el 21 de sept. de 1971, 860 U.N.T.S. 105, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil («La Convención de Montreal»), el 23 de sept. de 1971, 24 UST564, la Convención internacional contra la toma de rehenes, G.A.Res.34/146, 34 U.N.GAOR Supp. (No39), UN Doc A/39/819(1979), la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos («La Convención Sobre las Personas Protegidas»), el 14 de dic. de 1973, 1035 U.N.T.S.167, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes («La Convención Contra la Tortura»), el 10 de dic. de 1984, 1465 U.N.T.S. 113, la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid («La Convención Sobre Apartheid»), el 30 de nov. de 1973, 1015 U.N.T.S. 243, la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, 1456 U.N.T.S. 24631.

⁴ La Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes, la Convención de Montreal, la Convención de las Personas Protegidas, la Convención Contra la Tortura y la Convención Sobre Apartheid.

⁵ La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid.

ejercer la jurisdicción⁶. El tribunal sostuvo que ello concordaba con el Derecho Internacional consuetudinario. Estados Unidos ejerció la jurisdicción como el Estado de la nacionalidad de dos pasajeros estadounidenses que se encontraban entre las víctimas del presunto delito.

Otro caso similar ocurrió en relación con el asesinato de un congresista estadounidense a manos de un ciudadano guyanés en Guyana, justificándose otra vez el procesamiento en razón de la nacionalidad de la víctima, tal y como se dispone en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas. En ninguno de estos dos casos, ni en otro similar⁷ los tribunales de los Estados Unidos alegaron ni consideraron que la no ratificación del tratado en cuestión por parte del Estado de la nacionalidad del acusado de alguna manera pudiera hacer que el ejercicio de la jurisdicción resulte «excesivo» o discutible.

OBJETO DE ESTUDIO

La necesidad de un programa de protección a testigos en la CPI.

Durante el pasado siglo la humanidad ha sido espectadora de grandes violaciones permitidas a través de la historia, así como también de la impunidad de los crímenes cometidos, lo que impidió a las víctimas que ejerzan el derecho a la justicia, y quedaran desprotegidas y privadas de una posible reparación. Aunque cabe destacar, en una primera aproximación, que la víctima de un vejamen se conforma, en principio, con el procesamiento de los culpables, generando esto una especie de reparación psicológica de la víctima⁸.

Ante estas situaciones, después de la Segunda Guerra Mundial, comienza a replantearse un tema de gran importancia para el Derecho Internacional, el de la responsabilidad individual que debería recaer sobre personas que cometieran crímenes internacionales, violando así al derecho internacional humanitario o los derechos humanos, que hasta ese

⁶ Los Estados Unidos contra Fawaz Yunis, 924 F.2d 1086 (D.C. Cir.1991). Véase en D.H. HARRIS, *Cases and Materials on International Law*, 5ª ed., Sweet & Maxwell, Londres 1998, pp. 290-291.

⁷ Los Estados Unidos contra Layton, 509 F.Supp. 544 (N.D.Cal. 1981), declaración jurada, 855 F.2d1388 (9th Cir.1988).

⁸ García Martínez, María del Pilar. *Las víctimas y los testigos en la Corte Penal Internacional*. (Artículo extractado de monografías.com).

entonces, quedaron impunes por haber sido escondidos bajo los tratados que responsabilizan a los vencidos.

Así, se inicia una “nueva era” en materia internacional, basada desde sus orígenes a mediados del siglo XX, en la aparición de los primeros tribunales internacionales; y consecuentemente comienza una intensa búsqueda de elementos normativos que coadyuven al fortalecimiento de la justicia en el Derecho Internacional, para terminar con la impunidad tan permitida por tanto tiempo y que ha dejado grandes surcos en la historia del crecimiento de los Estados.

Relevancia de la cuestión para el Derecho Penal Internacional.

Es de importancia internacional hacer que todos los países que conforman la CPI (Corte Penal Internacional) puedan homogenizar y coadyuvar en la tareas de esclarecimiento de todo tipo de violaciones del derecho internacional humanitario y sobre todo proteger a las víctimas de estos horrendos crímenes.

Las reglas en juego.

En primer lugar haremos una retrospectiva de antecedentes históricos desde la primera y segunda guerra mundial pasando por los conflictos en medio oriente, africa y el este de europa sin olvidarnos de países que están en continua guerra sea interna (países como Colombia que lucha contra el terrorismo) como externa.

Planteamiento de los problemas centrales en la necesidad de un programa de protección a testigos.

Muy pocos estudios serios se han realizado acerca de la verdadera necesidad de programas de protección a testigos, solo ciertos países han hecho un breve acercamiento para poder proteger los testigos y poder ayudar a las víctimas frente a sus agresores, uno de los países pioneros en este tipo de protección es EE.UU. que tiene más de medio siglo de experiencia en este terreno; países como Reino Unido, también tienen experiencia en este campo, todos estos antecedentes serán de ayuda para nuestro estudio.

No existe un solo procedimiento eficaz de protección a testigos, cada país cuenta con procedimientos singulares esto es una riqueza de conocimiento que no está expuesto y

tan solo se conoce algunas referencias gracias a entrevistas o casos concretos de éxito de protección a testigos.

Si bien existen leyes que protegen a los testigos, no existe una verdadera reglamentación, como tampoco existen estudios serios que nos ofrezcan datos acerca de la efectividad de las leyes.

Todos los programas de protección a testigos cuentan con políticas de cambio de identidad así como cambio de localización geográfica, en nuestro estudio indagaremos si existen otro tipo de beneficios, ayudas o políticas de reinserción a su nuevo estatus.

Indagaremos que tipo de protección es la más adecuada para un sistema tan completo como la Corte Penal Internacional.

Delimitación del objeto de estudio: el caso individual.

El estudio de protección a testigos nos lleva por ende a estudiar los antecedentes doctrinales de los diferentes sistemas procesales penales (sistema continental u otros sistemas penales de corte anglosajón).

También es importante remitirnos al derecho civil al tratarse de temas tan complejos como el cambio de identidad y sus posibles consecuencias frente a un debido proceso.

Alcance y estructura de la investigación.

En un primer momento estudiaremos los países donde se ha implantado un sistema de protección a testigos, analizando cada uno de ellos y sobre todo buscando llegar a catalogar todos mejores procedimientos.

En un segundo estudio abarcaremos los antecedentes jurídico doctrinales e históricos de la protección a los testigos desde la primera conformación del Tribunal de Nurenberg, pasando por los tribunales de especiales de Sierra Leona y el de Yugoslavia.

En un tercer último alcance estudiaremos a la Corte Penal Internacional para ver las soluciones que se está dando para proteger a los testigos de genocidios y grandes violaciones del derecho internacional humanitario.

Alcance de la investigación tratamiento dogmático.

Nuestro estudio está enfocado sobre todo en la búsqueda de las mejores prácticas y procedimientos que se adecuaron para una protección de los testigos.

Por todo esto analizaremos doctrina y jurisprudencia de países que desarrollaron un sistema de protección a testigos.

Este estudio doctrinal abarcara las últimas dos décadas que han sido las más violentas y donde se ha podido observar toda una serie de violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

Importancia y actualidad del tema.

Es de suma importancia este tipo de estudios para así dar soluciones concretas a un problema con una laguna jurídica de mucha importancia no solo en los países que no cuentan con sus sistema o PPVT (Programa de Protección a Víctimas y Testigos) sino también en una Corte Penal Internacional que está todavía en proceso de consolidación.

Estructura de la investigación.

A partir del segundo capítulo dedicaremos al papel que jugaron las víctimas y testigos antes, durante y después de las diferentes contiendas bélicas más importantes que se dio durante el pasado siglo incluso remitiéndonos a finales del siglo XIX. Expondremos en forma sistemática la diferencia entre víctima y testigo así como el tratamiento por parte del derecho internacional humanitario. Otro aspecto que tomaremos en cuenta es la obligación en materia de protección y asistencia a las víctimas y testigos por parte de los estados como de los organismos internacionales. Buscaremos antecedentes jurídicos, jurisprudenciales e incluso históricos si anteriormente se ha planteado el problema o la necesidad de un PPVT, en especial remitiéndonos a la propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier de 1872. La búsqueda de soluciones a la protección de víctimas y testigos será una tarea a esclarecer en esta primera etapa histórica.

En una tercera parte buscaremos antecedentes del PPVT a través del derecho comparado remitiéndonos a tribunales domésticos (Tribunales Nacionales). Es importante señalar que buscaremos Programas de Protección a Testigos en los

diferentes sistemas procesales sea este continental, anglosajón u otros (en referencia a países de Asia o Medio Oriente).

En el cuarto apartado estará dedicado al estudio de los Tribunales Internacionales *ad hoc* (Yugoslavia y Ruanda); Tribunales de corte híbrido (Sierra Leona); Cortes domésticas internacionalizadas (Kosovo, Timor Oriental, Camboya y Líbano) estudiaremos su normativa (Las Reglas Procedimiento y Prueba) y un acercamiento a sus respectivos antecedentes jurisprudenciales para buscar casos concretos de Protección a Testigos y las posibles soluciones que se les ha dado.

El quinto capítulo está dedicado al estudio del Estatuto de Roma y a las Reglas de Procedimiento y Prueba, buscaremos antecedentes y posibles soluciones que se han dado durante el corto tiempo de existencia que tiene. El análisis y la comparación frente a los tribunales *ad hoc* (Yugoslavia y Ruanda) es de vital importancia para ver si se ha seguido alguna solución similar.

El último capítulo estará dedicado a dar posibles soluciones y propuestas que debe encarar la Corte Penal Internacional, las posibles ventajas e inconvenientes de estas propuestas. Terminaremos este estudio dando una conclusión de no más de cinco páginas.

Capítulo 1

EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

“Por derecho penal internacional (Völkerstrafrecht) se entiende tradicionalmente el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. El Derecho Penal Internacional puede ser aplicado directamente (“direct enforcement model”) por los Tribunales Penales Internacionales e indirectamente (“indirect enforcement model”) por los Tribunales nacionales”⁹.

I. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

El ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal constituye una *vexata quaestio* del Derecho internacional caracterizada por su complejidad y por la existencia de diversos interrogantes a los que el Derecho internacional aún no ha proporcionado una respuesta clara, sobretodo en relación con el principio de jurisdicción universal¹⁰. Sin embargo, la convergencia en el tiempo de diversas decisiones judiciales de los tribunales internos de varios Estados que avalan la aplicación del principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de las más graves violaciones de los derechos humanos, entre los que se encuentran los españoles, junto con la creación del Tribunal Penal Internacional han contribuido a dotar al tema una gran actualidad.

En este sentido, “la Sentencia del Tribunal Constitucional Español del pasado 26 de septiembre, que acepta la jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala por los gobiernos militares entre 1978 y 1986, constituye un excelente ejemplo del avance que viene experimentando la Comunidad Internacional en los últimos años en la persecución de los responsables de la comisión de crímenes contra la humanidad, al amparo del principio de jurisdicción universal¹¹. Asimismo, esta Sentencia viene a consolidar la senda iniciada por la Audiencia Nacional el

⁹ Citado por Kai Ambos en “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-17, p. 17:1-17:31. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-17.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-17 (2005), 5 nov.

¹⁰ Para un examen general de la jurisdicción extraterritorial, se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos: BOWETT, D. W.: “Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources”, *BYIL*, 1982, pp. 2-26; GARCÍA AMAN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D.: *Crimen Internacional y Jurisdicción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; MANN, F.A.: “The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years”, *RCADI*, vol. 186, 1984, n.º 3, pp. 9-116; STERN, B.: “Quelques observations sur les règles internationales relatives à l’application extraterritoriale du droit”, *AFDI*, 1986, pp. 7-56 y “L’extraterritorialité revisitée: Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres...”, *AFDI*, 1992, pp.239-312. www.reei.org 11 REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (2006)

30 de octubre de 1998, fecha en la que admitió la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de las violaciones de los derechos humanos cometidas por las dictaduras argentina y chilena, basándose en el principio de jurisdicción universal previsto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en el Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio de 1948 y en la Convención contra la Tortura de 1984¹². Como consecuencia de las acciones emprendidas por los jueces y tribunales españoles se produjo la detención del ex dictador Augusto Pinochet en Londres por parte de las autoridades británicas y el procesamiento de los ex militares argentinos Ricardo Miguel Cavallo y Adolfo Scilingo¹³”.

II. LA SUBSIDIARIDAD DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL.

He visto necesario hacer un análisis de los criterios seguidos por la Audiencia Nacional de España que, apoyándose en los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 y en particular, en el artículo VI del Convenio sobre genocidio, afirma la vigencia de la subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la del *locus delicti commissi* y a rechazar, en segundo lugar, los argumentos desarrollados por el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada por ejemplo en el caso de Guatemala. El Auto de la Audiencia Nacional, objeto de recurso, estima que el principio de subsidiariedad se deriva del artículo VI Convenio sobre genocidio y del artículo 17 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional en el que se contempla el principio de complementariedad¹⁴. Por ello, “(...) la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron

¹¹ Sentencia de Tribunal Constitucional, 237/2005 de 26 de septiembre de 2005.

¹² Auto de la Audiencia nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 de noviembre de 1998 y Auto de la Audiencia nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 de noviembre de 1998.

¹³ Santos Varas, Juan. Profesor Titular Interino de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca, “La Jurisdicción de los Tribunales Españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”. Scilingo ha sido condenado recientemente a 640 años de prisión por crímenes contra la humanidad. Vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 19 de abril, de la que dimos cuenta en la primera crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional (enero-junio de 2005), *REEI*, nº 10. En el mismo número de la *REEI*, puede consultarse el trabajo de CAPELLÀ i ROIG, M.: “Los Crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*”.

¹⁴ La Audiencia Nacional afirma que se debe cohonestar el principio de de persecución universal del delito de genocidio, previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ “con los criterios de atribución jurisdiccional del art. 6 del Convenio, que también es un mandato que tenemos por cuanto forma parte de nuestra legislación interna (art. 96 de la Constitución Española y art. 1.5 del C. Civil), y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del “ius cogens” internacional y que ha cristalizado en el propio art. 6 del mentado Convenio, y más recientemente en el art. 17 y ss.” (F.J. 2º del Auto de 13 de diciembre de 2000).

o por un tribunal internacional”¹⁵. No obstante, el principio de subsidiariedad no se deriva necesariamente del artículo VI de la Convención sobre genocidio ya que, como expondremos más adelante, esta disposición no proporciona una base jurídica suficiente para el ejercicio de la jurisdicción universal¹⁶. Si bien el fundamento del artículo 17 del Estatuto de Roma parece más pertinente¹⁷, el principio de justicia universal impone más bien el principio de concurrencia que el de subsidiariedad de jurisdicciones¹⁸. Quizás por la debilidad que presenta el razonamiento de la Audiencia Nacional, el Tribunal Constitucional no se pronuncia expresamente sobre él mismo, y se conforma con declarar que la idea de dar prioridad a los tribunales del *locus delicti commissi* “(...) forma parte del acervo clásico Derecho internacional penal”. Por otro lado, el Tribunal Constitucional se esfuerza también en demostrar que no existe oposición entre el principio de subsidiariedad y la regla de la concurrencia de jurisdicciones, pues “siendo compromiso común (...) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido” (F.J. 4º). En efecto, la generalidad de la doctrina coincide en que la idea de dar preferencia a los tribunales del lugar en que se cometieron los crímenes aparece respaldada por el Derecho

¹⁵ F.J. 2º. A este respecto, la Audiencia Nacional se limita a reproducir la doctrina establecida en los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998. En el Auto relativo a los delitos cometidos durante la dictadura Argentina se afirma que, si bien las leyes de Punto Final y Obediencia Debida han sido derogadas, resulta que dichas leyes son aplicadas y determinan la exención de responsabilidad. Se trata de normas que tienen la virtualidad de despenalizar conductas en el país en el que se cometieron, de forma que no se pueden asimilar a los supuestos en los que un imputado ha resultado absuelto o indultado.

¹⁶ En este sentido, los Siete Magistrados del Tribunal Supremo que formularon un Voto particular afirman que el principio de subsidiariedad no aparece recogido en nuestro Derecho positivo, ni en la LOPJ, ni en el Convenio sobre genocidio. La jurisdicción universal “no se rige por el principio de subsidiariedad sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, es decir garantizar que el Genocidio será en cualquier caso sancionado”, lo que supone que la jurisdicción de un tercer Estado queda excluida si está actuando la jurisdicción territorial (FF.JJ. 3º y 4º del Voto particular).

¹⁷ En opinión de TOMUSCHAT, es adecuada la mención del artículo 17 del Estatuto de Roma (Informe presentado ante el Instituto de Derecho Internacional sobre “La compétence universelle en matière pénale à l’égard du crime de génocide, des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, sesión de Cracovie, vol. 71-I, 2005, p. 235). En cambio, SIMON, J. M. se ha mostrado muy crítico con el razonamiento de la Audiencia Nacional al considerar que no se puede deducir de una relación vertical de Derecho internacional principios generales para una relación horizontal de sujetos “(...) porque *ratione personae* y consecuentemente *ratione materiae* son distintos y por lo tanto no generalizables” (“Justicia Universal y el Genocidio en Guatemala” *Max Planck Institute* (www.iuscrim.mpg.de), 2001, pp. 3 y ss.

¹⁸ En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado en relación con el artículo 23.4 LOPJ que “el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes” (F.J. 4º de la Sentencia 87/2000, de 27 de marzo).

internacional general¹⁹. En este sentido, el Tribunal Constitucional acoge plenamente la doctrina desarrollada por la Audiencia Nacional aportando, al mismo tiempo, interesantes aclaraciones, en el sentido de que los Tribunales de un tercer Estado no sólo deberían abstenerse de intervenir cuando se hubiera iniciado un procedimiento por parte de la jurisdicción territorial o de un tribunal internacional, sino también “cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo”²⁰. ***En consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción universal de carácter extraterritorial depende de que existan indicios serios y razonables que acrediten, bien una falta de voluntad, bien de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes más graves por parte de los Tribunales del Estado en el que ocurrieron los hechos.***

III. BREVE REPASO AL PROCESO A PINOCHET EN ESPAÑA.

La detención en Londres del senador y general retirado Augusto Pinochet Ugarte, el 16 de octubre de 1998, a petición de un juez español –el titular del Juzgado Central de Instrucción No. 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, y los pasos que los tribunales británicos y españoles han ido dando después, ha tenido y tendrá en el futuro, una trascendencia indudable.

Es importante señalar que este proceso abrió algunos de los problemas esenciales que se han suscitado en un asunto que está cargado de simbolismo, aunque también de complejidad.

¹⁹ REMIRO BROTONS señala que “el *locus delicti* es una base de jurisdicción indiscutible, la primera de ellas, la preferente y recomendable: los delitos pueden y deben ser juzgados allí donde se cometieron, más aún cuando los responsables y las víctimas son nacionales y residentes en el territorio” (*El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 47). Para ABAD CASTELOS “tanto el Derecho internacional consuetudinario como el convencional conciben el principio de jurisdicción universal con un marcado carácter subsidiario o secundario” (La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998, p. 55). En el informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal elaborado por la International Law Association (ILA) se afirma que “gross human rights offenders should be brought to justice in the state in which they committed their offences. In the absence of such proceedings, full advantage should be taken of the possibility to bring perpetrators to trial on the basis of universal jurisdiction” (*Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences*, 2000, pp. 20-21)

²⁰ F.J. 4º. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se detiene en el examen de la extraña concepción del principio de subsidiariedad defendida por el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal afirma que “determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano”, que puede tener una gran repercusión en el ámbito de las relaciones internacionales, que corresponde al Gobierno con arreglo al artículo 97 CE (F.J. 7º de la Sentencia del Tribunal Supremo). Es comprensible que el Tribunal Constitucional no haya prestado atención a este razonamiento, ya que nada tiene que ver con la subsidiariedad de la jurisdicción penal.

Cargado de simbolismo, porque Pinochet ha encarnado de manera nítida un modelo arquetípico de dictadura militar, retrógrada, omnipotente y libre de cualquier consideración humanitaria y blindada contra cualquier reclamación posterior en Chile, por parte de sus miles de víctimas y de los familiares de otras ha terminado por abrir una puerta, una esperanzadora puerta, a la tutela judicial efectiva de sus derechos, que por lo menos, ya les ha concedido una inmensa victoria moral.

Es interesante y al mismo tiempo muy complejo el caso Pinochet, porque aparecen mezclados distintos sistemas jurídicos nacionales además del derecho internacional. Y porque las implicaciones para el Derecho Penal y para el Derecho internacional son de gran calado; pero nos centraremos ante todo en las implicaciones estrictamente en materia penal y penal internacional.

Se han producido dos procedimientos judiciales paralelos – el proceso penal en España contra el general Pinochet, y el proceso que en el Reino Unido, da curso a la solicitud de extradición del general Pinochet, presentada por España- nos centraremos en el primero de ellos, empezando por una sucinta relación de los antecedentes y los datos más relevantes de la evolución del caso²¹.

ANTECEDENTES.

En 1996, la asociación Unión Progresista de Fiscales, a petición de diversos grupos particulares, presentó dos denuncias en la Audiencia Nacional, de Madrid, por delitos de genocidio y terrorismo: la primera, el 28 de marzo, contra los miembros de las Juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983; la segunda, el 5 de julio de 1996, contra los responsables de los hechos sucedidos desde la fecha del golpe de estado encabezado por general Augusto Pinochet Ugarte en Chile, el 11 de septiembre de 1973, que habrían causado miles de víctimas, entre ellas varias decenas de ciudadanos españoles y que serían constitutivos de delitos de genocidio y terrorismo. El asunto relativo a Argentina fue asignado, por turno de reparto, al juez Baltasar Garzón (titular del Juzgado Central de Instrucción No. 5); y el relativo a Chile, tras algunos trámites previos, al juez Manuel García Castellón (titular del Juzgado Central de Instrucción No.6).

A ellas siguieron distintas querrelas criminales presentadas en el primer caso, por la Asociación Libre de Abogados, la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid

²¹ Para una exposición más completa, véase Antonio Remiro Brotons, el caso Pinochet: los límites a la impunidad, Política Exterior-Biblioteca Nueva 1999 (Madrid). Los textos de las principales decisiones judiciales pueden consultarse en: (visitado abril 2, 2000).

e Izquierda Unida, y en el segundo, por la Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos chilenos.²²

El 10 de junio de 1996 y el 6 de febrero de 1997, los jueces Garzón y García Castellón admitieron a trámite las respectivas querellas.

Posteriormente, el juez Baltasar Garzón había ampliado el sumario sobre Argentina con la denominada “Operación Cóndor”, un programa de represión internacional en el que presuntamente habían cooperado los gobiernos militares de Chile y Argentina, entre otros.

Sabiendo de la presencia del general Pinochet en Londres, el juez Garzón emitió el día 16 de octubre de 1998 un auto de prisión provisional contra Pinochet, junto a esta la orden de detención internacional, al amparo de los convenios vigentes en materia de extradición entre España y el Reino Unido. Ese mismo día el general Pinochet era detenido en Londres. El día 18, el juez Garzón emitió un nuevo auto de ampliación del anterior, cuyo objeto era corregir algunas deficiencias detectadas para adaptarse mejor al derecho del Reino Unido.

A la vista de los acontecimientos, el 20 de octubre, el juez García Castellón, dictó un auto por el que se inhibía en el procedimiento en curso a favor del juzgado No. 5. El día 21 el juez Garzón aceptaba hacerse cargo del sumario abierto en relación al caso chileno y tramitar ambos conjuntamente. Los autos de prisión, de inhibición y de tramitación conjunta de los procedimientos fueron objeto de recurso de reforma por el fiscal y rechazados por los propios jueces, cuyas decisiones fueron apeladas por la Fiscalía.²³

El 3 de noviembre de 1998 el juez Garzón emitió un nuevo auto, que formalizaba la solicitud de extradición contra el general Pinochet, por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas. Fue objeto asimismo de recurso de reforma por el fiscal, otra vez desestimado.

²² El derecho español permite a los particulares o a asociaciones privadas promover un procedimiento criminal ante los juzgados de instrucción, para los cual no necesitan ser víctimas del delito denunciado.

²³ La posición oficial de la fiscalía, que había sido la de no oponerse a los procedimientos en curso, desde abril de 1996, se modificó a partir de diciembre de 1997. En marzo de 1996, las elecciones habían originado un cambio de gobierno en España, al que siguió el nombramiento de un nuevo Fiscal General de Estado. Las líneas maestras de la nueva posición de la fiscalía fueron expuestas por el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional. Eduardo Fungairiño, en una entrevista publicada por el diario *El Mercurio* de Santiago de Chile, el 22 de octubre de 1997. Sobre las mismas, véase Carlos Castresana Fernández, *Persecución de crímenes contra la Humanidad en la Audiencia Nacional*. Los informes que los fiscales no quisieron firmar. Jueces para la Democracia, No. 3 -10 (1998).

Los días 4 y 5 de noviembre de 1998, en dos autos con estructura idéntica y contenido similar, el plenario de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, rechazó, por unanimidad de sus doce componentes, las apelaciones de los fiscales sobre la competencia de la jurisdicción española, en los dos casos de Argentina y Chile, el 23 de noviembre la misma Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, rechazó la apelación de los fiscales sobre la unificación de ambos procedimientos.

El juez Garzón dictó, el 10 de diciembre el auto de procesamiento contra el General Pinochet, que sería ampliado con un nuevo auto de 24 de diciembre, por el que se trasladan al “Crown Prosecutor Service” del Reino Unido los indicios que constan en la causa.

En los dos autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 1 de febrero de 1999, se resolvió rechazar sendos recursos de queja interpuestos por el Ministerio Fiscal contra los autos dictados por el juez Garzón, por los que se acordó, en el primero, admitir a trámite la querrela presentada contra Augusto Pinochet el 20 de marzo de 1998 por la Agrupación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos y de la ampliación de querrela de 15 de octubre de 1998 siguiente, por la organización política Izquierda Unida; y en el segundo librar Comisión Rogatoria Internacional a las Autoridades del Reino Unido, a fin de oír como imputado a Augusto Pinochet Ugarte, contra quien se había dictado ya orden de prisión.

Los días 25 y 26 de marzo de 1999, el juez Garzón dictó nuevos autos de ampliación de cargos contra el general Pinochet, según los parámetros de la segunda decisión del Comité Judicial de la Cámara de los Lores, dando traslado de los mismos al “Crown Prosecutor Service”. Posteriormente en fechas 5 de abril, 27 de abril, 30 de abril y 16 de junio, el juez Garzón, a la vista de las nuevas informaciones contenidas en el sumario dictó nuevos autos de ampliación de cargos. Además de los cuatro casos de tortura mencionados en la petición inicial de extradición, se han añadido otros cincuenta casos correspondientes al periodo definido por el Comité Judicial de la Cámara de los Lores, y otros 1,198 casos de desaparecidos, delito que se considera una forma de tortura y cuya comisión se entiende continuada en el tiempo.

El 24 de septiembre de 1999, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, rechazó el recurso de apelación del Ministerio Fiscal contra los autos de prisión y de ampliación de la prisión acordada contra Augusto Pinochet. Igualmente, el

19 de noviembre de 1999, la misma instancia, acordó desestimar el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto del juez Garzón, de ampliación de cargos, del 27 de abril de 1999.

La fundamentación de la jurisdicción española se halla, a la vez, en el derecho internacional y en el Derecho español.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, en primer lugar los hechos descritos encajan sin lugar a dudas, en la categoría de crímenes contra la humanidad, alumbrada tras la segunda guerra mundial en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al acuerdo para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945.

La Resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que confirmó los principios derivados del Estatuto de Londres. Más adelante, la Comisión de Derecho Internacional, en su formulación del contenido de dichos principios, estableció el Principio VI que:

“Son delitos contra la humanidad: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o en relación con él.”

Esta categoría tiene hoy la consideración de derecho internacional general o consuetudinario²⁴, pero en esa evolución ha perdido la conexión con los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra.²⁵ Así los crímenes de lesa humanidad, según el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en julio de 1998, comprende un conjunto de actos delictivos, cuando se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Desde el punto de vista del Derecho español, la apertura de los sumarios sobre la represión militar tras los golpes de Estado en Chile y Argentina, ha sido posible de acuerdo con el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, que atribuye competencia a la jurisdicción española para conocer de los delitos “cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de

²⁴ En este sentido son relevantes las consideraciones contenidas en el Informe del Secretario General que contenía la propuesta de Estatuto para el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, aprobada por el Consejo de Seguridad mediante su resolución Res. 827, U.N. SCOR, 3217th mtg., U.N. Doc. 5/25704 (1993).

²⁵ Véase Tadic (Prosecutor v. Tadic), Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia

tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: Genocidio, Terrorismo... y cualquier otro que según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.” Dicho precepto incorpora el principio de persecución universal, puesto que la jurisdicción no se hace depender ni de la nacionalidad de los autores o de las víctimas, ni del lugar de la comisión del delito.²⁶ No obstante, el precepto citado no menciona los crímenes contra la humanidad, que no se encuentran previstos, como tales, en el Código Penal Español.

Con carácter general, el Fiscal alegó que la citada Ley Orgánica de 1985 no es aplicable a hechos sucedidos con anterioridad, en virtud del principio de legalidad. El pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, apartándose en este punto del razonamiento seguido por el juez instructor²⁷, ha considerado que: “No se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma –tal sucede en este caso-, con independencia del cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal... El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española) impone que los hechos sean delito “conforme a las Leyes españolas, según el art. 23, apartado cuatro, tan mencionado” cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.”

Igualmente, con carácter previo, el Ministerio Fiscal impugnó la jurisdicción española aduciendo repetidamente la excepción de “cosa juzgada” y la de “litispendencia”. Se afirmaba que ya se había juzgado en Chile hechos contemplados en la causa y que existían también procedimientos penales abiertos en la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, como consecuencia de querrelas por delitos de homicidios múltiples y secuestros contra el ex presidente de Chile Augusto Pinochet Ugarte.

Así en los casos de la desaparición de Antonio Llido Mengual (sacerdote español detenido por agentes de seguridad en Santiago en octubre de 1974, recluido en un centro de detención, y desaparecido desde entonces); de Michelle Peña (detenida en Santiago por agentes de la DINA en junio de 1975, siendo llevada a un centro de detención, desconociéndose su suerte así como la del hijo que esperaba); de la muerte de Carmelo

²⁶ STS, 1993 (R.J. No. 2567, p. 3341-42), las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1993. STC, Feb. 10, 1997; B.O.E. , 1997, núm. Supl. 63.

Soria Espinoza (español, funcionario de la CEPAL, detenido en Santiago el 15 de julio de 1976 por agentes de la DINA y hallado muerto al día siguiente), y de la muerte del sacerdote español Juan Alsina Hurtos (detenido el 19 de septiembre de 1973 por una patrulla militar y ejecutado en el puente Bulnes sobre el río Mapocho el mismo día), los tribunales chilenos decidieron el sobreseimiento definitivo de las causas, por aplicación del Decreto Ley 2.191 de 1978 de la Junta de Gobierno de Chile, por el que se amnistiaba a responsables de hechos delictivos (con ciertas excepciones) perpetrados entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontrasen sujetos a proceso o condenados.

Según el pleno de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, tales delitos no pueden considerarse ya juzgados, puesto que el citado decreto Ley de auto amnistía, aparte de ser contrario al *ius cogens* internacional, no es equiparable a la figura del indulto prevista en el derecho español, sino constituye una “norma despenalizada por razones de conveniencia política,” de modo que no afecta a los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de persecución universal.

No obstante, puesto que la Ley Orgánica del Poder Judicial hace depender la jurisdicción de la calificación del comportamiento imputado de acuerdo con una de las categorías de delitos enunciados en la disposición citada, hemos de pasar, necesariamente, a la consideración de la calificación realizada por los tribunales españoles en la fase de instrucción.

El Delito de Genocidio

En el auto de procesamiento se afirma que los hechos relatados pudieron constituirán delito de genocidio²⁸ del art. 607 (1) en sus apartados, primero a quinto, del Código Penal de 1995. Dicho precepto establece que:

CAPÍTULO II, Delitos de genocidio - Artículo 607.

²⁷ Audiencia Nacional, *supra* nota 7.

²⁸ Jurisdiction: Genocide was incorporated into the penal code of Spain in 1971. The 1985 Judicial Power Organic Law (*Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley orgánica 6/1985*) gives Spanish courts jurisdiction over acts committed outside Spain where the conduct would violate Spanish law if committed in Spain or violates obligations under international treaties. The law gives Spanish courts jurisdiction over other offences which international treaties require Spain to prosecute, including genocide, terrorism and where treaties require Spain to prosecute such crimes (see “The Criminal Procedures against Chilean and Argentinian Repressors in Spain: A Short Summary, 11 November 1998, <http://www.derechos.net/marga/papers/spain.html> or Spanish Criminal Prosecutions Use International Human Rights Law to Battle Impunity in Chile and Argentina Prof. Richard J. Wilson, <http://www.derechos.org/koaga/iii/5/wilson.html>)

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1) Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2) Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3) Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4) Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5) Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2. y 3. de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

Artículo 149. El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.

Artículo 150. El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

En apoyo del recurso contra la asunción de jurisdicción por el Juez Garzón, la Fiscalía española adujo dos argumentos principales en relación con el genocidio. Según el primero de ellos, el texto del artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 excluía la persecución penal del genocidio salvo por los tribunales del lugar donde se haya cometido el delito o por un tribunal penal internacional todavía inexistente. El Pleno de la Sala Penal de lo Penal de la Audiencia Nacional se pronunció correctamente- de la manera completamente contraria, apelando al objeto y al espíritu de la propia Convención:

Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a todo el mundo y

que afecta a todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende...Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno...es que el art. 6 del Convenio...impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional.²⁹

El segundo argumento de los recurrentes se refería al propio concepto de genocidio, alegando que los hechos relatados no se habían cometido con el propósito de destruir total o parcialmente a uno de los grupos mencionados en la convención de 1958, es decir que la represión en Chile durante el régimen militar a partir del 11 de septiembre de 1973 no se efectuó contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso, en concreto.

Una argumentación bien distinta, que recoge en buena parte la construcción propuesta por el juez instructor³⁰ ha sido unánimemente respaldada por los jueces del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y se centra en una interpretación abierta y evolutiva del concepto de genocidio, despegada de la rigidez del texto de la Convención de 1948, deudor del momento histórico y de la coyuntura internacional en los que fue adoptado. Tomando como referencia el Estatuto del tribunal de Nüremberg, la ya citada Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en torno al caso de Camboya, el tribunal asume un concepto socialmente entendido de genocidio:

El genocidio es un crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano, mediante la muerte o la neutralización de sus miembros. Así es socialmente entendido, sin necesidad de una formulación típica... Sin distinciones, es un crimen contra la humanidad la ejecución de acciones destinadas a exterminar a un grupo humano, sean cuales sean las características diferenciadoras del grupo.

Según el Tribunal, en los hechos imputados:

²⁹ Audiencia Nacional, Auto de 5 de noviembre de 1998.

³⁰ Audiencia Nacional, Auto de 10 de diciembre de 1998 (No. 19/97).

Está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población chilena, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de persecución y hostigamiento tendente a destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado lo formaban aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo perseguido y hostigado lo formaban aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al entendimiento de la identidad de la nación, de los valores nacionales, que era sostenido por los nuevos gobernantes, pero también ciudadanos indiferentes al régimen y a ese entendimiento de lo nacional. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo, sino destruir el grupo por medio de las detenciones, torturas, desapariciones, muertes y amedrentamiento de los miembros del grupo claramente definido “identificable” para los represores. No fue una actuación al azar, indiscriminada.³¹

Con independencia de las intenciones de los redactores del texto, sigue el tribunal, el Convenio “cobra vida” con las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas “que compartían la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar”. Por todo ello, tanto el art. 137 bis. Del derogado Código Penal español, como el artículo 607 del actual Código Penal:

No pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta causa. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen borrando de derecho internacional, requiere que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación,” sino simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor... Y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio, con consiguiente aplicación al caso del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo

³¹ Audiencia Nacional , Auto de 5 de noviembre de 1998 (No. 173/98)

entre las víctimas extranjeros, españoles también. Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar.

Aún reconociendo que la interpretación realizada por los tribunales españoles del concepto de genocidio no encuentra apoyo en el texto de la Convención³². No es menos cierto que cualquier acción de genocidio implica necesariamente una preconcepción política, en el sentido de que un determinado grupo humano no cabe en la sociedad que se pretende. Desde este punto de vista, las estrategias de “reorganización nacional” en Argentina o de “restauración de la chilenidad,” en Chile, reflejan claramente esta preconcepción genocida; las proclamas y los hechos demuestran la existencia de la voluntad de destrucción del grupo, decisiva en el tipo del genocidio, y los métodos empleados para llevarlas a cabo encajan plenamente en los previstos en el crimen de genocidio en cuanto a la tipología de los grupos que son sus víctimas, que refleja el texto literal de la Convención interpretado a la luz de sus trabajos preparatorios, ya no se corresponde con todos los genocidios que ocurren en la realidad, más de cincuenta años después. En todo caso, desde el punto de vista de la extradición de Pinochet, el delito de genocidio ha perdido trascendencia, en la medida en que ha quedado apartado del juicio de extradición.

LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN AL REINO UNIDO.

El 11 de noviembre de 1998 se formalizó la solicitud de extradición por parte del Gobierno español³³. Dos son las cuestiones principales que se han suscitado. La primera, con carácter previo al juicio de extradición propiamente dicho, ha sido la relativa a la posible inmunidad de Pinochet, resuelta definitivamente por la decisión del Comité Judicial de la Cámara de los Lores el 24 de marzo 1999. La segunda a consistido en el análisis de la presencia de los requisitos necesarios para proceder a aceptar la extradición, y ha sido resuelta, en primera instancia por la decisión del magistrado Ronald D. Bartle, el 8 de octubre de 1999.

³² De hecho, los textos de los Estatutos de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia, Rwanda y de la Corte Penal Internacional mantienen estrictamente el tipo del genocidio de acuerdo con el texto de la Convención de 1948, aunque también es cierto que todos ellos prevén igualmente la figura de los crímenes contra la humanidad; SCOR Res. 827, U.N.S.C.O.R., 38 Sess., Art. 4, U.N. Doc. S/25704 (1993); S.C.O.R. Res. 955, U.N. S.C.O.R., Sess. , Art. 3, U.N. Doc. (1994) U.N. Doc.

³³ A la solicitud española siguieron otras peticiones de extradición de Pinochet, procedentes de Bélgica, Francia y Suiza.

La posible inmunidad de Pinochet.

La cuestión de la inmunidad de Pinochet en tanto que antiguo Jefe de Estado de Chile ha constituido el centro del debate judicial en el Reino Unido.

Los días 16 y 23 de octubre de 1998 se dio curso en el Reino Unido a las dos órdenes internacionales de detención cursadas por el juez Garzón, con la autorización, respectivamente, de los magistrados Nicholans Evans y Ronald Bartle. La defensa de Pinochet presentó entre otros, recurso de revisión judicial ante la “Queen’s Bench Divisional Court”, pidiendo la anulación de ambas órdenes de detención, los días 22 y 26 de octubre..

El 28 de octubre, la Sala de la “high Court” de Londres, por decisión de los magistrados Lord Bingham of Cornhill C.J. , Collins and Richard J.J. decidió anular ambas órdenes de detención. La primera por considerar que se refería al asesinato de ciudadanos españoles, un delito no susceptible de extradición. La segunda por entender que el General Pinochet gozaba de inmunidad penal derivada de su condición de Jefe de Estado, en el momento en que se produjeron los hechos alegados, aunque acepto mantenerle bajo arresto hasta que se resolviera la apelación a esta decisión de anulación.

El día 25 de noviembre de 1998, un Comité Judicial de la Cámara de los Lores, integrado por cinco jueces (Lord Slynn of Hadley, Lord Hoffmann, Lord Lloyd of Berwick, Lord Nicholls of Binkerhead, Lord Steyn) decidió por 3 votos contra dos, admitir la apelación contra la anulación de la orden de detención provisional, negando a Pinochet la inmunidad.

El 9 de diciembre de 1998, Jack Straw, ministro del Interior del Reino Unido, decidió, de acuerdo con las competencias que el procedimiento de extradición le concede, autorizar la apertura del procedimiento judicial de extradición, con ciertas limitaciones. Dicho procedimiento se inició el 11 de diciembre en el Tribunal Central Penal de “Bow Street”, ante el magistrado Graham Parkinson, que lo dejó en suspenso ante la interposición de un recurso de revisión contra la decisión del Comité Judicial de la Cámara de los Lores, basado en la apariencia de parcialidad de uno de los componentes (lord Hoffman).

Un nuevo comité judicial (lord Browne-Wilkinson, Lord Goff of Chieveley, Lord Nolan, lord Hope of Craighead, lord Hutton) decidió el 17 de diciembre de 1998, anular la decisión anterior y ordenar la repetición del juicio.

La nueva decisión se anuncio el 24 de marzo de 1999, siendo la posición mayoritaria, aunque con diferencias, de seis de los ahora siete integrantes del nuevo comité judicial, la admisión parcial de la apelación, juzgando posible la extradición solamente para los delitos de tortura y conspiración para la tortura cometidos después del 8 de diciembre de 1998, fecha de la entrada en vigor de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984, para el Reino Unido.

La mayoría del nuevo Comité Judicial (cuatro de cuyos miembros habían participado en el Comité que anuló la decisión anterior), estructuro su discurso de manera completamente distinta al del primer Comité; un discurso que ha sido calificado como “inteligente y perverso” y que se articula sobre la apreciación de los delitos como susceptibles d extradición, como condición previa al examen de la cuestión de la inmunidad. En palabras de presidente, Lord Browne-Wilkinson:

Nuestro trabajo es decidir sobre dos cuestiones de ley: si existen crímenes extraditables y, en este caso, si el senador Pinochet tiene inmunidad por tales delitos. Si en cuestiones de ley, no existen delitos extraditables o si tiene derecho a inmunidad en relación con los delitos que sean, entonces no existe justificación legal para extraditar al senador Pinochet a España ni tampoco obstaculizar su regreso a Chile. Si, por otra parte, existen delitos extraditables en relación con los cuales el senador Pinochet no tiene derecho a la inmunidad, entonces será posible que el Ministro del Interior le extradite.

Una vez recortados de manera sustancial los delitos susceptibles de extradición y el alcance del principio de jurisdicción universal, la mayoría del Comité no tuvo reparos, aunque con distintos argumentos, en afirmar dicho principio y confirmar la denegación de inmunidad de Pinocho. Solo uno de los jueces se manifestó partidario de la inmunidad, al igual que habian hecho los tres jueces de la “High Court” y los dos de la minoria en el primer Comité Judicial.

La gama de argumentos ofrecidos por los jueces es extraordinariamente variada y les lleva a sostener posiciones muy matizadas, por lo que nos conformaremos aquí, en señalar los elementos principales del discurso.

- 1) La inmunidad del Estado se rige en el Reino Unido por la “State Immunity Act” de 1978. Su parte I se ocupa de los procedimientos judiciales en el Reino Unido por o contra otros Estados. Se acoge el principio de la inmunidad de jurisdicción, aunque con ciertas restricciones. La sección 14 indica que las referencias al estado incluyen al soberano u otro jefe de Estado en el ejercicio de sus funciones públicas, al gobierno de ese Estado y a cualquiera de los órganos ejecutivos de dicho gobierno. No obstante, la Sección 16(4), establece que toda la parte I de la ley no se aplica a los procedimientos penales, por lo que, teniendo naturaleza penal el procedimiento de extradición, no es pertinente su alegación.
- 2) La parte III de la ley se refiere a las inmunidades y privilegios de los Jefes de Estado. En su sección 20 (1), se establece que: “subject to the provisions of this section and to any necessary modifications, the Diplomatic privileges act 1964 shall apply to (a) A sovereign or other head of State;(b) members of his family forming part of his household; and (c) his private servants, as it applies to the head of Diplomatic mission, to members of his family forming part of his household and to his private servants ³⁴”. La adaptación a la que se refiere dicha disposición es pertinente en relación con los artículos 29 y 32, relativos a la inviolabilidad personal y a la inmunidad penal, así como el artículo 39, que fija el periodo desde la entrada del agente diplomático en el país receptor hasta el final de su misión, subsistiendo su inmunidad con posterioridad, por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Se concluye que un antiguo jefe de Estado goza de inmunidad en relación con los actos realizados en el marco de sus funciones oficiales como tal.
- 3) Para que deje de operar dicha inmunidad, aceptada como principio, debe ser derogada particularmente. Ante la ausencia de dicha derogación para los delitos de asesinato y conspiración para asesinar, Pinochet es inmune respecto de los mismos.

³⁴ La Diplomatic Privileges Act de 1964 incorpora al derecho británico la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas. DIPLOMATIC PRIVILEGES ACT. 64.

- 4) En el caso de la convención contra la tortura: (a) la mención del artículo 1 de la Convención a los funcionarios públicos incluye al Jefe de Estado; (b) la propia existencia de la Convención y su definición de tortura hace imposible considerar los actos de tortura como actos hechos en el ejercicio de la función pública de un jefe de Estado, por lo que no procede, para este tipo de delitos, la inmunidad de un jefe de Estado.

Los requisitos de la Extradición.

Las consecuencias de la decisión del segundo Comité judicial de la Cámara de los Lores fueron inmediatas y notorias. De los delitos de intento de asesinato, conspiración para asesinar, tortura, conspiración para torturar, secuestro y conspiración para secuestrar, contenidos en la primera autorización para proceder emitida por el Ministro del Interior, se había pasado solamente a los delitos de tortura y conspiración para torturar a partir del 8 de diciembre de 1998.

No obstante, en su segunda autorización para proceder, de 14 de abril de 1999, el Ministro del Interior del Reino Unido, Jack Straw, estima que el Reino Unido “tiene la obligación de extraditar al Senador Pinochet en aplicación del Convenio Europeo de Extradición” y subraya que los delitos de tortura y conspiración para torturar a partir del 8 de diciembre de 1998, son “graves”.

Ante las alegaciones de la defensa de Pinochet y del Gobierno de Pinochet y del Gobierno de Chile, en sentido de que tal vez el juicio podría celebrarse en Chile, el Ministro insiste en el criterio ya enunciado en la primera autorización. En ausencia de una petición formal de extradición:

No existe la solicitud de extradición del Gobierno Chileno que el Ministro pueda considerar según la ley británica. Mas aun, no hay ninguna provisión en la ley internacional que excluya la jurisdicción de España en este asunto. El Ministro no considera que la posibilidad de juicio en Chile sea un factor que compense las obligaciones de Reino Unido bajo el Convenio Europeo de Extradición de extraditar al Senador Augusto Pinochet a España.

Una vez formalizada la autorización del Ministro, se dio curso al proceso de extradición. El 30 de abril, el juez Graham Parkinson concedió a España un plazo para aportar nuevos datos que convencería el 24 de mayo.

Por otra parte, el 27 de mayo, el magistrado Harry Ognall, de la “High Court” de Londres, rechaza la solicitud de presentar recurso de revisión judicial de la resolución del Ministro del Interior, Jack Straw.

El juicio de extradición se celebró ante el tribunal de “Bow Street” (Londres), finalizando con el fallo del magistrado Ronald D. Bartle, el 8 de octubre de 1999, que consideró que se reunían los requisitos necesarios para proceder a la extradición a España del general Pinochet.

El derecho aplicable es la Convención europea sobre la extradición, en la que son partes España y el Reino Unido y el Extradition Act de 1989, que la incorpora al ordenamiento jurídico Británico.

En ningún caso como señala el magistrado Bartle, le corresponde comprobar los hechos imputados; basta con que llegue a la convicción de que la presunta conducta constituye un serio delito en los dos países implicados. La discusión de los hechos y la defensa del acusado, repite en distintas ocasiones, es un asunto para el juicio ante el tribunal que lo lleve a cabo. En su decisión da respuesta a dos cuestiones básicas.

En primer lugar considera que no existe inconveniente derivado de la Convención o de la ley británica para considerar nuevos datos suministrados con posterioridad al 14 de abril de 1999, fecha en que el Ministro del Interior formuló su autorización para proceder.

En segundo lugar aborda la cuestión de la doble incriminación, es decir que los hechos imputados constituyan delito en ambos países, aunque tengan denominaciones distintas, asunto en el que la decisión del Comité Judicial de la Cámara de los Lores se había adentrado, como hemos indicado, de manera decisiva. De ahí que el magistrado Bartle no dispusiera apenas de margen de maniobra para apartarse de lo ya dicho por aquel tribunal. En relación con la tortura, y de acuerdo con la sección 134 del “Criminal Justice Act” de 1988, que incorpora la convención de 1984 al derecho del Reino Unido,

señala el magistrado “respetuosamente adopto el punto de vista de los lores que la conducta alegada contra el senador Pinochet sería un delito extraditable bajo la ley inglesa si las actuaciones fueran substanciadas. Pero incluso sin la dirección del tribunal más alto del país habría llegado a la misma conclusión.” En relación con el derecho español, el magistrado se remite ampliamente al asunto *In Re Evans*, en el que Lord Templemann afirmara:

Si el magistrado encargado del procesamiento no estuviera limitado a considerar la conducta del acusado en la demanda de extradición a la luz de la ley del estado extranjero como se le presenta en la demanda, entonces nadie nunca sería extraditado hasta que hubiera sido enjuiciado y encontrado culpable en el Reino Unido de un delito contra la ley de un estado extranjero cometido en el país extranjero.

Mas adelante , Bartle constata:

Además el tribunal supremo español ha sentenciado dos veces que la conducta perseguida está considerada delictiva bajo la ley española. “Podría yo, un magistrado sin ningún conocimiento especial o francamente ningún conocimiento de la ley española replicar las decisiones de los jueces del tribunal supremo español sobre la ley de su propio país” Creo que no.

En consecuencia, concluye, “estoy vinculado por los argumentos españoles en cuanto a la ley de su propia nación y por lo tanto determino que la regla de doble incriminación esta satisfecha”.

Igualmente el magistrado Bartle considera la información de que dispone muestra “una línea de conducta equivalente a tortura y conspiración para la tortura por la que el senador Pinochet no goza de inmunidad”, por o que entiende “que la información relativa a la alegación de conspiración anterior al 8 de diciembre de 1998 puede ser tomada en consideración por el tribunal ya que la conspiración es un delito continuado.” Finalmente el magistrado no cierra las puertas al análisis de los casos de los desaparecidos:

La cuestión de si las desapariciones constituyan tortura; si el efecto sobre las familias de los desaparecidos puede constituir tortura mental; o cual fue la intención del régimen del senador Pinochet es, en mi opinión, una cuestión para el juicio.

La conclusión del magistrado Bartle es pues favorable a la extradición, por reunirse las condiciones fijadas en la “Extradition Act” de 1989. La apelación ante la “High Court”, cuya vista fue señalada para el 20 de marzo del año 2000 no se realizó como tampoco la apelación ante la Cámara de los Lores.

Al final tuvo en cuenta el estado de salud del procesado, cuyo examen se dispuso para que al final sea relevante a la hora de tomar una decisión.

Jack Straw decidió la interrupción del procesado de extradición por razones médicas. Pinochet fue puesto en libertad el 2 de marzo de 2000 y regresó a Chile ese mismo día. Actualmente hace frente a más de un centenar de querrelas criminales ante la justicia chilena.

España en los últimos años ha tenido cambios en su legislación es por eso que vi necesario hacer un paréntesis para señalar algunas observaciones que hace la Dra. Alicia Gil Gil con referencia a la entrada en vigor y la posterior implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española en donde llega a unas conclusiones muy importantes: “Se puede afirmar que la reforma del Código Penal en esta materia se ha realizado quizás de una forma apresurada, sin tener en cuenta opiniones expertas que hubieran evitado los defectos que presenta la nueva regulación, y con una técnica legislativa deficiente. En cuanto a la ley de cooperación con la Corte, se puede afirmar que se trata de una ley fruto de la experiencia del gobierno en el caso de Pinochet y que se caracteriza por los siguientes rasgos rechazables: a) Asunción por el Poder Ejecutivo de tareas que por la materia corresponden al Poder Judicial y excesivo control gubernamental de lo que es una función judicial. b) Inversión del sistema de primacía de jurisdicciones establecido en el Estatuto y renuncia, en gran medida, al principio de complementariedad. c) Limitación excesiva del principio de justicia universal, incluso más allá de la establecida por el tribunal supremo en el caso *Guatemala*, con desatención incluso de los supuestos de víctimas españolas e intereses españoles. d) Abandono del principio de legalidad imperante hasta ahora en nuestro sistema sin excepciones en la persecución de estos

delitos, para adoptar el principio de oportunidad, con referencia expresa a consideraciones de política exterior no definidas en la ley ni controlables”. e) Ausencia de compromiso por parte de España para el cumplimiento de sus obligaciones de lucha contra la impunidad, como Estado parte en el Estatuto”.³⁵

IV. LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN EL CASO SCILINGO.

En 1996, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional decidió la incoación de diligencias sobre los españoles o las personas de origen español asesinadas o desaparecidas en Argentina entre los años 1976 a 1983. Tuvo que pasar casi una década después, para que se de la sentencia de la Audiencia Nacional española en abril de 2005 condenando al argentino Adolfo Scilingo a 640 años de privación de libertad por crímenes contra la humanidad que ha sido recibida en los medios de comunicación y en la opinión pública como el respaldo definitivo de la justicia española a la lucha emprendida entonces contra la impunidad en Argentina, sin grandes debates ni tensiones sobre la aplicación ni de la jurisdicción universal ni de los “crímenes contra la humanidad” a este caso³⁶.

La ausencia de tales tensiones -existentes, sin embargo, durante el caso Pinochet- nos permite contemplar ambas cuestiones como asumidas o, al menos, como menores ante la importancia de una condena tan esperada tras una década de pronunciamientos doctrinales y judiciales en torno a la competencia de los tribunales españoles para conocer crímenes de Derecho internacional cometidos fuera del territorio español³⁷.

A la relativa normalidad con que se ha recibido la sentencia, cabe añadir que tampoco la efectiva incorporación de los crímenes contra la humanidad en el Código penal español en 2004³⁸, categorías aplicadas en este caso, mereció demasiada atención,

³⁵ Gil Gil, Alicia “Los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española” TEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, INFORMES NACIONALES. 2005

³⁶ Capellà i Roig, Margarita, Profesora ayudante doctora de Derecho internacional público. Universitat de les Illes Balears. “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, www.reci.org 10 REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (2005)

³⁷ En relación al caso Scilingo, el Tribunal Supremo resolvió mediante sentencia de 15 de noviembre de 2004 las cuestiones planteadas por el Ministerio Público sobre la falta de jurisdicción de los tribunales españoles, la prescripción del delito, amnistía e indulto y cosa juzgada, iniciándose el juicio poco después, el 14 de enero de 2005.

³⁸ Vide M. CAPELLÀ, "El proyecto de reforma del Código Penal propone la incorporación por primera vez de los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico español", REDI, vol. LV nº 1, 2002, pp. 540-544. Véase sobre los crímenes contra la humanidad, in extenso : los estudios más clásicos de J. GRAVEN, “Les crimes contre l’humanité”, RCADI, tomo I, núm.76, 1950, pp. 433-605 y M. Ch. BASSIOUNI, Crimes against humanity in International Criminal Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1992; más actual, M. CAPELLÀ, La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad, Ed. Tirant lo Blanch, 2005.

por lo que podríamos concluir que ni lo uno ni lo otro se consideran extraños en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la sentencia de 19 de abril de 2005 dictada por la Audiencia Nacional española es una decisión histórica que rompe con la tradición monista española en la interpretación del principio de legalidad penal y que pretende adaptar el Derecho Español al Derecho Internacional Penal vigente en materia de represión de crímenes de Derecho internacional, en especial, los crímenes contra la humanidad³⁹.

A continuación, se exponen los principales ejes sobre los que gira la sentencia y que han permitido la condena de un extranjero por conductas cometidas en el extranjero con anterioridad a las leyes españolas que otorgan competencia a los tribunales en estas circunstancias (Ley Orgánica del Poder Judicial) y tipifican los crímenes contra la humanidad como delitos (Ley Orgánica nº121/000145 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)⁴⁰.

Para una mejor comprensión del caso se debe indicar la calificación de las conductas y la aplicabilidad al caso del tipo de “Crímenes contra la Humanidad”.

El Ministerio Fiscal consideró que los hechos que habían quedado probados antes de iniciar el juicio oral eran constitutivos, alternativamente, de delitos de ***genocidio/terrorismo y de crimen de lesa humanidad/terrorismo***.

En la primera calificación, (en auto de 11 de julio de 2003, que contenía las calificaciones provisionales de las acusaciones particulares y populares personadas en la causa y del Ministerio Fiscal), se tendría en cuenta el momento de la comisión de las conductas imputadas (entre 1976 y 1983) y por ello se aplicaría el Código penal español de 1973 (“genocidio”) y el Código español de Justicia Militar de 1945 (“terrorismo organizado”) para considerar como genocidio o terrorismo los delitos con resultado de muertes, lesiones, sometimiento del grupo a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, adopción de medidas que tiendan a impedir el género de vida o reproducción de un grupo y detención ilegal.

En cambio, la base jurídica de la acusación alternativa y definitiva por crímenes de lesa humanidad/terrorismo, se encontraba en la legislación actual (artículo 607 bis del

³⁹ Sentencia nº 16/2005, Sumario 19/1997, rollo de Sala 139/1997, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Sección 3ª, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

⁴⁰ BOE nº 283, de 26 de noviembre de 2003, pp. 41866-41867. Ley 15/2003 de 25 de noviembre que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

Código penal, introducido, pues, una vez iniciado el proceso contra Scilingo) y en el Derecho vigente en el momento de la comisión, a saber: el artículo 15.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, “conforme a lo previsto en los artículos 10 y 96 de la Constitución española”.

La Sala ha calificado finalmente los hechos como constitutivos de un delito de lesa humanidad con el resultado de 30 muertes con alevosía, un delito de detención ilegal y un delito de torturas⁴¹ aplicando el artículo 607 bis del Código penal español de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y los Elementos de los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Así, por ejemplo, exige el elemento subjetivo de “conocimiento del ataque”, no incluido en el art. 607 CP pero sí en el art. 7 del ECPI, concluyendo, por las pruebas aportadas, que Scilingo conocía las actividades ilícitas desarrolladas en la ESMA y que se incardinaban en el plan ideado y ejecutado por las fuerzas armadas para establecer un determinado sistema político e ideológico, previa eliminación de aquella parte de la población que por motivos políticos, ideológicos o religiosos pudiese representar un obstáculo, incluso llegando a solicitar voluntariamente formar parte del GT 3.3.2. de la ESMA.

Al tratarse de la primera aplicación del art. 607 bis CP en la práctica judicial española, en un caso sobre crímenes contra la humanidad cometidos antes de la incorporación de este artículo al Código, la Sala ha tenido que afrontar cuestiones referidas al principio de legalidad penal, en especial: tipicidad, certeza e irretroactividad de la norma aplicable. El fundamento jurídico principal en el caso Scilingo se basa en que la Sala está aplicando una norma internacional, además de interna, por lo que habrá que tener en cuenta tanto la naturaleza de la norma internacional que prohíbe y criminaliza determinadas conductas como crímenes contra la humanidad (de *ius cogens* y con carácter *erga omnes*) como el carácter general de estos crímenes, que permite que tengan su propia dinámica formativa y evolutiva, así como su persecución universal.

En opinión de la Sala, aunque el art. 607 bis CP sea una norma penal de derecho interno, incorpora mandatos o prohibiciones preexistentes de derecho internacional público y tiene una naturaleza jurídica particular ya que no es una norma totalmente autónoma, pues ***“... representa la positivación en el derecho interno de***

preexistentes normas internacionales de carácter penal, integrantes por sus características y objeto ... del ius cogens internacional y, por ello, con validez obligatoria erga omnes, tanto en cuanto a las conductas delictivas como a la aplicación de las consecuencias”.

Por esta naturaleza especial, su recepción en el derecho interno implica grandes dilemas, ya que su vocación de aplicabilidad universal no puede verse impedida por límites temporales ni territoriales: su validez *erga omnes* y preexistente a la recepción interna exige un “radical replanteamiento del tema”, en términos de la Sala, “hasta el punto de que son normas que necesariamente requieren un esfuerzo de reinterpretación de los efectos tradicionales de los principios penales clásicos, y sin llegar a afirmar que deban regirse por otros principios distintos, sí se deben adoptar soluciones diferentes, pero sin estar en contra de la esencia de tales principios clásicos”.

Estas soluciones diferentes afectan, en primer lugar, a su aplicación extraterritorial y retroactiva a efectos internos, pero no a efectos internacionales, pues se trata, repite la Sala, de “normas internas que representan o incorporan a otras normas de derecho internacional penal preexistentes”. La entrada en vigor a tener en cuenta, pues, es la internacional.

Una solución distinta que no permitiera su vigencia internacional anterior y prevalente a la interna no sería conforme con el carácter de ius cogens de la norma internacional a la que representa o que recoge la interna y que, por ello, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. En palabras de la Sala, ***“Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria "per se" o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos”.***

⁴¹ Por la presencia probada del acusado durante las sesiones de tortura en la ESMA sin hacer nada por impedir las o evitarlas.

En definitiva, la *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe los crímenes contra la humanidad no plantea ninguna duda, según el Tribunal. Deduce esta *opinio iuris* del propio origen de estos crímenes, remontándose al derecho humanitario y a la Cláusula Martens hasta su primera incriminación en el Derecho internacional positivo en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y su posterior confirmación en la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de la incipiente ONU, formulada por la Comisión de Derecho Internacional en 1950.

Asimismo, en opinión del Tribunal, el carácter consuetudinario de los Principios de Nuremberg (incluidos los crímenes contra la humanidad) es indiscutible tras la Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 sobre los principios de cooperación internacional para la detención, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y tras la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales especiales, que ha afirmado y aceptado la tesis del carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad.

A esta *opinio iuris* deducida del ámbito institucional y judicial internacional, la Sala añade como complementaria la práctica de tribunales estatales en casos en los que se imputaron crímenes contra la humanidad: en Israel (caso Eichmann, 1961), Bangladesh (1971), Holanda (asunto Menten, 1981), Francia (caso Barbie, 1983) y Canadá (caso Regina v. Finta, 1989).

Todos estos elementos confirman, según la Sala, que ***“... no cabe ninguna duda de que este tipo criminal internacional, que genera responsabilidad penal individual, está vigente en Derecho internacional desde hace décadas, y en todo caso sería aplicable al conjunto de la represión en Argentina, de conformidad con el principio de derecho intertemporal tempus regit actum, visto desde la óptica del Derecho internacional”***.

En definitiva, la Audiencia Nacional acaba afirmando el principio general de aplicabilidad directa del Derecho internacional respecto a la responsabilidad individual penal por crímenes contra la humanidad (y los de más grave trascendencia para la comunidad internacional) y a sus consecuencias aplicables al presente caso.

En efecto, la calificación de unas conductas como crímenes contra la humanidad o como crímenes de Derecho internacional no es banal, pues supone la aplicabilidad de

unos corolarios necesarios para asegurar que estos crímenes no quedarán impunes: así, entre otros, no se puede invocar el cargo oficial de sus autores ni tampoco el principio de obediencia debida como eximentes de responsabilidad, son imprescriptibles y pueden ser objeto de jurisdicción universal por parte de tribunales estatales distintos de los tribunales del lugar de comisión de estos crímenes.

El ejercicio de la jurisdicción española se basa en tres argumentos más bien de fondo:

a) La no prohibición del ejercicio de la jurisdicción universal en atención a la internacionalidad del delito y el interés de la comunidad internacional en su persecución y castigo: ***“si la comunidad internacional no pone los medios [estableciendo un tribunal penal internacional] y no deroga estos principios básicos de convivencia [el principio de territorialidad de la ley penal], puede decirse que no sólo está consintiendo de facto, sino de iure, esta actuación de jurisdicciones nacionales en actuación internacional, al menos en este específico aspecto referido a la misión de defensa y protección de los derechos humanos contra los ataques más bárbaros de que puede ser objeto”.***

b) La no persecución penal de los hechos en Argentina. A pesar de la anulación de las leyes de punto final (1986) y de obediencia debida (1987) en Argentina, hasta el momento su derogación definitiva está pendiente de una última decisión del Tribunal Supremo argentino, por lo que la Sala considera que la impunidad de los responsables penales de los hechos es irreversible en aquel país, en especial tras la concesión de indultos en 1989.

La Sala entra en el espinoso tema de la validez de las medidas de amnistía e indultos desde la perspectiva de la justicia material y concluye que, a pesar de ser legales, “ello no implica que constituyan derecho justo”, siguiendo la conocida teoría de Radbruch sobre la invalidez del Derecho injusto.

Se asiste, en opinión de la Sala, a una situación de “secuestro de la justicia” que justifica la actuación del Derecho penal internacional para la persecución penal de gravísimos hechos cuando ésta no es posible en el ámbito interno.

c) La existencia de víctimas españolas. Aunque no conste que el encausado tuviera ninguna relación directa con ellas, el Tribunal considera que éstas se vieron afectadas

directamente por sus actos “imbricados en el contexto de guerra sucia organizada contra la subversión”.

Parece que el Tribunal aplica en este punto el elemento desarrollado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Kunarac, Kovac y Vukovic en relación al concepto de “ataque contra la población civil”: es irrelevante que los actos se hayan dirigido directamente contra toda la población civil o simplemente contra unas personas concretas, lo relevante es el ataque y no los actos concretos⁴².

d) Finalmente, la sujeción del encausado a la jurisdicción española determina también el ejercicio de esta jurisdicción.

A pesar de su redacción un tanto confusa con el uso de nociones propias de Derecho internacional, la sentencia en el caso Scilingo merece sin duda el calificativo de histórica y, en nuestra opinión, coherente con el Derecho internacional vigente, de un lado, y con el requisito de tipicidad del principio de legalidad penal, por otro.

La sentencia supone, efectivamente, un replanteamiento general de la recepción del Derecho internacional en el Derecho español a efectos penales. La Audiencia Nacional ha confirmado en este caso algo ya asumido en la práctica de los Tribunales penales internacionales: que la tipificación de los crímenes contra la humanidad y de otros crímenes de Derecho internacional se basa en normas consuetudinarias de alcance general; que esta tipificación es internacional, además de interna; y que la aplicación del tipo en un proceso penal (estatal o internacional) debe ser conforme al Derecho internacional, por estar contenido en una norma internacional.

La novedad del planteamiento de la Sala en este caso es que no recurre a construcciones iusnaturalistas para declarar la aplicabilidad del tipo general de crímenes contra la humanidad, sino, sencillamente, al Derecho internacional contemporáneo vigente, que, en materia de crímenes contra la humanidad, resulta de la acumulación y la interacción entre las vías normativas consuetudinaria y convencional. Así lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia internacional, y así puede ser aplicado por los tribunales estatales. El carácter general de la norma y del tipo penal lo permite, ésta es su virtud, y no su defecto.

⁴² IT-96-23, IT-96-23/1 Kunarac, Kovac et Vukovic (Foca). Judgement, 22 febrero 2001, par. 103.

No obstante, el carácter internacional de la responsabilidad penal y de la norma que la contiene a menudo entra en conflicto con la falta de jurisdicción material de aquellos tribunales estatales que no tienen competencia sobre unas conductas que, pese a ser crímenes de Derecho internacional, no son delitos en derecho interno. O no eran delitos internos en el momento de ser cometidos, como en el caso Scilingo.

Hay que conseguir conciliar el principio de autonomía de la tipificación internacional con el principio de legalidad penal. Ambos principios contienen garantías irrenunciables en la lucha contra la impunidad. La base jurídica para ello goza de la certeza proporcionada por el artículo 15 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el art. 7 del Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales y, asimismo, el artículo 25 de la Constitución española. Las reticencias existentes al aplicar los crímenes contra la humanidad como crímenes de carácter general no tiene sentido actualmente, cuando se reconoce este principio convencional y consuetudinariamente, e incluso en las propias normas internas.

Finalmente, cabe destacar que la sentencia que nos ocupa sitúa a los crímenes de lesa humanidad en el nivel que, en nuestra opinión, le corresponde: como categoría general de crímenes de Derecho internacional en la que se incluyen subcategorías determinadas, entre ellas el genocidio. Los crímenes contra la humanidad no son, así, una categoría residual a aplicar cuando no sea posible ajustar el tipo convencional de genocidio o apartheid, sino que se debe entender esta relación al revés: el genocidio es el tipo residual, no los crímenes contra la humanidad.

En definitiva, una sentencia histórica y coherente que, en el estadio actual de la responsabilidad penal internacional ante los tribunales nacionales, permite comprobar, al fin, los avances jurídicos desarrollados en la última década en la lucha contra la impunidad, que sin una práctica estatal consecuente quedaban en papel mojado. No obstante, el abogado de Scilingo ya ha anunciado que recurrirá la sentencia.

La Dra. Alicia Gil hace un estudio muy interesante sobre este caso y en sus conclusiones hace observaciones muy importantes como por ejemplo: “que, en el afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se ha realizado en nuestro país interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, y en algunos casos se ha ido todavía mas lejos, vulnerando peligrosamente los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal como en la

sentencia que estamos comentando. Este afán de impedir la impunidad se contrapone con el deseo evidenciado en otras resoluciones de evitar la proliferación de procesos por delitos internacionales ante nuestra Audiencia Nacional. Evidentemente la Audiencia Nacional no puede convertirse en la Corte Penal Internacional, pues no tiene capacidad ni jurídica ni material, ni política para llevar a cabo tal tarea. Pero en la denegación de jurisdicción en todos estos supuestos que se presentaron tras la apertura del sumario Chile – Argentina (Guatemala, Fidel Castro, Perú) se han manejado los criterios mas variados, que han dejado insatisfechos y perplejos a los demandantes, cuando hubiera sido mas fácil en la mayoría de los casos hacer una adecuada interpretación de los tipos y en otras ocasiones se debería sin mas haber admitido la jurisdicción”.⁴³

V. LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ENJUICIAR LOS CRIMENES COMETIDOS EN GUATEMALA.

En el caso de Guatemala, la Audiencia Nacional decidió el 13 de diciembre de 2000 que no procede en este momento el ejercicio de la jurisdicción española, al considerar que, a diferencia de Chile y Argentina, no se ha constatado la inactividad de los tribunales guatemaltecos⁴⁴, pues no existe una legislación que impida actuar a los jueces

⁴³ GilGil, Alicia “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso de Scilingo”, Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología (REFLEXIONES-jurisprudencia) 2005.

⁴⁴ Notas para la prensa del Tribunal Supremo con relación al Caso Guatemala por genocidio. Relativas a los argumentos jurídicos que sirven de fundamento a la Sentencia resolutoria del recurso de casación interpuesto contra auto de la Audiencia Nacional en el asunto del genocidio de Guatemala, así como los que fundamentan el voto particular.

NOTA DE PRENSA DE LA SENTENCIA.

En el recurso de casación nº 803/2001, relativo a la jurisdicción de los Tribunales españoles respecto de los hechos denunciados, ocurridos en Guatemala, calificados de genocidio, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha entendido, por mayoría, que los preceptos de la LOPJ que regulan los supuestos de extraterritorialidad de la ley penal deben ser interpretados en armonía con los principios del Derecho Internacional Público y, especialmente, con lo dispuesto en los Tratados en los que España es parte.

Desde esta perspectiva ningún Estado puede asumir por decisión propia y unilateral la responsabilidad de utilizar el Derecho Penal como instrumento para el mantenimiento del orden internacional, según su propia concepción.

El Convenio contra el Genocidio establece expresamente la jurisdicción de los Tribunales del lugar de comisión del delito, o de una Corte Penal Internacional ad hoc. No establece el principio de jurisdicción universal.

Prevé, sin embargo, que los Estados parte recurran a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que éstos, conforme a la Carta de Naciones Unidas, tomen las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de los actos de genocidio.

España es parte en este Convenio y está obligada por esta previsión, cuya ejecución se entiende que no corresponde a los Tribunales, pues la dirección de la política exterior compete al Gobierno de la Nación.

El principio de jurisdicción universal previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ debe interpretarse, como se dijo más arriba, en consonancia con los tratados suscritos por España, relativos a la persecución de delitos de derecho internacional.

En la generalidad de estos Tratados en los que España es parte, se establece la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en territorio nacional y no se acceda a la extradición, lo que no ocurre en este momento en relación con los hechos denunciados.

De otro lado, hemos entendido que es un criterio razonable para la concreción del principio de jurisdicción universal, contemplar la existencia de una conexión con un interés nacional, siempre que se aprecie en relación directa con el delito concreto sobre el que se pretende basar la atribución de la jurisdicción extraterritorial.

Esa conexión no se aprecia en los hechos denunciados en el presente caso.

La mayoría del Tribunal ha considerado también la posibilidad de que los hechos denunciados pudieran estimarse comprendidos en las previsiones de la Convención contra la Tortura, que permite establecer la jurisdicción, sobre la base del principio pasivo de la personalidad, cuando se trate de víctimas de nacionalidad española y los hechos sean susceptibles de ser calificados como constitutivos de delito de torturas, respetando, en cualquier caso, la competencia que sobre el particular está atribuida a los correspondientes órganos jurisdiccionales (Juzgados Centrales de Instrucción y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

Basándose en la Convención Contra la Tortura de 1984 la Sala de lo penal del Tribunal Supremo ha decidido que la justicia española es competente para enjuiciar los hechos ocurridos en Guatemala como consecuencia del ataque sufrido por la Embajada española en ese país el 30 de enero de 1980, así como los casos de los sacerdotes católicos de nacionalidad española que fueron asesinados en ese país por fuerzas militares. La resolución, que se basa en el principio de la nacionalidad pasiva, modifica la resolución de la Audiencia Nacional que había rechazado dicha competencia por considerar que Guatemala podía enjuiciar por sí misma los hechos ocurridos en su territorio. La Sala de lo Penal manifiesta en su resolución el repudio moral que causan los hechos que motivaron la querrela presentada en su momento por la Sra. Rigoberta Menchú, premio Nobel de la Paz, por las acciones de las fuerzas de seguridad guatemaltecas contra grupos de mayas. No obstante, considera que el principio de jurisdicción universal sólo puede ser invocado, para justificar una intervención en hechos ocurridos en territorio de otro Estado, cuando existan intereses españoles que permitan apartarse de los artículos 6 y 8 de la Convención contra el Genocidio, que establecen el enjuiciamiento en el propio territorio donde los hechos se han cometido o la posibilidad de recurrir a las Naciones Unidas para que éstas adopten las medidas convenientes para la represión de ese delito.

NOTA DE PRENSA DEL VOTO PARTICULAR.

Los Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Marañón Chavarri, D. Joaquín Giménez García D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez han formulado un voto particular conjunto en el Recurso de Casación núm 803/2001, relativo a la inadmisión de la querrela interpuesta ante la Audiencia Nacional por Rigoberta Menchú y otros, para la persecución de los responsables del Genocidio supuestamente cometido en Guatemala contra la etnia maya.

El voto particular discrepa 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 23.4º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Genocidio constituye un crimen universalmente reconocido y unánimemente condenado por la Comunidad Internacional. Sus autores son enemigos comunes de toda la humanidad pues atentan contra nuestros valores más hondos y en la medida en la que niegan el propio derecho a la existencia de un grupo humano, cometen la más grave violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal para evitar la impunidad en un caso de genocidio étnico implica actuar en representación de la Comunidad Internacional.

El voto particular considera que los rigurosos límites establecidos por la resolución mayoritaria para la aplicación de la Jurisdicción universal en materia de Genocidio son incompatibles con el tratamiento de este grave crimen contra la humanidad en el derecho internacional y en la legislación interna.

El voto particular parte de la base de que la legislación española, apoyándose en el Convenio sobre Genocidio de 1.948, establece el principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de estos crímenes. Esta jurisdicción no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues su finalidad es evitar la impunidad.

Considera suficientemente acreditado, a los efectos de admisión de la querrela, que transcurridos largos años desde que ocurrieron los hechos, la jurisdicción de Guatemala no se ha ejercitado de un modo efectivo en relación con los comportamientos genocidas denunciados.

locales y, además, no consta que se nieguen a actuar si se entablan acciones penales ante ella. Este Auto fue recurrido en casación ante el Tribunal Supremo, cuya resolución resultó aprobada por una ajustada mayoría de ocho votos contra siete. El Tribunal Supremo no sólo volvió a negar la falta de competencia de los tribunales españoles, sino que reinterpretó restrictivamente el alcance del principio de jurisdicción universal, contemplado en el artículo 23. 4 de la LOPJ, en la medida en que tal actuación judicial de carácter extraterritorial sólo se justifica por la concurrencia de intereses particulares de España⁴⁵, a saber que el presunto delincuente se halle en territorio español y no se

Coincide con la opinión mayoritaria en que no es correcta la aplicación del principio de subsidiariedad, que constituye la única fundamentación por la que la Audiencia Nacional revocó el auto del instructor.

Considera que la resolución mayoritaria incurre en *reformatio in peius* porque aprovecha la oportunidad que le concede el recurso para sentar una nueva doctrina más restrictiva en la aplicación de la Jurisdicción Universal que la sostenida en el propio auto recurrido.

Considera que la resolución mayoritaria interpreta "contra legem" el art 23.4 de la LOPJ porque limita el ejercicio de la Jurisdicción Española en materia de Genocidio exclusivamente a los supuestos en que las víctimas sean de nacionalidad española o los culpables se encuentren en territorio español, exigencias que no se establecen en la norma legal.

Estima que limitar la Jurisdicción española sobre los delitos de Genocidio a los supuestos en que las víctimas sean españolas, desconoce la naturaleza de este delito como crimen contra la comunidad internacional.

Considera que la resolución mayoritaria deroga en la práctica el principio de jurisdicción universal establecido en la LOPJ, al exigir un vínculo adicional de conexión que no viene establecido en la Ley y que se interpreta muy restrictivamente.

Estima, finalmente, que aunque se limitase la jurisdicción universal en materia de genocidio a países y supuestos en los que exista una especial relación con España, difícilmente podría encontrarse un caso de relación más claro que el denunciado.

En primer lugar por los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con nuestro país.

En segundo lugar porque se produjo un número relevante de víctimas de nacionalidad española, entre ellos sacerdotes que resultaron agredidos o asesinados como represalia por su defensa de los indígenas o en el curso de las acciones genocidas.

Y en tercer lugar por el asalto a la Embajada española, que se produjo como supuesta represalia de la protección que se ofrecía a la etnia agredida.

Por todo ello debió estimarse el recurso y permitir que el Juez Instructor admitiese la querrela, para otorgar a los querellantes tutela judicial efectiva y una oportunidad de remediar la impunidad de unos comportamientos aparentemente muy graves.

El ejercicio de la jurisdicción universal, al desterrar la impunidad por los grandes crímenes contra la humanidad, como lo es el Genocidio, contribuye a la paz y a la humanización de nuestra civilización. Es cierto que no devuelve la vida a las víctimas, ni puede conseguir que todos los responsables sean enjuiciados. 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.

Madrid, 03 de marzo 2003.

⁴⁵ Por lo tanto, la sentencia del Alto Tribunal se adentra en el examen de cuestiones que no fueron planteadas por los recurrentes, en particular el alcance de la jurisdicción universal prevista en el artículo 23.4 de la LOPJ y la exigencia de vínculos adicionales de conexión con intereses nacionales, pues los recursos de casación versaban únicamente en torno a la apreciación realizada la Audiencia Nacional sobre la subsidiariedad de la jurisdicción española en relación con la competencia de los tribunales guatemaltecos. Por esta razón, los siete Magistrados que formularon un Voto particular consideran que el Alto Tribunal comete una violación de la prohibición de la *reformatio in peius* (F.J. 5º).

conceda la extradición, que las víctimas sean de nacionalidad española o que exista otro punto de conexión con intereses españoles relevantes⁴⁶. Es por todo eso que el objeto del presente trabajo es examinar la jurisdicción de los tribunales españoles para perseguir a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos, con independencia del lugar donde se comentan y de la nacionalidad de los autores, a la luz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional y de la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el asunto *Scilingo*. En particular, es preciso determinar si existen diferencias sustanciales entre los casos de Argentina y de Chile, por un lado, y el de Guatemala, por otro, tal y como ha mantenido la Audiencia Nacional, o simplemente se trata de poner freno a la avalancha de denuncias por genocidio y crímenes contra la humanidad que, muy a menudo, se refieren a hechos sucedidos en lugares muy alejados de nuestro territorio. El núcleo de las diferencias gira en torno a la interpretación del ejercicio subsidiario de la persecución universal respecto a la jurisdicción del Estado en el que se cometieron los crímenes. Asimismo, tras la condena de Scilingo por crímenes contra la humanidad, y no por genocidio como fue inicialmente imputado, se plantea ineludiblemente la cuestión de si los tribunales nacionales tienen jurisdicción universal para reprimir y sancionar este tipo de delitos, a pesar de que no se prevea expresamente en el artículo 23.4 de la LOPJ. No se pretende llevar a cabo un examen global del tema, sino reflejar las principales aportaciones que realiza la Sentencia del Tribunal Constitucional en relación con el proceso de desarrollo y consolidación de la jurisdicción universal.

En el caso de Guatemala el Tribunal Constitucional discrepa de la aplicación del criterio de la subsidiariedad llevada a cabo por la Audiencia Nacional. Así, mientras que la Audiencia Nacional señala que a diferencia de los casos de Chile y Argentina no existe una legislación que impida actuar a los jueces locales, y no consta que si se ejercitan acciones penales ante la justicia guatemalteca ésta se niegue a actuar⁴⁷, el Tribunal Constitucional señala que el Auto de la Audiencia Nacional, objeto de recurso, exigió a los denunciantes

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 327/2003, de 25 de febrero. No obstante, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación: “la Sala estima, por tanto, que en los casos del asesinato de los sacerdotes antes citados, así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables” (F.J. 12°).

⁴⁷ El Auto de 13 de diciembre de 2000 concluía que “(...) no podemos inducir la inactividad judicial en virtud del transcurso de tiempo como fue factible en Chile y Argentina por el transcurso de años desde que terminaron las dictaduras militares dado que como queda reseñado, el material de que se vale como núcleo

una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de exigir que la denuncia presentada ante la jurisdicción del *locus delicti commissi* hubiera sido rechazada. De este modo, la falta de respuesta a una denuncia presentada ante los tribunales del Estado en el que se cometieron los delitos bloquearía la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal por parte de un tercer Estado. Es evidente que el razonamiento de la Audiencia Nacional presenta una indudable debilidad en la medida en que trata de basarse en diferencias de carácter formal entre los casos de Chile y Argentina, por un lado, y el Guatemala, por otro, que no responden a divergencias sustanciales entre ambas situaciones. Si bien es cierto que el artículo 8 de la Ley de Reconciliación Nacional excluye expresamente la extinción de responsabilidad penal del delito de genocidio, y la Comisión de Esclarecimiento Histórico creado por el Acuerdo de Oslo de 1994 recomienda perseguir y enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala, la realidad nos muestra que no se han llevado a cabo. Además, si en el año 2000 podían subsistir ciertas dudas respecto a la falta de voluntad o de capacidad de actuación de los tribunales guatemaltecos, tras el tiempo transcurrido podemos afirmar que se han desvanecido completamente tales dudas. Las diferencias entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Constitucional nos muestra la dificultad que presenta determinar en cada caso concreto la pasividad del Estado en que se cometieron los crímenes⁴⁸. Muy a menudo los tribunales internos de los Estados en los que se han cometido violaciones graves de los derechos humanos se encuentran ante dificultades muy importantes o están incluso impedidos de actuar como consecuencia de la existencia de normas internas que impiden la persecución, como pueden ser las leyes de amnistía. Aún cuando no exista una legislación de carácter prohibitivo, los órganos judiciales pueden estar sometidos a fuertes presiones por parte de los poderes gubernamentales o fácticos, pues se trata de crímenes cometidos desde las estructuras del Estado, o al menos bajo su amparo⁴⁹. En estas circunstancias la prioridad del principio de territorialidad ha de ceder a favor de la

esencial, la denuncia inicial, vio la luz el 25.02.1999 y la denuncia se presentó el 02.12.1999. sin acompañar a la misma ninguna resolución judicial que la rechace” (F.J. 4º).

⁴⁸ El debate en torno a la naturaleza subsidiaria del principio de justicia universal se ha planteado en el asunto *Congo c. Francia*, pues el Congo ha alegado que el artículo 5.2 del Convenio contra la Tortura reconoce la preferencia del Estado territorial, del Estado de la nacionalidad del autor y del Estado de nacionalidad de la víctima sobre el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto delincuente (*Demanda de la República del Congo contra Francia*, p. 6), pero el Tribunal Internacional de Justicia aún no se ha pronunciado.

⁴⁹ La Audiencia Nacional mantiene en la Sentencia recaída en el asunto *Scilingo* que resultan útiles los criterios contenidos en el artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en relación con el principio de complementariedad, a la hora determinar si se ha ejercido o se está ejerciendo jurisdicción efectiva por parte del Estado en cuestión.

persecución universal⁵⁰. Salvo en los casos en que la legislación impida actuar a los jueces locales o haya transcurrido un largo período de tiempo, no va a resultar fácil determinar la falta de voluntad o de capacidad de los tribunales *locus delicti commissi*. En todo caso, es preciso evitar un uso arbitrario de la jurisdicción universal que podría dar lugar a lo que Ferrer Lloret ha denominado una suerte de “neocolonialismo judicial en el ámbito penal”⁵¹. Por último, como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se reunió el 3 de noviembre de 2005 con el objetivo de unificar criterios en relación con la jurisdicción extraterritorial. La Audiencia Nacional estima que ya no deberá ser el querellante el que demuestre la pasividad de los tribunales del lugar en el que se cometieron los crímenes, sino que la Audiencia deberá comprobarlo de oficio, recurriendo a los instrumentos de cooperación internacional existentes para recabar información del Estado en el que se cometieron los hechos y de los organismos internacionales pertinentes. Solamente, tras la respuesta en la que se declare la inexistencia de procesos por la misma causa o transcurrido un plazo razonable sin haber obtenido respuesta, el Tribunal se pronunciará sobre si admite a trámite la querrela o la archiva⁵².

El Tribunal Supremo Español considera que no cabe interpretar que el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 admita la jurisdicción universal para la persecución de este tipo de delitos, pues el artículo VI prevé que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal del Estado en que ocurrieron los hechos o por un tribunal penal internacional, y el artículo VIII atribuye a los órganos de Naciones Unidas la competencia para tomar las medidas apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio⁵³. En este sentido, la Sentencia recurrida hace depender la operatividad de la jurisdicción universal prevista en el artículo 23.4 LOPJ de que un convenio internacional del que España sea parte la reconozca expresamente. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Constitucional parten de una concepción

⁵⁰ BOLLO AROCENA, M. D.: “Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia”, *REDI*, 2004, n.º 1, p. 108.

⁵¹ FERRER LLORET, J.: “El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España”, *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, 2004.

⁵² Diario *El País*, de 4 noviembre de 2005. A esta doctrina se alude por primera vez en el Auto de la Audiencia Nacional de 10 de enero de 2006 por el se admite a trámite la querrela por genocidio contra el pueblo tibetano, de la que se tratará más adelante.

⁵³ En apoyo de su tesis el Tribunal Supremo alega que España incorporó el delito de genocidio en el Código Penal entonces vigente mediante la ley 44/1971, de 15 de noviembre, pero no se modificaron las normas relativas a la competencia de los tribunales españoles para incluir el principio de jurisdicción universal respecto del delito de genocidio.

del Convenio sobre genocidio totalmente distinta de la defendida por el Tribunal Supremo. En efecto, ambos Tribunales estiman que de la mención en el Convenio de 1948 de algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio en relación con la jurisdicción universal no cabe deducir que los Estados parte no puedan establecer otros títulos para la persecución de un delito que afecta a la Comunidad Internacional en su conjunto. No cabe duda que el sistema de garantías previsto por el Convenio se ha revelado poco eficaz⁵⁴. En estas circunstancias, no es de extrañar que la Audiencia Nacional y el Tribunal Constitucional consideren que el artículo VI del Convenio establece una obligación de mínimos dejando libertad a los Estados firmantes para establecer ulteriores mecanismos para reprimir este tipo de violaciones del Derecho internacional⁵⁵. El Tribunal Constitucional señala que “resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre el genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos” (F.J. 5º). Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que la aceptación de la interpretación restrictiva conllevaría una limitación en las posibilidades de combatir el delito de genocidio que aquellos Estados que no hubieran firmado el Convenio no tendrían, lo cual resulta totalmente absurdo⁵⁶, pues como ha señalado la

⁵⁴ En este sentido, CASSESE afirma que “la plupart des Etats qui l’ont formulé ont préféré privilégier le moment de la souveraineté nationale plutôt que l’exigence de punir les auteurs des crimes atroces” (CASSESE, A.: “La Communaute Internationale et le genocide”, en *Mélanges Michel VIRALLY: Le Droit International au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, 1991, p. 185). MIAJA DE LA MUELA señalaba en 1951, en referencia a la definición restrictiva del concepto de genocidio incluida en la Convención de 1948, que “la debilidad de la Convención contra el genocidio se subraya por otras deficiencias en su articulado, tales como el quedar en principio reducida su represión a los tribunales nacionales, y por la inconsecuencia que supone con la denominación que se le dio, (...), la ausencia total de medidas que pudieran ser calificadas de preventivas” (“El genocidio, delito internacional” *REDI*, vol. 4, 1951, p. 405). También se ha manifestado que la Convención de 1948 no es más que “a registration of protest against past misdeeds of individual or collective savagery rather than an effective instrument of their prevention or repression in the future” (JENNINGS, R.; WATTS, A.: *Oppenheim’s International Law*, 1992, p. 994).

⁵⁵ En este sentido, STEVEN señala que “because Article VI merely establishes the minimum jurisdictional obligation for states in which genocide occurs, other states are free to expand upon this baseline” (“Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of Its International Obligations”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, n.º 2, 1999, p. 459).

⁵⁶ En todo caso, no ha de olvidarse que la fiscalía de la Audiencia Nacional mantuvo que el Convenio sobre el genocidio impediría a los Estados parte ejercer la jurisdicción universal, con el objetivo de justificar que los tribunales españoles no tendrían jurisdicción para enjuiciar los crímenes cometidos en Chile y Argentina. Esta opinión es compartida por un sector de la doctrina española. A este respecto, ORTIZ DE LA TORRE, T. afirma que como consecuencia de la adhesión a la Convención “España había renunciado a la

doctrina “se penalizaría a los Estados comprometidos en la persecución y sanción de determinados crímenes internacionales en beneficio de los Estados no partes, quienes no estarían constreñidos por límite convencional alguno”⁵⁷. De este modo, el Tribunal Constitucional viene a avalar la tesis que viene manteniendo la Audiencia Nacional desde los Autos del 4 y 5 de noviembre de 1998. En el fondo de las diferencias entre ambos razonamientos subyace la clásica discusión entre los partidarios de la aplicación exclusiva del principio de territorialidad y aquellos que interpretan el Convenio sobre genocidio en el sentido de que no excluye el ejercicio de la jurisdicción universal. Lo cierto es que la interpretación del texto y del contexto del Convenio, con arreglo a los criterios previstos en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, parece orientarse hacia la primera tesis⁵⁸, de modo que, ante la persistencia de estas divergencias, y sin dejar de ser cierto que el artículo VI de la Convención sobre genocidio no puede entenderse como norma excluyente de jurisdicciones distintas de las allí previstas⁵⁹, todo parece indicar que la Convención de 1948 no puede interpretarse en el sentido de que autorice la represión universal de este delito⁶⁰. El Tribunal Constitucional deduce de la ausencia de prohibición en relación con la jurisdicción universal que los Estados parte pueden establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio, afirmando a continuación

competencia propia a favor de la del país donde hubiere ocurrido el genocidio cuando se tratase de otro Estado parte en la Convención (...). Por lo tanto, la competencia española del art. 23.4 de la LOPJ queda reservada a delitos de genocidio cometidos en Estados no partes en la Convención de 1948, pero no en los que lo son (...) (“Competencia judicial penal internacional de los tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos por extranjeros contra españoles en Iberoamérica”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n.º 13, 1997, pp. 511-512).

⁵⁷ MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, en SALINAS DE FRÍAS, A. (Coord.): *Nuevos Retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea*, Universidad de Málaga, Málaga, 2001, p. 164. Para REMIRO BROTONS “(no) es de recibo una interpretación gramatical y lógica que conduce a resultados manifiestamente absurdos, en línea de directa contradicción con los objetivos perseguidos (...) Absurdo es que los Estados no partes en un mecanismo de cooperación multilateral dispongan de medios jurisdiccionales que las partes en el mismo abandonan (...)” (“La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal, en QUEL LÓPEZ J. (Coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid, 2000, p. 209. Este mismo argumento ha sido recientemente defendido por Christian Tomuschat en el Informe presentado ante el Instituto de Derecho Internacional sobre “La compétence universelle en matière pénale à l’égard...”, *loc. cit.*, p. 231.

⁵⁸ En el proceso de elaboración del Convenio se rechazaron diversas propuestas tendentes a incorporar el principio de jurisdicción universal por motivaciones de carácter político (vid. a este respecto, entre otros, CARNEGIE, A. R.: “Jurisdiction over violations of the Laws and Customs of War”, *BYIL*, vol. 39, 1963, p. 403 y ss.; STEVEN, L. A.: “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute...”, *loc. cit.*, pp. 450 y ss.).

⁵⁹ SÁNCHEZ LEGIDO afirma que “si realmente el Convenio del Genocidio hubiera de interpretarse en el sentido de una proscripción de la jurisdicción universal, su vocación universal y su generalizada aceptación vendrían a arrojar serias y fundadas dudas en cuanto a la subsistencia y vigencia de tal principio en el Derecho internacional general, al menos en lo que al genocidio se refiere” (*Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 168).

que “el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional” preside el espíritu del Convenio y forma parte del Derecho consuetudinario e incluso del *ius cogens*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no presta excesiva atención a las razones que vendrían a avalar esta conclusión. Aunque podría sostenerse que la Convención no afectó al derecho de carácter consuetudinario de los Estados partes de ejercer jurisdicción universal para reprimir el genocidio⁶¹, a mi entender, sería el desarrollo posterior al Convenio de 1948 del Derecho internacional el que legitimaría plenamente la actuación extraterritorial universal para perseguir a los presuntos autores de este delito⁶². Evolución que viene refrendada claramente por la filosofía que subyace detrás del Convenio de 1948 que pretende evitar la impunidad del más grave de los crímenes contra la humanidad⁶³. En este orden de ideas, la aceptación de la postura que se ciñe exclusivamente al contenido del artículo VI del Convenio del genocidio con el objetivo de negar la vigencia del principio de jurisdicción universal supone, en primer lugar, desconocer los avances convencionales posteriores que se han alcanzado en la represión de otros *delicta iuris gentium*⁶⁴. De este modo, se produciría la paradoja de que para la represión del crimen más grave, la Comunidad Internacional dispondría de menos instrumentos que para otros de menor entidad, ya que ni siquiera se incluye en el Convenio de 1948 el principio *aut dedere aut iudicare*⁶⁵. En segundo lugar, hemos de tener en cuenta que el ordenamiento internacional ha experimentado en los últimos cincuenta años un proceso de humanización, de modo que el respeto de los derechos humanos ha dejado

⁶⁰ En este sentido se manifiesta también PEYRO LLOPIS, A.: *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Paris, 2003, p. 20.

⁶¹ STEVEN, L. A.: “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute...”, *loc. cit.* p. 453. En la sentencia relativa al asunto Eichmann el Tribunal afirmó que “every sovereign State may exercise its existing powers within the limits of customary international law, and accession of a State to the Convention does not involve the waiving of powers which are not mentioned in Article 6” (Se puede consultar tanto la Sentencia del Tribunal de Distrito de Jersusalén como la dictada en apelación por el Tribunal Supremo en *International Law Reports*, vol. 36, 1968).

⁶² Como señala Kenneth Randall “the requirement that the parties must prosecute genocide only under the territoriality principle does not mean that they have deprived themselves of the customary law right to exercise universal jurisdiction under the same acts” (“Universal Jurisdiction under International Law”, *Texas Law Review*, 1988, p. 863).

⁶³ En opinión de SÁNCHEZ LEGIDO, “si, en efecto, el Derecho internacional general reconociera la jurisdicción universal sobre el genocidio, tal interpretación, (...), sería también la interpretación más conforme con el objeto y fin de un Convenio adoptado para la prevención y sanción de unas conductas que, además de atroces, suelen orquestarse desde las putrefactas entrañas de esos mismos órganos obligados a su castigo” (*Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 171).

⁶⁴ Para una visión completa de los numerosos tratados existentes vid. ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2000, pp. 161-238.

⁶⁵ Sobre la relación entre el principio *aut dedere aut iudicare* y la jurisdicción universal vid. MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, *loc. cit.*, pp. 166-170.

de ser un asunto de la jurisdicción interna de los Estados para pasar a convertirse en una cuestión que interesa a la Comunidad Internacional en su conjunto. En este proceso han coadyuvado indudablemente la consolidación de las normas de *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes*, pero sobretodo, el concepto de crímenes contra la humanidad. En consecuencia, no es posible contemplar actualmente la persecución y sanción del delito de genocidio únicamente desde el prisma de la Convención de 1948. En este sentido, son numerosos los Estados que se han mostrado favorables a la represión del genocidio en virtud del principio de jurisdicción universal en sus legislaciones internas, sobretodo a partir de la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda⁶⁶. Podría objetarse que la práctica judicial de los Estados en este terreno es todavía poco coherente para poder afirmar la existencia de una norma consolidada⁶⁷, ya que, a pesar del significativo aumento del número de casos en los que se ha procesado en los últimos tiempo a los responsables de genocidio sobre la base de este principio, la práctica es todavía escasa. Ahora bien, hay que tener en cuenta que los pronunciamientos judiciales recaídos en esta materia no han sido seriamente objetados, excepto por parte de los responsables de los crímenes, basándose generalmente en la literalidad del artículo VI del Convenio de 1948⁶⁸. Sin embargo, el delito de genocidio rara vez se presenta aislado, sino que suele aparecer conectado con otros crímenes internacionales como los crímenes de guerra, la tortura, el *apartheid*, etc., y se pueden, por lo tanto, asimilar al genocidio algunas actuaciones de los tribunales internos en supuestos calificados de crímenes contra la humanidad⁶⁹. Por otro lado, la creación del Corte Penal Internacional vendría a confirmar la jurisdicción universal de carácter consuetudinario en relación con el delito de genocidio, pues la atribución de competencia a la Corte para conocer de determinados delitos supone el reconocimiento de su gravedad y del interés de la Comunidad Internacional en su represión⁷⁰, y el sistema de justicia creado por el

⁶⁶ Para obtener una amplia visión de las legislaciones nacionales que recogen el principio de jurisdicción universal se puede consultar la base de datos del CICR: <http://www.icrc.org/ihl-nat>. También resulta interesante la página http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/legal_memorandum.

⁶⁷ PEYRO LLOPIS, A.: *La compétence universelle...*, *op. cit.*, p. 128. De hecho, hasta principios de los años noventa, al referirse a la práctica sólo se podían citar los asuntos *Eichmann* y *Demjanjuk*.

⁶⁸ La postura que viene manteniendo el Tribunal Supremo español se identifica claramente con este tipo de objeciones.

⁶⁹ ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La cooperación internacional contra la impunidad...”, *loc. cit.*, 204

⁷⁰ 37 *Ibidem*, p. 201. También resultará negativamente afectado el funcionamiento del Tribunal Penal Internacional en las relaciones con aquellos Estados Partes que no hayan adaptado sus tipos penales a las exigencias sustantivas derivadas del Estatuto de Roma (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “Los crímenes de competencia de la Corte”, GARCÍA AMAN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D.: *Crimen Internacional y Jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 66).

Estatuto de Roma no funcionara satisfactoriamente si los Estados no disponen de jurisdicción universal en relación con los crímenes de los que tiene competencia la Corte⁷¹. Por todo ello, la mayoría de la doctrina considera que el Derecho internacional general reconoce jurisdicción a todos los Estados para enjuiciar a los autores del crimen de genocidio, con independencia del lugar en el que se haya cometido y de la nacionalidad de los presuntos autores o de las víctimas⁷².

VI. UN PASO MÁS HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

En este sentido, la Audiencia Nacional afirma que el Derecho internacional reconoce la posibilidad de ejercer la jurisdicción penal a cualquier Estado para exigir la responsabilidad individual por delitos contra la humanidad, ya que una de las características fundamentales de estos crímenes es que pueden ser perseguidos internacionalmente. Si bien la Audiencia reconoce que lo menos complicado es que sean perseguidos por un Tribunal Internacional o por Estado territorial, lo importante es que cuando tal persecución internacional no ha podido realizarse no queden impunes. A pesar de que el Tribunal Constitucional no se pronuncia expresamente sobre la competencia de los órganos judiciales españoles para actuar extraterritorialmente en relación con los crímenes contra la humanidad, la asunción de la doctrina desarrollada en el Auto de 4 de noviembre de 1998, que ha servido de base a la Sentencia recaída en el asunto *Scilingo*, supone un reconocimiento indirecto de la jurisdicción universal de nuestros tribunales para perseguir a los autores de este tipo de crímenes. Del razonamiento seguido por la Audiencia Nacional en el pronunciamiento de 19 de abril de 2005, se deduce que todos los Estados tienen la posibilidad de ejercer su jurisdicción penal con carácter extraterritorial para reprimir las conductas que supongan una violación de la norma imperativa que prohíbe los crímenes contra la humanidad. De este modo, no existirían diferencias en cuanto al alcance de la jurisdicción universal para perseguir y sancionar el genocidio y el resto de los crímenes contra la humanidad. Además, la actuación de los tribunales españoles en el caso *Pinochet* ha sido también considerada un precedente a favor de la jurisdicción universal sobre crímenes contra la humanidad⁷³. Por otra parte, a lo largo la Sentencia sobre la que

⁷¹ Tomuschat, C.: “La compétence universelle en matière pénale...”, *loc. cit.*, p. 233.

⁷² Vid., entre otros, los siguientes trabajos: ABAD CASTELOS, M.: “La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto...” *loc. cit.*, p. 52 y ss.; ILLA: “Final report on the exercise of universal jurisdiction...” *loc. cit.*, p. 5; ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La cooperación internacional contra la impunidad...” *loc. cit.* p. 203; Tomuschat, C.: “La compétence universelle en matière pénale...”, *loc. cit.* pp. 230 y ss.

⁷³ SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 217.

versa este trabajo, se realizan diversas consideraciones en torno a la naturaleza del principio de persecución universal que muestran que el Tribunal Constitucional concibe la jurisdicción universal como una institución destinada a perseguir y sancionar los crímenes que por sus características afectan a toda la Comunidad Internacional, de los que evidentemente los crímenes contra la humanidad constituyen el mayor exponente. En definitiva, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional puede ser considerado como un precedente a favor del reconocimiento de la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad.

VII. LA RELACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERAL CON OTROS VINCULOS DE CONEXIÓN.

En opinión del Tribunal Supremo, la asunción unilateral de jurisdicción que realiza el artículo 23.4 de la LOPJ ha de interpretarse a la luz del Derecho internacional⁷⁴. Así, el ejercicio de la jurisdicción universal sólo resulta aceptable cuando concurren determinados vínculos de conexión, como que el presunto delincuente se halle en territorio español y no se conceda la extradición, que las víctimas sean de nacionalidad española o que exista otro punto de conexión con intereses españoles relevantes. En este sentido, no plantea ningún problema la extensión extraterritorial de la ley penal, prevista en el artículo 23.4 LOPJ, cuando un convenio del que España sea parte avale tal actuación⁷⁵. Las limitaciones que introduce el Tribunal Supremo al principio de justicia universal responden a la idea de evitar la apertura generalizada de procedimientos por estos delitos con independencia del lugar en el que se hubieran cometido, ya que “(...) no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de sus jurisdicción” (F.J. 8º). Por esta razón, se afirma en la resolución impugnada que la jurisdicción universal debe modularse con arreglo a

⁷⁴ El Alto Tribunal señala que la extensión extraterritorial de la ley penal se justifica por la existencia de intereses particulares de cada Estado, de modo que se puede perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sobre la base del principio real o de defensa o de protección de intereses y del de personalidad activa o pasiva. Sin embargo, “cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público” (F.J. 7º).

⁷⁵ El Tribunal Supremo menciona un listado de tratados internacionales suscritos por España relativos la persecución de delitos relevantes para la Comunidad Internacional para corroborar su interpretación del principio de jurisdicción universal. En estos convenios se reflejan criterios de jurisdicción basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, junto con la fórmula clásica de colaboración *aut dedere aut punire*, pero en ningún de estos convenios se incorpora la posibilidad de establecer la jurisdicción universal en la legislación interna sin limitación alguna.

criterios de racionalidad y de respeto al principio de no intervención, de modo que “(...) el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal” (F.J. 9º). De este modo, el Tribunal Supremo reinterpreto en sentido restrictivo el alcance de la jurisdicción de nuestros tribunales para enjuiciar delitos cometidos fuera de nuestras fronteras por ciudadanos extranjeros que supone, como veremos a continuación, reconducir el principio de justicia universal a otros títulos de jurisdicción extraterritorial. En consecuencia, el Alto Tribunal no acepta que los tribunales españoles tengan competencia para ejercer jurisdicción sobre los crímenes cometidos en Guatemala porque, además de no constar que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición, “no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia ni se denuncia la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes” (F.J. 10º). No obstante, los siete Magistrados del Tribunal Supremo que formularon un Voto particular a la Sentencia de la mayoría, señalaron que la existencia de víctimas españolas puede reforzar las razones que justifican la actuación de los tribunales españoles para conocer del asunto, pero dicha jurisdicción se basa en el principio de persecución universal, con arreglo a lo previsto en el artículo 23.4 a), y no en el de personalidad pasiva. Asimismo, exigir la concurrencia de un interés nacional es contrario a la consideración del genocidio como delito que afecta a la Comunidad Internacional en su conjunto. Por ello, la exigencia de un vínculo o conexión entre los hechos y un interés del Estado que ejerce jurisdicción puede estar justificado para evitar la proliferación de procesos por delitos totalmente extraños o alejados, es decir con el objetivo de excluir “el exceso o abuso del derecho”, pero no puede suponer la derogación de la jurisdicción universal a través de la aplicación del principio de personalidad pasiva que, además, no existe en nuestro ordenamiento. En todo caso, en opinión de los siete Magistrados, en el caso de Guatemala se aprecian, entre otros, los siguientes vínculos de conexión con España: culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, junto con el hecho de que la querrela se refiere a un número relevante de víctimas de nacionalidad española. El conjunto de conexiones con nuestro país se completa con el asalto a la Embajada en española, “que no puede constituir un ejemplo más claro de afectación a los

intereses de nuestro país, y constituye un caso manifiesto de conexión, pues se produjo en el ámbito de las acciones genocidas, como la supuesta represalia de la protección que se ofrecía a la etnia agredida” (F.J. n° 12 del Voto particular). El Tribunal Constitucional se alinea expresamente con el Voto particular a la Sentencia impugnada, que ha mostrado claramente la inexistencia de una costumbre internacional en el sentido pretendido por el Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional menciona en apoyo de su razonamiento las legislaciones de otros países que incorporan el principio de jurisdicción universal sin vincularlo a intereses nacionales⁷⁶.

1) La presencia del autor del delito en el territorio español

Como hemos visto anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo incluye un listado de tratados internacionales concluidos por España en los que se establece la clásica fórmula *aut dedere aut iudicare* con el objetivo de demostrar que en ninguno de ellos se incluye el principio de jurisdicción universal. Del examen del conjunto de estos convenios, el Alto Tribunal deduce que el ámbito de aplicación del artículo 23.4 LOPJ ha de restringirse, en el supuesto de que las víctimas del genocidio no sean ciudadanos españoles, a los casos en que los autores de delito se hallen en territorio español. Se ha señalado que este tipo de jurisdicción que conduce a vincular la persecución universal con la detención del acusado es aceptada por el Derecho internacional consuetudinario en relación con la piratería⁷⁷. También se considera que las violaciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra de 1947 y del Primer Protocolo establecen este tipo de jurisdicción. Estos Convenios cuentan con un precepto de contenido idéntico que establece la obligación de las Partes contratantes de buscar al responsable de haber cometido un crimen de guerra para proceder a su enjuiciamiento, con independencia de su nacionalidad⁷⁸. Sin embargo, se prevé en la misma disposición la posibilidad de entregar al presunto delincuente a otro Estado interesado en procesarlo, siempre que haya formulado suficientes cargos contra él. Pues bien, el Estado en el que sea hallado el presunto criminal de guerra no sólo tiene la facultad de enjuiciarlo, sino que está obligado a juzgarlo, salvo que lo extradite a otro

⁷⁶ Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio y crímenes contra la humanidad), Dinamarca (art. 8.6 de su Código Penal), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 Código Penal) o Alemania (art. 6 Código Penal alemán y la Ley promulgada el 26 de junio de 2002 con la finalidad de adaptar el Derecho penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional).

⁷⁷ CASSESE, A.: “When may Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* Case”, *EJIL*, 2002, vol. 13, pp. 857-858.

⁷⁸ Artículos 49 de la I Convención, 50 de la II Convención, 129 de la Tercera y 147 de la IV Convención de Ginebra de 1949, así como el artículo 85 del Protocolo Adicional I de 1977.

Estado interesado, pero ello no impide que los demás Estados puedan ejercer la jurisdicción universal *in absentia* del acusado⁷⁹. De igual forma, los convenios que prevén la fórmula *aut dedere aut indicare* requieren de la presencia del acusado en el territorio porque, de no ser así, no concurriría la obligación bien de juzgar, bien de extraditar. Sin embargo, el ejercicio obligatorio de la jurisdicción en virtud de la cláusula *aut dedere aut indicare* se acompaña generalmente de una disposición en virtud de la cual no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales⁸⁰. Si bien la exigencia de que el acusado se encuentre a disposición de las autoridades que pretenden ejercer jurisdicción universal es aceptada por un amplio sector de la doctrina⁸¹, tal requisito no aparece contemplado en el ordenamiento español, ni es consustancial al principio de justicia universal, al menos cuando se ejerce con carácter facultativo, pues la introducción de este tipo de requisitos desnaturaliza la propia naturaleza del principio de jurisdicción universal, que viene motivada por la lesión que determinados crímenes causan a la Comunidad Internacional en su conjunto, con independencia del lugar donde se cometen, de la nacionalidad de las víctimas o de los autores, o de la presencia del autor en el territorio del foro. Por ello, Ferrer Lloret considera que se debería distinguir entre la jurisdicción universal y la jurisdicción universal territorial. Mientras que la primera implica que no existe ningún vínculo con el Estado territorial, la segunda se debería emplear para el ejercicio de la jurisdicción en relación con hechos cometidos en el extranjero cuando el acusado se encuentra en el territorio del Estado. Esta distinción terminológica le lleva al autor a afirmar que “(...) resultaría redundante insistir en que el ejercicio de la jurisdicción universal es *in absentia* del imputado en el territorio⁸². A este respecto, nuestro Tribunal Constitucional sostiene que, si bien la presencia del presunto culpable en España es un requisito necesario para el enjuiciamiento y eventual condena, ya que no se admiten en nuestra legislación los juicios en rebeldía, el ejercicio de la competencia judicial y de la

⁷⁹ En este sentido se manifiesta BOLLO AROCENA, M. D.: “Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos...”, *loc. cit.*, p. 103 y ss.; CASSESE, A.: *Internacional Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 286.

⁸⁰ Un buen ejemplo de este tipo de cláusulas aparece recogido en el artículo 5.3 de la Convención contra la Tortura de 1984.

⁸¹ ABAD CASTELOS señala que “(...) el principio de universalidad parece habilitar al ejercicio de la competencia penal sólo al Estado en cuyo territorio se encuentre o se halle el presunto autor del delito” (“La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto...” *loc. cit.*, p. 55). En este sentido se manifiesta también: COSNARD, M.: “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *RGDIP*, vol. 103, 1999, p. 323 ; MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, *loc. cit.*, p. 164.

apertura del proceso para enjuiciar delitos que afectan a toda la Comunidad Internacional no depende de esta circunstancia, pues ello supondría introducir una restricción no contemplada en la ley, que afecta además a la propia naturaleza de la institución de la jurisdicción universal. De este modo, el Tribunal Constitucional acepta que el fundamento de la acción de los tribunales internos para reprimir este tipo de crímenes reside en la gravedad de los mismos, pues la Humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal y todos los Estados tienen un interés esencial en que este tipo de conductas no quede impune. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional implica asimismo que no se admite que de la obligación *aut dedere aut iudicare* incluida en numerosos convenios internacionales se derive una prohibición de ejercer la jurisdicción en ausencia de los acusados, lo que supone el rechazo de uno de los argumentos que vienen tradicionalmente alegando los opositores del principio de persecución universal en España y en otros países, a saber que el responsable se encuentre a disposición de las autoridades judiciales. En efecto, en la mayoría de los convenios, la inclusión de la cláusula *aut dedere aut iudicare*, como hemos señalado anteriormente, va acompañada de una disposición en virtud de la cual no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes internas. Ciertamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional no hace referencia al hecho de que las legislaciones internas que prevén están posibilidad son pocas y que apenas existen decisiones judiciales que vengán a refrendar en la práctica la jurisdicción *in absentia*. Sin embargo, ello se comprende en la medida en que lo que se quiere poner de manifiesto es que no existe ninguna norma internacional de carácter consuetudinario o convencional que resulte vulnerada como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción universal en ausencia de los acusados. Cuestión distinta es que un juez interno legitimado para actuar en virtud del principio de persecución universal, como señala Remiro Brotons, “(...) ponderará la oportunidad de ejercer su jurisdicción si aprecia como altamente improbable la presencia del acusado y, por ello, la igualmente, alta probabilidad de acabar archivando los autos”⁸³. No se puede desconocer que el ejercicio de este tipo de jurisdicción resulta poco efectivo si no se llega a materializar la presencia del imputado ante los tribunales del

⁸² FERRER LLORET, J.: “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002” (República Democrática del Congo contra Bélgica), *ADI*, vol. XVIII, 2002, p. 315.

⁸³ REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad...*, *op. cit.*, p. 57. en opinión de Ferrer Lloret, “los jueces y tribunales españoles deben abstenerse de aplicar el principio de jurisdicción universal cuando no haya indicio de que el imputado por actos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra se encuentre en territorio español y tampoco se tenga noticia de que vaya a viajar a España (...)” (“El principio de jurisdicción universal...”, *loc. cit.*, p. 161).

foro. Por ello, se reconoce en la propia Sentencia que la colaboración entre Estados a través de instrumentos, como la extradición, constituye un elemento fundamental para la adecuación persecución y sanción de los crímenes más graves del Derecho internacional. En todo caso, el inicio de procedimientos en ausencia de los autores de los crímenes puede tener un valor simbólico para las víctimas⁸⁴, y es evidente que este tipo de actuaciones va a contribuir al proceso de consolidación de la justicia universal, actualmente en curso, del que el asunto *Pinochet* constituye un buen ejemplo. Por otra parte, el ejercicio de la jurisdicción sobre la base del principio de jurisdicción universal también puede tener como consecuencia indirecta que el Estado territorial o el Estado en cuya jurisdicción se encuentre el individuo se decida finalmente a enjuiciar a los autores de este tipo de crímenes⁸⁵. Esta cuestión se planteó en el asunto *Yerodia* ante el Tribunal Internacional de Justicia, pues el Congo alegó que la Ley belga de 1993, modificada en 1999, que permite el ejercicio de la jurisdicción universal en ausencia del presunto culpable del territorio belga supone una vulneración del principio de igualdad soberana de los Estados. En opinión del Congo, el ejercicio de la jurisdicción universal depende de la presencia del acusado en el territorio del Estado que pretende poner en marcha el principio de persecución universal. Si embargo, en la Memoria final, el País africano centró el objeto de su demanda en la vulneración de las normas en materia de inmunidad de jurisdicción de su Ministro de Asuntos Exteriores que se deriva de la orden internacional de detención adoptada por el juez belga. Por esta razón, el Tribunal Internacional de Justicia evita pronunciarse sobre esta delicada cuestión⁶⁰. A pesar de que Bélgica se opuso a la tesis del Congo, en abril de 2003 procedió a modificar la Ley de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho internacional

⁸⁴ FERRER LLORET, J.: “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción...”, *loc. cit.*, p. 324; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal... op. cit.*, p. 393.

⁸⁵ Por ello, BOLLO AROCENA considera que la pretensión de los tribunales internos de un Estado de ejercer la jurisdicción universal *in absentia* “(...) no puede ser considerada, *per se*, contraria al principio de soberanía del Estado, máxime si con ello se consigue activar el mecanismo que ponga en marcha el enjuiciamiento del presunto autor de un crimen de esta naturaleza” (Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos...”, *loc. cit.*, p. 106). ⁶⁰ *Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, párrafo 46. Sin embargo, los jueces HIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL consideraron, en su opinión individual, que no existe ninguna norma convencional ni consuetudinaria que haga depender el ejercicio de la jurisdicción universal de la presencia del acusado en el territorio que entabla el procedimiento (*Joint separate opinion of judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, párrafos 52 y ss.). En cambio, los jueces GUILLAUME, RANJEVA, BULA BULA y REZEC se manifestaron en sus opiniones individuales en sentido contrario.

humanitario limitando, en la práctica, las posibilidades de ejercer la jurisdicción universal *in absentia*⁸⁶.

2) La exigencia de víctimas españolas

En cuanto a la exigencia de que las víctimas sean de nacionalidad española, el Tribunal Constitucional señala que supondría la incorporación de una restricción no prevista en la ley, que implicaría, en consecuencia, “(...) que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español” (F.J. 9º). Es evidente que no era esa la finalidad con la que se introdujo la jurisdicción universal en el artículo 23.4 LOPJ⁸⁷. Si bien el Tribunal Constitucional se refiere de forma expresa únicamente al genocidio no cabe duda de que la interpretación desarrollada sobre esta cuestión se extiende a todos los delitos para los que el artículo 23.4 prevé la jurisdicción universal, pues, como señala el propio Tribunal Constitucional, es la única interpretación acorde con el fundamento de la institución. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional tiene el mérito de desmontar completamente la extraña construcción jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Supremo con el objetivo de restringir el alcance de la jurisdicción universal de los tribunales españoles que, en la práctica, supondría sustituir el principio de justicia universal por el de personalidad pasiva. Además, el Tribunal Supremo en su esfuerzo por desnaturalizar la naturaleza del principio de jurisdicción universal incurre en el error de considerar el principio de personalidad pasiva como base inobjetable de jurisdicción que, aparte de no aparecer contemplado en la LOPJ, no existe un convencimiento claro sobre su reconocimiento por el Derecho internacional⁸⁸, e implica, al mismo tiempo, una cierta desconfianza ante la jurisdicción de otros países que puede conducir a graves abusos. De ahí que no sea aconsejable su utilización, a menos que aparezca contemplado en algún tratado internacional a la vez que

⁸⁶ Para un examen de estas modificaciones vid. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M. E.: “Comentarios a la Ley Belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, reformada el 23 de abril de 2003”, *REDI*, 2003, nº 2, pp. 834-848.

⁸⁷ Como señalan los siete Magistrados que suscribieron el Voto particular “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 étnica que es víctima del dicho delito, suprimimos en la práctica el principio de jurisdicción universal derogando lo dispuesto en el artículo 23.4 de la LOPJ” (F.J. 11º de la Sentencia del Tribunal Supremo).

⁸⁸ Se trata de un principio muy cuestionado por la doctrina. Vid. en este sentido: MANN, F.A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *RCADI*, vol. 111, 1964, pp. 91 y ss.; STERN, B.: “Quelques observations sur les règles internationales...” *loc. cit.*, p. 34. 64 ABAD CASTELOS, M.: “La actuación de la Audiencia Nacional Española...” *loc. cit.*, p. 54.

en el ordenamiento interno⁸⁹. Además, el recurso al criterio de personalidad pasiva no es coherente cuando se trata de crímenes de especial gravedad que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, de forma que su persecución no debería basarse en un vínculo de carácter nacional entre las víctimas y el Estado que lleva a cabo la persecución. En todo caso, como señala Remiro Brotons la justificación de este principio como base de jurisdicción se va a referir a supuestos en los que se podría acudir al principio de persecución universal “por lo que, una de dos, o está de más o hace de menos al principio de persecución universal”⁹⁰. En consecuencia, el Tribunal Constitucional viene a legitimar la doctrina desarrollada por la Audiencia Nacional en los últimos años en relación con los casos chileno y argentino, ya que en los Autos de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998 se considera que la presencia de españoles entre las víctimas se configura como un criterio de razonabilidad que hace que los tribunales españoles tengan un “interés legítimo” en ejercer su jurisdicción, circunstancia que no convierte a ese hecho en una base autónoma que habilitaría para su persecución y sanción.

3) La conexión con otros intereses nacionales

Por lo que se refiere al criterio basado en el interés nacional, el Tribunal Constitucional señala que si se admitiera la inclusión de este criterio en el apartado 4 del artículo 23, supondría reconducirlo al apartado 3 del mismo artículo, en el que se incluye el principio de protección de intereses. En virtud del principio de protección, un Estado puede ejercer su jurisdicción para la persecución y sanción de determinadas conductas, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad de los autores, siempre y cuando afecten a intereses esenciales como la seguridad del Estado. Si bien este principio es el que se presta a más abusos de todos⁹¹, goza de un reconocimiento generalizado⁹². Al amparo de esta base de jurisdicción, el artículo 23.3 de la LOPJ establece la jurisdicción

⁸⁹ CASSESE, A.: *International Criminal Law...*, *op. cit.*, pp. 283-284.

⁹⁰ *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad...*, *op. cit.*, p. 49. Para ORIHUELA CALATAYUD “su virtualidad en la lucha contra la impunidad debería apreciarse en el caso de convenios que no prevean la actuación al amparo del principio de universalidad o que previéndola no pudiera someterse a juicio al delincuente por falta de establecimiento de la legislación interna para ello y, además, la jurisdicción universal tampoco encontrara fundamento en el Derecho Internacional General” (“La cooperación internacional contra la impunidad...”, *loc. cit.*, p. 183).

⁹¹ Como señala GARCÍA ARÁN, M., se trata de “(...) una extensión de soberanía sólo ejercitable si resulta reconocida por el país competente por el principio de territorialidad, lo que plantea innumerables problemas si el autor se encuentra en otro país y éste deniega la extradición por considerar los hechos como delito político” (“El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial Español”, GARCÍA AMAN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D.: *Crimen Internacional y Jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 66).

⁹² BOWETT, D. W.: “Jurisdiction: changing patterns of authority...”, *loc. cit.*, pp. 10-11; MANN, F.A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *loc. cit.*, pp. 93-94; STERN, B.: “Quelques observations sur les règles internationales...”, *loc. cit.*, pp. 34-35.

española para conocer de una serie de delitos que afectan contra la seguridad del Estado: traición, delitos contra la paz o la independencia del Estado, rebelión, sedición, delitos contra el Jefe del Estado u otros miembros de su familia, atentado contra autoridades o funcionarios españoles, delitos contra la Administración Pública española. El listado se completa con otros delitos relativos a la falsificación de la moneda española y otras falsificaciones. El Tribunal Constitucional pone claramente de manifiesto que el fundamento y objetivo del principio de jurisdicción universal no se identifica con la protección de intereses esenciales del Estado. Así, se afirma que “la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (...) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto” (F.J. nº 9). Esta concepción viene también avalada, según el Tribunal Constitucional, por la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que se define la jurisdicción universal en materia penal como “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”.

Capítulo 2

HACIA UN PROGRAMA DE PROTECCIÓN A TESTIGOS, SUS ANTECEDENTES HISTORICOS

“No parece lejano el momento en el que se intente completar la Convención de Ginebra, para introducir en ella algunas mejoras sugeridas por los últimos acontecimientos; los hombres encargados de tal tarea deberán buscar necesariamente los medios más aptos para asegurar el cumplimiento del tratado. Por ello es oportuno suscitar el estudio de esta cuestión, y tal es el motivo que me lleva a comunicar hoy mis reflexiones personales sobre tal extremo”⁹³

I. GENEALOGIA DEL TESTIMONIO POR DOCUMENTOS, MONUMENTOS Y PARLAMENTOS.

Es importante señalar que este estudio nace a raíz de la situación, desconcierto y confusión creciente respecto a la configuración jurídica del orden mundial – como resultado de los fenómenos de globalización y de los trágicos hechos del 11 de septiembre del 2001 y de las guerras que le han sucedido- y su repercusión en las víctimas y testigos de las guerras que asolo al siglo XX y el actual.

En los últimos años ha emergido la categoría de los derechos humanos y de las jurisdicciones locales supranacionales destinadas a la protección de tales derechos⁹⁴. Es y ha sido controvertida: la institución de una jurisdicción obligatoria, de un tribunal penal de justicia internacional. Si bien se han dado pasos importantes como el establecimiento del Tribunal internacional para los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y aquel encargado de juzgar el tremendo genocidio que tuvo lugar en los años noventa en Ruanda que apuntan hacia un nuevo orden jurídico internacional, donde todavía hemos encontrado lagunas jurídicas como es la protección de los civiles que son los mayores damnificados en las guerras, tratándose no solo como víctimas de violación de sus derechos fundamentales sino también como los testigos directos, podemos reflexionar y

⁹³ Petit de Gabriel, Eulalia W. “*La propuesta de tribunal penal internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998). La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional, Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 2000, pp. 29-87. Preámbulo del proyecto de MOYNIER donde intenta suscitar un debate sobre el problema de la represión de las violaciones de la Convención de Ginebra tras la experiencia de la guerra franco-alemana de 1870.

⁹⁴ Kelsen, Hans. “La Paz por medio del Derecho”. Introducción: Massimo La Torre y Cristina García Pascual. “La utopía realista de Hans Kelsen”. Pag. 10.

señalar que aún nos falta mucho por recorrer. Es por eso que empezamos nuestro estudio histórico del testigo desde la antigüedad para posteriormente describir los antecedentes que dieron origen a los tribunales internacionales.

La palabra “testigo” proviene del latín *testis*, que designa al sujeto llamado a declarar según su experiencia directa acerca de la existencia y naturaleza de “los hechos investigados”, o indirecta respecto del relato de terceros representativo de los mismos sucesos cuya demostración se pretende lograr⁹⁵.

En el primer plano del testimonio *inmediato* u *originario*, durante la antigüedad clásica, Lisias, para acusar a Eratóstenes, presenta como testigos a los que oyeron al imputado compirar contra quienes querían que hubiese democracia en Atenas. Cuenta Homero que Aquiles después de señalar la meta de un torneo ecuestre sobre la llanura, apostó al lado de ésta como vigía a Fenix “para que fuera testigo de la carrera y declarara la verdad”⁹⁶.

En segundo plano del testimonio *mediato* o *vicario*, nos encontramos con el ejemplo dado por Heródoto que para narrar la historia de Egipto se atiene sustancialmente “a testimonios egipcios tal como los he oído”⁹⁷.

Ahora, *testis* es derivado de *testa*, que se refiere específicamente al ladrillo, a la teja, o a la cosa dura de *terra* o barro cocido; con un alcance amplio se empleaba por casco, caparazón o cráneo insepulto, que en alguna medida subsiste en el idioma español, porque “testa” es la parte superior de la cabeza desde el nacimiento del pelo hasta las cejas, en resumen, la frente. De manera que, atestiguar es ir “de frente”, “dar la cara” o el entendimiento acerca de lo escuchado, como los testigos de Lisias, o de lo visto,

⁹⁵ Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, p. 265; Von Feuerbach, *Tratado de derecho penal*, p. 350 y 351; Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 323 y 324.

⁹⁶ Rudi, Daniel Mario. *Protección de testigos y proceso penal*, 2002, Edit. Astrea. Lisias, *Contra Eratóstenes, uno de los Treinta*, párras. 42 y 43; Homero, *La Iliada*, canto XXIII, v. 355 a 365.

⁹⁷ Rudi, Daniel Mario. *Protección de testigos y proceso penal*, 2002, Edit. Astrea. Herodoto, *Historia*, L. II.99 y siguientes. Esta modalidad testifical, más allá de que sea prueba de otra prueba, lo cual disminuye en principio su eficacia demostrativa, aparece como un medio supletorio de utilidad siempre que no sea desvirtuado por otros elementos de juicio, para determinar los “hechos muy antiguos” que son aquellos respecto de los cuales ya no es posible encontrar un testigo directo por el fallecimiento de todos en virtud de su antigüedad, quedando sólo en pie las narraciones que efectuaron acerca de ellos. En el ejemplo histórico, gracias a los relatos de los sacerdotes conocemos quién fue el primer rey y los treientos treinta nombres de los faraones sucesores en el Antiguo Egipto.

como el testigo de Aquiles, con la pretensión de que la narración sea valorada como algo sólido, cierto, como lo es la tierra o el mundo exterior⁹⁸.

A este fin, al *testor* se lo indaga con minuciosidad, para que *con-teste* las preguntas mediante la *pro-testa*, que es la declaración en voz alta o pública, bajo el apercebimiento de la *de-testación*, es decir, de repudiarlo tomando a los dioses como testigos. En la hipótesis de que el *pro-testo* sea inútil por su testa-dureza para alcanzar la verdad, el *testifícor* es dejado *ab in-testato*, abandonado a la intemperie. Por todo lo cual, semánticamente no sólo las testas humanas (rastros morales de los sucesos), sino también las cosas (rastros materiales de los acontecimientos), pueden brindar los testimonios acerca de los hechos pasados e interesantes del mundo físico, para el posterior juicio de valor de las causas u objetos investigados con esas fuentes informativas en el mundo jurídico, aplicando el derecho sustancial y procesal⁹⁹.

- 1) *Primer ejemplo*. El *testa-mento* es el testimonio instrumental o *documento* de la última voluntad del *testa-dor*, respecto de la disposición de todo o parte de su patrimonio, para después de la muerte. Es decir, el legislador descarta el testamento nuncupativo o hecho de viva voz, “porque juzgamos imprudente ...confiar...las últimas disposiciones, comúnmente muy importantes, a la incertidumbre o la fragilidad de la memoria de los testigos, cuando sean muchas las disposiciones del testador, y a todos los peligros de la prueba testimonial”.
- 2) *Segundo ejemplo*. Las cosas inanimadas o *monumentos*, de las cuales se deducen la verdad de un hecho, como las muestras-testigos para el análisis químico de los plurales productos ilícitos de la *cannabis*. Si hay menos de diez paquetes, todos ellos se someten a muestreo; si hay entre diez y cien paquetes, deberán

⁹⁸ Rudi, Daniel Mario. *Protección de testigos y proceso penal*, 2002, Edit. Astrea. Sin necesidad de apelar a la estructura de la prueba judicial, la noción social del testimonio advierte la inidoneidad de la categoría del testigo *anónimo* como prueba *mundana* aceptable de la producción de los hechos en determinado sentido, pues el hombre común sabe perfectamente que no convencería a nadie invocando al versión de alguien que permanece *in-testa-do*. El *me dijeron tal cosa o tal otra*, no explica absolutamente nada con certeza, pues las fuentes indeterminadas causan entre la gente la circulación del *runrún* de las voces confusas o rumores (desinformación) y de las noticias insignificantes acerca de alguien o *chismes* (subinformación)

⁹⁹ Rudi, Daniel Mario. *Protección de testigos y proceso penal*, 2002, Edit. Astrea. Pag. 30 “Oderigo, El lenguaje del proceso, p. 28 a 32.”

seleccionarse al azar diez de ellos igual a la raíz cuadrada del número total de paquetes redondeada al número entero inmediato superior¹⁰⁰.

Dentro del mismo paradigma, las cosas aportaron el testimonio de las leyes vigentes a quienes las consultaban, es decir, los monumentos con-memorativos cumplieron la función de la publicidad. En efecto la escritura cuneiforme de los textos del Código de Hamurabi (alrededor de 1700 a. C.) era accesible para las personas que sabían leer, gracias al auxilio de una losa de basalto negro de 2,25 m de alto por 1,90 m de ancho, o estela, con las figuras del emperador Hamurabi y del dios de la justicia, Shamash, grabadas en la parte superior, e instalada en un templo de Babilonia, porque la escritura en piedra tenía un carácter sagrado. La misma tradición la encontramos en la Biblia¹⁰¹.

La modalidad de las tablas de la ley permitía su conocimiento público, con lo cual este testimonio aportaba el valor de la seguridad jurídica a los miembros de la sociedad. Tengase a la vista que, cuando los códigos eran secretos para la mayor parte de los ciudadanos, estaban inseguros acerca del alcance de las restricciones a la libertad que imponían y de ser juzgados por los mismos.

Añadimos que el proceso de generalización o uniformidad del derecho sumerio (al igual que el derecho romano), en un Estado universal que subordina una serie de Estados y leyes parroquiales, es la clave para que fuese tomado por las civilizaciones sucesoras, como una ley ecuménica de los países sin soberanía o fragmentos de Estado, aun cuando el Estado sumerio se desplomó después de la muerte de Hamurabi¹⁰². Es más, todo el desarrollo constitucional de la Antigüedad se mueve entre los polos del Estado-universal y de los Estados-

¹⁰⁰ Naciones Unidas, *División Estupefacientes, Métodos recomendados para el ensayo del Cannabis. Manual para uso de los laboratorios nacionales de estupefacientes*, p. 17 a 19.

¹⁰¹ *Exodo*, 31:18 “Después de hablar con Moisés en el Monte Sinaí, le dio las dos tablas del Testimonio, tablas de piedra, escritas por el dedo de Dios”; *Exodo*, 34:1-29 “Dijo Yahveh a Moisés : “Labra dos tablas de piedra como las primeras, sube donde mí, al monte y yo escribiré en las tablas las palabras que había en las primeras tablas que rompiste...”.Luego, bajó Moisés del monte Sinaí... con las dos tablas del Testimonio en su mano”.

¹⁰² Toynbee, *Estudio de la Historia. Compendio V-VIII, t. II, p. 361 a 368*; Moorhouse, *Historia del alfabeto*, p. 79 a 101 y 255 a 256; Castro Dassen – Sanchez Gonzáles, *Código de Hamurabi. Antecedentes históricos y arqueológicos. Transcripción. Valoración filosófica*, p. 18 a 24; Bengtson (comp.) *Griegos y persas. El mundo mediterráneo en la Edad Antigua*, I en “*Historia Universal Siglo Veintiuno*”, vol. V, p. 344 a 345; Sanchez Viamonte, *las instituciones políticas en la historia universal*, p. 47 a 53; Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia*, t. I, p. 52 a 55.

ciudades, ya que la causa principal de una administración centralizada o dividida estaba dada por la mayor o menor proporción entre la extensión del territorio a dominar y los medios de control material y culturales disponibles¹⁰³.

- 3) *Tercer ejemplo*. El dios-testigo que aparece en los tratados de soberanía del mundo oriental desde el segundo hasta el primer milenio antes de Cristo, que corresponde compararlos con las alianzas bíblicas, porque los hebreos utilizaron este lenguaje jurídico para expresar su relación con el Dios salvador del Éxodo, que hizo su alianza con Israel, y prometió protegerlos para siempre.

Los pactos son documentos pasados por escrito que al permitir su lectura periódica, aseguran su imperatividad¹⁰⁴, y el cumplimiento se garantiza con la enumeración de los dioses-testigos de la alianza entre dos contratantes, que los premia y castiga por sus fidelidades e infidelidades mutuas. Por esto, en los tratados se registraban las invocaciones a los dioses-testigos, entre otros, de los cielos y la Tierra. Así Moisés en la Alianza sinaítica, como previsión de las posibles inconductas humanas, pone de testigos al Cielo y a la Tierra, expresiones de la gloria y bondad divinas, por cualquier pleito entre Dios y su pueblo¹⁰⁵.

Conforme este linaje, en el régimen de los testimonios personales del antiguo y del moderno derecho procesal patrio, hallamos una aplicación del ancestral precepto del “dios- testigo”, aunque en los cuerpos contemporáneos el juramento por Dios de los deponentes como respuesta solemne al requerimiento del magistrado de decir la verdad, subsiste como alternativa, respetando las convicciones religiosas o la ausencia de ellas, que se ajusta al modelo constitucional de juramento del gobernante en garantía del fiel cumplimiento de

¹⁰³ Hintze, *La configuración de los Estados y el desarrollo constitucional*, en “Historia de las formas políticas”, p. 15 a 33.

¹⁰⁴ En la Alianza sinaítica, “vino, pues, Moisés y refirió al pueblo todas las palabras de Yahveh y todas sus normas. Y todo el pueblo respondió a una voz: “Cumpliremos todas las palabras que ha dicho Yahveh”. Entonces, escribió Moisés todas las palabras de Yahveh; y levantándose de mañana, alzó al pie del monte un altar y doce estelas por las doce tribus de Israel”. (*Éxodo*, 24: 3-4).

¹⁰⁵ “Cuando hayas engendrado hijos y nietos y hayáis envejecido en el país,... si haceis lo malo a los ojos de Yahveh, tu Dios, hasta irritarle, pongo hoy por testigos contra vosotros al Cielo y la Tierra” (*Deuteronomio*, 4:25-26), concordancia: “Oíd, cielos, escucha, Tierra, /que habla Yahveh; / Hijos crié y saqué adelante, / y ellos se rebelaron contra mí” (Isaías, 1:2); CROATTO, *Historia de la salvación. La experiencia religiosa del pueblo de Dios*, p. 50 a 61.

su mandato (“Al tomar posesión de cargo el presidente y vicepresidente prestaran juramento ... respetando sus creencias religiosas de: “desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo... y observar y hacer observar fielmente la Constitución”- art. 93 Const. Nacional de Argentina).

II. ANTECEDENTE HISTÓRICO DE PROTECCION A TESTIGOS – EL PROCESO DE LA REINA MADRE MARÍA ANTONIETA EN FRANCIA.

Uno de los antecedentes de protección de testigos es sin duda del siglo XVIII, el proceso de la Reina María Antonieta. El emperador de Austria, hermano de María Antonieta, le escribe en una ocasión: “Usted, amable y joven persona, que no piensa más en frivolidades y ropas y que no lee más de un cuarto de hora al mes, reaccione usted al momento, sin pensar. Tiemblo por la felicidad de su vida. A la larga la involución será cruel si no la prepara usted.” Estos reproches, junto con los de su madre, no son escuchados. El Emperador decide entonces viajar a Versalles, para convencer al Rey de que se opere y consume el matrimonio como posible remedio a la situación, pero ya ha transcurrido mucho tiempo. Si tuvo éxito con el Rey tratando de que tuviera un hijo, no logró “adiestrar” a su hermana. Una vez abandonada la Corte de Francia, su hermana regresa a la vida silenciosa y falta de contenido. Da a luz una niña que no cambia su actitud y el pueblo comienza a llamarle, despectivamente, la *Austriaca*, por la imagen desfavorable que se ha ganado optando por una errónea política exterior.

Los pasquines y panfletos la presentan como una mujer viciosa y perversa, que hace el amor con toda clase de hombres y mujeres, lo que afecta a la decencia de la familia Real. Da a luz a dos varones de los que se duda la paternidad, lo que favorece las pretensiones del hermano y primos del Rey. La monarquía absoluta, la monarquía de Derecho Divino, se pone en peligro.

Consciente del odio que suscita, el asunto del collar será una dolorosa revelación para ella. Dos joyeros solicitan a la Reina el pago de un collar que dice no haber recibido nunca. Ella acusa al cardenal de Reims como responsable de todo, confiando al Parlamento del país la solución del problema. Se demuestra que el cardenal fue engañado entregando el collar a una dama de la Corte que se hizo pasar por la Reina siendo absuelto pero apartándosele de la Corte y condenándose a la dama en cuestión.

Esta, marcada a hierro, escapa a Londres donde escribe una memoria que atestiguan sobre la vida de la Reina que, definitivamente, pierde cualquier posibilidad de salvación frente a la opinión pública.

Tras la crisis económica llega la política y María Antonieta se convierte en el blanco de todos quedándole pocos fieles. En las diferentes acciones y propuestas que se presentan para salvar la situación ella sólo ve malas intenciones contra su persona. Se acerca al Partido Aristocrático como último apoyo frente a los Reformadores que, más adelante, serán los Revolucionarios.

Dos días después del asalto de la Bastilla, la Corte se va diezmando con las huidas de unos y otros. En las reuniones que se mantienen para salvar la situación, María Antonieta se niega a que el rey parta y organice una contra-revolución confiando en las tropas de Flandes. La turba acude a Versalles y se encierra a los monarcas en Las Tullerías. El Rey se enfrenta a la Asamblea. Las fuerzas revolucionarias toman las Tullerías y se retiene a la Familia Real por la fuerza, la Monarquía es abolida y se proclama la República.

Robespierre solicita el enjuiciamiento de la Reina, presentándola como la causa de todos los males, y se le separa de su marido e hijo enviándola a un lugar con peores condiciones. Se le acusa de intereses contrarios a Francia, de dilapidar las arcas públicas y de responsabilizar de ello a terceras personas inocentes, de mantener relaciones incestuosas con su hijo siendo, además, poco más o menos que el alma de la contra-revolución.

El juicio comienza el 14 de octubre de 1793 en la primera habitación del Palacio de Justicia de París. Los debates durarán dos días. El juicio de Luis XVI duró dos meses. Los defensores de la reina no tienen tiempo de reunir pruebas. ***El tribunal usa entonces testimonios. En dos días desfilan 41 testigos los cuales fueron debidamente protegidos dada la situación y el proceso.*** Los defensores entran en la escena. Antes de 1790 eran abogados en el Parlamento. Troncos de Gonday era partidario de una Monarquía Constitucional. Chauvan Lagarde era partidario de un régimen republicano. Chauvan Lagarde muere en 1816 después de publicar el resumen

del juicio, casi el único documento que poseemos sobre eso. Los dos han defendido realmente a la Reina y han sido detenidos justo después del juicio.

El día 16 de octubre a la una de la mañana, María Antonieta intenta fugarse de la prisión en coche. Descubierta la fuga, es guillotizada a las doce del mediodía. **El juicio fue una parodia de Justicia, un juicio político, donde los defensores nada pudieron hacer siendo, incluso, amenazados de muerte y detenidos. Eran dos verdaderos profesionales.**

III. PROPUESTA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE GUSTAVE MOYNIER (1872).

El 3 de enero de 1872 Gustave Moynier¹⁰⁶ presentó en Ginebra ante el Comité Internacional de la Cruz Roja un proyecto relativo a la creación de una institución internacional encargada de juzgar los supuestos de violación de la Convención de Ginebra de 1864 y de sus artículos adicionales. El citado proyecto contenía un largo preámbulo y diez breves artículos adicionales (Revista N° 11 28/01/1872 *Bulletin international des sociétés des secours aux militaires blessés*).

Con este proyecto se pretende divulgar una propuesta a todas aquellas personas implicadas en los Comités centrales de las sociedades de socorro a los militares heridos. Así también se pretendía suscitar un debate sobre las ideas contenidas en el proyecto de Gustave Moynier: la sanción de las violaciones de la Convención de Ginebra de 22 agosto de 1864, relativa a la mejora de la suerte de los soldados heridos y enfermos en campaña.

Moynier manifiesta la creación de una jurisdicción internacional, además del carácter de sanción del caso concreto, se presenta como “destinada a garantizar la aplicación del Convenio de Ginebra de 1864 y de sus artículos adicionales” (toma como antecedente doctrinal la teoría de Feurbach sobre la función de prevención general de la norma penal).

¹⁰⁶ Gustave Moynier (21 de septiembre de 1826 - 21 de agosto de 1910) en Ginebra, era un jurista suizo. Fue presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, que había fundado con Henry Dunant, el general Dufour y los doctores Louis Appia y Théodore Maunoir. En 1873, fundó (con Gustave Rolin-Jaequemyns) el Instituto de Derecho Internacional (que vio el día en Gand).

Como modelo y antecedente de tribunal que toma en cuenta Moynier es: el caso de *Alabama* entre Reino Unido y Estados Unidos: por el que se conforma un *tribunal arbitral* por el Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871, que tuvo una sentencia de 14 de septiembre de 1872. Este tribunal arbitral cuenta con la presencia de tres neutrales y uno de cada parte (no es un tribunal de carácter permanente).

La determinación de la pena no se encuentra ni en los textos humanitarios ni en la propuesta de Moynier, salvo de forma indirecta mediante la remisión de un tratado posterior (art. 5). En cambio si trata Moynier la cuestión de la indemnización por daños y perjuicios (art. 7).

Con respecto a la jurisdicción penal para hacer efectiva la responsabilidad individual si bien no se establece se deduce de los arts. 6 y 7.

Los gobiernos no tendrían nada de que temer a estos tribunales, puesto que ellos nunca serian directamente encausados.

Toda iniciativa con respecto al procedimiento queda en manos de los Estados parte en el conflicto; ni siquiera el tribunal puede actuar de oficio.

Problemas no resueltos por la propuesta de Moynier.

Básicamente estarían textos de tipificación de acciones (derecho de Ginebra y de la Haya), tratado de creación del tribunal y tratado de determinación de penas. Además, la Convención de 1864 se aplica incluso en los casos en que no todos los beligerantes sean partes en la misma (exclusión de la cláusula *si omnes*), mientras que la propuesta de Moynier requiere que ambos beligerantes sujetos al tribunal deben ser partes en la Convención de 1864.

En esta primera aproximación si bien se hace referencia a las víctimas en ningún momento nos habla de los testigos de estos crímenes de guerra como tampoco el procedimiento para protegerlos.

Reacciones 1872 -1895.

Hubo una serie de críticas sobre todo a la falta de un sistema de ejecución garantizada de las decisiones del tribunal; la falta de legitimación expresa de los miembros de las sociedades de socorro; la falta de cooperación de los Estados en materia de justicia penal (mas aún tratándose de temas como la protección de los testigos que en su mayoría llegarían a ser también víctimas); dificultades en la atribución y realización de la responsabilidad pecuniaria del Estado.

Los sucesivos debates estarán enmarcados en la obligación expresa de tipificar y sancionar en derecho interno las violaciones de la Haya; una puesta en práctica mixta, con una fase de instrucción en manos de una comisión internacional, permaneciendo la competencia jurisdiccional en manos de los Estados soberanos.

El Instituto de Derecho Internacional (IDI).

El IDI en 1895 decidió discutir sobre el tema de la sanción a las violaciones de la Convención de Ginebra. La discusión en el plenario del Instituto se caracterizó por la ausencia de los relatores. De esta discusión surgieron tres modelos distintos: el de Moynier (modelo contenido en el proyecto aprobado por la IV Comisión), el de Lammasch (un Estado solicita una investigación a otro por intermediación de un Estado neutral, pero la investigación la realiza el Estado solicitado), y el de M. Den Beer Poortugael (creación en tiempo de paz de una comisión de encuesta permanente, destinada a trabajar en tiempo de guerra). Martens sugirió que por su carácter no gubernamental y sus funciones humanitarias, el Comité Internacional de la Cruz Roja fuera el encargado de nombrar en cada conflicto los delegados neutrales que habrían de encargarse de la encuesta siempre con el apoyo del beligerante examinado.

El proyecto finalmente aprobado recoge en cuatro artículos las siguientes ideas:

- a) La obligación de los Estados partes de elaborar una ley penal que sancione las violaciones de la Convención de Ginebra (art.1).
- b) Obligación de comunicar tal ley – así como cualquier modificación ulterior – al presidente de la Confederación suiza en un plazo de tres años (art. 2).
- c) Posibilidad de que un Estado comunique a otro una solicitud de investigación de una violación, comunicación realizada a través de un Estado neutral, siendo

realizada a través de un Estado neutral, siendo realizada la investigación por el Estado solicitado (art. 3).

Hemos visto una profunda evolución donde no se observa ningún atisbo de protección a los testigos. Lo que si podemos resaltar es la idea original de Gustave Moynier que en 1872 apostaba por una solución totalmente internacional al problema de las violaciones de la Convención de Ginebra (tipificación internacional, jurisdicción internacional y determinación de la pena internacional) hasta el proyecto adoptado por el IDI en el que se consagra el principio de tipificación y jurisdicción nacional absoluta, pues la participación de personas independientes en una investigación, como son los miembros del Comité Internacional de la Cruz Roja, sólo se contempla como una recomendación.

El tratado del Derecho Humanitario y la respectiva sanción de sus violaciones.

Considerando que los Estados no tendrían confianza en un tribunal internacional permanente, en 1902 Roszkowski se inclinaba por un tratado de uniformización de las penas y del procedimiento sancionador de las violaciones de la Convención de Ginebra. Éste, no obstante, quedaba en manos de los Estados: si las infracciones son cometidas por militares, la jurisdicción competente será la militar, si son cometidas por civiles, serán competentes los tribunales ordinarios. Si la acusación es dirigida por un Estado contra otro, el asunto será sometido al arbitraje, a una comisión asignada *ad hoc*.

Estas contraposiciones entre una solución nacional y por otra la internacional al problema de la represión de las violaciones del derecho humanitario volverá a surgir durante la Conferencia que elaboró la Convención de Ginebra de 1929, relativa a la mejora de la suerte de los soldados heridos y enfermos en campaña. Este tratado mejora la solución de 1906 sumando la represión nacional, se prevé a su vez la creación de una comisión de encuesta en caso de queja de uno de los beligerantes. Si la encuesta demuestra la existencia de una violación, el beligerante implicado debe ponerle fin y ejercer la represión penal debida.

Desde un ámbito material se amplía la obligación de tipificación y represión de “actos de pillaje y malos tratos, así como la usurpación de insignias militares o de la Cruz Roja” a “cualquier acto contrario a las disposiciones de la Convención”. En todos estos apartados no se menciona en ningún momento a los testigos, solo se hace referencias a

las víctimas que para nuestro estudio es de gran importancia, porque nos demuestra la importancia que tiene sobre todo tratándose de guerras donde la gente más damnificada es la civil.

Las consecuencias de la Primera Guerra Mundial.

La Primera Guerra Mundial nos demuestra la falta de disposición relativa a la sanción de las violaciones en el Derecho de la Haya. De esta forma se vuelven a barajar posibilidades de sanción nacional e internacional. Este tribunal estaría integrado por representantes de todos los Estados, y no sólo por representantes de los beligerantes. El Comité Internacional de la Cruz Roja tendría una competencia de instrucción, así como la legitimación activa para iniciar el procedimiento ante el Tribunal. Para Paul Fauchille (1920) los Estados deberían concluir un tratado internacional que estableciera claramente la *responsabilidad personal* de los culpables de violaciones de las leyes de la guerra, así como las penas en las que los individuos podrían incurrir.

El Tratado de Versalles, en su artículo 228, prevé la jurisdicción de los tribunales aliados para conocer las causas contra los inculpados de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, en razón de un título de competencia de personalidad pasiva (nacionalidad de la víctima). En el supuesto de que existieran víctimas de varias nacionalidades en una causa, se habría de constituir un tribunal mixto. Si bien no existe una aproximación propiamente dicha de la protección del testigo si nos hace entender indirectamente la protección que debe tener la víctima, que para nuestro estudio es de gran importancia.

Este mismo Tratado Versalles establecía asimismo en su artículo 227 que el Kaiser Guillermo II debía ser juzgado por un tribunal internacional, compuesta por cinco jueces designados por los aliados (Estados Unidos, Imperio Británico, Francia, Italia y Japon). Se le acusaba de ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados, aunque nunca se llegó a juzgar al Kaiser.

Estas propuestas fueron muy criticada desde diversos extremos: irresponsabilidad del soberano y privilegio de la inmunidad, principio de irretroactividad de la ley penal, prohibición de los tribunales especiales, no pre constituidos, etc.

La Comisión creada el 25 de enero de 1919 por la Conferencia de paz presentó sus conclusiones el 19 de marzo del mismo año y en ellas optaba por una solución distinta, consideraba que la responsabilidad penal individual por violación de las leyes y costumbres de la guerra debía extenderse a toda la cadena de mando, con independencia del rango o del hecho de ejercer la soberanía, no sólo por actos positivos de violación de las normas sino también por conductas omisivas. En concreto, eran responsables penalmente aquellas personas que, teniendo conocimiento y poder para intervenir, se hubieran abstenido de evitar, no hubieran tomado las medidas necesarias para evitar, se hubieran abstenido de poner fin y de reprimir las citadas violaciones. Con ello se estaban sentando las bases para un futuro desarrollo de la responsabilidad penal individual, pero en ningún momento se ve atisbos de una protección oportuna de las víctimas civiles una vez terminada la contienda como tampoco trasciende un PPT.

Estados Unidos y Japón formularon sus reservas oponiéndose con especial referencia: alegaba la inmunidad del Jefe del Estado, aunque sólo mientras ejerciera sus funciones; no admitía que la responsabilidad del superior pudiera llegar hasta las violaciones por omisión; se oponía a la fórmula recomendada por la Comisión para conocer tales violaciones, por considerar que violaba el principio de legalidad penal y del tribunal preestablecido.

La Comisión nombrada por la Conferencia de paz preliminar elaboró una propuesta de Alto Tribunal Penal Internacional. Dicho tribunal estaría conformado por 20 miembros: tres miembros por cada uno de los siguientes Estados: Estados Unidos, Imperio Británico, Francia, Italia y Japón; Bélgica, Grecia, Polonia, Portugal, Rumanía, Servia y Checoslovaquia, nombrarían cada uno un miembro del tribunal. Estos serían designados a su vez por sus respectivos gobiernos.

El derecho aplicable estarían basados en los principios del derecho de las naciones, tal y como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de los dictados de la conciencia pública¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Petit de Gabriel, Eulalia W. *“La propuesta de tribunal penal internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998). La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional, Consejo General del Poder Judicial.* Madrid, 2000, pp. 29-87. Sin mencionarla expresamente, la Comisión se está refiriendo a la Clausula MARTENS, que figura en el preámbulo de las Convenciones de La Haya como cláusula de cierre y

La pena sería fijada por el tribunal de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento interno de cada país representado en el tribunal o del Estado del que es nacional el acusado. El tribunal establecería su propio procedimiento. Podría actuar en salas de al menos cinco jueces, y podría solicitar de cualquier tribunal nacional que asuma la competencia de la instrucción del procedimiento o incluso del juicio y la sentencia. El tribunal podría designar expertos que le asesoren durante el juicio. En el hipotético caso de que el tribunal nacional hubiera sido designado para llevar a cabo la fase de la instrucción es posible que se podría haber activado un sistema de protección a víctimas y testigos y de esta forma hubiera visto los inicios de un PPT, aspecto que no sucedió.

La labor de seleccionar los casos que deberían ser juzgados por el tribunal, así como el de dirigir las acusaciones ante el mismo, sería llevada a cabo por una Comisión Fiscal compuesta de cinco miembros nombrados por Estados Unidos de América, Imperio Británico, Francia, Italia y Japón. Cualquier otro gobierno podría nombrar un representante. Los Estados comunicarían al Tribunal, a través de la Comisión fiscal, su voluntad de que sea enjuiciado un acusado que se encuentre a su disposición. Ningún tribunal nacional podría juzgar a una persona, cuya causa estuviera abierta ante el tribunal internacional. Ninguna tribunal nacional o domestico podría juzgar a una persona cuya causa estuviera abierta ante tribunal internacional. Ninguna persona juzgada por el tribunal internacional podría ser juzgada por un tribunal nacional por los mismos cargos; y por último ninguna sentencia de un tribunal enemigo podría evitar el juicio bien por el tribunal internacional o por un tribunal nacional de uno de los Aliados o de sus Estados asociados.

Todo este diseño estuvo muy lejos de ser recogido en el Tratado de paz de Versalles, pero supone un nuevo intento de consolidar una Jurisdicción Penal Internacional, aunque nuevamente de carácter ad hoc.

La Sociedad de Naciones (1920-1937).

Es importante detenernos en dos iniciativas, que tenían posibilidad de prosperar, por que estuvo gestada en el seno de una Organización internacional intergubernamental.

que somete al imperio de ciertos principios humanitarios básicos todas aquellas situaciones no previstas expresamente en el texto de las mismas.

Dos proyectos presentados en el marco de los trabajos de la Sociedad de Naciones, en 1920 y en 1930, respectivamente.

El proyecto de 1920 prevé la creación de una Alta Corte de Justicia Internacional distinta a la Corte Permanente de Justicia Internacional, y encargada de juzgar los crímenes que constituyan una violación del orden público internacional o del derecho internacional universal. Los asuntos deben serle enviados por el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de las Naciones. El tribunal tendría la competencia de definir la naturaleza de los crímenes, fijar la pena, y decidir los medios más adecuados para ejecutar sus sentencias. Tendría competencia para elaborar sus propias normas de procedimiento. Al crearse el procedimiento hubiera sido factible crear un PPT en espacial tratándose también de las víctimas.

En 1937 se elaboro dos proyectos en la Sociedad de Naciones el primero en el marco de la prevención de y la lucha contra el terrorismo elaboro un proyecto, donde se establecía fundamentalmente los tipos delictuales y la obligación del Estado de juzgar y extraditar. Y el segundo proyecto instituía la Corte penal internacional. Este segundo era dependiente del primero en el sentido de que la denuncia del Convenio para la represión del terrorismo llevaba aparejada la del Convenio que instituía el tribunal. Para acceder a este convenio era necesario ser parte en general del terrorismo.

La creación de este tribunal se presentaba como un instrumento alternativo y subsidiario para cumplir la obligación de los Estados de juzgar o extraditar. El Estado en cuyo poder se encontraba el terrorista podía remitir el asunto al Tribunal Penal Internacional, en lugar de juzgarlo él mismo; si decidía extraditar, y el Estado que solicitaba su entrega también era parte en el tratado que instituía la Corte, podía remitir el inculpado a ésta (art. 3 de la Convención para la Creación de un Tribunal penal internacional).

El tribunal estaría compuesto de cinco jueces titulares y cinco jueces suplentes, todos ellos de nacionalidades diferentes (art. 5); tendría carácter *permanente*, aún cuando sólo se reuniría cuando tuviera asuntos pendientes (art. 2). Su competencia será facultativa o voluntaria, puesto que la legitimación activa la detentan los Estados y éstos no tienen la obligación de remitirle un asunto determinado (art. 3 antes citado). El derecho aplicable serían las normas penales de fondo del Estado en cuyo territorio se cometió la

infracción: si hubiera dudas, la Corte decidiría sobre la ley aplicable (art. 17) La acusación no es ejercida necesariamente por el Estado que introduzca el asunto ante el tribunal conforme al art. 3, sino tan solo de forma subsidiaria si no la ejercen ni el Estado en cuyo territorio tuvo lugar el acto. Los particulares no tendrían acceso directo al tribunal, pero la función del mismo es proteger al individuo, por lo que se le llega a reconocer el derecho, una vez introducido el caso por un Estado, de constituirse en parte civil, con pleno acceso a todo el expediente.

La convención para la institución de un Tribunal penal internacional fue adoptada por una Conferencia internacional el 16 de noviembre de 1937, y firmada por trece Estados. Desgraciadamente, la sucesión de acontecimientos posteriores impidió la entrada en vigor de la misma y, por tanto, la existencia de este tribunal penal internacional para la represión del terrorismo.

IV. LA JURISDICCION PENAL INTERNACIONAL UNA TEORIA PROPUESTA POR HANS KELSEN.

Hasta aquí hemos visto como la idea de instituir un Tribunal Internacional Penal de carácter permanente con competencia para el juzgamiento de crímenes de derecho internacional, se hizo el primer intento de su creación (siglo XIX), el propio Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Ya en el siglo XX, se generaron una serie de esfuerzos tanto en la esfera pública como privada, tendientes a conseguir el fin anotado.

Es así que, luego de terminada la Primera Guerra Mundial¹⁰⁸ y en el marco de las organizaciones internacionales se realizaron varios intentos en este sentido, entre los cuales tenemos:

¹⁰⁸ En la Primera Guerra Mundial lucharon 65,8 millones de soldados, de los que murieron más de 1 de cada 8, un promedio de 6.046 hombres muertos cada día de los cuatro años que duró.¹⁰ A consecuencia de esta guerra cayeron cuatro imperios -el alemán, el austrohúngaro, el ruso y el otomano- y tres grandes dinastías, los Hohenzollern, los Habsburgo y los Romanov. Se calcula que la guerra produjo aproximadamente ocho millones de muertos y seis millones de inválidos. Francia fue el país más afectado proporcionalmente: 1,4 millones de muertos y desaparecidos, equivalentes a un 10% de la población activa masculina, acompañado por un déficit de nacimientos. El estancamiento demográfico francés se prolongó, con un envejecimiento de la población que sólo logró crecer con la inmigración. El norte francés estaba en ruinas: casas, puentes, vías férreas, fábricas, etc.

- a) El Comité Internacional de Juristas encargado de elaborar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sostuvo en su Resolución de 24 de julio de 1920 (Art. 3), que esta Corte debe ser competente para juzgar los crímenes internacionales que violan el orden público internacional o el Derecho Universal de las Naciones.
- b) En 1937 como documento anexo a la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo, se incorporó un Estatuto para instituir una Corte Penal Internacional permanente con competencia para juzgar los crímenes que se tipificaban en dicha Convención.

Con respecto a estos dos intentos de instituir un órgano penal internacional permanente, cabe destacar que sus resultados fueron fallidos.

Pese al fracaso de estos esfuerzos, se generaron desde instancias particulares una serie de proyectos para la creación de un órgano de justicia internacional penal permanente, entre los cuales tenemos: el Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional elaborado por el Comité de la Asociación de Derecho Internacional Penal de 1927; el Proyecto de Estatuto para instituir una sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia de la Haya, elaborado el 16 de enero de 1928 por el Prof. V.V. Pella de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Es importante señalar que el libro de Hans Kelsen “La paz por medio del derecho”, escrito antes de finalizar la Segunda Guerra Mundial, prepara el terreno para el juicio de Núremberg, donde la principal imputación contra los jefes nazis era justamente la “guerra de agresión” como crimen contra la paz¹⁰⁹.

Hans Kelsen desmitifica el hecho de que “la mayoría de los tratadistas de derecho internacional sostienen que los crímenes de guerra constituyen solamente transgresiones penales contra el derecho nacional, y que sólo tienen un carácter *municipal*, ya que el derecho internacional no dispone el castigo a los delincuentes”, si bien las violaciones de

¹⁰⁹ Argumentando a favor de un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, este libro contribuyó al nacimiento de las Naciones Unidas organización que influyentes consejeros del Pentágono quieren hoy sustituir por coaliciones voluntarias, llevando el derecho internacional a la situación de precariedad y de sujeción a la prepotencia del más fuerte característica de los años anteriores a la Primera Guerra Mundial.

las reglas internacionales de la guerra son actos del Estado, no poseen de acuerdo con el derecho positivo actual, carácter “penal”, ya que los perpetradores no son punibles según el derecho penal nacional; pero son entuertos internacionales por los cuales es responsable el Estado, es decir, que son pasibles de sanciones que pueden ser interpretadas como “castigo”. Si las violaciones de las reglas de la guerra no son actos del Estado, y si son al mismo tiempo delitos de acuerdo con el derecho nacional, poseen un doble carácter; son transgresiones penales contra el derecho internacional y el derecho nacional al mismo tiempo. Es cierto que el derecho internacional general no determina directamente la pena que debe imponerse al criminal. Pero el derecho internacional obliga a los Estados cuyos súbditos, como miembros de sus fuerzas armadas, han violado las leyes de la guerra, a castigar a los criminales; y el derecho internacional general autoriza a los beligerantes a castigar a un súbditos, como miembros de sus fuerzas armadas, han violado las leyes de la guerra, castigar a los criminales; y el derecho internacional general autoriza a los beligerantes a castigar a un súbdito enemigo que ha caído en manos de sus autoridades como prisionero de guerra por haber violado, con anterioridad a su captura, las leyes de la guerra. Con respecto a esa autorización para castigar a los criminales de guerra enemigos, los crímenes de guerra son definidos generalmente como “los actos hostiles o de otra clase de los soldados o de otros individuos que pueden ser castigados por el enemigo al capturar a los delincuentes”. Esta definición no es muy exacta, puesto que se refiere únicamente a los crímenes de guerra en su relación con el enemigo y pasa por alto el hecho de que los crímenes de guerra son también transgresiones en relación con el Estado cuyos súbditos han cometido los crímenes, que esos crímenes son determinados directamente por el derecho internacional y que el Estado patrio de los delincuentes está obligado (y no solo autorizado, como el enemigo) por el derecho internacional a castigar a los criminales. Al obligar a los Estados a castigar a sus propios criminales de guerra y al autorizar a los Estados a castigar a sus propios criminales de guerra enemigos, el derecho internacional dispone, por lo menos indirectamente, el castigo de los criminales de guerra: deja a cargo del derecho nacional la especificación de las penas; ni siquiera la pena de muerte esta excluida del derecho internacional. En consecuencia, es incorrecto hablar de “ausencia de crímenes de guerra internacionales”. La obligación de los Estados de castigar a sus propios criminales de guerra no es más que una consecuencia de su obligación general de ejecutar el derecho internacional dentro de la esfera de validez de

sus propios órdenes jurídicos. Semejante obligación está estipulada expresamente por ejemplo en el artículo 1 de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, en el artículo 8 de la Convención de la Cruz Roja de 1906 y en el artículo 21 de la Convención de la Haya de 1907 sobre la adaptación de los principios de la Convención de Ginebra a la guerra marítima. Las leyes penales nacionales que asignan penas a los crímenes de guerra internacional son promulgadas en cumplimiento de la obligación del Estado de poner en vigor el derecho internacional dentro de la esfera de poder del Estado. La aplicación del derecho nacional al criminal de guerra es al mismo tiempo la ejecución del derecho internacional. El derecho nacional es una etapa intermedia necesaria en virtud de la constitución del Estado que autoriza a los tribunales para que apliquen únicamente las normas creadas por los órganos jurídicos- productores del Estado.

Por todo lo expuesto centrándonos en las víctimas y testigos sería interesante preguntarnos *¿que tribunal se haría cargo para la debida protección de las víctimas y testigos? ¿Cuál sería el sistema mas adecuado que utilizaría el tribunal para proteger a la víctima y testigo?*, estas preguntas las iremos resolviendo cuando veamos como han resuelto los tribunales nacionales o domesticos así como los tribunales internacionales *ad hoc*, con sus peculiaridades únicas y singulares de acuerdo a su sistema procesal criminal y su respectivo reglamento como es el caso de los tribunales *ad hoc*.

En todos estos primeros estatutos propuestos no hacen referencia en ningún momento a la protección de la víctimas y testigos (antes, durante o después del proceso criminal), en especial porque en su mayoría de los casos los estatutos no fructificaron y por otra parte no hubo avances en materia procedimental y peor aún en el aspecto reglamentario.

Es importante responder a la pregunta si *¿reciben el mismo tratamiento víctimas y testigos?* en toda esta primera etapa (I guerra mundial), si bien existe una diferenciación en el tratamiento teórico de víctima y testigo pero a nivel práctico no existe una diferenciación sustancial. Pero a medida que la normativa internacional de derechos humanos avanza ayuda a dar mayor prioridad tanto a las víctimas y en menor medida a los testigos de crímenes de guerra y otra serie de violaciones a los derechos fundamentales.

Se ha planteado esta problemática continuamente no solo en la primera guerra mundial sino también en la segunda guerra mundial en el proceso de Nuremberg.

V. EL PROCESO DE NUREMBERG

Una de las primeras problemáticas que tuvo que resolverse después de la segunda guerra mundial fue que clase de tribunal deberá ser autorizado para juzgar a los criminales de guerra, Hans Kelsen no dudaba en señalar que un tribunal internacional es mucho más adecuado para esa tarea que un tribunal civil o militar nacional.

El proceso de Nuremberg rompió con los moldes jurídicos generalmente aceptados hasta aquel momento y estrenó una nueva jurisprudencia con aspectos más periodísticos y políticos que jurídicos.

De repente, con este proceso, el siglo XX entra a borbotones en las salas de la justicia. Auriculares para cuatro traducciones simultáneas en las orejas de jueces, abogados, *testigos* y acusados. Doscientos periodistas, sentados en butacas como en el cine, asisten al proceso; 2000 personas en el Palacio de Justicia de la ciudad alemana: café, comedor, peluquería, teléfonos, telégrafos, estanco... ***hasta viven dentro del palacio 50 testigos que por razones de seguridad, no salen a la calle.*** Era el implacable noviembre de 1945, a sólo un mes de la guerra más mortífera de la historia.

La Segunda Guerra Mundial terminaría con algo más que un gesto, como la firma de un armisticio y eso fue el proceso de Nuremberg. Duró largo tiempo debido a la gran cantidad de documentación que contrastar, gran número de abogados defensores, fiscales y jueces representando a cada país. Y por que no decirlo la gran cantidad de testigos presenciales en carne propia de los crímenes realizados por los alemanes.

Es un proceso único en la Historia. Ver sentados en el banquillo a las personas que habían dominado Europa y parte del mundo durante diez años era algo insólito. Se encontraban todos menos los que se habían suicidado. Todos dijeron que cumplían órdenes. Faltaron Hitler, Goebbels, Borgman y Himler, el Jefe de la GESTAPO, la policía política que llevó a cabo la actuación más sucia, cruel y sangrienta. Himler fue descubierto por casualidad cuando huía mezclado entre la tropa, suicidándose con una cápsula de cianuro mientras

era trasladado detenido. Borgman desapareció sin dejar rastro. Goebbels se suicidó junto a su mujer y sus hijos en el búnker de Hitler, como él.

Capítulo 3

DERECHO COMPARADO - EL TESTIGO.

“El protectorado de la prueba judicial tiene que ser realizado con humanidad y justicia. ¿Qué significa? Que hoy por hoy, cuando los testigos ajenos, los arrepentidos y los agentes encubiertos son empleados como órgano de prueba, la seguridad personal y familiar entran en una objetiva situación de vulnerabilidad por la ausencia de un programa serio y profesional de protección de testigos” (*Prologo de Jorge Reinaldo Vanossi extractado del libro Protección de Testigos y Proceso penal. Daniel Mario Rudi, Editorial Astrea, Buenos Aires 2002.*)

I. MARCO LEGAL DE LA DECLARACION DEL TESTIGO.

1.1. Marco supranacional.

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Artículo 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

b) Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Art. 6.3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

c) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.

Art. 14.3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

d) Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.

Artículo 3.

1. La parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias relativas a un asunto penal que le cursen las autoridades judiciales de la Parte requirente y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos.

2. Si la Parte requirente desea que los testigos o los Peritos declaren bajo juramento, lo hará constar expresamente en la petición y la Parte requerida cumplirá esta petición si no se opone a ello la Ley de su país.

3. La parte requerida podrá limitarse a enviar copias o fotocopias certificadas de los expedientes o documentos solicitados. No obstante, si la Parte requirente pidiera expresamente el envío de los originales, se cumplimentará esta solicitud en la medida de lo posible.

Artículo 4.

Cuando la Parte requirente lo solicite expresamente, la Parte requerida le informará de la fecha y el lugar de ejecución de la comisión rogatoria. Podrán concurrir al acto las autoridades y las personas interesadas, con el consentimiento de la Parte requerida.

Artículo 8.

El testigo o el Perito que no hubiere obedecido una citación de comparecencia, cuya entrega se haya solicitado no podrá ser objeto de ninguna sanción o medida coercitiva, aunque dicha citación contenga una intimación de sanciones, salvo que en fecha posterior compare voluntariamente en el territorio de la Parte requirente y sea citado de nuevo en debida forma.

Artículo 9.

Las indemnizaciones así como los gastos de viaje y las dietas que hayan de abonarse al testigo o Perito por la Parte requirente se calcularán a partir de su lugar de residencia, y en cuantía por lo menos igual a la que resulte de las escalas y reglamentos en vigor en el país donde haya de tener lugar el interrogatorio.

Artículo 10.

1. Si la Parte requirente estimase especialmente necesaria la comparecencia personal ante sus autoridades Judiciales de un testigo o de un Perito, lo hará constar así en la solicitud de entrega de la citación y la Parte requerida instará a dicho testigo o Perito a que comparezca.

La Parte requerida dará a conocer la respuesta del testigo o del Perito a la Parte requirente.

2. En el caso previsto en el párrafo 11 del presente artículo, en la solicitud o la citación deberá mencionarse el importe aproximado de las indemnizaciones que hayan de pagarse, así como la de los gastos de viaje y de estancia que hayan de reembolsarse.

3. La Parte requerida, si así se pidiera expresamente, podrá conceder un anticipo al testigo o Perito. La cantidad del anticipo se mencionará en la citación y será reembolsada por la Parte requirente.

Artículo 11.

1. Toda persona detenida cuya comparecencia personal como testigo o para un careo hubiera sido solicitada por la Parte requirente, será trasladada temporalmente al territorio donde vaya a celebrarse el

interrogatorio, con la condición de devolver al detenido a su lugar de origen en el plazo indicado por la Parte requerida y con sujeción a las disposiciones del artículo 12 en la medida que sean aplicables.

Podrá denegarse el traslado:

(a) si la persona detenida no consiente en ello;

(b) si su presencia es necesaria en un proceso penal en curso en el territorio de la Parte requerida;

(c) si su traslado pudiera ser causa de que se prolongara su detención, o,:

(d) si existen otras consideraciones imperiosas que se opongan a su traslado al territorio de la Parte requirente.

2. En el caso previsto en el párrafo precedente y a reserva de las disposiciones del artículo 2, se accederá al tránsito del detenido por el territorio de un tercer estado, parte en este Convenio, cuando se formule una solicitud en este sentido, acompañada de todos los documentos necesarios y dirigida por el Ministerio de Justicia de la Parte requirente al Ministerio de Justicia de la Parte requerida de tránsito. Toda Parte Contratante podrá denegar el permiso para el tránsito de sus propios nacionales.

3. La persona trasladada deberá permanecer en prisión preventiva en el territorio de la Parte requirente y, en su caso, en el territorio de la Parte requerida de tránsito, salvo que la Parte a la que se ha pedido dicho traslado solicite que sea puesta en libertad.

Artículo 12.

1. Ningún testigo o Perito, cualquiera que sea su nacionalidad, que, como consecuencia de una citación, comparezca ante las autoridades de la Parte requirente, podrá ser perseguido, detenido o sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual en el territorio de dicha Parte por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida.

2. Ninguna persona, cualquiera que sea su nacionalidad, que sea citada por las autoridades judiciales de La Parte requirente para responder de hechos por los cuales se le siga en la misma un procedimiento, podrá ser perseguida, detenida o sometida a ninguna otra restricción de su libertad Individual por hecho o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida y que no constasen en la citación.

3. La inmunidad prevista en el presente artículo cesará cuando el testigo, el Perito o la persona encausada hayan tenido la posibilidad de abandonar el territorio de la Parte requirente durante un plazo ininterrumpido de quince días, a partir del momento en que su presencia ya no sea requerida por las autoridades judiciales y, no obstante, permanezca en dicho territorio o regrese a él después de haberlo abandonado.

1.2. Marco Nacional Español:

a) Constitución Española.

Artículo 24.

1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Artículo 118.

Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

b) Ley organica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Artículo 5.

4. *En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.*

Artículo 7.

1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.*

2. *En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.*

Artículo 11.

1. *En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*

Artículo 229.

2. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley.

Artículo 231.

3. Las partes, sus representantes y quienes les dirijan, así como los testigos y peritos, podrán utilizar la lengua que sea también oficial en la Comunidades Autónomas en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas.

Artículo 232.

1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento.
2. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones.

c) Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Artículo 1.

1. Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales.
2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Artículo 2.

Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

- a. *Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.*
- b. *Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.*
- c. *Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.*

Artículo 3.

1. *Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición.*

Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

2. *A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el artículo 1.2 de esta Ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.*

Artículo 4.

1. *Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.*

2. *Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.*

3. *Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o*

peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos.

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

4. De igual forma, la partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación.

5. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se considerarán de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA.

El artículo 3.2 de esta Ley tendrá el carácter de Ley ordinaria.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA.

El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para su ejecución.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA.

Quedan derogados cuantos preceptos se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA.

Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

d) Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado.

Artículo 25. Traslado de la imputación.

1. Incoado el procedimiento por delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, el Juez de Instrucción lo pondrá inmediatamente en conocimiento de los imputados. Con objeto de concretar la imputación, les convocará en el plazo de cinco días a una comparecencia así como al Ministerio Fiscal y demás partes personadas. Al tiempo de la citación, dará traslado a los imputados de la denuncia o querrela admitida a trámite, si no se hubiese efectuado con anterioridad. El imputado estará necesariamente asistido de letrado de su elección o, caso de no designarlo, de letrado de oficio.

2. Si son conocidos los ofendidos o los perjudicados por el delito no personados, se les citará para ser oídos en la comparecencia prevista en el apartado anterior y, al tiempo de la citación, se les instruirá por medio de escrito, de los derechos a que hacen referencia los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si tal diligencia no se efectuó con anterioridad. Especialmente se les indicará el derecho a formular alegaciones y solicitar lo que estimen oportuno si se personan en legal forma en dicho acto y a solicitar, en las condiciones establecidas en el artículo 119 de aquella Ley, el derecho de asistencia jurídica gratuita.

3. En la citada comparecencia, el Juez de Instrucción comenzará por oír al Ministerio Fiscal y, sucesivamente, a los acusadores personados, quienes concretarán la imputación. Seguidamente, oír al letrado del imputado, quien manifestará lo que estime oportuno en su defensa y podrá instar el sobreseimiento, si hubiere causa para ello, conforme a lo dispuesto en los artículos 637 ó 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En sus intervenciones, las partes podrán solicitar las diligencias de investigación que estimen oportunas.

Artículo 46. Especialidades probatorias.

1. Los jurados, por medio del Magistrado-Presidente y previa declaración de pertinencia, podrán dirigir, mediante escrito, a testigos, peritos y acusados las preguntas que estimen conducentes a fijar y aclarar los hechos sobre los que verse la prueba.

5. El Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto.

Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados.

e) Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículo 297.

Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales.

Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio.

En todo caso, los funcionarios de Policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la Ley no autorice.

Artículo 410.

Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.

Artículo 411.

Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: El Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino.

También están exentos del deber de declarar los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados.

Artículo 412.

1. Estarán exentas también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo por escrito las demás personas de la Familia Real.

2. Están exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo:

1. El Presidente y los demás miembros del Gobierno.

2. Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado.

3. El Presidente del Tribunal Constitucional.

4. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

5. El Fiscal General del Estado.

6. Los Presidentes de las Comunidades Autónomas.

3. Si fuera conveniente recibir declaración a alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 anterior sobre cuestiones de las que no haya tenido conocimiento por razón de su cargo, se tomará la misma en su domicilio o despacho oficial.

4. Quienes hubiesen desempeñado los cargos a que se refiere el apartado 2 del presente artículo estarán igualmente exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo.

5. Estarán exentos también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros:

1. Los Diputados y Senadores.

2. Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial.

3. Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.

4. El Defensor del Pueblo.

5. Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración.

6. Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

7. El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado.

8. El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas.

9. Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

10. Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda.

6. Si se trata de cargos cuya competencia esté limitada territorialmente, sólo será aplicable la exención correspondiente respecto de las declaraciones que hubieren de recibirse en su territorio, excepción hecha de los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de sus Asambleas Legislativas.

7. En cuanto a los miembros de las Oficinas Consulares, se estará a lo dispuesto en los Convenios Internacionales en vigor.

Artículo 413.

Para recibir la declaración a que se refiere el apartado 3 del artículo anterior, el Juez pasará al domicilio o despacho oficial de la persona concernida, previo aviso, señalándole día y hora.

El Juez procederá de igual modo para recibir la declaración de alguna de las personas a que se refiere el apartado 5 del artículo anterior, cuando la misma fuere a tener lugar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros.

Artículo 414.

La resistencia de cualquiera de las personas a que se refieren los apartados 3 y 5 del artículo 412 a recibir en su domicilio o residencia oficial al Juez, o a declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado respecto a los hechos del sumario, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para los efectos que procedan.

Si las personas mencionadas en el apartado 7 de dicho artículo incurrieren en la resistencia expresada, el Juez lo comunicará inmediatamente al Ministerio de Justicia, remitiendo testimonio instructivo y se abstendrá de todo procedimiento respecto a ellas, hasta que el Ministro le comuniquen la resolución que sobre el caso se dictare.

Artículo 415.

Serán invitadas a prestar su declaración por escrito las personas mencionadas en el párrafo segundo del artículo 411 y en el apartado 7 del artículo 412, remitiéndose al efecto al Ministerio de Justicia, con atenta comunicación para el de Asuntos Exteriores, un interrogatorio que comprenda todos los extremos a que deban contestar, a fin de que puedan hacerlo por vía diplomática.

Artículo 416.

Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

Artículo 417.

No podrán ser obligados a declarar como testigos:

1. Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

2. Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.

3. Los incapacitados física o moralmente.

Artículo 418.

Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416.

Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor.

Artículo 419.

Si el testigo estuviere físicamente impedido de acudir al llamamiento judicial, el Juez instructor que hubiere de recibirle la declaración se constituirá en su domicilio, siempre que el interrogatorio no haya de poner en peligro la vida del enfermo.

Artículo 420.

El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.

La multa será impuesta en el acto de notarse o cometerse la falta.

Artículo 421.

El Juez de instrucción o municipal, en su caso, hará concurrir a su presencia y examinará a los testigos citados en la denuncia o en la querrela o en cualesquiera otras declaraciones o diligencias y a todos los demás que supieren hechos o circunstancias, o poseyeren datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente.

Se procurará, no obstante, omitir la evacuación de citas impertinentes o inútiles.

Artículo 422.

Si el testigo residiere fuera del partido o término municipal del Juez que instruyese el sumario, éste se abstendrá de mandarle comparecer a su presencia, a no ser que lo considere

absolutamente necesario para la comprobación del delito o para el reconocimiento de la persona del delincuente, ordenándolo en este caso por auto motivado.

También deberá evitar la comparecencia de los empleados de vigilancia pública que tengan su residencia en punto distinto de la capital del Juzgado, de los jefes de estación, maquinistas, fogoneros, conductores, telegrafistas, factores, recaudadores, guarda-agujas u otros agentes que desempeñen funciones análogas, a los cuales citará por conducto de sus jefes inmediatos cuando sea absolutamente indispensable su comparecencia.

Artículo 423.

En el caso de la regla general comprendida en el párrafo 1 del artículo anterior, así como en el segundo cuando la urgencia de la declaración fuese tal que no permitiera la dilación consiguiente a la citación del testigo por conducto de sus jefes inmediatos, y el empleado de que se trate no pudiera abandonar el servicio que presta sin grave peligro o extorsión para el público, el Juez instructor de la causa comisionará para recibir la declaración al que lo fuera del término municipal o del partido en que se hallare el testigo.

Artículo 424.

Si el testigo residiere en el extranjero, se dirigirá suplicatorio por la vía diplomática y por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia al Juez extranjero competente para recibir la declaración. El suplicatorio debe contener los antecedentes necesarios e indicar las preguntas que se han de hacer al testigo sin perjuicio de que dicho Juez las amplíe según le sugieran su discreción y prudencia.

Si la comparecencia del testigo ante el Juez instructor o Tribunal fuere indispensable y no se presentase voluntariamente, se pondrá en conocimiento del Ministerio de Gracia y Justicia para que adopte la resolución que estime oportuna.

Artículo 425.

Si la persona llamada a declarar ejerce funciones o cargos públicos, se dará aviso, al mismo tiempo que se practique la citación, a su superior inmediato para que le nombre sustituto durante su ausencia, si lo exigiere así el interés o la seguridad pública.

Artículo 426.

Los testigos serán citados en la forma establecida en el título VII del libro I de este Código.

Artículo 427.

Cuando el testigo no hubiere de comparecer ante el Juez instructor para prestar la declaración, se harán constar en el suplicatorio exhorto o mandamiento que se expida, las circunstancias precisas para la designación del testigo y las preguntas a que deba contestar, sin perjuicio de las

que el Juez o Tribunal que le recibiere la declaración considere conveniente hacerle para el mayor esclarecimiento de los hechos.

Artículo 428.

El Secretario del Juez comisionado que haya de autorizar la declaración expedirá la cédula prevenida en el artículo 175, con todas las circunstancias expresadas en el mismo, y la de haberse de recibir la declaración en virtud de suplicatorio, exhorto o mandamiento.

Artículo 429.

Los testigos que dependan de la jurisdicción militar podrán, según el Juez de instrucción lo estime oportuno, ser examinados por el mismo, como los demás testigos, o por el Juez militar competente. En el primer caso el juez de instrucción deberá mandar que la citación hecha al testigo se ponga en conocimiento del Jefe del Cuerpo a que perteneciere. En el segundo caso se observará lo dispuesto en los dos artículos anteriores.

Si algún testigo dependiente de la jurisdicción militar rebusare comparecer ante el Juez de instrucción, o se negare a prestar juramento o a contestar el interrogatorio que se le hiciera, el Juez de instrucción se dirigirá al superior del testigo desobediente, cuyo superior, además de corregir al testigo, de lo cual dará inmediato conocimiento al Juez instructor, le hará comparecer ante éste para declarar.

Artículo 430.

Los testigos podrán ser citados personalmente donde fueren habidos.

Cuando sea urgente el examen de un testigo, podrá citársele verbalmente para que comparezca en el acto, sin esperar a la expedición de la cédula prescrita en el artículo 175, haciendo constar, sin embargo, en los autos, el motivo de la urgencia.

También podrá en igual caso constituirse el Juez instructor en el domicilio de un testigo o en el lugar en que se encuentre para recibirle declaración.

Artículo 431.

El Juez instructor podrá habilitar a los agentes de policía para practicar las diligencias de citación verbal o escrita si lo considera conveniente.

Artículo 432.

Si el testigo no tuviere domicilio conocido o se ignorare su paradero, el Juez instructor ordenará lo conveniente para la averiguación del mismo. En este caso el Secretario judicial se dirigirá a la Policía Judicial, Registros oficiales, colegios profesionales, entidad o empresas en el que el interesado ejerza su actividad interesando dicha averiguación.

Artículo 433.

Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario la copia de la cédula de citación.

Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.

Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración.

Artículo 434.

El juramento se prestará en nombre de Dios.

Los testigos prestarán el juramento con arreglo a su religión.

Artículo 435.

Los testigos declararán separada y secretamente a presencia del Juez instructor y del secretario.

Artículo 436.

El testigo manifestará primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase, si ha estado procesado y la pena que se le impuso. Si el testigo fuera miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito.

El Juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.

Artículo 437.

Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer declaración ni respuesta alguna que lleven escrita.

Podrán, sin embargo, consultar algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar.

El testigo podrá dictar las contestaciones por sí mismo.

Artículo 438.

El Juez instructor podrá mandar que se conduzca al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos, y examinarle allí o poner a su presencia los objetos sobre los que hubiere de versar la declaración.

En este último caso podrá el Juez instructor poner a presencia del testigo dichos objetos, solos o mezclados con otros semejantes, adoptando además todas las medidas que su prudencia le sugiera para la mayor exactitud de la declaración.

Artículo 439.

No se harán al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido.

Artículo 440.

Si el testigo no entendiere o no hablare el idioma español, se nombrará un intérprete, que prestará a su presencia juramento de conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo.

Por este medio se harán al testigo las preguntas y se recibirán sus contestaciones, que éste podrá dictar por su conducto.

En este caso, la declaración deberá consignarse en el proceso en el idioma empleado por el testigo y traducido a continuación al español.

Artículo 441.

El intérprete será elegido entre los que tengan títulos de tales, si los hubiere en el pueblo. En su defecto, será nombrado un maestro del correspondiente idioma, y si tampoco le hubiere, cualquier persona que lo sepa.

Si ni aun de esta manera pudiera obtenerse la traducción, y las revelaciones que se esperasen del testigo fueren importantes, se redactará el pliego de preguntas que hayan de dirigirsele y se remitirá a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Estado, para que, con preferencia a todo otro trabajo, sean traducidas al idioma que hable el testigo.

El interrogatorio ya traducido se entregará al testigo para que, a presencia del Juez, se entere de su contenido y redacte por escrito en su idioma las oportunas contestaciones, las cuales se remitirán del mismo modo que las preguntas a la Interpretación de Lenguas.

Estas diligencias las practicarán los Jueces con la mayor actividad.

Artículo 442.

Si el testigo fuere sordo, se nombrará un intérprete de lengua de signos adecuado, por cuyo conducto se le harán las preguntas y se recibirán sus contestaciones.

El nombrado prestará juramento a presencia del sordo antes de comenzar a desempeñar el cargo.

Artículo 443.

El testigo podrá leer por sí mismo la diligencia de su declaración; si no pudiere, por hallarse en alguno de los casos comprendidos en los artículos 440 y 442, se la leerá el intérprete, y en los demás casos el Secretario.

El Juez advertirá siempre a los interesados el derecho que tienen de leer por sí mismos sus declaraciones.

Artículo 444.

Estas serán firmadas por el Juez y por todos los que en ellas hubieren intervenido, si supieren y pudieren hacerlo, autorizándolas el Secretario.

Artículo 445.

No se consignarán en los autos las declaraciones de los testigos que, según el Juez, fuesen manifiestamente inconducentes para la comprobación de los hechos objeto del sumario. Tampoco se consignarán en cada declaración las manifestaciones del testigo que se hallen en el mismo caso; pero se consignará siempre todo lo que pueda servir así de cargo como de descargo.

En el primer caso se hará expresión por medio de diligencia de la comparecencia del testigo y del motivo de no escribirse su declaración.

Artículo 446.

Terminada la declaración, el Secretario judicial hará saber al testigo la obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, así como la de poner en conocimiento de la Oficina judicial los cambios de domicilio que hiciere hasta ser citado para el juicio oral, bajo apercibimiento si no lo cumple de ser castigado con una multa de 200 a 1.000 euros, a no ser que incurriere en responsabilidad criminal por la falta.

Estas prevenciones se harán constar al final de la misma diligencia de la declaración.

Artículo 447.

El Secretario judicial, al remitir el sumario al Tribunal competente, pondrá en su conocimiento los cambios de domicilio que los testigos hubiesen comunicado.

Lo mismo hará respecto de los cambios comunicados después que hubiese remitido el sumario, hasta la terminación de la causa.

Artículo 448.

Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración,

asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Artículo 449.

En caso de inminente peligro de muerte del testigo se procederá con toda urgencia a recibirle declaración en la forma expresada en el artículo anterior, aunque el procesado no pudiese ser asistido de Letrado.

Artículo 450.

No se harán tachaduras, enmiendas ni entrerrenglonaduras en las diligencias del sumario. A su final se consignarán las equivocaciones que se hubieren cometido.

Artículo 661.

Las citaciones de peritos y testigos se practicarán en la forma establecida en el título VII del libro I.

Los peritos y testigos citados que no comparezcan, sin causa legítima que se lo impida, incurrirán en la multa señalada en el número 5 del artículo 175.

Si vueltos a citar dejaren también de comparecer, serán procesados por el delito de obstrucción a la justicia, tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal.

Artículo 680.

Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad.

Podrá, no obstante, el Presidente mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia.

Para adoptar esta resolución, el Presidente, ya de oficio, ya a petición de los acusadores, consultará al Tribunal, el cual deliberará en secreto, consignando su acuerdo en auto motivado, contra el que no se dará recurso alguno.

Artículo 681.

Después de la lectura de esta decisión, todos los concurrentes despejarán el local.

Se exceptúan las personas lesionadas por el delito, los procesados, el acusador privado, el actor civil y los respectivos defensores.

Artículo 687.

Cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el Tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando éstas en su ausencia.

Artículo 701.

Cuando el juicio deba continuar, ya por falta de conformidad de los acusados con la acusación, ya por tratarse de delito para cuyo castigo se haya pedido pena aflictiva, se procederá del modo siguiente:

Se dará cuenta del hecho que haya motivado la formación del sumario y del día en que éste se comenzó a instruir, expresando además si el procesado está en prisión o en libertad provisional, con o sin fianza.

Se dará lectura a los escritos de calificación y a las listas de peritos y testigos que se hubiesen presentado oportunamente, haciendo relación de las pruebas propuestas y admitidas.

Acto continuo se pasará a la práctica de las diligencias de prueba y al examen de los testigos, empezando por la que hubiere ofrecido el Ministerio fiscal, continuando con la propuesta de los demás actores, y, por último, con la de los procesados.

Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas.

El Presidente, sin embargo, podrá alterar este orden a instancia de parte, y aún de oficio, cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

Artículo 702.

Todos los que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 410 a 412 inclusive, están obligados a declarar, lo harán concurriendo ante el Tribunal, sin otra excepción que la de las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 412, las cuales podrán hacerlo por escrito.

Artículo 703.

Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, si las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 412 hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo de los hechos de que se trate, podrán consignarlo por medio de informe escrito, de que se dará lectura inmediatamente antes de proceder al examen de los demás testigos.

No obstante lo anterior, tratándose de los supuestos previstos en los apartados 3 y 5 del artículo 412, la citación como testigos de las personas a que los mismos se refieren se hará de manera que no perturbe el adecuado ejercicio de su cargo.

Artículo 704.

Los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado, ni con otra persona.

Artículo 705.

El Presidente mandará que entren a declarar uno a uno, por e. orden mencionado en el artículo 701.

Artículo 706.

Hallándose presente el testigo mayor de catorce años ante el Tribunal, el Presidente le recibirá juramento en la forma establecida en el artículo 434.

Artículo 707.

Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Artículo 708.

El Presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del artículo 436, después de lo cual la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones.

El Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren.

Artículo 709.

El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

Contra la resolución que sobre este extremo adopte podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se hiciera en el acto la correspondiente protesta.

En este caso, constará en el acta la pregunta o repregunta a que el Presidente haya prohibido contestar.

Artículo 710.

Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado.

Artículo 711.

Los testigos sordomudos o que no conozcan el idioma español serán examinados del modo prescrito en los artículos 440, párrafo 1) del 441 y 442.

Artículo 712.

Podrán las partes pedir que el testigo reconozca los instrumentos o efectos del delito o cualquiera otra pieza de convicción.

Artículo 713.

En los careos del testigo con los procesados o de los testigos entre sí no permitirá el Presidente que medien insultos ni amenazas, limitándose la diligencia a dirigirse los careados los cargos y hacerse las observaciones que creyeren convenientes para ponerse de acuerdo y llegar a descubrir la verdad.

No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez o Tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.

Artículo 714.

Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.

Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.

Artículo 715.

Siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar a mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio cuando éste sea dado en dicho juicio.

Fuera del caso previsto en el párrafo anterior, en los demás podrá exigirse a los testigos la responsabilidad en que incurran, con arreglo a las disposiciones del Código Penal.

Artículo 716.

El testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto.

Si a pesar de esto persiste en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la Autoridad.

Artículo 717.

Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional.

Artículo 718.

Cuando el testigo no hubiere comparecido por imposibilidad y el Tribunal considere de importancia su declaración para el éxito del juicio, el Presidente designará a uno de los individuos del mismo para que, constituyéndose en la residencia del testigo, si la tuviere en el lugar del juicio, puedan las partes hacerle las preguntas que consideren oportunas.

El Secretario extenderá diligencia, haciendo constar las preguntas y repreguntas que se hayan hecho al testigo, las contestaciones de éste y los incidentes que hubieren ocurrido en el acto.

Artículo 719.

Si el testigo imposibilitado de concurrir a la sesión no residiere en el punto en que la misma se celebre, el Secretario judicial librará exhorto o mandamiento para que sea examinado ante el Juez correspondiente, con sujeción a las prescripciones contenidas en esta sección.

Cuando la parte o las partes prefieran que en el exhorto o mandamiento se consignen por escrito las preguntas o repreguntas, el Presidente accederá a ello si no fueren capciosas, sugestivas o impertinentes.

Artículo 720.

Lo dispuesto en los artículos anteriores tendrán también aplicación al caso en que el Tribunal ordene que el testigo declare o practique cualquier reconocimiento en un lugar determinado fuera de aquel en que se celebre la audiencia.

Artículo 721.

Cuando se desestime cualquiera pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente en los casos de los tres artículos anteriores, podrá prepararse el recurso de casación del modo prescrito en el artículo 709.

Artículo 722.

Los testigos que comparezcan a declarar ante el Tribunal tendrán derecho a una indemnización, si la reclamaren.

El Secretario judicial la fijará el mediante decreto, teniendo en cuenta únicamente los gastos del viaje y el importe de los jornales perdidos por el testigo con motivo de su comparecencia para declarar.

Artículo 728.

No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

Artículo 729.

Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

- 1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.*
- 2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.*
- 3. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.*

Artículo 730.

Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

Artículo 741.

El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél oblige a tener en cuenta.

Artículo 746.

Procederá además la suspensión del juicio oral en los casos siguientes:

3.º Cuando no comparezcan los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos.

Podrá, sin embargo, el Tribunal acordar en este caso la continuación del juicio y la práctica de las demás pruebas; y después que se hayan hecho, suspenderlo hasta que comparezcan los testigos ausentes.

Si la no comparecencia del testigo fuere por el motivo expuesto en el artículo 718, se procederá como se determina en el mismo y en los dos siguientes.

Artículo 813.

No se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra.

1.3. Análisis jurisprudencial de la declaración del testigo.

a) Testigo: definición, obligaciones y exenciones.

Según definición dada por la STS de 6-4-1992¹¹⁰ testigo es “*toda persona física dotada de capacidad de percepción y de dar razón de tal percepción. Es al tiempo a diferencia de lo que ocurre con los peritos, infungible en tanto que narra los hechos y no formula valoraciones sobre ellos. De ahí que sea preciso que como primera nota para la atendibilidad de tal prueba sea necesaria una determinada capacidad informativa: la denominada en materia procesal civil capacidad natural*”.

Existe en el ordenamiento jurídico español la **obligación** genérica de acudir al llamamiento del Juez para prestar declaración, dirigida a todos aquellos que tengan información relacionada con hechos objeto de una investigación judicial, sean españoles o extranjeros, siempre que residan en territorio español. Además, tienen el deber de veracidad en sus manifestaciones, bajo pena de incurrir en delito de falso testimonio. Pese a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece dicha obligación solamente para los residentes en España, lo cierto es que existe un mecanismo de cooperación judicial internacional, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, que regula el procedimiento a seguir en la citación de testigos

¹¹⁰ STS de 6-4-1992, num. 775/1992, RJ 1992/2857.

residentes en otros países. Otra cuestión distinta será que el testigo efectivamente acuda al llamamiento de la Autoridad Judicial.

Esta obligación de acudir al llamamiento del Juez para declarar en el curso de un proceso judicial, derivada del art. 118 de la CE, en principio, resulta extendible a todas las personas y entidades públicas y privadas. No obstante, la misma Carta Magna establece que tal deber, excepcionalmente, en los supuestos previstos en la propia Constitución y en la Leyes, podrá someterse a una serie de distinciones o excepciones a la norma general dependiendo de quien sea a cargo de ocupar el llamado a declarar:

- *Exención absoluta del deber de declarar como testigo: el Rey, la Reina, sus consortes, el Príncipe Heredero, los Regentes del Reino; los Agentes Diplomáticos acreditados en España y el personal al servicio de los mismos y sus familiares, están exentos pero podrán ser invitados a declarar por escrito (art. 411 LECrim.).*
- *Obligación de declarar, pudiendo hacerlo por escrito estando exentos de concurrir en persona al llamamiento del Juez: los demás miembros del Gobierno, los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, el Presidente del Tribunal Constitucional, el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, El Fiscal General del Estado, los Presidentes de las Comunidades Autónomas, así como los que hubiesen desempeñado en el pasado dichos cargos (art. 412 LECrim.).*
- *Obligación de declarar, pudiendo hacerlo en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros, estando exentos de concurrir en persona al llamamiento del Juez: Los Diputados y Senadores, Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, el Defensor del Pueblo, las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración, los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado, el Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas, los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda (art. 412 LECrim.).*

- *Obligación de declarar dependiendo de lo estipulado en Convenios Internacionales: miembros de las Oficinas Consulares, quienes en todo caso, podrán ser invitados a declarar por escrito.*
- *Dispensa de la obligación de declarar: los parientes del procesado en línea ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261, el Abogado del procesado respecto de los hechos confiados por su cliente.*
- *Inexistencia de obligación de declarar como testigos: los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre hechos conocidos a raíz del ejercicio de las funciones de su ministerio, los funcionarios públicos civiles o militares en supuestos de secretos por razón de su cargo u obediencia debida y los incapacitados física o moralmente.*

A pesar de existir distinciones en la obligación de declarar o de concurrir al llamamiento del Juez, una vez se ha prestado la declaración, no van a producirse diferencias a efectos de valoración de la prueba, puesto que la ponderación de la verosimilitud o credibilidad que ofrezca la declaración del testigo, es una facultad inherente al Juzgador de instancia, derivada de la inmediación con que la percibe, no siendo revisables a posteriori mediante recurso, las razones por las que se haya dado mayor credibilidad a un testimonio en detrimento de otro, puesto que el Tribunal que resuelva el recurso, no tendrá la posibilidad de ver ni oír a dichos testigos, y carecerá de la inmediación para efectuar ese juicio de credibilidad. Por supuesto, siempre podrán revisarse las circunstancias que han rodeado a esas declaraciones, verificando si se han practicado con respeto de los principios constitucionales y de legalidad ordinaria y si se han incorporado al plenario, bien por haberse practicado en dicho acto o por haberse reproducido en debida forma, esto es, siempre que de uno u otro modo se haya garantizado el principio de contradicción, permitiendo a la defensa interrogar sobre los extremos sobre los que verse la declaración.

El Tribunal enjuiciador deberá tener en cuenta, además del propio contenido de la declaración del testigo, la exactitud de los recuerdos, el conocimiento que pudiera tener sobre el autor del hecho, sea anterior o no,

su condición de víctima o no también podrá percibir sus reacciones, oír el tono de su voz, la forma en que se presta la declaración y, en definitiva, todas aquellas circunstancias que configuran e inciden en su versión de los hechos.¹¹¹

b) Principios informadores de la actividad probatoria.

La declaración del testigo como medio de prueba con virtualidad enervatoria de la presunción de inocencia, debe practicarse con respeto a los principios que rigen el sistema probatorio penal:

-Contradicción: principio consagrado a través de los artículos 24.2 de la Constitución, art. 6.3.d) del CEDH y art. 14.3.e) del PIDCD, que permite defender lo favorable y refutar lo adverso en el plenario respecto de las pruebas que se practiquen.¹¹²

-“oralidad para exponer de viva voz las alegaciones de las partes...”

-“Publicidad para que sin secretismo alguno se conozcan los vericuetos por los que la tutela judicial efectiva se hace realidad ...”

-“inmediación para que el Tribunal de la instancia perciba por sus sentidos lo que ya otros ojos y oídos no van a ver ni oír”¹¹³.

La declaración del testigo, para que pueda ser considerada medio probatorio de cargo, es decir, con entidad para desvirtuar la presunción de inocencia, debe practicarse en el juicio oral. Se admiten, no obstante, excepciones a dicha norma, que permitan dotar de eficacia probatoria a la declaración de testigos prestada con anterioridad al acto del juicio oral, siempre que se cumplan unos requisitos (8) como sucede en el caso de la prueba anticipada y preconstituida que más adelante analizaremos.

¹¹¹ STS de 1-2-1991, RJ 1991/688.

¹¹² STS de 15-4-1997, núm. 535/1997, RJ 1997/2930.

¹¹³ STS de 15-4-1997, núm. 535/1997, RJ 1997/2930.

c) Derecho del acusado a interrogar personalmente o a hacer interrogar a los testigos.

Este derecho dimana de los arts. 6.3.d) del CEDH y 14.3.e) del PIDCP, normativa aplicable en nuestro ordenamiento jurídico al tratarse de convenios internacionales ratificados por España, según el mandato del art. 10.2 de la CE, que reconocen a todo acusado, entre otros derechos, el de interrogar o de hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra en condiciones que garanticen la contradicción.¹¹⁴

El Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina del TEDH, ha manifestado que este derecho impone “*acordar para el acusado una ocasión adecuada y suficiente para contestar un testimonio de cargo y para interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde*”¹¹⁵.

También el Tribunal Supremo ha manifestado en diversas ocasiones, la ilicitud de la prueba consistente en declaraciones de testigos, cuando éstos no han podido ser interrogados por la defensa, por entender su declaración contraría lo dispuesto en los citados convenios.¹¹⁶

El TEDH, en una unánime jurisprudencia, mantiene que el derecho a interrogar a los testigos de cargo, es un derecho fundamental que tiene toda persona acusada de un delito, con independencia del sistema penal existente en el país de origen, concretando que dicha facultad de interrogar, no se entiende vulnerada por el hecho de no poder ejercitarla en el mismo momento en que los testigos prestan declaración, sino que, aunque sea con posterioridad, debe darse al acusado o su defensa una ocasión adecuada y suficiente para interrogar al testigo de cargo¹¹⁷. En el caso Barberá, Messegué y Jabardo¹¹⁸, entendió contrario a las exigencias del proceso justo y

¹¹⁴ STS de 14-6-1991, recurso núm.4684/1987, RJ 1991/4713.

¹¹⁵ STS 153/1997, de 29 de septiembre.

¹¹⁶ STS de 12 – 11- 1992, núm. 2451, RJ 1992/9278.

¹¹⁷ TEDH 28/1990, de 19 de diciembre, caso Delta c/Franci, TEDH 27/199, de 26 de abril, caso Asch c/ Austria.

¹¹⁸ TEDH 8/1988, de 6 de diciembre. Barberá, Messegué y Jabardo c/ España.

equitativo, la prueba basada en la declaración de un testigo que nunca pudo ser preguntado por la defensa, toda vez que declaró con anterioridad a la detención de los acusados y después no pudo ser hallado por estar en paradero desconocido.

1.4. El testigo a nivel interno en el Reino de España.

1.4.1. Testigo víctima.

a) Admisibilidad de la declaración de la víctima único testigo.

El tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en una unánime y pacífica jurisprudencia, han venido manteniendo la eficacia de las declaraciones de la víctima como medio para enervar la presunción de inocencia, aún cuando ésta constituya la única prueba de cargo, siempre que reúna unos requisitos y se practique en el juicio oral con observancia de todas las garantías constitucionales y de legalidad ordinaria.

Además, tampoco existe en nuestro ordenamiento penal exclusión o impedimento que niegue validez a la declaración del testigo único testigo, y además víctima del delito debiendo el Juzgador, ponderar y valorar con mesura y rigurosidad las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en los hechos objeto de enjuiciamiento.¹¹⁹

Al ser víctima un testigo que en la mayoría de los casos habrá sufrido una agresión o perjuicio causado por la persona en cuya contra va a declarar, muy difícilmente su declaración va a resultar absolutamente objetiva, debiendo aplicarse las reglas de la psicología – al igual que sucede con los coimputados, enemigos, etc. para analizar las circunstancias concurrentes en su declaración, ya sean “*sentimientos de odio, rencor o venganza, ánimo de exculpación, etc.*” o bien, “*otros factores igualmente importantes como facultades de captación del hecho en función de las características del testigo, del tiempo de exposición, del hecho, de la forma de producirse, etc.*”¹²⁰, circunstancias que sólo la inmediatez con que se practica dicho

¹¹⁹ STS de 5-6-1992, recurso núm.4265/1990, RJ 1992/4857, STS 23-6-1993.

¹²⁰ STS 18-12-1991, RJ 1991/9413.

medio probatorio van a proporcionar a los jueces la posibilidad de captar las incidencias que sufre el testigo, percibiendo “...*el tono y las inflexiones de la voz, las actitudes externas, y los gestos, vacilaciones o silencios que se producen en el interrogatorio*”, aspectos que van a influir a la hora de fundar su convicción interna y que difícilmente van a poder ser revisables con posterioridad a través de la vía del recurso.

Si la admisibilidad de la declaración de la víctima es un tema pacífico, otra cuestión muy distinta va a ser la credibilidad que deba otorgarse a sus manifestaciones, puesto que el nivel exigencia va a ser mayor en esta declaración que en la de los demás testigos. La declaración de la víctima cuando ésta constituye el único medio probatorio obliga a conjugar dos factores claramente antagónicos, habida cuenta que, por un lado, la aceptación de tal declaración sin condiciones, supondría dejar a merced del denunciante, por el mero hecho de presentar una denuncia, la posibilidad de reputar autor de un hecho delictivo a cualquier persona, haya participado o no en el mismo, e incluso dar por cierto un hecho criminal inexistente, mientras que, en otro orden, resulta lógico y evidente afirmar que no puede negarse validez a la declaración de la víctima cuando ésta sea el único testigo, puesto que la mayoría de los delitos violentos, como robos con violencia e intimidación o contra la libertad sexual, se desenvuelven en la clandestinidad buscada por sus autores, perpetrándose en lugares o parajes solitarios, sin que estén presentes otras personas más que la víctima y el agresor, resultando la prueba directa de difícil, por no decir imposible obtención, constituyendo las manifestaciones de la víctima en estos supuestos, el único medio probatorio, y en caso de negar validez a éstas, llevaría a dotar de impunidad a estos delitos.¹²¹

b) Requisitos para que la declaración de la víctima tenga eficacia enervatoria.

¹²¹ STS de 20-11-1991, recurso núm. 3801/1988, RJ 1991/8335.

La jurisprudencia, para salvaguardar los peligros que puede suponer la admisión de la declaración de la víctima de forma absoluta y al mismo tiempo, dotarla de efectos enervatorios, exige la concurrencia de los siguientes requisitos para que ésta constituya un medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia:

1. *“Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado/victima que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente”*.¹²²

“Esa credibilidad surge de la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de unas relaciones anteriores, victima e imputado, de las que pudiera deducirse un móvil de resentimiento o enemistad”.¹²³

“posible móvil espúreo, de resentimiento, venganza o enemistad, que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes”.¹²⁴

1. Verosimilitud. *“El testimonio, que no es propiamente tal, en cuanto la victima puede mostrarse parte en la causa (arts. 109 y 110 de la L.E. Crim.), ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. En definitiva (art. 406 de la citada Ley) lo decisivo es la constatación de la real existencia del hecho”*.¹²⁵

“en virtud de lo cual la declaración de la victima debe ir acompañada de ciertas corroboraciones objetivas que le dan aptitud probatoria, como reconocimientos médicos o por referencias ajenas a su testimonio”.¹²⁶

2. *“Persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones”*.¹²⁷

¹²² STS de 28-9-1998, RJ 1988/7070.

¹²³ ATS de 25-9-1988, RJ 1990/7577.

¹²⁴ STS de 30-1-1999, núm. 111/1999, RJ 1999/962.

¹²⁵ STS de 28-9-1988, RJ 1988/7070.

¹²⁶ STS de 25-9-1990, RJ 1990/7577.

La concurrencia de estos tre factores va ha dotar de mayor verosimilitud a la declaración del testigo y su práctica en el plenario respetando las garantías constitucionales y ordinarias de la Ley, hará que este medio probatorio tenga aptitud suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque la víctima no asista al plenario siempre que se trate de los casos previstos en la Ley (supuestos de prueba anticipada y preconstituida).

c) Conclusiones.

Resulta fuera de toda duda la admisión de la declaración de la víctima como prueba de cargo con virtualidad enervatoria de la presunción de inocencia, incluso en los supuestos en que sea el único testigo.

No obstante, la jurisprudencia exige para su admisión, la concurrencia de tres requisitos; inexistencia de razones que revistan de incredibilidad subjetiva la declaración, corroboración periférica de los hechos denunciados y persistencia en la incriminación.

1.4.2. Testigo menor de edad.

a) Cuestiones generales.

No existe en nuestro ordenamiento procesal penal restricción específica a la admisión de la declaración del testigo por razón de edad, puesto que el art. 433 de la LECrim. se limita a referir que el Juez recibirá declaración a los testigos púberes e interrogará a los impúberes. En todo caso, los menores estarán afectados por la exclusión genérica del art. 417.3º del mismo texto legal, que establece que la incapacidad física o moralmente no podrá ser obligado a declarar, resultando aplicable tal previsión cuando se trate de niños que debido a su corta edad carezcan del suficiente uso de razón para captar el hecho sobre el cual deban declarar.

Tampoco la jurisprudencia ha establecido un límite mínimo de edad para admitir la declaración de menores, que dependerá en todo caso, de la capacidad de captación del hecho por parte del menor, al que se le exigirán

¹²⁷ STS de 28-9-1988, RJ 1988/7070.

los mismos requisitos que a la víctima o a los demás testigos, centrando el problema de su admisión en la credibilidad que estas declaraciones ofrezcan, problema, por otra parte, no específico de las declaraciones de menores, sino común a todas las testificales.¹²⁸ Además, deberán analizarse minuciosamente las circunstancias que puedan incidir en el menor, ya sea el entorno familiar u otros factores influyentes¹²⁹, la persistencia de los hechos declarados a las contradicciones existentes entre las declaraciones prestadas durante las fases del proceso, la propia capacidad intelectual del menor,¹³⁰ etc.

La STS de 6-4-1992¹³¹ exige que el testigo tenga “capacidad natural”, pero no en el sentido con que se contempla dicha capacidad en el proceso civil –el art. 1246.3º del Código Civil considera “inhábiles por incapacidad natural” a los menores de catorce años, inadmitiéndose su declaración por tal motivo – sino desde el punto de vista de capacidad para declarar, de conocer el objeto de debate y comprender los hechos percibidos sobre los cuales versa su declaración.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) permite la declaración de los menores catorce años siempre que a juicio del tribunal posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente, según dispone el artículo 361 de dicho texto legal.

Dicha Sentencia analiza con detenimiento el tema de la declaración de menores en el proceso penal, comparándola con la regulación que efectúa sobre la misma el proceso civil:

“En la normativa procesal penal española, a diferencia de la civil, cabe destacar varias notas: a) No se establece un sistema de incapacidades legales ni de tachas del testigo (El art. 417.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se limita a enunciar que “no podrán ser obligados a declarar como testigos”, lo que es algo distinto). b) El art. 433 de la misma

¹²⁸ STS de 18-10-1989, RJ 1989/7709.

¹²⁹ STS de 11-4-1996, núm. 331/1996, RJ 1996/3698.

¹³⁰ STS de 11-10-1995, RJ 1995/7852.

¹³¹ STS de 6-4-1992, núm. 775/1992, RJ 1992/2857.

Ley distingue entre el interrogatorio de un púber y un impúber, con terminología absolutamente obsoleta pero significativa, al igual que el art. 442 de la misma establece un régimen significativo de diferencia con respecto al art. 658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. c) Finalmente, la singular naturaleza de uno y otro proceso impone un tratamiento distinto a la hora de valorar la prueba. Mientras con carácter general la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal –también por lo genérico y excepto determinados tipos delictivos- basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo sobre la base de simples percepciones sensoriales. El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta e informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos...”

Después de las reflexiones hechas anteriormente, a título ejemplificativo, el Tribunal Supremo ha admitido la declaración de niños de cuatro¹³², diez¹³³, once¹³⁴, catorce¹³⁵ años, etc.

En un supuesto que choca con el consolidado criterio jurisprudencial que admite la declaración del testigo menor prescindiendo de la edad, el Tribunal Supremo consideró que tenía virtualidad enervatoria la declaración de las madres de las víctimas en el juicio oral, habiendo declarado con anterioridad las menores durante la instrucción. Las madres declararon narrando lo que les habían referido sus hijas, situación que se produjo al existir un dictamen pericial psiquiátrico que afirmaba que la comparecencia y declaración de las niñas no aclararía las cosas, pero podría afectar a su equilibrio emocional, procediéndose a la lectura de las declaraciones anteriores de las menores. El Tribunal apreció una actividad probatoria mínima, pero suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.¹³⁶

¹³² STS de 23-1-1997, núm. 77/1997, RJ 1997/50.

¹³³ STS de 16-1-1991, RJ 1991/118, STS de 21-3-1997, núm. 374/1997, RJ 1997/1960.

¹³⁴ STS de 7-5-1998, núm. 647/1998, RJ 1998/4869.

¹³⁵ STS de 8-4-1992, núm. 785/1992, RJ 1992/2875.

¹³⁶ STS de 7-12-1989, RJ 1989/9511.

Cabe destacar la reforma del art. 707 de la LECrim. efectuada mediante la L.O. 14/1999, de 9 de junio, que prevé evitar la confrontación visual entre el testigo menor y el inculpado, cuando sea en interés del menor, debiendo acordarlo mediante resolución motivada.

b) Conclusiones

La jurisprudencia ha admitido la declaración del testigo menor de edad como prueba de cargo sin restricción alguna por razón de la edad, siempre que tenga una mínima capacidad para conocer los hechos objeto de su declaración y que su corta edad no le impida dicho conocimiento. Su eficacia probatoria dependerá de la credibilidad que quepa atribuir al testigo, no de la edad del mismo.

Cuando el menor además sea víctima del delito, deberá reunir los requisitos exigidos jurisprudencialmente a la declaración de la víctima.

1.4.3. Testigo disminuido.

a) Cuestiones generales

Tampoco se produce una tacha de testigos en el proceso penal cuando éstos padezcan algún tipo de minusvalía física o psíquica, puesto que dicho proceso está orientado a integrar en su seno toda clase de material probatorio, siempre, claro está, que el mismo haya sido obtenido con respeto a todas las garantías. Por ello, únicamente será aplicable a la declaración de los testigos disminuidos la restricción prevista en los arts. 417.3º y 707 LECrim. , que contempla una excusa de la obligación de declarar, cuando se trate de una testigo incapacitado física o moralmente o privado de su uso de razón. Se admite, por tanto, la declaración del testigo disminuido física o psíquicamente, excepto en el supuesto de que sus capacidades intelectivas

estén tan seriamente mermadas que no pueda transmitir ningún tipo de información relacionada con el proceso. Respecto a los que padezcan alguna minusvalía que no afecte a su capacidad de comprensión –ceguera, sordomudez, etc. – la ley establece que se provea a los mismos de los medios necesarios para asegurar su declaración.

En este punto, debemos referirnos nuevamente a la citada STS de 6-4-1992¹³⁷ que también trató este tema, concluyendo que: *“De igual modo, el deficiente mental es susceptible de transmitir similar información que es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En cada caso y en cada tipo delictivo ello será facultad exclusiva del Tribunal de instancia en base a la inmediación sin que queda – se insiste- a este Tribunal proceder a un nuevo análisis de la prueba. En un tipo delictivo como el objeto de la acusación y posterior condena resulta obvio que puede ser atendido como prueba de cargo bastante el testimonio del deficiente mental en las expresadas condiciones individualizadas”*.

El Tribunal Supremo, en otro supuesto, ante un testigo que padecía oligofrenia en grado de debilidad mental lindante con imbecilidad, con un coeficiente intelectual de 52, carente de formación por no haber asistido a centros especializados, con cierta incapacidad para expresarse de forma coherente y con precisión terminológica, admitió la validez de la prueba, pero con cierta reserva y expuso su doctrina sobre las declaraciones de los disminuidos psíquicos: *“El deficiente mental carece de la capacidad de expresión de otras personas pero puede transmitir vivencias y percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio que pueden ser valoradas en función de las características personales del testigo, cuando éste presta su testimonio de manera directa y sin interferencias ante el órgano encargado de juzgar el hecho incriminado”*.¹³⁸

La declaración que presta el testigo con capacidad intelectual disminuida, exigirá una valoración por el Juez de la sencillez, coherencia, verosimilitud y demás condiciones en que la misma se presta, puesto que la deficiencia mental de las víctimas no descarta sin más la veracidad de sus imputaciones,

¹³⁷ STS de 6-4-1992, núm. 775/1992, RJ 1992/2857.

¹³⁸ STS de 4-7-1995, recurso núm. 1297/1994, RJ 1995/5381.

pero exige medir con mucha atención los detalles objetivos del lugar, tiempo y modo, que pueden complementar las deficiencias que pueda presentar la narración efectuada por quien padece la minusvalía.¹³⁹

Así, a título ejemplificativo pero no exhaustivo, se ha admitido la declaración de testigos con encefalopatía infecciosa¹⁴⁰, debilidad mental, síndrome de Korsakoff, retraso mental con un coeficiente intelectual del 50%, retraso mental profundo, etc.

b) Conclusiones.

Al igual que sucede con la declaración de los menores, no se produce una restricción a la admisión de la declaración del testigo disminuido psíquico, exigiéndosele únicamente una mínima capacidad de comprensión de los hechos sobre los que va a declarar. Esta postura jurisprudencial es unánime, y la inadmisión del testigo como prueba de cargo se producirá sólo cuando la disminución sea tan elevada que no pueda ofrecer ningún tipo de información sobre los hechos justiciables.

1.4.4. Testigos no comunicados.

a) Cuestiones generales.

El art. 704 de la LECrim. prevé la incomunicación de los testigos que deban declarar en el juicio oral con los que ya han declarado o terceras personas, en aras de preservar la integridad de su declaración y evitar cualquier influencia de factores externos que puedan repercutir en la misma. Pese a la calidez de dicho precepto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manifestado en numerosas ocasiones que su conculcación no supone una vulneración de precepto constitucional (derecho a un proceso con todas las garantías, a obtener la tutela judicial efectiva...), sino que constituye una mera irregularidad procesal con escasa trascendencia en el proceso, a no ser que no se acredite que la comunicación entre los testigos ha causado indefensión, en

¹³⁹ STS de 2-1-1996, núm. 1333/1995, RJ 1996/78.

cuyo caso sí que tendrá trascendencia constitucional la violación de dicho precepto y podríamos hallarnos ante un supuesto de prueba ilícita.

El Tribunal Supremo ha examinado los dos supuestos posibles: testigos cuya declaración se ha inadmitido por haberse infringido dicho precepto y otros que han declarado habiendo estado en contacto con terceros o que incluso, han llegado a estar presentes en las sesiones del juicio y cuya declaración ha sido admitida. En ambos casos llega a idéntica conclusión, al reputar dichas situaciones como meras irregularidades procesales sin mayor trascendencia concediendo validez probatoria a dicha prueba.

La STS de 5-4-1989, analiza el supuesto de un testigo, que presencia todo el acto del juicio oral hasta que le llega el turno de declarar, negándose el Tribunal de instancia a recibirle en declaración por entender que el art.704 LECrim. prohíbe admitirla.

En esa sentencia, el Tribunal Supremo efectuó una exégesis del art. 704 de la LECrim., a fin de discernir si constituye una norma prohibitiva, en cuyo caso su vulneración llevaría a decretar la nulidad de pleno derecho de la declaración. Dicha sentencia llega a la conclusión de que el art. 704 no contiene ningún mandato o prohibición, sino que constituye una disposición legal cuya conculcación no acarreará la nulidad de pleno derecho y, la declaración del testigo practicada contraviniendo lo previsto en el mismo, va a suponer una “*irregularidad procesal lamentable*” sin ningún tipo de trascendencia anuladora. En todo caso, dicho incumplimiento podrá incidir dentro del proceso interno de valoración de la prueba efectuado por el órgano enjuiciador, en la medida en que entienda que la credibilidad del testigo pueda estar afectada, conclusión a la que llega la STS de 1-6-1999.¹⁴¹

“CUARTO.- Situados así, la decisión del tema aparece ya deducible de lo precedentemente indicado. Las normas prohibitivas, que no son otra cosa que mera variante de las imperativas, tienen una estructura, y una cosa es que no sea preciso que la norma

¹⁴⁰ STS de 24-1-1994, núm. 118/1994, RJ 1994/271.

¹⁴¹ STS de 1-6-1999, núm. 908/1999, RJ 1999/4128.

particular establezca la producción del efecto sancionador (el art. 6.3 sólo establece la especificación para la vía negativa excluyente) a modo de cláusula de tipicidad de lo que esta genéricamente vedado por el precepto general y otra, muy distinta, que tal efecto grave pueda ser deducido sin tener en cuenta los datos hermenéuticos de la norma concreta establecidos en el art. 3.1 del tantas veces citado Código Civil. En tal sentido, los datos de contexto, teleológicos y aún históricos imponen la conclusión de que el atado artículo 704 no establece norma prohibitiva alguna, sino que constituye DISPOSICION LEGAL que no puede confundirse con un puro mandato. Su esfera operativa se sitúa en la exigencia de comportamientos (cuyo destinatario es precisamente el órgano jurisdiccional) dirigidos a proporcionar una instrumentación de la veracidad del testimonio, pero ni prohíbe que uno originado en contravención con ella sea producido ni aun impediría, dado el campo del artículo 741 citado, que el Tribunal lo tomase en cuenta para formar su convicción. Se trata, en definitiva de una norma cautelar cuyo incumplimiento no produce otra carga (el sentido del también citado 646 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro en tal sentido) o producción de perjuicio que el eventual de la aminoración de credibilidad del testimonio, pero en manera alguna origina una prescripción prohibitiva. Y que ello es así ya lo declaró esta Sala en la antigua Sentencia de 11 de diciembre de 1902, que en un supuesto en que uno de los testigos propuestos era el señor Letrado de la acusación particular y que por ello estaba presente en la Sala de celebración del juicio desde su iniciación, rechazó el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto declarando que la supuesta infracción del tantas veces citado artículo 704 no era susceptible del recurso de casación; lo que confirma el criterio de que tal norma no tenía carácter prohibitivo e impone la estimación de este motivo...”

También analiza este tema la STS de 29-4-1996¹⁴² y pese a llegar a idéntica conclusión, le concede cierta trascendencia anulatoria cuando pueda acreditarse que la vulneración de lo establecido en el art. 704 de la LECrim. ha acarreado indefensión:

“Tal como se deduce de algún pasaje de las Actas, algunos de los testigos se comunicaron entre sí, mas tal irregularidad procesal no sobrepasa su sede de legalidad ordinaria y, desde luego, no quebranta derechos constitucionales, pues, aparte de que dicha incidencia no afectó

¹⁴² STS de 29-4-1996, núm. 363/1996, RJ 1996/4545.

a todos los declarantes –según se reconoce expresamente por el recurrente- su repercusión no se concreta en el Motivo ni en el mismo aparece reflejada la indefensión que, a juicio de la parte, produjo, de ahí que no pueda hablarse de vulneración constitucional.

Cierto que las previsiones del art. 704 LECrim. deben ser observadas, mas la tacha de indefensión – por su incumplimiento- exige, de un lado su determinación y por otro, la concreción de su trascendencia en el proceso. Ello significa que, de acuerdo con la precisión jurisprudencial ya institucionalizada de que no toda irregularidad procesal genera por sí misma indefensión, el examen circunstanciado de las circunstancias de cada caso se impone para fijar el alcance de las mencionadas anomalías o deficiencias.

Cierto es que la Sala de instancia ni siquiera intento expresamente dar respuesta a las observaciones hechas por la Defensa en el Acto del juicio oral sobre la comunicación de testigos, mas la denuncia de tal omisión no se ha encauzado debidamente a fuerza de otorgarle una trascendencia constitucional cuya denuncia sólo podría prosperar de estar acreditada la indefensión.

El Tribunal “a quo” debió extremar las previsiones destinadas a garantizar el cumplimiento de las condiciones de incomunicación testifical a que se refiere el art. 704 de la LECrim. , pero “la multitud de testigos que asistieron al juicio” – en expresión del recurrente- y la complicada y dilatada instrucción de la causa, a lo largo de la cual los testigos han podido, y de hecho es obvio que así ha sido, unificar sus criterios de actuación como perjudicados, diseñando conjuntamente una estrategia defensiva de sus intereses en su condición de tales, estableciendo las premisas de sus coincidentes declaraciones, relativizan la trascendencia inicial que presenta formalmente el incumplimiento de la medida garantista cuestionada y reducen sus negativos efectos a cotas asignadas a meras irregularidades sin relevancia constitucional. Todo ello, con independencia de que al ponerlas de manifiesto las partes introduzcan matices en la integral valoración de la prueba que efectúa el Tribunal de instancia”.

El ATS de 15-10-1997¹⁴³, también admite la declaración de los testigos que hayan presenciado las sesiones del juicio oral, por que entiende que el art. 704 no lo prohíbe, además reconoce que en determinados supuestos “*las previsiones*

¹⁴³ ATS de 15-10-1997, núm. 2002/1997, RJ 1997/7514.

razonables del artículo 704 de la LECrim. son de imposible cumplimiento cuando el juicio dura varios días, so pena de llevarse a cabo una especie de retención de los testigos que sería, a todas luces, contraria a derecho y, por consiguiente, rechazable, con o sin alteración del orden. Cuando el proceso dura varios días, es imposible evitar que los testigos que declaran después de otros sepan lo que estos dijeron?

b) Conclusiones

La interpretación jurisprudencial del artículo 704 de la LECrim. , ha vaciado de contenido dicho precepto, puesto que ha admitido como válida a efectos de enervar la presunción de inocencia la declaración de testigos no comunicados, que han estado en contacto con otros testigos, o que incluso han presenciado las sesiones del juicio oral, manifestando además la dificultad que supone en los procesos que tienen repercusión en los medios de comunicación, evitar que los testigos no conozcan los dichos manifestados por quienes han declarado con anterioridad.

En todo caso, ¿qué validez va a tener la declaración del testigo no comunicado? En primer lugar, no se puede impedir la práctica de dicha testifical, puesto que se trata de una prueba admitida por un Juez. Tampoco puede considerarse que con su práctica se produzca una vulneración de derecho fundamental y finalmente, el derecho de contradicción también queda salvaguardado, puesto que se trata de una mera irregularidad procesal sin mayor trascendencia. Por ello, sólo podemos concluir que la declaración prestada por el testigo no comunicado tiene eficacia enervatoria, sin perjuicio de que el Juzgador tenga en cuenta dicha circunstancia a la hora de fundar su convicción interna y valorar la testifical practicada.

1.4.5. Declaración de agentes policiales.

a) Declaraciones contenidas en el atestado.

La declaración de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ni está específicamente regulada ni tampoco excluida, admitiéndose por la jurisprudencia la declaración de los funcionarios policiales como medio

probatorio con eficacia para enervar la presunción de inocencia¹⁴⁴. Además, los mismos también podrán ser objeto de las medidas de protección a testigos previstas en la L.O. 19/1994¹⁴⁵, puesto que dicha Ley no establece ningún obstáculo ni impedimento al respecto.¹⁴⁶

Como norma general, el atestado policial carece de eficacia probatoria, puesto que el art. 297 de la LECrim. le confiere el valor de mera denuncia. Por ello, resulta indispensable la declaración de los agentes de la autoridad al objeto de ratificar el atestado ante la Autoridad Judicial *“La Sentencia de 28 de julio de 1981, y otras decisiones posteriores de este Tribunal (Sentencia 9/1984, de 30 de enero; R.T.Const. 9-Auto 188/1984 de 28 de marzo) declaran que el atestado policial tiene un valor de denuncia y no de prueba, y que, para que se convierta en auténtico elemento probatorio en el proceso no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, normalmente mediante la declaración de los agentes policiales firmantes del atestado”*¹⁴⁷ en condiciones que garanticen la efectiva contradicción *“se reitera y reproduce en el juicio oral, de modo que pueda realizarse la oportuna confrontación de la otra parte”*¹⁴⁸

b) Clases de declaración de los agentes policiales:

Los funcionarios de policía que han participado en la confección de un atestado, van a poder prestar dos tipos de declaración, como testigo directo, respecto de los hechos que han percibido personalmente, y también como testigo indirecto o de referencia, respecto de los hechos sobre los que otras personas han declarado en el atestado policial.

aa) *Declaración de los funcionarios policiales sobre hechos de conocimiento propio:* declararán como testigo directo sobre los hechos que conozcan a raíz de la investigación policial, debiendo acudir ante la autoridad judicial para ratificar

¹⁴⁴ STC 165/1990, de 29 de octubre, Sala 2.ª, BOE de 30 -11-1990.

¹⁴⁵ Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

¹⁴⁶ STS de 28-2-1998, núm. 258/1998, RJ 1998/1749.

¹⁴⁷ STC 100/1985, de 3 de octubre, Sala 2.ª BOE de 5-11-1985.

¹⁴⁸ STC 31/1987, de 12 de marzo. Sala 1.ª, BOE. de 24 -3-1987.

los extremos manifestados en el atestado (*“las declaraciones testificales en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio con arreglo a los artículos 297 y 717 de la LECrim. al estar prestadas con las garantías procesales propias de tal acto, constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción expresada”*¹⁴⁹). La STC 182/1989, de 3 de noviembre establece que *“tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2 y 727 LECrim. que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales, en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”*¹⁵⁰.

bb) *Declaración de los funcionarios policiales como testigos de referencia*: admitida por la Jurisprudencia, respecto de los hechos manifestados por testigos o detenidos en su presencia durante la confección del atestado policial, aunque dicha declaración tendrá el carácter de excepcional y supeditada al cumplimiento de los requisitos propios de la testifical de referencia, que más adelante desarrollaremos.¹⁵¹

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 29-10-1993 (50), respecto a la declaración de unos policías sobre la confesión extrajudicial efectuada por un detenido en su presencia, que se reputó autor de los hechos fuera de las formalidades legales previstas para la declaración del detenido y que no ratificó cuando declaró en presencia de su letrado, manifestó que si bien la declaración de los policías como medio probatorio reunía todas las exigencias requeridas para desvirtuar la presunción de inocencia, por sí sola resultaba insuficiente, pero que al existir más pruebas de cargo, dicha testifical tenía el valor de una prueba más.

La STC 51/1995, de 23 de febrero, establece que las declaraciones vertidas en el atestado policial – en ese caso se trataba de declaraciones inculpativas efectuadas por un coimputado únicamente en Comisaría-, *“carecen de valor*

¹⁴⁹ STS de 4-3-1997, núm. 953/1996, RJ 1997/1829.

¹⁵⁰ STC de 182/1989, de 3 de noviembre, Sala 1.ª, BOE 4-12-1989. También el ATS de 10-5-1995, RJ 1995/3577.

¹⁵¹ STC 79/1994, de 14 de marzo, Sala 1.ª, BOE de 14-4-1994.

probatorio si no son posteriormente ratificadas en presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios de policía mediante su testimonio en el acto del juicio oral".¹⁵²

La STC 261/1994, de 3 de octubre, reconoció la validez de la declaración de los policías que declararon en calidad de testigos de referencia y que permitieron introducir en el debate del plenario, una declaración inculpatória efectuada únicamente ante la policía, la cual no fue ratificada en el Juzgado ni tampoco en el juicio oral por hallarse el declarante en paradero desconocido: *"el fallo condenatorio se asentó fundamentalmente en la existencia de ciertas declaraciones inculpatórias ante la policía no ratificadas posteriormente en ningún momento, sino únicamente introducidas en el juicio oral a través del "testimonio de referencia" de los policías ante los cuales fueron formuladas, debemos reiterar aquí la doctrina con arreglo a la cual la prueba testifical de referencia, prevista en el art. 710 LECrim., constituye uno de los actos de prueba que, si bien con carácter excepcional, los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración a la hora de fundar una condena"...* *"la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas, impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal"*.¹⁵³

También el TEDH ha admitido la declaración de los funcionarios policiales respecto de las declaraciones o confesiones por ellos escuchadas.¹⁵⁴

No obstante, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha negado eficacia enervatoria a la declaración de los policías prestados en calidad de testigos de referencia, sobre declaraciones inculpatórias prestadas por un detenido sin estar asistido de Letrado, por entender *"que no cabe dar valor alguno a las*

¹⁵² STC 51/1995, de 23 de febrero Sala 1.ª, BOE de 31-3-1995, ATS de 9-7-1997.

¹⁵³ STC 261/1994, de 3 de octubre, Sala 1ª, BOE de 8-11-1994.

¹⁵⁴ TEDH 27/1991, de 26 de abril, caso Asch.

declaraciones testificales referidas como convalidantes de la declaración del acusado ante la Policía declarada nula por el Tribunal'.¹⁵⁵

c) Conclusiones.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la declaración de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado como testigos directos, es decir, sobre los hechos que directamente conocen durante la investigación policial y también como testigos de referencia en relación con los hechos que terceras personas les han referido, ya sean testigos o detenidos. En este último caso declararán como testigo directo del contenido del testimonio y de referencia respecto del hecho justiciable.

Si la declaración en calidad de testigo directo no suscita polémica, cuestión distinta es la de la testifical de referencia de los policías, cuando es utilizada para “convalidar” las manifestaciones efectuadas por detenidos al margen de su declaración prestada ante Letrado y con todas las formalidades, puesto que como hemos visto existe jurisprudencia admitiéndola e inadmitiéndola.

d) Valoración Crítica.

Ninguna crítica cabe efectuar a la admisión como medio probatorio de cargo de la declaración de los policías, puesto que al igual que cualquier testigo, puede declarar sobre los hechos que conozca a raíz de la investigación policial efectuada.

No obstante, cuando declare en calidad de testigo de referencia, ello sólo será posible en supuestos verdaderamente excepcionales, cuando resulte imposible acudir a la declaración del testigo directo. Si se cumple ese requisito, que repetimos, deberá observarse de forma muy estricta nada obsta que su declaración junto a otras pruebas de cargo, pueda enervar la presunción de inocencia del acusado. Pero debe existir otro material

¹⁵⁵ STS de 4-3-1997, núm. 953/1996, RJ 1997/1829.

probatorio de cargo, puesto que la declaración de un policía o varios como testigo de referencia, por sí sola resulta insuficiente para fundar la condena del acusado, puesto que no existe ninguna posibilidad de controlar la veracidad de lo manifestado por ese tercero, o si la policía interpretó correctamente las manifestaciones que éste efectuó en su presencia (como sucedería, por ejemplo cuando quien declara es un súbdito extranjero, sin intérprete, y a no ser que el policía tenga un perfecto dominio de dicha lengua, es perfectamente factible que se produzcan confusiones o malas interpretaciones).

Cuando se presten ante los funcionarios policiales declaraciones autoinculpatorias, si libremente son efectuadas por un testigo podrán ser utilizadas como medio de prueba en el juicio oral, puesto que han sido obtenidas con respeto de la legalidad ordinaria y sin vulneración de derechos fundamentales.

Solución distinta debe predicarse cuando estando detenida una persona, no se le informa de sus derechos, y, o bien se le toma declaración o ésta decide efectuar manifestaciones por propia iniciativa. En estos casos, creemos que dicha declaración, por sí sola, no podrá tener efectos enervatorios de la presunción de inocencia, puesto que se habrá obtenido con vulneración de derecho fundamental del art. 17.3 de la CE, y tendrá la consideración de prueba ilícita, de conformidad con lo previsto en el art. 11.1 de la LOPJ. Si dichas manifestaciones no son ratificadas con posterioridad, en su declaración a presencia de letrado o ante autoridad judicial, no podrán utilizarse como material probatorio de cargo por mucho que mediante la declaración de los funcionarios policiales que las percibieron, se intenten convalidar en el acto del juicio oral, puesto que se trataría de la “convalidación” de manifestaciones prestadas con vulneración de derecho fundamental y causación de indefensión.

La Jurisprudencia ha manifestado que dicha declaración será considerada nula, sin que deban contagiarse de dicha nulidad las posteriores diligencias o actos procesales que se realicen durante la instrucción. Por tanto si es nula,

es inexistente, careciendo de sentido que con posterioridad, en el juicio oral los funcionarios policiales declaren sobre unos hechos que procesalmente son inexistentes.

1.4.6. Declaración de funcionarios de la administración de justicia.

a) Cuestiones generales.

La declaración de funcionarios judiciales de cualquiera de sus categorías, respecto de hechos objeto de una instrucción judicial –puesto que cuando se trate de hechos delictivos que hayan presenciado o sufrido como particulares estaremos ante una testifical-, se ha planteado en diversas ocasiones llegando la jurisprudencia a idéntica conclusión, en el sentido de declarar innecesaria la práctica de dicha prueba.

En la STS de 5-9-1990, en su caso en que existía un testigo muy atemorizado por haber sido amenazado, la Magistrada-Juez que dirigió la instrucción y el Oficial que tramitaba las diligencias declararon en el juicio oral respecto de la situación que atravesaba el testigo. El Tribunal Supremo manifestó que dichas declaraciones resultaban *“innecesarias y acaso improcedentes porque de todo ello existía prueba en las actuaciones autenticadas por el Secretario que da fe de lo que se dice o hace, aunque no obviamente de su veracidad”*. No obstante esta cuestión también se ha planteado en supuestos de entrada y registro, como analizaremos al tratar esta diligencia, llegando el Tribunal Supremo a idéntica conclusión.

En la STS de 8-7-1994¹⁵⁶ se analiza la necesidad de la práctica de una prueba consistente en la declaración del Magistrado-Juez instructor y del Ministerio Fiscal respecto de hechos conocidos por razón de su cargo durante la tramitación de unas diligencias. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo manifestó que *“el testigo, por definición, es la persona que siendo ajena al proceso, es citada por el órgano jurisdiccional a fin de que devenga o preste declaración de ciencia sobre hechos pasados y que puedan resultar relevantes para la averiguación y constancia de*

¹⁵⁶ STS de 8-7-1994, núm. 1414/1994, RJ 1994/6702.

la perpetración de los delitos objeto de investigación, por lo que, como es obvio, como tales pueden comparecer las personas pertenecientes a la Carrera Judicial y Fiscal, siempre que se trate de hechos que hubieren conocido como particulares pero no sobre hechos que hubieren conocido por razón de su cargo o sobre los que hubiesen dictado resoluciones ya que para acreditar lo que resulte de determinadas actuaciones jurisdiccionales ha de acudir a otros medios de prueba como v.g., la expedición de los testimonios correspondientes”¹⁵⁷. Carece de sentido practicar una prueba testifical para acreditar extremos que ya constan documentados en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial.

Sobre la declaración de los Secretarios Judiciales, en la STS de 16-7-1997¹⁵⁸, se hace constar que “respecto a la presencia en juicio de la Secretaria judicial, a fin de manifestar lo que vio con ocasión de la diligencia de entrada y registro practicada, se trata de una petición totalmente carente de fundamento, ya que el Secretario judicial es el depositario de la fe pública judicial, y las actas que el mismo redacta y firma hacen plena prueba de los elementos objetivos que en ellas se relatan, sin necesidad de ratificación, ni contradicción procesal. Han de reputarse improcedentes las pruebas testificales de los funcionarios judiciales que, por razón de su cargo, actuasen en la misma causa como juzgador, instructor o fedatario, pues su conocimiento de los hechos ha de reflejarse en las propias actuaciones a través de las resoluciones, diligencias y actas que dictan o redactan y no por medio de manifestaciones personales por lo que es correcta la denegación de prueba efectuada por la Audiencia”.

En otro supuesto en que se interesó la declaración de la Secretaria Judicial¹⁵⁹ sobre la diligencia de entrada y registro, el Tribunal Supremo manifestó que “El testimonio de la Secretaria Judicial que intervino en las diligencias de entrada y registro resultaba totalmente improcedente, ya que obraban incorporadas a la causa de actas extendidas cuando se llevaron a efecto las citadas diligencias, y ello resulta congruente con lo que se dispone en los números 1º y 2º del artículo 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los que se expresa que ‘el Secretario es el único funcionario

¹⁵⁷ STS de 30-9-1998, núm. 1116/1998, RJ 1998/7372.

¹⁵⁸ STS de 16-7-1997, núm. 1091/1997, RJ 1997/5772.

¹⁵⁹ STS de 30-9-1998, núm. 1116/1998, RJ 1998/7372.

competente para dar fe con plenitud de efectos en las actuaciones judiciales ... y la plenitud de la fe pública en los actos en que la ejerza el Secretario no precisa la intervención adicional de testigos”.

b) Conclusiones.

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la declaración de los miembros de la Administración de Justicia, ya sean Jueces, Fiscales, Secretarios u Oficiales, si con ella se pretende acreditar extremos que ya constan en las actuaciones referentes a diligencias practicadas durante la instrucción, resultan totalmente carentes de sentido, puesto que dichas diligencias se encuentran debidamente documentadas, bajo la fe del Secretario Judicial y por ello resulta innecesario intentar acreditarlas o desacreditarlas mediante la práctica de una prueba testifical en el plenario.

1.4.7. Declaración respecto de familiares.

a) Cuestiones generales.

Nuestro ordenamiento contempla una exención a la obligación de declarar, cuando el testigo deba hacerlo respecto de un familiar, y su declaración pudiera perjudicar a éste último en su persona o bienes. El art. 416.1 de la LECrim. establece esta dispensa en relación con los parientes en línea ascendente y descendente del acusado, su cónyuge y sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales hasta el segundo grado civil y también los hijos adoptivos. Las personas unidas por análoga relación de efectividad, pese a que no están comprendidas en dicho precepto, entendemos que también deben incluirse dentro de esta dispensa, puesto efectuando una interpretación conjunta del ordenamiento jurídico penal, nos encontramos con que en la reforma de 1983 se introdujo en el Código Penal a las personas unidas por relación de análoga afectividad, que se equiparaban a los cónyuges, situación que subsiste en la actualidad (arts. 23, 153, 424, y 617.2 del CP de 1995). También la L.O. 19/1993 de protección de testigos, incluye a la persona unida por análoga relación de afectividad

dentro del círculo de familiares del testigo que pudieran estar en situación de peligro por razón de la declaración de éste.

El fundamento de esta dispensa a la obligación de declarar, lo hallamos en el conflicto de intereses que puede plantearse a quien es llamado a declarar sobre unos hechos que pudieran perjudicar a un familiar, que no hace falta que éste formalmente inculpado, situación en la que chocará el deber de veracidad con el vínculo familiar y el deber de lealtad y fidelidad que intrínsecamente el mismo lleva aparejado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de esta dispensa ha declarado: *“Y uno de ellos –artículo 416.1.º Ley Enjuiciamiento Criminal– es el secreto familiar que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar. La colisión que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo el deber de fidelidad para con su pariente, por lo que fueron reputados “testes non integri” en el derecho común, a los que efectivamente el instructor ha de advertir de la facultad que les asiste para no declarar contra el inculpado, se resuelve pudiendo hacer las manifestaciones que estimen oportunas, sin que tampoco esté obligado a responder de una manera directa e importante a la persona o fortuna de alguno de dichos parientes, aunque no sean inculpados – art. 418 Ley Enjuiciamiento Criminal-. Pero siempre referidos ambos preceptos al testigo que es el único sobre el que pesa la obligación de declarar, a quien se le exime en el supuesto mencionado y en otros, secreto del defensor, religioso...,etc., del deber de testimoniar”*.¹⁶⁰

Esta excención no es absoluta, puesto que según prevé el art. 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el delito atente contra la seguridad del Estado, a la tranquilidad públicao al Rey o su sucesor, prevalecerá la obligación de declarar aunque sea sobre un familiar.

b) Supuestos.

aa) Testigo que se niega a declarar acogiéndose a esa facultad: *no podrá ser obligado a declarar aunque el acusado sea el familiar y lo solicite. Según el Tribunal Supremo, el art. 416.1.º está destinado a proteger al reo, no a perjudicarlo, y*

¹⁶⁰ STS de 6-10-1997, núm. 1208/1997, RJ 1997/7599. También la STS de 18-12-1991, RJ 1991/9493.

*cuando el testigo ha optado por no declarar, el Tribunal no puede obligar al testigo a que declare.*¹⁶¹

bb) Testigo que decide declarar: “La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece quiénes están dispensados de la obligación de declarar, es decir, que pueden o no hacerlo pero que si lo hacen tiene que decir verdad.”¹⁶²

cc) Testigo que no es advertido de la facultad que tiene de no declarar: el Instructor tiene la obligación de advertir al testigo sobre la posibilidad de no declarar si con ello va a perjudicar a un familiar (*“a los que efectivamente el instructor ha de advertir de la facultad que les asiste para no declarar contra el inculpado”*)¹⁶³ Cuando la declaración se produzca ante la Policía sin ser advertido de dicha facultad, la jurisprudencia ha considerado que la misma carecía de valor probatorio incluso en los supuestos en que con posterioridad, ante la Autoridad Judicial, el testigo es informado de dicha facultad y ratifica su declaración policial, puesto que la omisión en inicial en dicha información resulta insubsanable y, por tanto, no puede convalidarse a posteriori, siendo la única consecuencia la de negar eficacia probatoria a esa declaración.¹⁶⁴

cc) Testigo que se acoge a dicha dispensa para no ratificar su declaración sumarial en el juicio oral: las declaraciones sumariales prestadas con anterioridad podrán ser leídas y, por tanto, valoradas, siempre que las mismas se hayan practicado con todas las garantías constitucionales y de legalidad ordinaria, es decir, posibilitándose la contradicción y el derecho de defensa.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17-12-1997 manifestó que: *“Es obvio que dicha regla general se altera en los*

¹⁶¹ STS de 11-4-1996, núm. 331/1996, RJ 1996/3698. También la STS de 17-12-1997, núm. 1587/1997, RJ 1997/8770.

¹⁶² STS de 18-12-1991, RJ 1991/9493.

¹⁶³ STS de 18-4-1997, num 514/1997, RJ 1997/4539.

¹⁶⁴ STS de 28-

supuestos en que el denunciante- testigo ejercita o hace uso del derecho o dispensa de no prestar declaración inculpativa contra el pariente, ya que, se vulnera así el principio de contradicción si son sometidas las declaraciones sumariales a lectura en el plenario, con arreglo al artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto en cuanto en las mismas no se dio la oportunidad procesal ni al acusado ni a su Letrado defensor de estar presentes en las mismas y ello supone la violación de los artículos 6.3, d) del Convenio de Roma para la Protección de Derechos Humanos (RCL 1979/2421 y ap NDL 3627) y el artículo 14.3, e) del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977/893 ApNDL 3630) y con ello la vulneración de su derecho de defensa y, consecuentemente, el de presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución.”¹⁶⁵

Dicha Sentencia, se refiere a un supuesto similar analizado por el TEDH, el caso Urterpertinger, quien fue condenado en base a unas declaraciones efectuadas únicamente ante la Policía por su mujer e hijastra, en las cuales no pudo intervenir la defensa: “Ahora bien, y aunque la lectura de las declaraciones realizadas por tales testigos ante la policía no es opuesta al Convenio, sin embargo, su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa. De manera que como al negarse tales testigos a declarar ante el Tribunal competente impidieron al demandante que “las interrogara o hiciera que se las interrogara” sobre sus declaraciones, y, no obstante, la sentencia se basó en dichas declaraciones, ha de concluirse que “se declaró culpable el señor U. Fundandose en “testimonios” frente a los cuales sus derechos de defensa eran muy limitados. Por lo tanto, el demandante no conto con un proceso justo y se violó así el apartado 1 del artículo 6 del Convenio en relación con los principios inherentes al apartado 3, d) del mismo precepto”.

ee) Declaración de testigo respecto de familiares cuando a la vez es imputado: “*Es evidente, que no existiendo obligación de declarar en el*

¹⁶⁵ STS de 17-12-1997, núm 1587/1997, RJ 1997/8770.

*imputado, pudiendo optar libremente por no efectuarlo, no puede vulnerar ningún derecho fundamental, ni hay necesidad de instruirle de ningún derecho que no tiene reconocido*¹⁶⁶.

c) Conclusiones.

La Policía y el Juez de Instrucción tienen la obligación de informar a los testigos que deben declarar sobre familiares y cuya declaración pueda resultar perjudicial a estos últimos, de la excención que les otorga el ordenamiento jurídico del deber de declarar. El problema surge cuando no se informa debidamente al testigo sobre dicha excención y este declara sobre extremos que, de haber sido informado, hubiera silenciado. Desde una postura muy formalista, podríamos concluir que, al no haberse informado al testigo de dicha facultad, el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras han podido interrogar sobre extremos que nunca se hubieran debatido de haberse producido tal información.

De acuerdo a lo expuesto en anteriores capítulos, no podemos considerar que dicha declaración constituya una prueba nula, puesto que la nulidad sólo puede predicarse de los actos judiciales. Por tanto, debemos situarnos en la órbita de la prueba lícita e ilícita y analizar si la declaración del testigo respecto de un familiar, practicada sin informar al primero de la excención que prevé el art. 416.1 de la LECrim., vulnera o no cualquier derecho fundamental.

La no información de la facultad que prevé el art. 416.1 de la LECrim., constituye una infracción procesal de la legalidad ordinaria, que no entra dentro del ámbito del art. 11.1 de LOPJ, ni siquiera intentando reconducirla a la infracción del derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la CE, puesto que como hemos expuesto al tratar los efectos de la ilicitud de la prueba, este último precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal y a calificar como vulneración

¹⁶⁶ STS de 18-4-1997, núm. 514/1997, RJ 1997/4539.

de derechos y libertades constitucionales las infracciones que se produzcan de las disposiciones procesales.

Por ello, no se tratará ni de una prueba nula ni ilícita, sino que será una prueba lícita pero que en su ejecución se habrá producido una irregularidad procesal, que en todo caso deberá ser valorada por el Juzgador a la hora de fundar su convicción.

El testigo puede acogerse en cualquier momento a la facultad que le confiere el art. 416.1 de la LECrim., y sus declaraciones anteriores pueden ser tenidas en cuenta si las mismas han sido practicadas con respeto de todas las garantías, en especial, si se ha garantizado la contradicción y la participación de la defensa en las mismas.

Finalmente, respecto a una cuestión que se ha planteado en diversas en diversas ocasiones, cuando la declaración del imputado pueda afectar a un familiar, la jurisprudencia se ha mostrado unánime en entender que teniendo el imputado o acusado el derecho genérico a no declarar, resulta innecesario que se le informe expresamente del derecho en concreto a no declarar contra familiares, aunque tal postura ya la hemos comentado en el capítulo de la declaración del inculpado.

1.4.8. Declaración de personas vinculadas.

a) Declaración de eclesiásticos.

El art. 417 de la LECrim. Cotempla dos supuestos completamente diferenciados de personas que por razón de su cargo son conocedores de unos hechos sobre los cuales la Ley no les obliga a declarar, pero sí les excusa de hacerlo. Así, el primer apartado de dicho precepto establece que no podrán ser obligados a declarar como testigo “Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio”. La exención únicamente se refiere a hechos cuyo conocimiento provenga del ejercicio del cargo, subsistiendo la obligación genérica del deber de declarar en los demás casos.

Respecto a la declaración de eclesiásticos, la STS de 11-10-1990¹⁶⁷, entendió que “el artículo 707 en relación con el 417.1.º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que no podrán ser obligados a declarar los eclesiásticos “sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio”, y aunque el acusado admitió su intervención en el hecho “con motivo de otras diligencias judiciales”, ello no dispensaría al sacerdote católico de la obligación del sigilo sacramental sin la autorización expresa del penitente, que no puede presumirse”.

La interpretación dada por el Tribunal Supremo va más allá del texto del propio precepto, puesto que este recoge una excusa de la obligación de declarar, pudiendo el testigo declarar sobre dichos extremos si así lo desea, mientras que el Tribunal Supremo, exige para que dicha declaración pueda llevarse a cabo, la autorización expresa de la persona fuente de conocimiento del eclesiástico que deba declarar.

b) Declaración de funcionarios públicos civiles y militares.

El art. 417 de la LECrim., en su apartado segundo, establece una excusa de la obligación de declarar genérica para todos los funcionarios ya sean civiles o militares, en relación con los hechos que conozcan por razón de sus funciones y cuya revelación pudiera suponer una violación del secreto que su cargo les obliga a guardar y también, cuando actuando en virtud de obediencia debida, no estuvieren autorizados por su superior jerárquico para declarar.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12-12-1992¹⁶⁸, al analizar el tema de los controvertidos fondos reservados, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la excusa de la obligación de declarar recogida en el art. 417.2º de la LECrim., pero soslayó la cuestión, reconociendo la existencia y plena validez de dicho precepto, evitando entrar en el fondo: “***El art. 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes referido, establece la***

¹⁶⁷ STS de 11-10-1990, RJ 1990/7996.

¹⁶⁸ STS de 12-12-1992, núm. 338/1992, RJ 1992/2442.

posibilidad de la negativa a contestar el testigo cuando de obediencia debida o por secreto profesional se tratare. Quiere ello decir que la norma legal ampara excepcionalmente un derecho, más o menos controvertido, que al testigo corresponde. Discutido en su ámbito y límites, pero que está ahí. No es el momento ahora para analizar en profundidad las distintas controversias que el tema ha originado de siempre?

Como hemos dicho, se trata de una excusa a la obligación de declarar o de responder a algunas de las preguntas que se efectúen durante el transcurso de un interrogatorio¹⁶⁹, no de una prohibición, por tanto, dependerá del testigo el ampararse en dicha exención o bien responderá las preguntas.

c) Conclusiones.

Los dos casos tratados en el art. 417 de la LECrim. establecen excusas al deber genérico de prestar declaración o de responder a algunas de las preguntas que se formulen durante el transcurso de un interrogatorio. No obstante, debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho que el ordenamiento jurídico confiere a determinados testigos en relación a hechos conocidos por razón de su cargo, por ello, si el sujeto decide declarar, el puede hacerlo sin que quepa tacha algunade nulidad de declaración.

II. TESTIGO PROTEGIDO.

2.1. Cuestiones generales.

El principio de contradicción y el derecho que tiene el acusado a que el interrogatorio de los testigos se efectúe en su presencia, son los pilares que van a regir la práctica de la prueba testifical en general durante la instrucción y en especial en el juicio oral, puesto que el acusado tiene derecho a oír directamente las imputaciones que se efectúan en su contra, según reconoce la Constitución y la normativa internacional aplicable [art. 6.3 d) del CEDH y 14.3 e) del PIDCP].

¹⁶⁹ ATS de 28-6-1995, núm. 1115/1995, RJ 1995/5771.

No obstante, en determinadas ocasiones se ha tenido que restringir alguno de los principios que rigen la práctica de la prueba testifical en el plenario – oralidad, inmediación, contradicción y publicidad-, puesto que la testifical practicada con estricto respeto de los mismos podría llevar a situaciones anómalas para los fines que se persiguen con el proceso: testigos que se negasen a declarar delante de quien les ha infligido un mal, que padezcan algún tipo de trastorno que pudiera agravarse de comparecer al juicio oral, que hayan sido amenazados, en definitiva, diversas situaciones deben ser tratadas de forma muy restrictiva dada la excepcionalidad de las mismas.

2.2. L.O. 19/1994, de 23 diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Con la ley 19/1994, de protección a testigos, el legislador ha pretendido proporcionar mecanismos de protección a los testigos que declaren en el proceso penal y que por dicho motivo puedan hallarse en situación de peligro, superando la ardua tarea interpretativa que con anterioridad tuvieron que efectuar los Tribunales, recurriendo a los arts. 687 LECrim. y 232 LOPJ para dotar al proceso penal de mecanismos de protección a los testigos.

La L.O. 19/94 prevé otorgar diversos grados de protección, cuando exista peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien deba declarar o su cónyuge, persona a la que esté unida en análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes o hermanos, cuya adopción dependerá de la gravedad del peligro con que se amenace:

- a) **ausencia de identificación:** *que no conste en las diligencias el nombre, apellidos, domicilio, profesión, lugar de trabajo ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiendo utilizarse para su identificación un número o clave (art. 2.a).*
- b) **ocultación:** *que comparezcan en las diligencias utilizando cualquier medio que impida su visualización de forma normal (art.2.b).*
- c) **no designación de domicilio:** *que se fije como domicilio a efectos de notificaciones el del órgano jurisdiccional (art. 2.c).*

- d) **prohibición de reproducción de su imagen:** se preservará que no se les tomen fotografías, filmaciones. (art. 3.1).
- e) **protección policial:** durante el proceso, podrán ser conducidos a las dependencias judiciales, donde permanecerán en lugar reservado (art. 3.2).
- f) **protección oficial:** en supuestos excepcionales se les podrá facilitar nuevos documentos de identidad y medios económicos para cambiar su lugar de residencia (art.3.2).

2.3. Grados de protección al testigo.

a) *Declaración del testigo oculto:*

El testigo oculto es aquel que declara en ausencia del acusado, bien por prestar declaración fuera de la Sala de vistas o bien cuando estando en ella, se utiliza algún mecanismo de separación entre el acusado y el testigo –biombo, escudo humano, etc. - de manera que no exista contacto visual entre ambos, pero pudiendo el acusado oír directamente el contenido de dicha declaración, además de conocer la identidad de quien declara. El Tribunal Supremo ha entendido que esta medida no resulta aconsejable, pero tampoco genera indefensión si se práctica de forma contradictoria¹⁷⁰, habiéndola admitido en diversas ocasiones.¹⁷¹

La STS 64/1994¹⁷², de 28 de febrero calificó de irregular procesalmente la declaración de la víctima en el acto de juicio oral fuera de la Sala de Audiencias –concretamente en el despacho del Juez-, no pudiendo verse el acusado y el testigo, pero oyendo el primero la declaración del segundo. Fue considerada como irregular procesalmente y no prueba ilícitamente obtenida, dado fue practicada con respeto de los principios de inmediación, publicidad y contradicción.

¹⁷⁰ STS de 29-9-1995, núm. 945/1995, RJ 1995/6931.

¹⁷¹ ATC 270/1994, de 17 de octubre, STS de 29-9-1995, núm. 945/1995, RJ 1995/6931.

¹⁷² STC 64/1994, de 28 de febrero, Sala 1º. BOE de 24-3-1994.

El Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia, manifestó que: “No cabe duda que tal forma de prestar declaración en el acto del juicio constituye una cierta anomalía procesal, pues en primer término, no es ordinaria o frecuente, y, además, no parece adecuarse a los términos literales del art. 229.2 de la LOPJ, que establece textualmente *“...Las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos... se llevaran a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley”*. Este tribunal viene señalando que la constatación de una determinada irregularidad procesal no dota de relevancia constitucional la queja de amparo, sino que lo dota la incidencia real que aquélla tenga en el supuesto concreto sobre los derechos fundamentales cuya vulneración se invoca”.

Esta Sentencia analiza la triple vertiente de exigencias de la prueba testifical cuando se practica en ausencia del acusado desde la perspectiva del derecho a un juicio público con las debidas garantías del art. 24.2 CE.

1. *Publicidad: “la publicidad del proceso, no puede verse vulnerada en este caso porque, al margen de aquella anómala forma de declaración, el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente Acta, sin que consten restricciones de acceso a su celebración o de obtener o difundir información acerca del mismo. Por tanto, la finalidad o razón de ser del derecho a un juicio público, que no es otra que la posibilidad de que el funcionamiento de los Tribunales sea de conocimiento público, que no es otra que la posibilidad de que el funcionamiento de los Tribunales sea de conocimiento público y pueda ser sometido al control de los justiciables, no se ha visto empañado en modo alguno en este caso”.*
2. *Contradicción: “deriva directamente del art. 6.3, d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz del cual ha de interpretarse el art. 24.2 CE por exigencia del art. 10.2 de la norma fundamental. El art. 6.3,d) del Convenio exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo. Por tanto, la cuestión que surge es si puede entenderse cumplido tal requisito en aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que los testigos de cargo prestan su declaración sin ser vistos por el acusado, aunque sí oídos”.*

... *“Ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de los delincuentes pertenecientes a las bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad, mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (sentencia Windisch). Pero, aún así, y en dos de las precitadas sentencias (casos Kostowski y Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiéndose por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o la culpabilidad”.*

“...es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por lo que, por el contrario, en aquellos casos, como el presente, en el que el testimonio no puede calificarse de anonimato sino, en todo caso, de “oculto” (entendiéndose por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos- tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3, d) del Convenio”.

... *“la lectura del Acta del juicio oral, permite constatar que la identidad de los declarantes (testigos de cargo) fue perfectamente conocida por el Tribunal y por la defensa, así como que esta última pudo hacer las preguntas que tuviera por convenientes a los mismos. Todo ello determina que la contradicción no puede entenderse restringida en este supuesto, pese a la controvertida forma de efectuar la declaración”.*

3. *Igualdad de armas: “la forma de prestar la declaración no limitó las posibilidades de defensa, pues ésta, como ya se ha señalado, pudo interrogar a los testigos – pese a que no se los viera- y así aparece documentado en el Acta; asimismo, de tal documento resulta que también se practicó prueba de desacargo testifical a propuesta de dicha parte (declaración de otro testigo) y que si no se oyó a la restante testigo, cuya declaración había solicitado la defensa, fue porque ésta renunció a la misma. Por tanto, ningún reproche de*

desigualdad o restricción de la defensa cabe advertir como derivado de la forma en que prestaron declaración los testigos de cargo”.

En otra ocasión, se admitió la declaración de un testigo, cuya identidad constaba en las actuaciones, que declaró en el plenario sin ser vista por los acusados no por el público, entre quien se hallaban familiares de los mismos, pero siendo vista por los letrados defensores que pudieron interrogarla ampliamente. El Tribunal Supremo consideró que la forma de practicar dicha declaración no creó ningún tipo de indefensión.¹⁷³

En la misma situación se hallaban unos policías del País Vasco que declararon en el juicio oral ocultos detrás de una mampara, porque el tribunal entendió que de ser vistos por los acusados o sus familiares, podrían deducirse consecuencias negativas para su trabajo y su seguridad personal. En esta situación, el Tribunal Supremo manifestó que sólo se afectó, que no lesionó, el principio de publicidad, pero que ello fue irrelevante¹⁷⁴. En otro supuesto idéntico, en que los policías declararon detrás de un biombo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 9-3-1999, entendió que la declaración practicada en dicha forma, no vulneraba ninguno de los principios rectores del proceso penal:

1. *“el principio de publicidad ha sido absolutamente respetado en cuanto que todas las diligencias probatorias se practicaron en audiencia pública”*
2. *“en lo que se refiere a la inmediación, es evidente que los testigos pudieron ser vistos en todo momento por el órgano juzgador, que pudo así observar la firmeza de sus manifestaciones, la serenidad o crispación de sus gestos y los impulsos emotivos que pudieran haber surgido en el curso del interrogatorio”.*
3. *“la oralidad también ha sido respetada, porque no hay duda que las preguntas se formularon oralmente y fueron contestadas de viva voz por los acusados, constando en el acta el contenido de sus manifestaciones”.*
4. *“en cuanto a la contradicción, es evidente que esta se manifiesta de manera más viva y directa cuando los testigos comparecen sin barreras de protección y son asequibles a la visión directa de los acusados, de los letrados de las partes y del Ministerio Fiscal, pero no por ello desaparece cuando se adoptan medidas de*

¹⁷³ STS de 28-11-1997, núm. 1473/1997, RJ 1997/8237.

¹⁷⁴ STS de 25-4-1997, núm. 563/97, RJ 2997/3618.

protección de su imagen colocando un biombo que impide que sean vistos por los acusados. El interrogatorio cruzado, que constituye la esencia del debate entre las partes a lo largo del juicio oral, se ha respetado en su integridad, ya que el letrado de la defensa pudo dirigir a los testigos cuantas preguntas estimó pertinentes.”

b) *Declaración del testigo en ausencia del acusado:*

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado como norma general, las declaraciones de los testigos prestadas en ausencia del acusado, por considerarlas contrarias a los arts. 229, 232, y 242 LOPJ y 680 LECrim., pero las ha aceptado, en supuestos excepcionales, cuando razones de orden público y de protección de los derechos y libertades lo aconsejen¹⁷⁵, siempre que concurren los siguientes requisitos:¹⁷⁶

*1.º Existencia de una **situación de peligro excepcional** que justifique la adopción de medidas para preservar la seguridad de los testigos: “solo en muy excepcionales ocasiones podrá producirse válidamente la declaración de testigos en ausencia del procesado, como en el supuesto que contempla el art. 687 de la LECrim., o bien en aquellos a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 232 de la L.O.P.J. por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, que requieren no sólo la existencia de tales graves razones, sino además que haya constancia probada de ellas, y no meras frases, conjeturas o suposiciones de su posible concurrencia”.*

2.º Resolución motivada: “que se acuerde mediante resolución motivada, lo que implica evidentemente que ha de revestir la forma de auto con exposición razonada y convincente de hechos y fundamentos legales”.

3.º Sometimiento de la declaración a los principios que rigen el juicio oral, publicidad, contradicción y defensa, permitiendo por tanto al acusado conocer la acusación y defenderse de ella “no sólo la declaración prestada en ausencia se lea íntegramente al procesado y se le haga saber su derecho a negar y contradecirlo en ella manifestado, sino también el de hacer las preguntas o repreguntas que tal manifestación pueda sugerirle, sin que tal derecho se entienda cumplido y agotado con la sola presencia o incluso interrogatorio de

¹⁷⁵ STC 64/1994, de 28 de febrero, Sala 1ª, BOE de 24-3-1994.

¹⁷⁶ STS de 17-9-1990, RJ 1990/7167.

su Letrado en el acto de la declaración prestada en ausencia de los procesados”.

La STS de 17-9-1990¹⁷⁷, analizó el supuesto de una prueba testifical practicada sin la presencia de las procesadas, puesto que la testigo manifestó haber recibido advertencias sobre el contenido de su declaración y al no estar presentes éstas, se garantizaba la libertad de sus manifestaciones, entendiéndose el Tribunal Supremo que la práctica de la testifical en dicha forma –estando ausentes las acusadas- no vulnera ni la publicidad ni los derechos de contradicción y defensa, pues permanecían en la Sala todos los demás presentes y las procesadas conservaban su derecho a decir la última palabra que les reconoce el art. 739 de la LECrim.:

“QUINTO.- De la normativa antes citada se desprende que es absolutamente necesario que el juicio oral se desarrolle bajo los principios de publicidad, contradicción y defensa, y en consecuencia las pruebas testificales que se practiquen deberán serlo bajo tales condiciones y por ello requieren la inexcusable presencia de los procesados acusados, a fin de que conozcan los cargos que contra ellos se esgrimen y puedan en el acto preguntar o repreguntar sobre las acusaciones o manifestaciones vertidas, a lo que no puede ni debe renunciar el Tribunal sentenciador, pues la atenta y directa observación de los incidentes, gestos y palabras que en el debate se produzcan, constituyen el verdadero objeto de la inmediación, que es la que obliga a entender después que el criterio del Tribunal en la interpretación de las pruebas practicadas debe ser respetado como soberano; y por ello sólo en muy excepcionales ocasiones podrá producirse válidamente la declaración de testigos en ausencia del procesado, como en el supuesto que contempla el art. 687 de la LECrim., o bien en aquellos a que se refiere el párrafo 2.º del art. 232 de la L.O.P.J. por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, que requieren no sólo la existencia de tales graves razones, sino además que haya constancia probada de ellas, y no meras frases, conjeturas o suposiciones de su posible concurrencia, que se acuerde mediante resolución motivada, lo que implica evidentemente que ha de revestir al forma de auto con exposición razonada y convincente de hechos y fundamentos legales, y por fin que no sólo la declaración prestada en ausencia se lea íntegramente al procesado y se le haga saber su derecho a negar y contradecirlo en ella manifestado, sino también el de hacer las preguntas o repreguntas que tal manifestación pueda sugerirle, sin que tal derecho se entienda cumplido y agotado con la sola presencia o incluso interrogatorio de su Letrado en el acto de la declaración prestada en ausencia de los procesados.”

¹⁷⁷ STS de 17-9-1990, RJ 1990/7167.

La STS de 25-6-1990¹⁷⁸, analiza el supuesto de una testigo, que fuera del plenario compareció en la Secretaría del Tribunal y ante los tres Magistrados y el Secretario, se ratificó en su declaración prestada en la Comisaría manifestando que estaba muy atemorizada por el procesado. Esta declaración no fue admitida como prueba de cargo, puesto la defensa nunca pudo interrogar a la testigo, vulnerándose el derecho a interrogar a los testigos de cargo que tiene todo acusado, además de infringirse los principios de publicidad y contradicción que rigen el proceso penal y como tal constituía una prueba ilícitamente obtenida.

c) *Testigo anónimo.*

Testigo anónimo es aquel cuya identidad es desconocida por las partes procesales o por el Tribunal, o sólo por la defensa. Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Protección de Testigos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo se mostraba muy reacia en su admisión. La STC 64/1994, de 28 de febrero remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH, manifestó que ***“ha estimado contrario a las exigencias derivadas del CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiéndose por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad”***.

Según expone el Tribunal Constitucional en esta sentencia, la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos resulta contrario a las exigencias del CEDH.

La L.O. 19/1994 de Protección de Testigos expresamente prevé la posibilidad de admitir testigos anónimos, puesto que uno de los mecanismos de protección que otorga dicha Ley consiste en asignar un

¹⁷⁸ STS de 25-6-1990, RJ 1990/5661.

número o clave al testigo y que no conste en las diligencias dato alguno que permita identificarlo.

El Tribunal Supremo, en la STS de 6-5-1997¹⁷⁹, ha aplicado esta posibilidad de admitir como medio probatorio la declaración de un testigo de cargo del que se desconocían todas sus circunstancias personales, que declaró súbitamente en la instrucción y también en el plenario. Al examinar esta declaración, entendió que no resultaron vulnerados ni los principios de publicidad, contradicción y defensa, puesto que el testigo fue exonerado de identificarse según posibilitaba la legalidad vigente, pero compareció al juicio oral donde pudo ser interrogado por las partes.

La STS de 9-7-1997¹⁸⁰, otorgó valor probatorio a la declaración de un testigo cuya identidad era desconocida para las partes pero no para los miembros del Tribunal. En este caso, el Tribunal Supremo no consideró que se vulnerase ninguno de los principios que rigen el sistema probatorio, puesto que la misma ***“fue sometida a interrogatorio contradictorio y ello tras haberse dado lectura del acta de manifestaciones efectuadas por la testigo, abriéndose a continuación un periodo de proposición de pruebas para cuestionar la veracidad de la referida testigo X.***

Se cumple pues, y es respetado por el Tribunal de instancia la posibilidad de contradicción por las partes en el juicio oral”.

También en la STS de 28-2-1998¹⁸¹, admitió como testimonio de cargo la declaración de unos miembros de la Ertzaintza, identificados mediante claves –desconociendo, por tanto, la defensa su identidad-, en aplicación de la L.O. 19/1994, que no impide que se otorgue protección a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado cuando declaren como testigos ***(“El Tribunal Europeo reconoce que, sin perjuicio de los derechos de defensa, puede ser legítimo preservar el anonimato de***

¹⁷⁹ STS de 6-5-1997, núm. 623/1997, RJ 1997/3665.

¹⁸⁰ STS de 9-7-1997, núm. 1014/1997, RJ 1997/5838.

¹⁸¹ STS de 28-2-1998, núm. 258/1998, RJ 1998/1749.

un agente de policía, dedicado a actividades secretas, con el fin de proteger su seguridad y la de su familia. Ahora bien, con carácter general, la resolución citada sostiene que, teniendo en cuenta el lugar eminente que ocupa el derecho a una buena administración de justicia en una sociedad democrática, toda medida que restrinja los derechos de la defensa, debe ser absolutamente necesaria y es perfectamente asumible que los jueces que intervinieron en el presente caso, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, estimasen que era necesario el anonimato de los agentes para preservar su identidad”).

Si en líneas generales el TEDH se muestra sumamente cauteloso respecto de la admisión de testigos anónimos, aún incrementa más las exigencias cuando estos son Policías, puesto que uno de los deberes de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado consiste en declarar en audiencia pública. No obstante, el Tribunal Supremo ha entendido que, en circunstancias excepcionales y siempre que se respete el derecho de defensa, resulta legítimo preservar el anonimato de los funcionarios policiales, siempre que se acredite su necesidad, que no puede basarse en la gravedad de la infracción, sino en el riesgo que pudieran correr dichos policías. Tampoco basta la mera alegación de motivos organizativos de la policía para justificar que sus miembros declaren como testigos anónimos.¹⁸²

Como hemos dicho, el TEDH, mantiene una postura restrictiva en relación a la aceptación del testigo anónimo. En el caso Doorson¹⁸³, el TEDH analizó el supuesto del testigo anónimo, su incidencia en el proceso y en el derecho de defensa, manifestando que **“Ciertamente, el artículo 6 no requiere explícitamente que los intereses de los testigos en general, y los de las víctimas llamadas a declarar en particular, sena tomados en consideración. Sin embargo, puede estar en juego su vida, su**

¹⁸² STEDH 1997/20, de 23 de abril, caso Van Mechelen c/Holanda.

¹⁸³ STEDH 1996/16, de 26-3-1996, caso Doorson c/Holanda.

libertad o seguridad, como intereses relevantes, de una manera general, desde el punto de vista del artículo 8 del convenio. Tales intereses de los testigos y de las víctimas están en principio protegidos por otras disposiciones, normativas, del convenio, que implican que los estados parte organizan un procedimiento penal de manera que dichos intereses no sean indebidamente puestos en peligro. Siendo esto así, los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos apropiados, los intereses de la defensa se pongan en equilibrio con los de los testigos o de las víctimas llamadas a declarar”. En los procesos en que existen testigos anónimos, los arts. 6.1 y 6.3 d) del Convenio de Roma exigen que dicho obstáculo sea suficientemente compensado a la defensa a través de otros mecanismos, vedándose fundar una condena únicamente en las declaraciones efectuadas por un testigo anónimo.¹⁸⁴

En el caso Doorson, se trataba de testigos anónimos, puesto que la defensa desconocía su identidad, que declaraban así por miedo o represalias del acusado. La defensa pudo interrogarlos en apelación pero no conocía su identidad, y no se permitió efectuar preguntas que pudieran llevar a averiguarla. El Tribunal sentenciador entendió que la posibilidad de preguntar y discutir las declaraciones, y el hecho de que ambos testigos declarasen ante el Letrado defensor, compensaba la dificultad a que se enfrentaba la defensa por desconocer su identidad, que pudo exponer sus dudas sobre la credibilidad de los mismos.

En el caso Kostovski¹⁸⁵, el TEDH censuró la admisión de la prueba consistente en declaraciones de dos testigos anónimos, que fueron oídos por la policía y sólo uno por el Juez de Instrucción pero no por el órgano enjuiciador. No hubo un debate público y contradictorio, la declaración policial nunca fue ratificada y se restringió de tal manera el derecho de

¹⁸⁴ STEDH 1997/20, de 23 de abril, caso Van Mechelen c/Holanda, STEDH 1996/16, de 26-3-1996, caso Doorson c/Holanda.

¹⁸⁵ STEDH 1989/18, de 20 de noviembre, caso Kostovski c/ Holanda.

defensa que éste no pudo ni garantizarse mínimamente, contraviniendo con ello lo previsto en el Convenio.

El TEDH reconoce que la declaración del testigo, para que tenga efectos enervatorios, no supone que forzosamente deba hacerse en estrados y públicamente puesto que la remisión a las diligencias sumariales no se opone a lo previsto en los apartados 3 d) y el 1 del artículo 6, siempre que se de al acusado la posibilidad de interrogar al testimonio y poderlo contradecir, en ese mismo momento o con posterioridad. El Convenio no impide la utilización de declaraciones sumariales, lo que impide es la utilización de testigos anónimos contra los cuales defensa nunca ha podido ejercer su derecho a la contradicción.¹⁸⁶

III. SISTEMAS DE PROTECCION DE TESTIGOS UN ESTUDIO COMPARATIVO DE JURISPRUDENCIA EN OTROS PAÍSES.

En el presente apartado, se propone hacer referencia a los distintos sistemas de protección a victimas testigos en países como Argentina, Costa Rica, Colombia y los principios establecidos en las sentencias de los distintos países, como ser el Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos de América. Un estudio de la jurisprudencia traerá sobre aspectos comunes, así como la marcada diferencia en la ley establecido en varios países y también revelan la forma en que los Juzgados y Tribunales han tratado de equilibrar los derechos de los acusados de un juicio justo (*que incluye el derecho a un juicio público abierto y el derecho a interrogar al testigo*), por un lado y la necesidad de conceder la adecuada protección de testigos o el anonimato de los testigos, y, en particular acerca de sus nombres, direcciones y otros detalles relativos a su identidad.

3.1 Costa Rica - la protección al Jurado.

En Costa Rica el secuestro del Jurado o Protección del Jurado es una medida extrema, por lo oneroso para los miembros del jurado y lo costoso para el Estado. Este

¹⁸⁶ STEDH 1989/18, de 20 de noviembre, caso Kostovski. c/Holanda.

mecanismo, por supuesto, se utiliza en relación con publicidad durante el juicio. El Tribunal se ha expresado así sobre el secuestro del jurado:

Una vez se seleccione el jurado, el Tribunal también puede aislarlo o “secuestrarlo” para evitar su exposición a la publicidad adversa u otro tipo de presiones que causen un perjuicio sustancial al acusado... El Tribunal tiene amplio poder discrecional para aplicar esta medida en casos extremos para garantizar el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial. Debido a que ésta es una medida que conlleva un sacrificio individual directo sobre los miembros del jurado y que además incidentalmente tiene unas consecuencias fiscales sobre el sistema judicial, estamos ante una decisión de carácter extraordinario.

El secuestro del jurado ha sido factor de peso en casos en que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha desestimado un señalamiento de error de un convicto-apelante basado en efecto de publicidad adversa.¹⁸⁷

3.2 Argentina.

Dispone el art. 33 bis incorporado por ley 24.424: *“Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un imputado que hubiese colaborado con la investigación, el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas. Estas podrán incluso consistir en la sustitución de la identidad del testigo o imputado, y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, si fuesen necesarias. La gestión que corresponda quedará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación”*.

La génesis de la norma se encuentra en el Proyecto del diputado Hernández que preveía una disposición idéntica; de ahí pasaría al texto vigente¹⁸⁸.

Tal como se halla concebida, y sin debate parlamentario¹⁸⁹, la disposición pretende, sin duda, proteger al imputado que durante la sustanciación del proceso o antes de él, delato

¹⁸⁷ Página 218-219 Tomo II Derecho P. P. de Puerto Rico y EE.UU.

¹⁸⁸ En los fundamentos, se lee: “El artículo 8 tiene por objetivo prever soluciones para los casos en que un testigo o un imputado colaborador vean peligrar seriamente su seguridad. El cambio de identidad y el apoyo económico son alternativas que parecen adecuadas. Así está previsto en el Estatuto para la Defensa de la Justicia de la República de Colombia (Dec. 2790 de 1990 art. 2): Véase, Cámara de Diputados, Diario Sesiones, 7 de diciembre de 1993, pag. 3953.

a los partícipes o informó sobre la existencia de cosas relacionadas con el delito, según lo establece a su vez, el art. 29 ter. También alcanza al testigo como tal, declaró en el curso de la instrucción o en el debate¹⁹⁰. No obstante, habrá que hacer alguna salvedad porque la cláusula legal no puede ser interpretada en el sentido de que la sustitución de la identidad corresponde aún cuando la pena hubiese sido reducida, conforme lo establece el art. 29 ter.¹⁹¹ Lo que con ella se pretende es que el cambio de identidad opera cuando al acusado se lo ha eximido de pena, y no cuando hubiese sido condenado a una pena de cumplimiento efectivo¹⁹². Desde luego que el agente encubierto se halla comprendido en los términos de la ley, porque, conforme lo establece el art. 31 bis, tiene la calidad de testigo.

Las medidas a establecer por parte del tribunal, esto es por el Juez de Instrucción, o por el Tribunal del juicio, no siempre son la consecuencia inmediata del sólo hecho de haber declarado, o colaborado. La ley subordina ello, a que ocurra una condición que, en los hechos, debe importar una clara referencia al peligro cierto, para la vida o la integridad física. En una palabra, se protege al que está necesitado, procesado o urgido de amparo, y no al que no corre peligro¹⁹³. Pero si esta nota ocurre, la medida deberá ser ordenada, no obstante que, por otros recursos u otras vías, se cuente con protección¹⁹⁴. La ley nos indica qué tipo de medidas son las adecuadas pero como contiene una referencia concreta al peligro, lo serán todas las que tiendan a impedir o evitar que esos resultados puedan materializarse. Dentro de esas protecciones se hallan especialmente previstas la sustitución de la identidad personal, la provisión de fondos o de recursos económicos

¹⁸⁹ Diputados aprobó a libro cerrado el proyecto Hernandez. En el Senado, solo ocupó la atención del senador Alasino que, en breves términos indicó que la protección comprendía desde el inicio del procedimiento habitual, hasta la sentencia. Ver Diario Sesiones, Orden del Día 655, versión provisoria, pag. 411.

¹⁹⁰ La redacción de la Ley podría dar a entender que éste, el testigo, también a colaborado. No se trata de eso porque el testigo también ha colaborado. No se trata de eso porque el testigo no colabora dice la verdad de lo que sabe, para no incurrir en falso testimonio.

¹⁹¹ Pero nada impide, a su vez que lo sea con posterioridad.

¹⁹² Y pareciera ello, porque el párrafo incluye, dentro de las medidas protectoras, al cambio de domicilio y de ocupación.

¹⁹³ A pesar de las medidas y protecciones del caso, los asesinos lograron, al fin dar muerte al testigo Roberto Luciano, quien se prestaba a declarar en lo que la ficción llama el mayor juicio en la historia de la mafia que debía realizarse en Palermo, Sicilia. Vease, Lynda La Plante, Mujeres de la Mafia, Emece Editores Bs.As. 1992.

¹⁹⁴ Como si por ejemplo, el testigo estuviese asistido por la presencia de guardaespaldas, custodia y vigilancia de su domicilio, etc. Vease Mujeres de la Mafia, cit.

indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación¹⁹⁵ La nueva identidad no es una falsa identidad sino una nueva, en el sentido de que antes no existía, y que viene a ser puesta en lugar de aquélla. Aunque la ley fue sancionada sin discusión parlamentaria, el cambio de domicilio no debe entenderse en el sentido de que ello debe ocurrir dentro de los límites del país. Nada impide que la nueva residencia, lo sea fuera del mismo.

Otros antecedentes son las investigaciones judiciales por los ataques a la "AMIA" y la Embajada de Israel, como así también la resolución del crimen del fotógrafo José Luis Cabezas Al abandonar la sesión, el presidente provisional del Senado, José Luis Gioja (PJ), advirtió sobre la coincidencia entre la fecha de aprobación de los proyectos y la liberación del padre del futbolista Leonardo Astrada, quien fuera la víctima más resonantes de los recientes secuestros extorsivos "Las leyes sirven, no sé si alcanzan, pero manifiesta nuestra profunda preocupación sobre este tipo de delitos por parte de quienes tenemos responsabilidades públicas".

"Necesitamos eficacia para poder luchar contra las mafias delictivas que actúan en nuestro país", destacó el presidente del bloque del PJ, Miguel Angel Picheto, que confió en que las normas aprobadas "podrán cambiar la tendencia de aumento del delito que hoy se vive en el país". . La primera de las leyes sancionadas establece la creación del Programa Nacional de Protección de Testigos, que funcionará dentro de la órbita del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. . Un fiscal o juez de instrucción podrá disponer medidas de seguridad para testigos de un hecho cuando haya "presunción fundamentada" de riesgo para su integridad física o cuando la trascendencia pública del hecho delictivo así lo amerite.. . casa, comida y trabajo . Tanto el testigo como su familia accederán a una custodia personal o domiciliaria, alojamiento temporario en lugares reservados, eventuales cambios de domicilio y asistencia económica por seis meses para distintos gastos que surjan de su nuevo status.

El Estado Nacional también se hará cargo de la eventual reinserción laboral de los testigos, a cambio de la absoluta reserva y confidencialidad en cuanto a los datos suministrados. . La norma no sólo podrá aplicarse para casos de secuestros o privación ilegítima de la libertad: también abarcará hechos de terrorismo y tráfico de drogas,

¹⁹⁵ Desde luego que todo ello comprende al ex agente encubierto que, sin desmedro de su haber jubilatorio, será acreedor de estos beneficios.

previstos por las leyes 25.241 y 23.737, respectivamente. . La ley de recompensas, en cambio, se aplicará sólo a secuestros, privaciones ilegales de la libertad o encubrimiento de ambos hechos. El pago se efectuará sólo a personas que no intervinieron en el delito, con objeto de lograr la liberación de la víctima. Con respecto a los montos, no se especifican ni máximos ni mínimos, aunque quedó establecido que el informante sólo cobrará recompensa cuando se establezca una condena firme sobre los acusados por el hecho. Las compensaciones tienen como antecedentes las que ofrecieron los gobiernos nacional y bonaerense a testigos o informantes de las causas por el atentado contra la “AMIA” y el asesinato del reportero gráfico José Luis Cabezas, respectivamente, así como en la búsqueda de varios prófugos buscados por la justicia bonaerense desde hace décadas.

El pago de recompensas se hará siempre que exista una causa judicial ya iniciada. No podrán cobrarlas ni funcionarios policiales ni miembros de otras fuerzas de seguridad. . Los dos proyectos fueron aprobados por unanimidad, casi sin discusiones. Sólo el radical mendocino Raúl Baglini advirtió contra "esta idea de apilar leyes en una carrera alocada hacia el futuro" y recordó que "el que brinda buena información por dinero también puede dar datos erróneos o malintencionados". De todos modos, su bloque no puso reparos a la aprobación de las leyes. . "No sé si con esto alcanza. Pero creo que es un gesto importante de quienes tenemos responsabilidad pública ante este tema que tanto preocupa", se sinceró el titular del Senado, el peronista sanjuanino, José Luis Gioja, cuando ya las dos iniciativas antisecuestros se habían convertido en leyes.

3.3 Colombia.

“Que, grupos armados al margen de la ley han efectuado en forma masiva graves amenazas contra la vida de los principales funcionarios de la administración de las entidades territoriales”.

Que, vistos los últimos acontecimientos sucedidos en el país, de los cuales han resultado alcaldes, concejales y personeros muertos o lesionados y otros que se han visto forzados a salir de sus municipios hacia otros lugares por amenazas, es indispensable la organización de un mecanismo especial para su protección, de tal manera que se pueda garantizar su trabajo en condiciones de independencia y libertad;

Que, se debe fortalecer la acción gubernamental encaminada a tomar medidas de seguridad tendientes a garantizar la vida, la libertad e independencia de los alcaldes, concejales y personeros municipales, como una manera de proteger el sistema democrático establecido en la Carta Magna;

Que, de conformidad con lo establecido en los artículos 296 y 315 de la Constitución Política, las instrucciones del Gobierno para la conservación del orden público o para su restablecimiento donde fuere turbado, sus actos y órdenes se aplicarán de manera inmediata y de preferencia sobre los actos y órdenes de los alcaldes;

Que, la Corte Constitucional en Sentencia C-643 de 1999, señaló que en materia de orden público se configura una relación jerárquica entre el mandatario local y Seccional;

Que, la Ley 418 de 1997, prorrogada y adicionada por la Ley 548 de 1999, dispuso la creación del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, al igual que los Fondos Territoriales de Seguridad, con el fin de establecer mecanismos y obtener recursos que permitan a la Nación y a las entidades territoriales, preservar la tranquilidad y garantizar la seguridad y convivencia de la comunidad;

Que, de conformidad con el artículo 122 de la Ley 418 de 1997, los recursos de Fonsecon deben destinarse, entre otras actividades, a la protección de personas amenazadas;

Que, según lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 489 de 1998, todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública, para lo cual pueden realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.¹⁹⁶

¹⁹⁶ **Artículo 1º.** El Ministerio del Interior brindará protección a Alcaldes, Personeros y Concejales que por razón del ejercicio de sus cargos se encuentren en situación de riesgo contra su vida, integridad, seguridad o libertad. Este programa será coordinado por la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior.

3.4 Reino Unido:

In the United Kingdom, the Courts have laid down that the right to open justice and cross-examination of the prosecution witnesses is not absolute and that witness anonymity or video-screened evidence could be ordered by the Courts under its inherent powers. We shall presently refer to the cases chronologically. Incidentally, we shall also be referring to certain statutes dealing with the subject.

Open justice and exceptions:

In the United Kingdom, the principle of “open justice” is of ancient origin dating back to the days before the Norman Conquest¹⁹⁷. There are references to the principle in the reports of the seventeenth century trials.

Hale in the seventeenth century and Blackstone, in the eighteenth century, proclaimed the virtues of a public trial. Secrecy would breed abuse while openness would result in transparency. Public attendance would secure strong confidence in the judicial system. The principle of “open justice” has, in fact, been described as the enduring contribution of Britain to the law of other nations before it became engrafted into the European Convention which came into force in 1953. But, at the same time, it has always been accepted that the principle of “open justice” is subject to exceptions.

Art. 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms which applies to United Kingdom, speaks not only of the right to “open justice” but also to the need for exceptions in the interests of morals, public order, national security and for protecting the privacy of juveniles and others where publicity could otherwise prejudice the interests of justice. Article 6 of the Convention reads as follows:

***“Art. 6 In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.*”**

¹⁹⁷ See “Secret Witnesses” by Mr. Gilbert Marcus 1990 Public Law 207 and Phipsons’s Law of Evidence (15th Edition, 2000).

Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interest of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the Court in special circumstances where publicity would prejudice the interest of justice.”

a) Scott vs. Scott (1913): Principle of “open justice” and exceptions thereto:

We start with the earliest case on the subject, decided by the House of Lords. In *Scott vs. Scott* (1913 AC 417) Viscount Haldane L.C. referred to ‘open justice’ as the rule and stated that any exceptions thereto must be based on some overriding principle which defines the field of the exception and not leave it to the discretion of the Judge:

“The power of an ordinary Court of justice to hear in private cannot rest merely on the discretion of the Judge or on his individual view that it is desirable for the sake of public decency or morality that the hearing shall take place in private. If there is any exception to the fixed principle which requires the administration of justice to take place in open court, that exception must be based upon the operation of some other overriding principle which defines the field of exception and does not leave its limits to the individual discretion of the judge.”

The Crown Court Rules provide for the exercise of certain kinds of jurisdiction in Chambers to permit evidence excluding the public (Rule 27), such as where national security is involved or cases falling under section 8(4) of the Official Secrets Act, 1920. This latter Act permits the Court to exclude members of the public from the Court in the trial of offences under the said Act on the ground that the publication of evidence could prejudice national safety. However, it states that the passing of the sentence must be in public. In Youth Courts, the public are excluded but the press is admitted under section 47(2) of the Children and Young Persons Act, 1933. In some cases, an order restricting the reporting of all or part of the proceedings may suffice. This is permitted by section 11 of the Contempt of Courts Act, 1981. A Court can, under section 4(2) of that Act, also postpone publication of Court proceedings, where it is necessary to avoid risk of prejudice to the administration of justice; the Court can prohibit publication of

identity of a child or young person under 18 years and also in appropriate cases, the names, identity of victims of rape and other sexual offences.

b) We shall next refer to certain leading cases decided after Scott, chronologically.

It has been held that the names of allegedly blackmailed witnesses in a case of blackmail may be withheld (R vs. Socialist Worker Printers etc. ex parte. Attorney Gen: 1975 QB 637. It has been pointed out that there may be cases in which it is necessary to exclude the public from the court though not the press; (R vs. Walterfield : (1975) 60 Cr1 Ap. Rep 296).

c) “Leveller Magazine” case (1979) – ‘anonymity’ order under statutory or inherent power of Court.

In UK, the power of the Court to withhold the name of the witness in a criminal trial is treated as inherent in the Court. Such a power may also be conferred by statute.

Attorney General vs. Leveller Magazine (1979 A.C. 440) arose under the Contempt of Courts Act which was in force before the 1981 Act. In certain committal proceedings of Nov. 1977, in relation to offences under the Official Secrets Act, the Magistrate initially allowed an application filed by the prosecution seeking that the prosecution witness be described as ‘Colonel B’ and that his actual name should be known only to the defendants and their counsel and the Court, for reasons of national safety. But, the said prohibition was violated and consequently proceedings under the Contempt of Courts Act were taken out by the Attorney General against the press which published the evidence given in the criminal proceedings. The defence in the contempt case was that “Col B” had, in fact, disclosed his real name and address at the criminal trial and that therefore, he must be deemed to have waived the protection given to him under the order for anonymity. This contention was ultimately accepted and it was held that there was no contempt. But during the course of the judgment, Lord Diplock laid down the general principle of open justice and pointed out that there could be exceptions to that principle of open trial either by statute or under the inherent powers of the Court. Lord Diplock stated (p. 450):

“However, since the purpose of the general rule is to serve the ends of justice, it may be necessary to depart from it where the nature or circumstances of the particular proceedings are such that the application of the general rule in its entirety would frustrate or render impracticable, the administration of justice or would damage some other public interest for whose protection Parliament has made some statutory derogation from the rule. Apart from statutory exceptions, however, where a Court in the exercise of its inherent power to control the conduct of proceedings before it departs in any way from the general rule, the departure is justified to the extent and to no more than the extent that the Court reasonably believes it to be necessary in order to save the ends of justice.”

In the course of the judgment, Lord Diplock referred to the decision of the Court of Appeal of New Zealand in Taylor vs. Att. Gen:1975(2) NZLR 675 to the effect that the Court had inherent power to make an express order directing to what extent the proceedings should be published or not published outside Court.

d) Section 11 of the Contempt of Courts Act, 1981:

After the above said 1979 judgment in *Leveller Magazine* case, the legislature in UK recognized the principle laid down in the case by making adequate provision in section 11 of the (UK) Contempt of Court Act, 1981, which provided that

“In any case where a Court (having power to do so) allows a name or other matter to be withheld from the public in proceedings before the Court, the Court may give such directions prohibiting the publication of that name or matter in connection with the proceedings as appear to the Court to be necessary for the purpose for which it was so withheld.”

It may, however, be noted that the House of Lords, in the *Leveller Magazine* case, did not have occasion to consider the question of balancing the rights of the accused for an open trial as against the right of the victim/witness to seek anonymity while adducing evidence.

e) Evidence through Television: certain statutes:

Evidence through television links is permissible under sec. 24 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act, 1999. Evidence may be given by a witness (other than the defendant) through a live telecast link, with the leave of the Court, in two situations (a) if the witness is outside UK and (b) if the witness is a child. (see also section 32(1) of Criminal Justice Act, 1988 and section 55 of Criminal Justice Act, 1991).

f) Video-recorded evidence: certain statutes.

Video recorded evidence is admissible in certain cases: (a) an offence which involves an assault on or injury or a threat of injury to, a person (b) offences of cruelty to persons under the age of 16 years, contrary to section 1 of the Child and Young Persons Act, 1933; (c) offences under the Sexual Protection Act, 1956, Indecency with Children Act, 1960, Sexual Offences Act, 1967, section 54 of Criminal Law Act 1977 and Protection of Children Act, 1978 etc.

g) Anonymity and screening of witnesses:

It is a proper practice in criminal trials in UK where children give evidence about sexual abuse to allow a screen to be erected between the witness and the defendant. If a defendant in person seeks to dominate, intimidate or humiliate a complainant, or should it be reasonably apprehended that he will do so, a screen can be erected (*R vs. Brown (Milton)* 1998(2) Cr. App R 364 CA). Sections 16 to 33 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act, 1999 require the Court to consider special measures of various kinds for protection of vulnerable and intimidated witnesses. Section 23 of that Act deals with ‘screening witness from accused’.

Subsection (2) however provides that the screen or the other arrangement (which screens the witness) must not prevent the witness from being able to see and to be seen by

(a) the Judge, Jury

(b) legal representative acting in the proceedings,

(c) any interpreter or other person appointed to assist the witness.

h) Cases after 1990:

In *Re Crook*, 1991Crl App p 17, it was held that the public can be excluded from the trial.

R vs. DJX, SCY, GCZ: (1990) 91. Crl. App R 36 (CA) concerned children who were allowed to be shielded from the defendants (accused).

After stating that there can be exceptions to the rule of open cross examination, and directing a screen to be used, Lord Lane CJ observed: ***“What it really means is, he (the trial Judge) has got to see that the system operates fairly: fairly not only to the defendants but also to the prosecution and also to the witness. Sometimes, he has to make decisions as to where the balance of fairness lies. He may come to the conclusion that in this case the necessity of trying to ensure that these children would be able to give evidence outweighed any possible prejudice to the defendant by the erection of the screen.”***

In *R vs. Watford ex parte Lehman* (1993) Crim LR 388 where a group of youths had rampaged through Watford and violently attacked four people, witnesses had serious concerns about their personal safety. The Divisional Court followed Lord Lane CJ's observations referred to above and upheld the decision of the trial Judge to allow the witnesses to give evidence anonymously at the committal stage, by screening them from the defendant but not counsel. Their voices were disguised, and their names were withheld from the defence.

In another case in *R vs. Taylor (Gary)*: (1995) Crim LR 253, (CA), the Court of Appeal upheld a decision of the trial court directing witnesses to be given anonymity. The witness's evidence was crucial as it provided the only independent corroboration of the removal of the victim's body from the pub where the murder allegedly took place. The judgment in the case referred to the last two cases referred to above. The Court held that for maintaining the appropriate balance, the following factors must be satisfied before an order for witness's anonymity can be granted:

1. there must be real grounds for fearing the consequences if a witness gives evidence and his or her identity is revealed. Those consequences need not be limited to the witness himself or herself;

2. the evidence must be sufficiently relevant and important to make it unfair to compel the prosecution to proceed without it;
3. the prosecution must satisfy the Court that the creditworthiness of the witness has been fully investigated and the results of that inquiry have been disclosed to the defence, so far as is consistent with the anonymity sought;
4. the Court must be satisfied that no undue prejudice is caused to the defendant (the term 'undue' is used deliberately since some prejudice will be inevitable); and
5. the Court can balance the need for anonymity – including the consideration of other ways of providing witness protection (e.g. screening the witness or holding in camera hearing where members of public are excluded) – against the unfairness or appearance of unfairness in the particular case.

In 1996, the judgment in Taylor's case has been followed in R vs. Liverpool City Magistrates' Court ex parte Director of Public Instruction: (CO 1148 Queen's Bench Division, d. 19.7.96)(Bedlam LJ (Smith J)).

R vs. Ward: 1993(2) ALL ER 577.

R vs. Ward, 1993(2) ALL ER 577 decided by the Court of Appeal laid down that the prosecution was bound to disclose all evidence which it had, to the accused and, if indeed, it wanted to claim public interest immunity on the ground of national security or danger to witnesses' life, it should leave the matter to the Court to give a decision on the question of such non-disclosure and that the prosecution could not itself be the Judge of such questions. In that case which involved the death of several persons by bomb explosion, the accused, a lady, was finally acquitted by the Court of Appeal, reversing the conviction by the trial Court, because the decision as to non-disclosure of several pieces of evidence to the accused on the ground of public interest immunity, ought not to have been taken by the prosecution and that hence the trial was not fair to the accused.

i) Montgomery (1995): an unjust decision:

We may also refer to the rather extraordinary judgment of the Court of Appeal in *Montgomery* : 1995(2) All ER 28, where a witness was punished for three months imprisonment even though the refusal by him to give evidence was due to fear of reprisals by the accused. The witness had earlier supplied the police with a statement that he was one of the persons concerned in the hurling of missiles at police vehicles, in which a police officer was seriously injured. Subsequently, he refused to take oath and to give evidence at the trial of the ten accused persons. The trial Judge then permitted his statement to be read in evidence under sec. 23(3)(b) of the Criminal Justice Act, 1988 on the ground that the witnesses had refused to give oral evidence through fear. But, at the same time the Judge imposed a punishment of imprisonment for twelve months on the witness for his refusal to give evidence, though it was on account of fear. Section 23(3)(b) contained certain curious provisions.

Capítulo 4

TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES - DIVERSIDAD INSTITUCIONAL

“Desde su fundación, personas de tres religiones monoteístas – islámica, católica y ortodoxa- poblaron la ciudad, y en ella se hablaba turco, árabe y persa, bósnio, croata y serbio, húngaro, alemán e italiano. Mas tarde, unos cincuenta años después, algunos de los judíos expulsados de los dominios españoles por los piadosos gobernantes Isabel y Fernando encontraron refugio en Sarajevo, y trajeron consigo la cuarta religión monoteísta, además de una nueva cultura basada en esta última y en cientos de años de errar de un lugar a outro, y también lenguas nuevas. De este modo, Sarajevo se convirtió en una nueva Babilonia y en un nuevo Jerusalén, una ciudad de confusión lingüística en la que de un vistazo se puede abarcar los templos de todas las religiones del Libro”¹⁹⁸.

La práctica internacional ha sido testigo de un fuerte movimiento hacia la cristalización de una estructura de rendición de cuentas, compuesta por muchas capas, para los graves crímenes de la última década. Este proceso está basado en la premisa en que se basan tanto tratados internacionales como la práctica internacional de que algunos crímenes (genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) son tan graves que le conciernen no sólo a las sociedades nacionales, sino también a la comunidad internacional (el preámbulo de Estatuto de la CPI). Pueden definirse por lo menos cuatro modelos distintos de diseño institucional: tribunales internacionales, tribunales híbridos, cortes domésticas internacionalizadas y cortes apoyadas internacionalmente.

I. LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES DE YUGOSLAVIA Y RUANDA.

Los tribunales criminales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda fueron establecidos por el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas a comienzos de la de 1990. El fenómeno de marcos judiciales completamente internacionalizados resurgió en forma diferente, dentro del contexto de la administración transicional de las Naciones Unidas. En 1999, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas le otorgó a la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (MAPNUK) poderes administrativos sobre el país (ver Consejo de Seguridad, 1999: paras. 10-11) estos, a su vez fueron interpretados por el propio Kosovo como si se le hubiese otorgado a la misión autoridad exclusiva sobre el sistema judicial. La MAPNUK usó sus poderes para designar jueces y fiscales internacionales en el territorio, quienes actuaron como las

¹⁹⁸ Dzevad Karahasan. “*Sarajevo diario de un éxodo*”. Traducción de: Luisa Fernanda Garrido Ramos y Tibomir Pistelek. Edit. Galaxia Gutenberg- Círculo de Lectores, 2005.

únicas instituciones judiciales en los resultados inmediatos a las hostilidades, a causa del vacío de capacidad del sistema judicial local.

a) Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia.

El éxito de los juicios celebrados ante el Tribunal depende en gran medida de la voluntad de los testigos a comparecer ante el Tribunal a declarar. Los testigos ayudan a establecer los hechos de los crímenes que los acusados son imputados, contribuyendo así al proceso que establece la responsabilidad de los acusados y crea un registro histórico de lo que ocurrió durante los conflictos en la ex Yugoslavia. Varios miles de testigos se han presentado ante el Tribunal para contar sus historias o compartir sus conocimientos. Al hacerlo, han ayudado a los magistrados del Tribunal para impartir justicia y establecer la verdad.

Las víctimas y testigos desempeñan un papel crucial en los procedimientos del Tribunal. A diferencia de los procesos de Nuremberg, que se basó principalmente en pruebas documentales, el Tribunal se basa en los testigos para proporcionar la mayoría de la información. Un testimonio no sólo permite a los jueces a dictar una sentencia justa, que también ayuda a la gente de la región y la comunidad internacional a conocer la verdad sobre los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, otro factor es para disuadir a las personas a no cometer estos crímenes. Al testificar, los testigos hacen una contribución necesaria y valiosa para la restauración de la justicia y la reconciliación en la región. Además de que, el testimonio ante el Tribunal también proporciona una oportunidad para que describan las víctimas que les sucedió.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba del TCIY

Regla 69 - Protection of Victims and Witnesses (Adopted 11 Feb 1994)

(A) In exceptional circumstances, the Prosecutor may apply to a Judge or Trial Chamber to order the non-disclosure of the identity of a victim or witness who may be in danger or at risk until such person is brought under the protection of the Tribunal. (Amended 13 Dec 2001)

(B) In the determination of protective measures for victims and witnesses, the Judge or Trial Chamber may consult the Victims and Witnesses Section. (Amended 15 June 1995, amended 2 July 1999, amended 13 Dec 2001)

(C) Subject to Rule 75, the identity of the victim or witness shall be disclosed in sufficient time prior to the trial to allow adequate time for preparation of the defence.

La Dependencia de Víctimas y Testigos.

La Dependencia de Víctimas y Testigos es una sección independiente e imparcial de la Secretaría del Tribunal que se encarga de garantizar la seguridad de todos los testigos, ya sea por parte de la fiscalía, la defensa, o el propio tribunal.

A su vez esta dependencia consta de tres unidades:

1. La Unidad de Protección coordina las respuestas a las necesidades de seguridad.
2. La Dependencia de Apoyo social y psicológico proporciona asesoramiento y asistencia a testigos.
3. La Unidad de Operaciones es el responsable de las operaciones de logística y administración de los testigos.

También es asistido por una Oficina de Campo en Sarajevo, que ofrece a las víctimas y los testigos de la antigua Yugoslavia de más fácil acceso a los servicios de protección y apoyo, tanto antes como después de declarar ante el TPIY.

La testificación.

Cuando se trata de testificar, hay que distinguir entre dos segmentos: la "fase de investigación" y la "fase de juicio". Durante la primera, los investigadores hablan con numerosos testigos, en un intento de establecer lo que sucedió. Sin embargo, no todos los individuos entrevistados durante la preparación de un caso serán llamados a testificar en la corte. Tanto la acusación como la defensa determinará los testigos más apropiados a comparecer ante los jueces. De acuerdo con el Reglamento de Procedimiento y Prueba del TPIY, los jueces también tienen la posibilidad de invitar a los testigos a declarar.

- 1.El testimonio oral, el testigo está físicamente presente en la corte y le dirá al juez lo que vio u oyó, o lo que él o ella sabe de los acusados o de otros eventos en los que él o ella

está siendo interrogado. En circunstancias excepcionales, si por ejemplo un testigo no puede viajar, él o ella puede presentar pruebas fuera de la sede del Tribunal por vía de enlace de vídeo en directo de la conferencia.

2. El depósito, en circunstancias excepcionales, un testigo puede ser pedido por el tribunal para prestar declaración en concepto de depósito. Una declaración puede ser tomada en La Haya o en otro lugar por un representante de la corte en la presencia de la acusación y la defensa. La parte que no ha solicitado el depósito tendrá derecho a interrogar a la persona cuyo depósito se está tomando. El procedimiento se registró, al menos en una cinta de audio.

3. Las pruebas en la forma de una declaración por escrito. El tribunal podrá, en determinadas circunstancias, admitir pruebas en la forma de una declaración escrita. Un funcionario autorizado para presenciar tal declaración se presente. El tribunal no obstante, podrá decidir si el testigo está obligado a comparecer ante el tribunal para ser interrogado.

La testificación ante el tribunal

La parte que trajo el testigo (la acusación o la defensa) comienza preguntando al testigo. Esto se conoce como "examen directo". Cuando la fiscalía o la defensa se termina con el examen directo, el otro lado está autorizado a interrogar al testigo. Esto se llama el "interrogatorio". Después, la parte que llevó el testimonio de la posición puede pedirle un poco más de las cuestiones relacionadas con las cuestiones planteadas en el interrogatorio. Esto se conoce como "re-examen directo". De acuerdo con el Reglamento de Procedimientos y Prueba los jueces también pueden hacer preguntas en cualquier momento durante el testimonio de los testigos.

El testigo protegido.

La mayoría de los testigos que declaran ante el Tribunal lo hacen en público. Sin embargo, una serie de medidas, denominadas medidas de protección - se pueden tomar para retener o proteger la identidad de un testigo de la opinión pública.

La medida de protección más común practicado en el Tribunal es cuando la Sala de

Primera Instancia se compromete a abstenerse de entregar al público el nombre de un testigo. El testigo se les debería dar un seudónimo durante las actuaciones en todo el procedimiento. Además, el testigo durante la deposición en el tribunal puede solicitar que él o ella no sean vistos por el público y que se utilicen medidas de protección, tales como disfrazar su voz en la emisión de audio.

Estas medidas sólo pueden ser ordenadas por la Sala de Primera Instancia, cuando crean que existe un riesgo real para el testigo.

En algunos casos, la Sala de Primera Instancia también puede decidir ir a una sesión privada, que se utiliza comúnmente como una medida temporal para hacer frente a cuestiones administrativas. En todos estos procedimientos los participantes de la corte están presentes. En algunas situaciones el Tribunal podrá celebrar audiencias a puerta cerrada, esta medida se realiza normalmente para que de su testimonio completo el testigo, pero de nuevo todos los participantes Tribunal de Justicia (jueces, fiscales, defensores y los acusados) estarán presentes. Todo lo que se discute en la sesión a puerta cerrada es borrado de los registros públicos. Por último, un testigo puede declarar de forma remota de manera que no tenga que ver al acusado. El testigo será capaz de escuchar lo que está pasando en la corte y, por supuesto, será visto por todos los participantes de la corte.

La protección después de su testimonio.

La Dependencia de Víctimas y Testigos (VWS) tiene la tarea de ayudar a las víctimas y los testigos durante su testimonio en el Tribunal. El Tribunal no tiene recursos para proporcionar un amplio apoyo a las víctimas y los testigos después de que regresen a su lugar de residencia. Sin embargo en la actualidad se está trabajando con las autoridades locales y organizaciones no gubernamentales para establecer una red de agencias que serían capaces de proporcionar asesoramiento continuo y / o apoyo psicológico a los testigos, según sea necesario. Si los testigos necesitan protección cuando regresan a su lugar de residencia después de su testimonio, el Tribunal tendrá que remitir tales casos a las autoridades locales, ya que el tribunal no tiene fuerza de policía propia. Si es necesario, o si el testigo prefiere no ponerse en contacto con las autoridades locales, él o ella puede también contactar con la dependencia (VWS) para obtener asistencia.

El traslado del testigo.

En casos extremos, un testigo puede ser trasladado a un tercer país, después de su testimonio, posiblemente con una identidad cambiada. Esta drástica medida sólo se

recomienda cuando la Dependencia de Víctimas y Testigos (VWS) evalúa que existe una amenaza verificable, identificable y sostenida a la vida de un testigo. La reubicación es aplicado muy rara vez, y es decidida por la Secretaría del Tribunal.

Víctimas de violencia sexual.

El artículo 96 del Reglamento de Procedimiento y Prueba¹⁹⁹, hace referencia al procedimiento para ayudar a las víctimas a testificar en casos de abuso sexual. El consentimiento, no se admitirá como defensa si la víctima ha sido objeto de amenazas o ha tenido razones para temer la violencia, la intimidación, detención u opresión psicológica.

Dietas y subsidios del testigo.

Los testigos sólo reciben una compensación por el Tribunal para cubrir sus gastos mientras están en La Haya. Uno se llama una "dieta" y el otro se llama el "subsidio de asistencia". El pago de la indemnización diaria es para cubrir gastos imprevistos en que incurre un testigo, mientras esta en La Haya. El subsidio de asistencia se paga por la duración del viaje y estancia en La Haya y el importe pagado se ha fijado en la tarifa de un salario mínimo de las Naciones Unidas en el país donde reside el testigo. Esta prestación está destinada a compensar a los testigos por los salarios perdidos, la pérdida económica y los gastos en el hogar durante el tiempo que el testigo no está. Si un testigo considera que el subsidio de asistencia no es suficiente para cubrir las pérdidas y sufre dificultades económicas excesivas, él o ella puede solicitar al Tribunal la reclamación por pérdida "excepcional". Es el Secretario, quien decidirá si el testigo tiene derecho a un pago adicional.

¹⁹⁹ **Regla 96 - Evidence in Cases of Sexual Assault** (Adopted 11 Feb 1994)

In cases of sexual assault:

(i) no corroboration of the victim's testimony shall be required;

(ii) consent shall not be allowed as a defence if the victim

a) has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression, or o

b) reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear; (Amended 3 May 1995)

(iii) before evidence of the victim's consent is admitted, the accused shall satisfy the Trial Chamber in camera that the evidence is relevant and credible; (Revised 30 Jan 1995)

(iv) prior sexual conduct of the victim shall not be admitted in evidence.

Lo diferentes grupos de testigos que prestan su declaración ante el Tribunal

La víctima y testigo sobreviviente.

La mayoría de los testigos que han llegado ante el Tribunal son personas que sobrevivieron a los crímenes, que fueron testigos de ellos, o cuyos familiares fueron víctimas de los crímenes. Muchos de ellos todavía sufren traumas físicos y psicológicos del horror que vivieron. Para estas personas, el acto de testificar es extremadamente valiente.

Los testimonios de los testigos describen las experiencias relacionadas con la guerra, como la privación extrema de alimentos, atención de la salud y la seguridad, la destrucción del hogar y la comunidad, la separación y desaparición de miembros de la familia; palizas y la tortura física, violencia sexual y violación, abuso, tortura y muerte de otros; peligrosa huida o escape y exilio forzado.

A pesar de que su testimonio ante el Tribunal puede ser una experiencia difícil y dolorosa, los testigos son a menudo motivados a hablar por los muertos, para decirle al mundo la verdad sobre lo ocurrido y para buscar justicia en el presente con la esperanza de que esos delitos no va a pasar otra vez.

"Insider" testigos

Muchos de los acusados del Tribunal son de alto nivel político, militar o de jefes de policía encargados de la planificación de los crímenes y pedir a otros a cometerlos. Las personas que estaban cerca de los acusados, llamados "testigos de información privilegiada", puede proporcionar al tribunal las pruebas sobre sus acciones y estado de ánimo. La información obtenida a partir de su testimonio es a menudo crucial para el que se establece el grado de responsabilidad de los acusados.

Testigo perpetrador

Varios de los acusados por el Tribunal se declararon culpables de todos o algunos de los delitos que se les imputaban, y acordó testificar para la fiscalía y facilitar al juez para establecer la verdad. Estos testigos proporcionaron una visión única de cómo la policía política, y los líderes militares previeron los crímenes cometidos en una escala masiva.

Los peritos

Estos testigos son los profesionales que aportan su opinión de los expertos sobre temas tales como la doctrina militar, las estructuras políticas, la legislación de la ex Yugoslavia, la demografía, las transacciones financieras, y las pruebas forenses. Ellos ayudan a los jueces para determinar las circunstancias en que los crímenes fueron cometidos, la autoridad del acusado sobre sus subordinados, la identidad y el número de víctimas encontradas en fosas comunes, el número de víctimas que murieron en un área, entre otros.

Apoyo a los testigos

El Tribunal está comprometido a apoyar a todos los testigos que comparecen ante el tribunal para testificar. El Tribunal cuenta con una unidad especial de la Dependencia de Víctimas y Testigos (VWS siglas en inglés) dedicada a apoyar y proteger a todos los testigos, si son llamados por la fiscalía, la defensa o las cámaras. Este organismo independiente y neutral proporciona todas las medidas logísticas necesarias, psicológicas y de protección para que su experiencia y testimonio sea seguro y tan cómodo como sea posible.

El Tribunal está particularmente consciente del hecho de que testificar acerca de los acontecimientos relacionados con la guerra puede ser difícil para los testigos. La Dependencia de Víctimas y Testigos ha capacitado a personal profesional, disponible las 24 horas del día, pueden ayudar a los testigos con sus necesidades psico-sociales y prácticas antes, durante y después de su testimonio en La Haya. En estrecha cooperación con los Autos en La Haya, la oficina de Sarajevo de campo responde a todas las solicitudes de asistencia en los territorios de la ex Yugoslavia.

El VWS desarrolla sus principios, políticas y procedimientos para garantizar que todos los testigos pueden testificar en condiciones de seguridad, y la experiencia de testificar no produce más daño, sufrimiento o trauma al testigo. El VWS fomenta un entorno en el que acredita puede vivirse como algo positivo y fortalecimiento el evento.

Esta unidad está compuesto en primer lugar por dos equipos de personal de apoyo: de

apoyo operativo y de los aspectos de logística. Su atención se centra en la prestación de la asistencia social y asesoramiento psicológico y práctico a los testigos, así como las operaciones de logística y administración de los testigos. En segundo lugar, la Unidad de Protección coordina las respuestas a las necesidades de seguridad de los testigos.

El VWS opera con los más altos niveles de integridad, imparcialidad y confidencialidad, y se asegura de que todos los testigos sean informados de sus derechos y prerrogativas como el tener acceso equitativo a los servicios de la sección.

Medidas de protección de testigos

La mayoría de los testigos que testifiquen ante el Tribunal de hacerlo en audiencia pública. Sin embargo, si consideran que es necesario para proteger la seguridad del testigo o la privacidad, la fiscalía y la defensa puede pedir al tribunal aplicar medidas de protección. Estas medidas están recogidas en el Reglamento del Tribunal de Procedimiento y Prueba (artículo 75 y artículo 79) y permitir:

- Tomar el nombre del testigo y / o información de identificación fuera de registros públicos del Tribunal
- Modificación de la imagen del testigo presencial y / o voz en los procedimientos de la televisión
- Asignación a los testigos de un seudónimo
- Permitir al testigo declarar en sesión a puertas cerradas
- Permitir que el testigo declare su testimonio de forma remota a través de video

Estas medidas están destinadas a minimizar los riesgos para la seguridad del testigo, como consecuencia de prestar testimonio. Aunque todas las partes presentes en el tribunal están obligadas por ley a conocer la identidad del testigo, como también tienen efecto las órdenes de los jueces de respetar las medidas de protección de la identidad del testigo en consecuencia. En caso de que alguna de las partes quisiera revelar la identidad o cualquier otra información de identificación de un testigo protegido, este aspecto podría dar paso a dictarse una orden de desacato por parte del Tribunal y de ser condenado a una pena máxima de 100.000 euros, o una pena de prisión de siete años, o ambas cosas.

La responsabilidades del testigo

Los testigos que comparecieron ante el Tribunal también tienen responsabilidades y están obligados a hacer una declaración solemne antes de comenzar su testimonio:

"Declaro solemnemente que diré la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad".

Mientras que están dando testimonio, los testigos no pueden discutir su testimonio durante los descansos sala con nadie, incluidos los miembros de la fiscalía o la defensa, que los llamó.

La Sala de Primera Instancia podrá advertir a un testigo de la obligación de decir la verdad y las posibles consecuencias de no hacerlo. Si una cámara tiene fundadas razones para creer que un testigo ha mentado a sabiendas y voluntariamente, puede iniciar un procedimiento contra él o ella. Si es hallado culpable de falso testimonio, el testigo se enfrenta a una pena máxima de 100.000 euros, o siete años de prisión, o ambas cosas.

b) Tribunal Penal Internacional de Ruanda.

Reconociendo que violaciones graves del derecho humanitario cometidas en Rwanda Rwanda, y actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad creó el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR) por la resolución 955 de 8 de noviembre 1994. El objetivo de esta medida es contribuir al proceso de reconciliación nacional en Rwanda y para el mantenimiento de la paz en la región. El Tribunal Penal Internacional para la Rwanda se estableció para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda entre 1 de enero 1994 y 31 de diciembre 1994. También puede seguir con la persecución de los ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de derecho internacional cometidos en el territorio de Estados vecinos, durante el mismo período.

El Tribunal Penal Internacional para la Rwanda se rige por su Estatuto, que figura como anexo a la Resolución 955. Las Reglas de Procedimiento y Prueba, que los jueces adoptarán de conformidad con el artículo 14 del Estatuto, establecen el marco necesario

para el funcionamiento del sistema judicial. El Tribunal está integrado por tres órganos: las Cámaras y una Cámara de Apelaciones, la Oficina del Fiscal, a cargo de las investigaciones y actuaciones judiciales, y la Secretaría, responsable del apoyo judicial y administrativo a las Cámaras y al Fiscal.

Reglas de Procedimiento y Prueba

En este apartado no nos detendremos a realizar un estudio pormenorizado de las reglas de procedimiento y prueba del Tribunal de Rwanda, solo nos interesa estudiar el apartado que hace referencia a la Protección de Víctimas y Testigos, que están reflejados en el artículo 34.

Artículo 34: La Unidad de apoyo a Víctimas y Testigos

(A) deberá crearse bajo la autoridad del Secretario la Unidad de Apoyo a Víctimas y Testigos integrado por personal calificado para:

(i) Recomendar la adopción de medidas de protección para víctimas y testigos en de conformidad con el artículo 21 del Estatuto;

(ii) asegurar que reciban el apoyo necesario, incluida la física y psicológica rehabilitación, en particular el asesoramiento en casos de violación y asalto sexual, y de

(iii) Elaborar a corto plazo y planes a largo plazo para la protección de los testigos que han declaró ante el Tribunal y que temen una amenaza para su vida, la propiedad o la familia.

(B) Un enfoque sensible al género a las víctimas y los testigos de protección y medidas de apoyo deben adoptarse y teniendo debidamente en cuenta, en el nombramiento de personal dentro de esta Unidad, a la contratación de mujeres calificadas.

II. LAS CORTES HÍBRIDAS.

La comunidad internacional comenzó a explorar soluciones alternativas para los tribunales *ad hoc*, los cuales habían sido objeto de crecientes críticas a finales de la década de 1990, a causa de su perceptible distancia de las comunidades domésticas y de sus altos costos. La Naciones Unidas apoyaron la creación de foros de justicia, incluyendo cortes mixtas nacionales-internacionales, las cuales operaban como instituciones

criminales independientes, fuera del dominio de la jurisdicción doméstica (“cortes híbridas”)²⁰⁰.

a) La Corte especial para Sierra Leona.

El ejemplo más claro de una corte híbrida es la Corte Especial para Sierra Leona (CESL), que fue creada sobre las bases de un acuerdo patrocinado por las Naciones Unidas, con el fin de procesar a quienes “tienen la mayor responsabilidad por haber cometido crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones serias a la ley humanitaria internacional, además de crímenes definidos bajo la ley de Sierra Leona, cometidos desde noviembre de 1996.

El diseño de la CESL difiere considerablemente de la estructura de los tribunales *ad hoc*: la corte no es un órgano auxiliar del Consejo de Seguridad, sino una institución independiente basada en un tratado, compuesta por jueces domésticos e internacionales, la cual simplemente fue avalada por el Consejo de Seguridad para aplicar la ley internacional y la doméstica. Al mismo tiempo, la Corte Especial disfruta de autonomía con respecto al sistema doméstico: La Corte no funciona de acuerdo con las inmunidades aplicables bajo la ley doméstica (art. 10 del Estatuto de la CESL); los jueces internacionales pueden votar en contra de los domésticos. Además, la corte tiene una jurisdicción concordante y con primacía sobre las cortes domésticas de Sierra Leona (art. 8 del Estatuto de CESL). Este último aspecto es importante pues le da a la corte el poder de exigir a las cortes domésticas que pongan a su disposición sospechosos, testigos o evidencia cuando lo considere necesario.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la CESL.

En el artículo 69 de las RPP –Protección de Víctimas y Testigos- que ha sido modificado en fecha 29 de mayo de 2004 hace referencia a que cualquiera de las partes puede solicitar al juez de la Sala de Primera Instancia que ordene a la no divulgación de la identidad de una víctima o testigo que pueda estar en peligro o en riesgo, hasta que el juez o la Sala decida otra cosa.

²⁰⁰ Las Cortes híbridas y las Instituciones domésticas internacionalizadas por lo general se mezclan en la doctrina legal. Sin embargo existe una serie de diferencias fundamentales: primero, las cortes híbridas como la Corte Especial de Sierra Leona, no forman parte del sistema legal doméstico, sino que operan formalmente por fuera del sistema judicial. Segundo disfrutaban de independencia institucional, la cual se ve reflejada en el reconocimiento de una personalidad jurídica independiente.

Artículo 69: Protección de Víctimas y Testigos (modificado 29 de mayo 2004)

(A) En circunstancias excepcionales, cualquiera de las partes puede solicitar a un juez de la Sala de Primera Instancia o la Sala de Primera Instancia que ordene a la no divulgación de la identidad de una víctima o testigo que puede estar en peligro o en riesgo, hasta que el juez o la Sala decida otra cosa.

(B) En la determinación de las medidas de protección para víctimas y testigos, el Juez o Sala de Cuestiones Preliminares podrá consultar a la Sección de Víctimas y Testigos.

(C) Sin perjuicio del artículo 75, la identidad de la víctima o el testigo se indicará con tiempo suficiente antes de que un testigo ha de ser llamado para que haya tiempo suficiente para la preparación de la acusación y la defensa.

Artículo 71: Declaraciones Juradas (modificado 7 marzo de 2003)

(A) A petición de cualquiera de las partes, la Sala de Primera Instancia podrá, en circunstancias excepcionales y en interés de la justicia, para que una declaración sea tomada para su uso en el juicio y un mandato para ello un oficial jurídico.

(B) La propuesta de la adopción de una declaración se hará por escrito y deberá indicar el nombre y el paradero del testigo cuya declaración se solicita, la fecha y lugar en que el depósito se tomará una declaración de las cuestiones sobre las que la persona va a ser examinadas, y de los intereses de la justicia justifica la adopción de la deposición.

(C) Si se concede la moción, la parte a cuya petición de la deposición es que deben tomarse con una antelación razonable a la otra parte, quien tendrá derecho a asistir a la toma de la deposición y repreguntar a los testigos.

(D) La declaración también puede ser determinado a través de una video-conferencia.

(E) El oficial jurídico se asegurará de que el depósito se efectúe de conformidad con el Reglamento y que se hará un registro de los depósitos, incluyendo el interrogatorio y las objeciones planteadas por cualquiera de las partes para la decisión de la Sala de Primera Instancia. Se transmitirá el expediente a la Sala de Primera Instancia.

Artículo 85: Presentación de la evidencia (modificado el 14 de mayo de 2005)

(A) Cada parte tiene derecho a llamar a testigos y presentar pruebas. Salvo en los casos por la Sala de Primera Instancia en aras de la justicia, la evidencia en el juicio se presentarán en la siguiente secuencia:

(i) prueba de la acusación;

(ii) evidencia de la defensa;

(iii) las pruebas de cargo en contrario, con la venia de la Sala de Primera Instancia;

(iv) las pruebas ordenadas por la Sala de Primera Instancia.

(B) un examen-en-jefe, el contrainterrogatorio y el reexamen se permitirá en cada caso. Corresponderá a la persona que llama a un testigo para examinarlo en jefe, pero un juez puede en cualquier momento poner cualquier pregunta a la testigo.

(C) El acusado puede, si así lo desea, comparezca como testigo en su propia defensa. Si él decide hacerlo, deberá dar su testimonio bajo juramento o afirmación y, en su caso, a partir de entonces llamar a sus testigos.

(D) La evidencia puede ser entregada directamente en los tribunales, o a través de estos medios de comunicación, incluyendo el vídeo, circuito cerrado de televisión, como la Sala de Primera Instancia puede ordenar.

Artículo 90: declaraciones de los testigos (modificado 7 marzo de 2003 y modificado el 14 de mayo de 2007)

(A) Los testigos podrán declarar directamente, o como se describe en los artículos 71 y 85 (D).

(B) Cada testigo adulto, antes de prestar declaración, que una de las solemnes declaraciones siguientes: "Declaro solemnemente que diré la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad". O "Juro solemnemente en el [insertar el libro sagrado] que voy a decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad".

(C) Un niño que se permitirá a declarar si la Sala es de la opinión de que es suficientemente maduro como para poder informar de los hechos de que tenía conocimiento, que comprende el deber de decir la verdad, y no está sujeto a la influencia indebida. Sin embargo, no podrá ser obligado a declarar mediante una declaración solemne.

(D) Un testigo, que no sea un experto, que no ha declarado todavía no puede estar presente sin autorización de la Sala de Primera Instancia, cuando se da el testimonio de otro testigo. Sin embargo, un testigo que haya escuchado el testimonio de otro testigo no será sólo por esta razón será descalificado como testigo.

(E) Un testigo puede negarse a hacer cualquier declaración que pudiera tender a incriminarlo. La Sala podrá, sin embargo, obligar al testigo a responder a la pregunta. El testimonio forzado de esta manera no se utilizará como prueba en un juicio posterior contra el testigo por cualquier otro delito de falso testimonio bajo declaración solemne.

(F) La Sala de Primera Instancia ejercer un control sobre el modo y el orden de interrogar a los testigos y presentar pruebas a fin de:

(i) Hacer el interrogatorio y la presentación eficaz para la averiguación de la verdad, y

(ii) Evitar el desperdicio de tiempo.

b) La Corte de Crímenes de Guerra y Étnicos de Kosovo.

Un modelo similar fue propuesto en el contexto de Kosovo, la otrora provincia autónoma yugoslava de mayoría albanesa que hoy se encuentra bajo la administración de la ONU en territorio del Estado de Serbia y Montenegro. Allí la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo ideó la creación de una “Corte de Crímenes de Guerra y Étnicos de Kosovo”, con el fin de tratar crímenes cometidos durante el conflicto de dicho país. Como la CESL, esta corte fue creada como un cuerpo mixto e independiente, compuesta por jueces domésticos e internacionales que operaban fuera del sistema local de cortes.²⁰¹ Sin embargo, el proyecto fue abandonado por una serie de razones políticas, incluyendo protestas a cargo de la comunidad albanesa de Kosovo, a la que le parecía suficientemente competente su sistema judicial doméstico para procesar estos crímenes y expresó preocupaciones por la posible creación de un cuerpo jurídico adicional que operara en el borde del sistema judicial doméstico y del TCY²⁰².

III. CORTES DOMÉSTICAS INTERNACIONALIZADAS.

En lugar de la anterior, un tercer modelo obtuvo creciente apoyo a nivel internacional, primero en Kosovo y luego en Timor Oriental y en Camboya y más tarde en Bosnia y Herzegovina: la integración de cortes mixtas doméstico-internacionales a la estructura del sistema legal doméstico. Estas cortes mixtas se distinguen de las cortes híbridas en que no tienen una identidad legal internacional independiente, diferenciada de la personalidad jurídica del Estado Nacional. Son instituciones domésticas internacionalizadas, que tienen y poseen jurisdicción sobre categorías especiales de crímenes y aplican tanto la ley doméstica como la internacional. Además, los jueces domésticos pueden, en algunos casos, sobrepasar a los jueces internacionales.

a) Kosovo – La designación de jueces para las cortes domésticas.

Esta solución fue adoptada en Kosovo, con el fin de aliviar la tensión entre la autonomía local y la necesidad de neutralizar el sistema jurídico doméstico. La

²⁰¹ La Corte pudo haber tenido jurisdicción sobre los crímenes contemplados por el derecho internacional y sobre las ofensas serias contempladas bajo las leyes domésticas.

²⁰² Para una investigación sobre las razones de la comunidad kosovar ver Cerone y Balwin (2004). Para una discusión sobre la Regulación de los “64 paneles” de la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo.

MAPNUK creó un sistema de dos niveles que designaba un gran grupo de jueces internacionales para las cortes regulares, de acuerdo con la ley que regía bajo la Resolución 2000/6 de la MAPNUK. Adicionalmente, la MAPNUK creó paneles internacionalizados especiales (los así llamados “paneles de la regulación” para asegurarse de que algunos de los juicios más sensibles por crímenes de guerra fueran adelantados en ambientes neutrales e independientes, en concordancia con las garantías de justicia internacionales y bajo el escrutinio de una mayoría de jueces internacionales. Desde entonces, los “paneles de la Regulación 64” han revisado la mayoría de los juicios por crímenes de guerra contra los serbios de Kosovo y han sobreesido numerosas decisiones dudosas de las cortes domésticas.

b) Timor Oriental – Paneles especiales para crímenes serios.

La Administración Transicional de las Naciones Unidas en Timor Oriental (ATNUTO) adoptó una metodología similar a la mencionada anteriormente: la Comisión Internacional de Investigación sobre Timor Oriental había recomendado la creación de un tribunal criminal internacional para procesar las atrocidades cometidas en Timor Oriental (ONU, 2000: 153); no obstante, el Secretario General presentó una propuesta diferente alegando que la prioridad debía otorgársele a las cortes domésticas. El 6 de junio de 2000, la ATNUTO adoptó la Regulación 2000/15, creando paneles de jueces con jurisdicción exclusiva como parte de instituciones internacionalizadas, y actuando bajo el sistema judicial local regido por la autoridad de la Corte del distrito de Dili, la capital de Timor Oriental.

Los paneles están compuestos por dos jueces internacionales y uno de Timor Oriental (ver sección 22.1 de la Regulación 2000/15 de la ATNUTO). Los tres tratan los crímenes internacionales, especialmente genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y tortura (ver de las secciones 4 a la 7 de la Regulación 2000/15 de la ATNUTO), además de asesinato y ofensas sexuales, que hayan sido cometidos en el contexto inmediato de la votación para la independencia de Timor Oriental (entre el 1 de enero de 1999 y el 25 de octubre del mismo año), como lo define la ley Indonesia.

c) Camboya.

El tercer experimento que forma parte de esta tradición es la creación de cortes extraordinarias, dentro de la estructura judicial preexistente en Camboya, para juzgar crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática.

Este mecanismo se estableció luego de que pasaran más de dos décadas de la impunidad para los líderes del Khmer Rojo y, sobre todo, en respuesta a las debilidades del sistema judicial de Camboya, sumado al hecho de que se hubieran otorgado numerosas amnistías a victimarios de bajo y mediano nivel (Etchetson, 2004: 181). La propuesta original, planteada por expertos internacionales, consistía en crear de nuevo un tribunal *ad hoc*, similar al del TCIY y el TCIR, con el fin de “juzgar a aquellas personas responsables por las violaciones a los derechos humanos más graves”, cometidas entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979. Sin embargo, el gobierno de Camboya insistió en una solución doméstica, que cobró forma en un mecanismo internacional conjunto con el fin de alcanzar la justicia”.²⁰³

En octubre de 2004, la Asamblea Nacional de Camboya ratificó el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya para el juicio de los crímenes cometidos durante el periodo Democrático Kampuchea bajo la ley de Camboya, el cual ayuda al establecimiento de las cortes extraordinarias para juzgar a “los más responsables de los crímenes y las violaciones graves bajo la ley penal de Camboya, el derecho internacional humanitario y las convenciones internacionales reconocidas por Camboya”, para los actos cometidos durante la era del Khmer Rojo entre 1975 y 1979 (Ver Acuerdo del 6 de junio de 2003). Las cámaras están compuestas en su mayoría por jueces camboyanos, quienes actúan de acuerdo con jueces internacionales escogidos por la Suprema Corte del Magistrado bajo la nominación del Secretario General de las Naciones Unidas (Ver el artículo 3 del Acuerdo del 6 de junio de 2003).

El marco de Camboya difiere notoriamente del modelo de Sierra Leona en varios aspectos: primero, la ley doméstica juega un papel más importante en el contexto de Camboya, segundo los cuatro jueces de Camboya pueden bloquear condenas con el

²⁰³ Ver gobierno de Camboya – Ayuda Memoria (1999): “El culpable es un ciudadano nacional de Camboya, las víctimas son nacionales de Camboya y el lugar de la comisión de crímenes es también Camboya, por lo que un juicio en manos de la Corte Nacional de Camboya está en absoluta conformidad con las (normas del) proceso legal”.

apoyo de los tres jueces internacionales; y por último, las Cámaras Extraordinarias carecen de identidad legal independiente, lo cual hace que la Corte Especial para Sierra Leona se caracterice por ser de jurisdicción internacional.

La Unidad de Víctimas.

Una de las principales innovaciones de las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya (ECCC) es el mayor reconocimiento de las víctimas en sus procedimientos. Las víctimas de crímenes que caen bajo la jurisdicción de la Corte se les da un papel fundamental en las Cámaras Extraordinarias. Se pueden presentar reclamaciones ante la fiscalía, se toma en cuenta los intereses de las víctimas, considerando si se debe iniciar una investigación o un enjuiciamiento. Las víctimas también podrán participar como partes civiles. Se les permite ser reconocidos como partes en el procedimiento así como reclamar la reparación colectiva y moral. Esto refleja el compromiso de las Cámaras Extraordinarias de su mandato de ayudar al pueblo de Camboya en la búsqueda de la justicia y la reconciliación nacional, como se afirma en el Preámbulo del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento con arreglo al derecho de Camboya de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática.

La Unidad de Víctimas (VU) se estableció para apoyar las Cámaras Extraordinarias de asistencia a las víctimas que deseen participar en el procedimiento. La VU es el punto central de contacto entre las Cámaras Extraordinarias y las víctimas o sus representantes. La VU tiene por objeto facilitar la participación efectiva de las víctimas en las actuaciones. Este consiste en la tramitación de denuncias y solicitudes de las víctimas que tratan de ejercer su derecho a participar. También supervisa las víctimas tengan acceso a representación legal de alta calidad. A tal fin, la Unidad de Víctimas también proporciona apoyo jurídico y administrativo a los abogados de la parte civil. Por último, la Dependencia se presenta como un lugar de encuentro donde todos los actores involucrados en el procedimiento que son las víctimas, los miembros del Tribunal, los abogados y las organizaciones intermediarias pueden reunirse y así compartir sus puntos de vista de la representación más eficaz en pro de los intereses de las víctimas.

La Unidad de Víctimas informa a las víctimas sobre sus derechos relativos a la participación y reparaciones, y les permite presentar quejas y solicitudes de parte civil en el

ECCC si desean hacerlo. (para más detalles véase la directriz práctica) Esto supone la prestación de asistencia en la obtención de asesoramiento jurídico o un abogado, el apoyo a los representantes legales y facilitar la representación de la agrupación y colectivos de las víctimas.

La Unidad de Víctimas apoya la labor de los fiscales y los jueces de instrucción por la tramitación de las reclamaciones y solicitudes de la parte civil y la preparación de informes para estas oficinas.

También mantiene contacto con las víctimas y sus abogados sobre el estado de sus denuncias y solicitudes, y los mantiene actualizados sobre la evolución de los casos individuales.

La Unidad de Víctimas asegura que el papel de la unidad y los derechos de las víctimas se explica en actividades de divulgación en toda Camboya.

Por último, la Dependencia garantiza la seguridad y el bienestar de las víctimas que participan en el proceso. Esto implica garantizar que las víctimas comprender adecuadamente los riesgos inherentes a veces, en esa participación, así como proporcionarles las medidas de protección y asistencia de otra índole, como el apoyo psicosocial.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba

Rule 12. Organization of Victims Participation (Amended on 9 February 2010)

The Office of Administration shall establish a Victims Support Section and a Civil Party Lead Co-Lawyers' Section. The Civil Party Lead Co-Lawyers Section shall be autonomous with regard to all substantive matters pertaining to Civil Parties set out in these IRs. The Office of Administration may enter into contracts with Civil Party lawyers. It also provides necessary administrative support to all Civil Party lawyers.

Rule 12 bis. The Victims Support Section (Adopted on 9 February 2010)

1. The Victims Support Section shall provide the following forms of administrative support in relation to complainants and Civil Parties:

- a) Under the supervision of the Co-Prosecutors, assist Victims in lodging complaints;*
- b) Under the supervision of the Co-Investigating Judges, assist Victims in submitting Civil Party applications;*
- c) Maintenance of a list of foreign and national lawyers registered with the BAKC in accordance with Rule 11, who wish to represent Victims or Victims Associations before the ECCC;*
- d) Administer applications for admission to the list of Victims' Associations approved to act on behalf of Civil Parties before the ECCC, pursuant to the criteria set out in Rule 23 quater, and maintain a list of Victims' Associations so approved;*

- e) *Provide general information to victims, especially Civil Parties;*
 - f) *Under the supervision of the Co-Investigating Judges or the Pre-Trial Chamber, as appropriate, present the above mentioned lists of, and information on, lawyers and Victims Associations to Victims or Civil Parties and facilitate legal representation as described in Rule 23;*
 - g) *Assist and support Civil Party and complainants' attendance in court proceedings;*
 - h) *In consultation with the Civil Party Lead Co-Lawyers and the Public Affairs Section, where appropriate, undertake outreach activities related to Victims, especially Civil Parties;*
 - i) *Adopt such administrative regulations as required to give effect to this Rule;*
 - j) *Forward proposed Rule amendments made by the Victims Support Section and the Civil Party Lead Co-Lawyers Section pursuant to IR 3(1); and*
 - k) *Provide administrative support to the Civil Party Lead Co-Lawyers Section and other forms of appropriate support to the Civil Party Lead Co-Lawyers and Civil Party Lawyers, upon request.*
2. *The Victims Support Section shall be entrusted with the development and implementation of programs and measures other than of a legal nature addressing the broader interests of victims. Such programs may, where appropriate, be developed and implemented in collaboration with governmental and non-governmental entities external to the ECCC*²⁰⁴.

d) Cámara Especial para Crímenes de Guerra en la Corte Estatal de Bosnia y Herzegovina

El proyecto más reciente de internacionalización de cortes domésticas es la propuesta de una Cámara Especial para Crímenes de Guerra en la Corte Estatal de Bosnia y Herzegovina. En junio de 2003, la Oficina del Alto Representante de Bosnia y Herzegovina y el TCIY, propusieron la creación de una Cámara Especial para tratar en la Corte estatal de Bosnia y Herzegovina violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario. Se espera que la Cámara forme parte del sistema judicial doméstico, es decir, de la nueva Corte Estatal de Bosnia y Herzegovina. Debe estar compuesta de jueces internacionales y domésticos, quienes ejerzan su jurisdicción en casos relacionados con la práctica del genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo casos de reenviados por el TCIY, además de un número limitado de

²⁰⁴Este apartado es difuso pero nos hace entender que existe la posibilidad de crear un programa de protección a víctimas y testigos. “La Sección de Apoyo a las Víctimas se encargará de la elaboración y la implementación de programas y medidas que no sean de naturaleza jurídica frente a los intereses más amplios de las víctimas. Tales programas se desarrollaran y llevaran a cabo en colaboración con entidades gubernamentales y no gubernamentales, externas a las Cámaras Extraordinarias” (Traducción propia).

casos adelantados ante cortes locales. La Cámara Especial tiene un propósito muy específico; fue diseñada para responder a los llamados de justicia local y permitir que el TCiy le reenvíe a las cortes domésticas casos relacionados con victimarios de nivel medio, como parte de una estrategia de clausura del tribunal.

e) Tribunal internacional del Líbano.

El 13 de diciembre de 2005, el Gobierno de la República Libanesa pidió a las Naciones Unidas que establecieran un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los presuntos responsables del atentado que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 en Beirut y causó la muerte del ex Primer Ministro Libanés Rafiq Hariri y otras 22 personas. Con arreglo a la resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, las Naciones Unidas y la República Libanesa negociaron un acuerdo sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano. Una vez aprobada la resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007, las disposiciones del documento anexo a ella, incluido el Estatuto del Tribunal Especial que figuraba como apéndice, entraron en vigor el 10 de junio de 2007.

El mandato del Tribunal Especial para el Líbano es enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas. La competencia del Tribunal puede ampliarse más allá del atentado con bomba de 14 de febrero de 2005 si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1º de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 están conectados conforme a los principios de la justicia penal al atentado de 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares. Esa conexión podrá consistir, entre otras cosas, en una combinación de los siguientes elementos: intención de delinquir (móvil), finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, patrón de los ataques (modus operandi) y autores. Los delitos cometidos después del 12 de diciembre de 2005 podrán incluirse en la competencia del Tribunal bajo los mismos criterios si así lo deciden el Gobierno de la República Libanesa y las Naciones Unidas, con el consentimiento del Consejo de Seguridad.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba

Artículo 50 del Reglamento Víctimas y Testigos (modificado 30 de octubre 2009)

(A) El Secretario establecerá una unidad encargada de la protección de testigos, las víctimas que participen en el procedimiento y, en su caso, a otros en peligro a causa de su interacción con el Tribunal. (modificado 30 de octubre 2009)

(B) La Dependencia ejercerá las siguientes funciones:

(i) formular estrategias y establecer sistemas adecuados de protección y medidas de seguridad para víctimas y testigos en relación con la Parte en cuestión, los Estados, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales-en su caso;

(ii) proporcionar toda la asistencia administrativa y logística necesaria a los testigos comparezcan ante el Tribunal, incluida la información de los testigos acerca de: (i) cualquier otro asunto relativas a su protección y seguridad, (ii) la naturaleza de las actuaciones judiciales; (iii) el diseño de salas de audiencia y los participantes, (iv) el papel, los derechos y obligaciones de de los testigos en el procedimiento;

(iii) ayudar a las víctimas y los testigos en la obtención de asistencia médica, psicológica y de otro adecuado apoyo necesario para que puedan testificar ante el Tribunal, y (iv) proporcionar cualquier asistencia adicional según lo ordenado por el Juez de Instrucción o la Sala de que sea compatible con el mandato y las responsabilidades de la Dependencia. (modificado 30 de octubre 2009)

(C) En el desempeño de sus funciones, la Unidad deberá respetar los intereses de las víctimas y los testigos, mantener la confidencialidad y actuar con imparcialidad en todo momento. (sumó 30 octubre de 2009)

(D) A petición del Secretario, una Parte, una víctima o su representante legal, o cuando el intereses de la justicia así lo requieran, por iniciativa propia, el Juez de Instrucción o la Sala podrá conceder la persona a cargo de la Dependencia, o una persona designada por él, el derecho de audiencia en relación con asuntos de interés para la protección de las víctimas y testigos en el procedimiento. (que pasa a ser 30 de octubre 2009)

Artículo 51 Participación de las Víctimas en la Unidad

(A) El Secretario establecerá una unidad dentro de la Secretaría responsable de la asistencia a las víctimas en participar en el procedimiento de conformidad con el Estatuto y el Reglamento.

(B) La Dependencia ejercerá las siguientes funciones:

(i) formular estrategias de corto y largo plazo en este sentido;

(ii) informar a las víctimas de sus derechos en virtud del Estatuto y del Reglamento y de la existencia y funciones de la Dependencia;

(iii) recibir solicitudes de las víctimas que deseen participar en el procedimiento en el conformidad con el artículo 87, verificar que estas aplicaciones son completas y, una vez que esto se ha hecho, transmitirlos a la Juez de Instrucción;

(iv) garantizar que las víctimas o sus representantes legales reciban los documentos presentados por las Partes y de los expedientes presentados por el Juez de Instrucción, sin perjuicio de cualquier restricciones debido a la confidencialidad o los intereses de la justicia, de conformidad con la Artículo 87;

(v) informar, de manera oportuna, las víctimas de las decisiones pertinentes del Tribunal que podría tener un impacto sobre sus derechos o intereses específicos, con sujeción a las las restricciones de confidencialidad;

(vi) proporcionar toda la asistencia administrativa y logística necesaria a las víctimas participen en las actuaciones o sus representantes legales, y

(vii) proporcionar cualquier asistencia adicional según lo ordenado por el Juez de Instrucción o la Sala de que sea compatible con el mandato y las responsabilidades de la Dependencia.

(C) Esta dependencia también:

(i) elaborar y mantener una lista de los representantes legales altamente calificados que cumplan con los criterios establecidos en el Artículo 58 (A), relativa a la cualificación de los abogados defensores;

(ii) a petición de las víctimas indigentes y con sujeción a cualquier orden de la Sala de Cuestiones Juez dictó de conformidad con el artículo 86 (C), designar a un representante legal de su elección que ha sido admitido en la lista contemplada en el apartado (i), o asignar a un grupo de las víctimas de un representante legal común que ha sido admitido a la lista de mencionados en el apartado (i);

(iii) a petición de la víctima o su representante legal o por iniciativa propia, proporcionar asistencia y apoyo adecuados a la víctima o su representante legal, incluida, cuando proceda, la investigación jurídica, memorandos y otros criterios necesario;

(iv) cuando sea necesario, proporcionar formación profesional a los representantes legales de las víctimas participen en las actuaciones, y

(v) supervisar el rendimiento y el trabajo de los representantes legales asignados por la Unidad de víctimas que participen en el procedimiento o grupos de víctimas que participen en el procedimiento.

(D) Los representantes legales de las víctimas que participen en el procedimiento estará sujeto a la disposiciones del Código de Conducta Profesional de los abogados y los códigos de práctica y de ética que rigen su profesión.

(E) A petición del Secretario, una Parte, una víctima o su representante legal, o cuando el intereses de la justicia así lo requieran, por iniciativa propia, el Juez de Instrucción o la Sala podrá conceder la

persona a cargo de la Unidad de un derecho de audiencia en relación con cuestiones relativas a la participación de las víctimas en el procedimiento.

(F) Un miembro de la Dependencia no tendrá ninguna instrucción de la víctima o participar en cualquier forma en un caso específico o procedimiento ante el Tribunal de tal manera que la independencia de la Dependencia o de la Secretaría podrán ser, o puede ser percibido, en peligro.

IV. CORTE INTERNACIONALMENTE ASISTIDA – EL TRIBUNAL ESPECIAL IRAQUÍ.

Para el caso de Irak se escogió otro modelo. La creación de un Tribunal Especial internacionalmente asistido estuvo influenciada por dos factores relacionados; en primer lugar, el peso de la Autoridad Provisional de la Coalición entre los Estados Unidos y el Reino Unido (APC) en el diseño de una justicia post-conflicto en Irak, y , en segundo lugar, la presión local por la autonomía local en la era post- Saddam. El estatus de este tribunal es único; su poder deriva de una autoridad de delegación otorgada por la APC al Consejo Gobernante Iraquí²⁰⁵.

Los jueces domésticos están formalmente a cargo de los juicios, pero nacionales extranjeros pueden actuar “como observadores de las Cámaras de Juicio o las Cámaras de Apelación”, incluyendo la posibilidad de monitorear la “protección de los estándares del debido proceso por parte del Tribunal”

Las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Artículo 31: Unidad de Víctimas y Testigos

²⁰⁵ (Traducción propia) “El Consejo gobernante está, entonces, autorizado para establecer un Tribunal Especial Iraquí, con el fin de juzgar ciudadanos iraquíes o residentes de Irak acusados de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra u otras violaciones de ciertas leyes iraquíes, a través de la promulgación de un estatuto que ha sido extensamente discutido en el Consejo de Gobierno y el APC”.

Primero: El Director²⁰⁶ establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos, que asume funciones específicas, de conformidad con el Estatuto y el presente Reglamento, y ejecutar las órdenes de los jueces de instrucción y el Fiscal General. Esta unidad realiza las siguientes funciones con respecto a todos los testigos y víctimas que comparezcan ante el Tribunal Especial y otros que están en riesgo por causa del testimonio dado por esos testigos.

Entre las funciones que desempeñan la unidad de víctimas y testigo de conformidad con sus necesidades y circunstancias particulares:

(i) Proporcionar y dar recomendaciones al Tribunal Especial en relación con la protección y las medidas de seguridad para las víctimas y los testigos;

(ii) Proporcionar a las víctimas y los testigos medidas de protección adecuadas para su seguridad, y establecer planes de corto y largo plazo para garantizar el desarrollo de los planes para su protección y apoyo;

(iii) Velar para que las víctimas y los testigos reciban el apoyo adecuado, hagan las consultas y otros servicios de asistencia médica adecuada, física y rehabilitación psicológica, especialmente en los casos de violación y asalto sexual.

Segundo: El personal de la Dependencia incluirá expertos en traumas de lesiones (o) de traumas relacionados con delitos de violencia sexual. En su caso, la Unidad de cooperará con organizaciones no gubernamentales e internacionales.

²⁰⁶ Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial Iraquí (18 de octubre 2005) Sección Cuarta,

Capítulo 5

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL – LA PROTECCION DE VICTIMAS Y TESTIGOS

“Hay verdades tan evidentes por sí mismas que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido. Una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz mundial es nuestra tarea política principal, una tarea mucho más importante que la decisión entre la democracia y la autocracia, o el capitalismo y el socialismo; pues no es posible un progreso social esencial mientras no se cree una organización internacional mediante el cual se evite efectivamente la guerra entre las naciones de esta Tierra.” (Hans Kelsen, California, junio de 1944)

I. ANTECEDENTES PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

En 1948 la Asamblea General de la ONU delegó a la Comisión de Derecho Internacional, la tarea de estudiar la conveniencia de crear un órgano judicial internacional permanente, que se encargue de hacer efectiva la responsabilidad internacional penal individual por la comisión de crímenes de derecho internacional.

En ese mismo año, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU decidió “que era conveniente crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueran de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales”.²⁰⁷

Sin embargo de lo anotado, en razón a la conexión existente entre la idea de crear un Tribunal Penal Internacional permanente, con la tarea de elaboración paralela de un proyecto de Código de crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad²⁰⁸, significó que los avances de la tarea dependa necesariamente de la otra.

Es así que, la Comisión de Derecho Internacional elaboró en 1951 un primer Proyecto de Tribunal Penal Internacional, el cual pese a ser revisado en 1953, no tuvo

Director del Departamento de Administración artículo 13.

²⁰⁷ Rama Montalvo, Manuel, citado por Novak Talavera, Fabian, en obra citada pág. 53.

²⁰⁸ A la Comisión de Derecho Internacional de la ONU se le encomendó la elaboración tanto del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad como del proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional.

continuación, pues según la explicación oficial era necesario en primer lugar que se elabore las normas sustantivas, es decir un Código de crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad²⁰⁹, razón ésta que determina que sólo llegando la década de los 90 y al reanudarse los trabajos de elaboración de un Proyecto de Crímenes de Derecho Internacional en 1991 por parte de la Comisión de Derecho Internacional²¹⁰, la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 47/33 de 25 de noviembre de 1992, solicitó a la Comisión de Derecho Internacional emprender la elaboración de un Estatuto de Tribunal Internacional Penal de carácter permanente.

De acuerdo con este mandato, la Comisión de Derecho Internacional en 1993 creó un grupo de trabajo que elaboró un proyecto preliminar de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, el cual estaba compuesto de 67 artículos con sus respectivos comentarios, un año más tarde, esto es 1994, la Comisión de Derecho Internacional aprobó de manera definitiva un Proyecto de Estatuto conformado por 60 artículos y recomendó a la Asamblea General de las Naciones Unidas, convocar a una conferencia de plenipotenciarios para la revisión de dicho documento con el propósito de establecer de una vez por todas una Corte Penal Internacional.

Por su parte la Asamblea General de la ONU, decidió encargar su examen a un Comité especial y con posterioridad a un Comité preparatorio con el propósito de consolidar en un solo texto tanto el Estatuto de un Tribunal Internacional como del Código Penal Internacional, para lo cual se utilizó el Proyecto de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 y el proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional permanente aprobado por la Comisión de Derecho Internacional, es decir y en palabras del Prof. Kai Ambos, “la Comisión Preparatoria fue, como inicialmente se señaló, establecida con el propósito de combinar discusiones posteriores en la elaboración de los textos, con miras a preparar un texto consolidado para la constitución de Tribunal Penal Internacional Permanente como un nuevo paso tendiente a ser considerado por

²⁰⁹ La Asamblea General de Naciones Unidas encomendó en 1947 a la Comisión de derecho Internacional, órgano especializado de la ONU, la preparación de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, cabe advertir, que la Comisión de Derecho Internacional durante todo este tiempo transcurrido, elaboró en realidad tres proyectos de Código, uno en 1954, otro que fue aprobado por la Comisión en primera lectura en 1991 y finalmente el de 1996 en el que se aprobó el texto definitivo de Proyecto.

²¹⁰ Novak Talavera, Fabian. Cabe advertir que a más de la reanudación de los trabajos de elaboración en 1991 de la elaboración del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Humanidad, se suman otros factores como el fin de la guerra fría, la comisión de crímenes atroces en la ex Yugoslavia.

una conferencia plenipotenciaria. Su primer proyecto se ocupó de los principios generales de la ley penal combinado con el – ciertamente mejorado – Proyecto de Código de 1996 y trató tanto de incorporarlo en un Estatuto como de separar claramente las normas sustantivas de las procesales”.

Esta tarea duró hasta abril de 1998 y el 17 de julio de ese mismo año, fue aprobado el Estatuto de la Corte Penal Internacional en la Conferencia de Plenipotenciarios reunida en Roma, con una votación de 120 Estados a favor, 7 votos en contra y 21 abstenciones.

II. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional comprende un preámbulo y un total de 128 artículos, los cuales están divididos en trece partes a saber:

- PARTE I, que se refiere al Establecimiento de la Corte y comprenden los artículos del 1 al 4;
- PARTE II, que habla de la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho Aplicable y va desde el artículo 5 hasta el 21;
- PARTE III, que hace referencia a los Principios Generales del Derecho Penal y comprenden los artículos 22 al 33;
- PARTE IV, que habla de la Composición y Administración de la Corte y engloba a los artículos del 34 al 52.
- PARTE V, que se refiere a la Investigación y Enjuiciamiento y va desde el artículo 53 hasta el 61;
- PARTE VI, que se refiere al Juicio y comprende los artículos del 62 al 76;
- PARTE VII, que habla de las Penas y engloba a los artículos del 77 al 80;
- PARTE VIII, que se refiere a la Aplicación y Revisión y va desde el artículo 81 hasta el 85;
- PARTE IX, que se refiere a la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial, la cual está regulada del artículo 86 al 102;
- PARTE X, que habla de la Ejecución de la Pena y comprenden los artículos del 103 al 111.

- PARTE XI, que se refiere a la Asamblea de los Estados Partes, la cual comprende el artículo 112;
- PARTE XII, que habla de la Financiación y comprenden los artículos del 113 al 118; y,
- PARTE XIII, establece las Cláusulas Finales y engloba a los artículos del 119 al 128.

Una primera reflexión que se debe realizar a esta estructura planteada por el Estatuto de la Corte penal Internacional, hace referencia a que cada parte no responde a un sólo objetivo, es decir, en una misma parte se regulan varios temas como por ejemplo, la Parte III, no sólo engloba a los principios generales del derecho penal sino regula reglas de imputación (responsabilidad penal individual) y causas de exclusión de la pena, y la Parte II no sólo habla de la competencia y la Admisibilidad, sino que establece principios de derecho penal como es el ne bis in idem, etc., lo que significa, que sea imposible seguir dicho esquema por el grado de complejidad que esto demanda pero sobre todo, por dificultar gravemente el objetivo pedagógico de este trabajo.

Por tal razón, seguiremos el esquema planteado por Kai Ambos, el cual a nuestro modo de ver, permite entender el Estatuto de la Corte Penal Internacional en base a criterios que como él mismo los denomina, lógico objetivos.

En este sentido, este autor divide al Estatuto de la Corte Penal Internacional en las siguientes partes:

- Organización y financiación de la Corte y cláusulas finales (Arts. 1-4, 34-52, 112-128)
- Requisitos de Competencia y Admisibilidad (Arts. 11-19);
- Fundamentos jurídico-penales: principios generales (Arts. 20-23) y crímenes (Arts. 5-10);
- Fundamentos jurídicos del proceso penal: investigación (Arts. 53-61); juicio (Arts. 62-76) y recursos (Arts. 81-85);
- Cooperación Internacional y Asistencia Judicial (Arts. 86 – 102); y,
- Penas (Arts. 77-79) y Ejecución de la pena.

III. DE LA ORGANIZACIÓN, FINANCIAMIENTO Y DE LAS CLÁUSULAS FINALES.

1.1. De la Organización.

-Permanencia.

El Estatuto de Roma establece en su Art. 1 que la Corte Penal Internacional tendrá el carácter de permanente, lo que constituye una de las características básicas que la diferencian de los Tribunales internacionales *Ad hoc*, puesto que como vimos en el capítulo anterior, estos tenían una competencia temporal limitada, lo que significaba una grave restricción al momento de hacer efectiva la responsabilidad internacional penal individual por la comisión de crímenes de derecho internacional.

-Condición Jurídica.

De acuerdo al Art. 4, numeral 1 del Estatuto de Roma, se establece que la Corte Penal Internacional tendrá personalidad jurídica internacional, es decir, se la reconoce como sujeto de derecho internacional, lo que significa, que la Corte Penal Internacional tiene la capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales.

-La Sede.

La Corte Penal Internacional tendrá su sede en la Haya, Países Bajos, sin embargo, podrá celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente de conformidad con lo dispuesto en Estatuto de Roma (Art. 3).

-Naturaleza Jurídica de la Corte Penal Internacional.

La selectividad en la creación de Tribunales *Ad hoc* por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, así como la propia composición antidemocrática de éste Consejo, determinó que la comunidad internacional plantee la necesidad de instituir una Corte Penal Internacional en base a un tratado internacional tanto con el propósito de dar mayor legitimidad a este Órgano de Justicia Penal

Internacional²¹¹, como de buscar su autonomía dentro del sistema de Naciones Unidas, en especial del Consejo de Seguridad, lo cual, constituye otra de las diferencias fundamentales con relación a los Tribunales *Ad hoc*, pues como ya se tuvo oportunidad de expresar, éstos fueron creados por resoluciones de dicho Consejo.

Sin embargo de lo dicho, la Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo especial que deberá ser aprobado por la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto y concluido por el Presidente de la Corte a nombre de ésta (Art. 2 del Estatuto de Roma).

-Idiomas de la Corte.

La Corte tendrá como idiomas de trabajo al inglés y al francés y como idiomas oficiales al árabe, al chino, al ruso y al español, sin embargo, sólo serán traducidos a los idiomas oficiales las decisiones fundamentales de la Corte.

1.2. De la Composición de la Corte.

De acuerdo al Art. 34 del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional estará compuesta de cuatro órganos, siendo estos los que siguen:

- a) La Presidencia.
- b) Las secciones judiciales: Cuestiones Preliminares, Sección de Primera Instancia y Sección de Apelaciones.
- c) La Fiscalía; y,
- d) La Secretaría

Con relación al número de Magistrados, la Corte estará compuesta de un total de 18 magistrados/as (Art. 36.1), sin embargo de lo cual, la Presidencia actuando a nombre de la Corte podrá proponer a los Estados Partes que se aumente el número de magistrados/as, siempre y cuando se señale las razones por las cuales se cree necesario dicho pedido (Art. 36.2. a).

²¹¹ La legitimidad de la Corte Penal Internacional depende del reconocimiento de su jurisdicción por parte de la mayor

En cuanto a la elección de los magistrados/as, el Estatuto prevé que éstos deberán ser elegidos entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad y que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de las mas altas funciones judiciales en sus respectivos países.

Adicionalmente, los candidatos/as a magistrados/as deberán tener:

- a) Reconocida experiencia teórico-práctica en materia penal y procesal penal sea en calidad de magistrado, fiscal, abogado u otra función similar; o
- b) Reconocida experiencia teórico-práctica en ámbitos del Derecho Internacional, tales como en Derecho Internacional Humanitario y en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como, gran experiencia en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte Penal Internacional; y
- c) Los candidatos/as a magistrados/as deberán tener conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte.

En cuanto a la proposición de candidatos/as para magistrados/as de la Corte Penal Internacional, cabe señalar que es atributo exclusivo de los Estados Parte del Estatuto, por lo cual, cada uno de estos Estados podrá proponer un candidato/a que no tenga necesariamente su nacionalidad, pero que en todo caso, sea nacional de Estado Parte del Estatuto, con lo cual no es posible elegir más de un magistrado/a por cada Estado Parte.

En lo que tiene que ver con la elección de los magistrados/as, el Estatuto de Roma dispone que se harán dos listas de candidatos/as.

En una lista “A” se reunirán a los candidatos/as que tengan reconocida experiencia en materia penal y procesal penal, de la cual serán elegidos/as por lo menos nueve magistrados/as.

cantidad de Estados que sea posible, pues esto redundará en una efectiva cooperación que preste la comunidad internacional a dicho órgano de justicia penal internacional.

En una lista “B” se reunirán a los candidatos/as que tengan reconocida experiencia en derecho Internacional, de la cual por lo menos deberán ser elegidos/as cinco magistrados/as.

Los magistrados/as serán elegidos/as por la Asamblea de Estados Parte por votación secreta y en una sesión convocada para ese fin, y tomando en consideración de que en la composición de la Corte haya:

- a) Representación de los principales sistemas jurídicos del mundo.
- b) Distribución geográfica equitativa;
- c) Representación equilibrada de magistrados/as mujeres y hombres; y
- d) La necesidad de que en la Corte hayan magistrados/as que sean juristas especializados/as en temas concretos que influyan, entre otros, la violencia contra las mujeres y los niños.

Finalmente en este tema cabe señalar, que los magistrados/as serán elegidos/as para un mandato de nueve años, sin embargo, en la primera elección un tercio de los magistrados/as elegidos/as será seleccionado por sorteo para desempeñar un mandato de tres años, un tercio de magistrados/as para un mandato de seis años y el resto para nueve años, de todos éstos, sólo los primeros pueden ser reelegidos para un mandato completo.

-De la Presidencia (Art. 38).

La Presidencia estará compuesta por el Presidente, el Vicepresidente primero y el Vicepresidente segundo, los cuales serán elegidos/as por mayoría absoluta de los magistrados/as y estará encargada de:

- a) La correcta administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía, sin embargo deberá actuar en coordinación con el Fiscal y recabará su aprobación en los asuntos de interés mutuo; y ,
- b) Las demás funciones que se le confiera de conformidad con el Estatuto de Roma.

-De la Fiscalía.

La Fiscalía es un órgano independiente de la Corte Penal Internacional, la cual estará dirigida y administrada con total autonomía por el Fiscal, el cual contará con la ayuda de uno o más fiscales adjuntos.

El Fiscal será elegido en votación secreta y por mayoría absoluta de los Estados Partes, sus adjuntos serán elegidos bajo el mismo procedimiento pero de una lista de candidatos/as enviada por el Fiscal, tanto el Fiscal como sus adjuntos serán de diferentes nacionalidades y tendrán un mandato de nueve años sin que puedan ser reelegidos, éstos deberán tener además de una alta consideración moral, una amplia experiencia práctica en el ejercicio de la acción penal o en la substanciación de causas penales y dominar al menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte.

En cuanto a las funciones de la Fiscalía, ésta se encargará de recibir remisiones e informaciones corroborada sobre crímenes de competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte.

Finalmente cabe señalar, que el Fiscal para poder cumplir a cabalidad con su trabajo, nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados temas, tales como, violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños.

-De las secciones judiciales (Art. 39)

De la Sección de Cuestiones Preliminares

La Sección de Cuestiones Preliminares estará compuesta de no menos de seis magistrados/as, los cuales predominantemente tendrán experiencia en el ámbito jurídico penal y procesal penal.

Las funciones judiciales de la Corte Penal serán realizadas en la Sección por la Sala de Cuestiones Preliminares, las que a su vez, serán realizadas por tres magistrados/as de la Sección de Cuestiones Preliminares o por un solo magistrado/a de dicha Sección.

Sin embargo de lo cual, podrá constituirse simultáneamente otras salas cuando la gestión eficiente del trabajo de la Corte así lo requiera.

De la Sección de Primera Instancia

La Sección de Primera Instancia al igual que la anterior, estará compuesta de por lo menos de seis magistrados/as, los cuales predominantemente tendrán experiencia en el ámbito jurídico penal y procesal penal.

Las funciones judiciales de la Corte Penal serán realizadas en la Sección por la Sala de Primera Instancia, las que a su vez, serán realizadas por tres magistrados/as de la Sección de Primera Instancia.

Sin embargo de lo cual, podrá constituirse simultáneamente otras Salas cuando la gestión eficiente del trabajo de Corte así lo requiera.

De la Sección de Apelaciones

La Sección de Apelaciones estará compuesta del Presidente y de cuatro magistrados/as, y tendrán la presencia combinada de magistrados/as que tengan experiencia tanto en el ámbito jurídico penal, como en derecho internacional.

Las funciones judiciales de la Corte Penal serán realizadas en la Sección por la Sala de Apelaciones, las que a su vez, serán realizadas por todos los magistrados/as que conforman dicha Sección.

-De la Secretaria (Art. 43)

La secretaría tiene como función la administración de la Corte, salvo de la Fiscalía, así como, de prestarle los servicios necesarios a la misma; estará dirigida por el Secretario, el cual contará con la ayuda de Secretario adjunto.

El Secretario será elegido en votación secreta y por mayoría absoluta de los magistrados/as y tomando en consideración las recomendaciones de la Asamblea de los Estados Partes, de ser necesarios elegirán por recomendación del Secretario y con arreglo al mismo procedimiento, un Secretario Adjunto. El Secretario será elegido por un periodo de cinco años y podrá ser reeligido por una sola vez, en cuanto al Secretario Adjunto podrá ser elegido por un periodo de cinco años o por un tiempo más breve, así lo deciden los magistrados/as.

Tanto el Secretario como su adjunto, deberán gozar de una alta consideración moral y tener conocimiento y dominio de al menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte.

Finalmente cabe señalar, que el Secretario establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, ya otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La Dependencia contará con una persona especializada para atender a víctimas de traumas, especialmente los relacionados con delitos de violencia sexual. En otro punto más adelante desarrollaremos con más detenimiento esta dependencia que es pilar fundamental de nuestro estudio.

-De la Asamblea de los Estados Partes (Art. 112).

Esta se compone de los Estados Partes del Estatuto y de otros Estados signatarios del Estatuto o del Acta Final, los primeros tendrán derecho a voto, mientras que los segundos participarán en calidad de simples observadores.

La Asamblea debe reunirse ordinariamente cada año y de manera excepcional cuando existan motivos especiales. Las decisiones deben adoptarse en principio por consenso y si esto no fuera posible, por mayoría de dos tercios con presencia de la mayoría absoluta de los Estados, cuando se trata de cuestiones de fondo y demayoría simple de los Estados presentes, cuando se refiere a cuestiones de procedimiento.

Entre las principales atribuciones de la Asamblea de Estados partes tenemos.

- a) Ejercer su supervisión respecto de la Presidencia, el Fiscal y la Secretaría en las cuestiones relativas a la administración de la Corte.
- b) Examinar y decidir el presupuesto de la Corte;
- c) Decidir si corresponde, de conformidad con el artículo 36, modificar el número de magistrados;
- d) Examinará cuestiones relativas a la falta de cooperación entre los Estados y la Corte Penal Internacional de conformidad con párrafos 5 y 7 del artículo 87;

e) Desempeñar las demás funciones que procedan en virtud del presente Estatuto y las reglas de Procedimiento y Prueba.

1.3. De la Financiación de la Corte y cláusulas finales (Arts. 113 al 128)

-De la Financiación.

La Corte se financiara con cuotas de los Estados Partes, las cuales se prorratearán de conformidad con una cuota de escalas convenidas, basada en la escala adoptada por las Naciones Unidas para su presupuesto ordinario y ajustada a los principios de dicha escala; de fondos procedentes de Naciones Unidas, con sujeción a la aprobación de la Asamblea General, en particular respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad; y, por contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades, de conformidad con los criterios en materia que adopte la Asamblea de Estados Partes.

-De las cláusulas finales.

Solución de Controversias

Según el Art. 119 del Estatuto, si se presentasen controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte serán dirimidas por ella, en cambio las controversias surgidas entre dos o más Estados Partes respecto de la interpretación o aplicación del Estatuto que no puedan ser solventadas mediante negociaciones en la Asamblea de estados Partes, deberán ser remitidas a la Corte Internacional de Justicia.

Reservas al Estatuto.

Según lo dispone el Art. 120 del Estatuto no se admitirán reservas al mismo.

Enmiendas al Estatuto

En cuanto a las enmiendas cabe señalar que según los artículos 121 y 122 del Estatuto estas pueden ser de dos clases:

Por un lado se encuentran las enmiendas de naturaleza material, que pueden ser factibles sólo siete años después de entrada en vigor el Estatuto, las cuales de ser aprobadas por la Asamblea de Estados Partes.

Después de una breve explicación y visto los antecedentes de la CPI nos hacemos la siguiente pregunta *¿En el estatuto de Roma y en las reglas de procedimiento y prueba? Se ha seguido una solución similar a los Tribunales Ad doc. A continuación analizaremos y desarrollaremos el procedimiento en la CPI.*

IV. PROCEDIMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Las disposiciones del Estatuto para la investigación (Parte V, artículos del 53 al 61), el juicio (Parte VI, artículos del 62 al 76) y la apelación (Parte VIII, artículos del 81 al 85) forman un sistema de normas estrechamente integrado. Hacen que los procedimientos de la Corte se ajusten a las más avanzadas normas del debido proceso garantizan los intereses de la defensa, son sensibles a las preocupaciones de los Estados y protegen la capacidad de la Corte de desempeñar sus funciones. Es a través de estas disposiciones —y a través de la claridad de las definiciones de los crímenes y sus principios generales también— que el Estatuto asegurará la integridad y autoridad de la Corte en el largo plazo. *Las definiciones, los principios generales y las normas procesales fueron la mayor fuente de críticas para el Tribunal de Nuremberg.* Basándose en lo desarrollado en las normas procesales internacionales y en el progreso realizado por los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, la CPI se propone asegurar que la legitimidad del procedimiento penal internacional jamás sea puesta en duda.

Las disposiciones estatutarias vistas panorámicamente en las siguientes secciones serán perfeccionadas y complementadas por las Reglas de Procedimiento y Prueba (artículo 51). Estas han sido preparadas en un proyecto por la Comisión Preparatoria y luego examinadas y adoptadas, según proceda, por una mayoría de dos tercios de la Asamblea de Estados Partes. Cualquier Estado Parte puede proponer enmiendas a las Reglas, así como el Fiscal y una mayoría absoluta de magistrados; las enmiendas entrarán también en vigor bajo la aprobación de una mayoría de dos tercios de la Asamblea. Las Reglas serán compatibles con el Estatuto.

a. La investigación.

Sea como fuere que se iniciaron los procesos, el Fiscal evaluará la información recibida e iniciará una investigación a menos que determine que no hay un fundamento razonable para abrir proceso (artículo 53). Al tomar esta decisión, el Fiscal tendrá en cuenta las probables constataciones de competencia y admisibilidad de la Corte y el interés de la justicia. Una vez pasada esta fase, el Fiscal puede encontrar que no hay fundamento suficiente para continuar la investigación debido a la ausencia de una base de hecho para una orden de detención o de comparecencia, debido a la inadmisibilidad de la causa o debido a que no redundará en el interés de la justicia. Como garantía frente al abuso de este poder para detener una investigación, tal determinación del Fiscal puede, si la situación fue remitida por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad, ser renovada a su solicitud por la Sala de Cuestiones Preliminares, que puede pedir una reconsideración al Fiscal. Si la decisión del Fiscal se fundamentó en ‘el interés de la justicia’, la Sala puede actuar por propia iniciativa. Estas garantías están diseñadas para controlar el albedrío procesal sin minar la independencia.

El Fiscal es un funcionario de la Corte, que sirve no sólo a convicciones fijas, sino a que se establezca la verdad y se haga justicia. El Fiscal está entonces bajo el deber de investigar circunstancias eximentes o incriminatorias por igual, con respecto a los intereses y circunstancias personales de las víctimas y los testigos (incluyendo la edad y el género) tomando en cuenta la naturaleza del crimen (en particular si involucran violencia sexual o de género) y respecto a los derechos que confiere el Estatuto a las personas (artículo 54).

El Estatuto le da al Fiscal las facultades básicas necesarias para conducir investigaciones. Estas incluyen la facultad de reunir y examinar pruebas, para hacer comparecer e interrogar a varias personas, asegurar la confidencialidad, la protección de las personas y la preservación de las pruebas y así sucesivamente. El ejercicio de estos poderes, por supuesto, se somete al resto del Estatuto. El Fiscal está facultado para solicitar la cooperación de los Estados o llegar a acuerdos para facilitar la cooperación en virtud del Estatuto. Esto permite la cooperación voluntaria entre los Estados y el Fiscal. A falta de una cooperación voluntaria, el Fiscal no tienen poderes coercitivos, y debe recurrir a los procedimientos de cooperación del Estatuto. Una excepción a esto es que el Fiscal puede conducir investigaciones en el territorio de un Estado autorizado por la Sala de Cuestiones Preliminares cuando un Estado Parte es claramente incapaz de ejecutar una

solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir dicha solicitud (artículo 54, apartado 3 d) del artículo 57) (respecto al párrafo 4 del artículo 99). Los sospechosos tienen asegurada una gama de derechos en virtud del Estatuto (artículo 55). Estos incluyen el derecho contra la autoincriminación, a estar libre de coacción, intimidación o amenaza, el derecho a una interpretación o traducción competente, y el derecho a estar libre de arresto o detención distinto a lo dispuesto por Estatuto. Un sospechoso tiene también el derecho a ser informado antes del interrogatorio por funcionarios del Estado o de la Corte de que hay motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte, y que tiene el derecho a guardar silencio, a tener asistencia legal y a ser interrogado en presencia de su abogado. Estos derechos, y el derecho a estar informado de ellos, también se aplica cuando el interrogatorio es llevado a cabo por autoridades del Estado a solicitud del Fiscal.

El Fiscal informará a la Sala de Cuestiones Preliminares de cualquier “oportunidad única” para recibir testimonio o una declaración o de reunir pruebas que más adelante probablemente no estén disponibles (artículo 56). La Sala podrá adoptar las medidas que sean necesarias para velar por la eficiencia e integridad de las actuaciones, permitiendo a la defensa participar, ordenando a un magistrado a observar y dar órdenes y recomendaciones o tomar otras medidas para reunir o preservar pruebas. La Sala de Cuestiones Preliminares puede actuar por su propia iniciativa en estas circunstancias para salvaguardar los derechos de la defensa.

En general, la Sala de Cuestiones Preliminares tiene la facultad para dictar tales órdenes o requisitorias cuando sea necesario para una investigación o para la preparación de una defensa, para brindar la protección a las víctimas o testigos, o para preservar pruebas, y buscar la cooperación estatal en la protección de bienes posibles de ser decomisados (artículo 57). Los procedimientos para dictar una orden de detención o comparecencia están señalados en detalle. El Fiscal debe convencer a la Corte de que hay motivos razonables para creer que la persona cometió un crimen y que la detención es necesaria sea para asegurar su presencia en el juicio, para evitar la obstrucción de la investigación o del proceso, o para impedir que la persona siga cometiendo ese crimen de la competencia de la Corte. Si lo adecuado es asegurar la comparecencia, puede dictar la orden de comparecencia en vez de la de detención (artículo 58).

Si una persona se presenta ante la Corte antes de la orden de detención o de comparecencia, la Sala de Cuestiones Preliminares se cerciorará de que la persona haya sido informada de los presuntos crímenes y de sus derechos de conformidad con el Estatuto, incluyendo el derecho a solicitar la libertad provisional (artículo 60). No se otorgará libertad provisional si los motivos de ‘necesidad’ que fundamentaron la orden de detención todavía se encuentran vigentes. La Sala puede revisar, modificar o revocar una decisión de libertad provisional. Puede también liberar a la persona detenida a la luz de una demora inexcusable del Fiscal.

La audiencia para la confirmación de cargos se realizará dentro de un plazo razonable después de la primera comparecencia (artículo 61). Dichas audiencias pueden sostenerse en ausencia del acusado sólo en circunstancias limitadas. La defensa tiene el derecho a conocer en un plazo razonable las pruebas sobre las cuales se basará el fiscal en la audiencia. El Fiscal debe mostrar “motivos fundados” para creer que el acusado cometió cada cargo. El acusado puede objetar, impugnar y presentar sus propias pruebas. La Sala puede luego someter al acusado a la Sala de Primera Instancia sobre cualquiera de los cargos confirmados.

b. La investigación.

Después de algún debate en la Conferencia Diplomática, no se dispusieron los juicios *in absentia* en el Estatuto. El acusado tiene el derecho de estar presente durante el juicio, excepto cuando perturbare continuamente el proceso (artículo 63). Si no hay otras medidas razonables adecuadas el acusado puede ser retirado y dársele la oportunidad de observar el juicio y dar instrucciones a su defensor desde fuera de la sala. La salida durará el tiempo que sea estrictamente necesario.

La enfatizada obligación de la Sala de Primera Instancia de ver que el juicio sea “justo y expeditivo y conducido con pleno respeto a los derechos del acusado y con la debida protección a las víctimas y testigos (artículo 64). ***Entre otras facultadas, la Sala de Primera Instancia puede solicitar la comparecencia y testimonio de testigos y la presentación de documentos, proteger la confidencialidad de la información y brindar protección al acusado, los testigos y las víctimas, y dirimir cualesquiera otras cuestiones pertinentes. Con algunas limitadas excepciones que permiten***

sesiones cerradas para proteger víctimas, testigos o información confidencial o sensible, los juicios se sostendrán públicamente.

El artículo 65 refleja un compromiso entre los enfoques que toman diferentes sistemas legales del mundo respecto a la declaración de culpabilidad. La Corte tiene el deber de asegurar que el acusado entienda las consecuencias de una admisión de culpabilidad, que se hace voluntariamente tras suficiente consulta con el abogado defensor y corroborada por los hechos de la causa. La Corte puede convencerse de esto o, si no lo constata, puede ordenar que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario. Si el interés de la justicia y de las víctimas en particular lo requieren, la Corte puede pedir al Fiscal que presente pruebas adicionales (*inclusive declaraciones de testigos*) u ordenar que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario.

En respuesta al fenómeno de *‘pedido de negociación’* la Corte no está comprometida con ninguna discusión entre el Fiscal y la defensa respecto a la modificación de los cargos, la declaración de culpabilidad o la condena a ser impuesta.

El Estatuto diseña cuidadosamente los derechos del acusado. Todos tienen el derecho de presunción de inocencia hasta que el Fiscal convenza a la Corte de la culpabilidad del acusado más allá de una duda razonable (artículo 66). Los derechos básicos relativos al juicio incluyen el derecho a ser informado sin demora del cargo, a tener el tiempo y las facilidades adecuadas para preparar la defensa, a ser procesado sin dilaciones indebidas, a tener abogado (gratuitamente si fuere necesario), a *interrogar o hacer interrogar testigos, y así sucesivamente (artículo 67)*. El acusado tiene el derecho importante de no ser obligado a declarar ni a declararse culpable y aguardar silencio sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia. Tiene el derecho a declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento y a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas.

El Fiscal tiene el deber de divulgar cualquier prueba que muestre o tienda a mostrar la inocencia o a atenuar la culpabilidad del acusado o afectar la credibilidad de las pruebas de cargo.

La Corte tiene una obligación general a “adoptar las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos” tomando en cuenta factores tales como la edad el género y el tipo de (artículo 68). Tales medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial. Partes del juicio a puerta cerrada o la presentación de pruebas por medios especiales se permiten como excepción al principio de audiencias públicas, y la Corte adoptará tales medidas particularmente en el caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo salvo decisión en contrario. Las opiniones y observaciones de las víctimas cuyos personales intereses se vieran afectados serán presentadas y tenidas en cuenta en las fases del juicio que se consideren pertinentes sujeto a los derechos del acusado. *Antes del comienzo del juicio, el Fiscal puede difundir un resumen en vez de toda la información o pruebas si la seguridad de un testigo o la de su familia puede correr grave peligro.*

El Estatuto establece un marco básico relativo a las pruebas (artículo 69). El testimonio de un testigo en el juicio deberá darse generalmente en persona, sujeto a las disposiciones del Estatuto o las Reglas que apuntan a la protección de los testigos o permitir el uso de tecnología de audio o vídeo o declaraciones escritas. La Corte puede pedir la presentación de cualquier prueba que considere necesaria para la determinación de la verdad y puede, de acuerdo a criterios señalados en las Reglas, decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba teniendo en cuenta, entre otras cosas, el valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio. De modo importante, las pruebas obtenidas como resultado de una violación del Estatuto o de las normas de derecho humanos internacionalmente reconocidas serán inadmisibles si la violación suscita serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas o si su admisión atentare “contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”.

El Estatuto establece seis delitos contra el sistema de administración de justicia (artículo 70). Estos incluyen, cuando se cometieron intencionalmente, dar falso testimonio, presentar pruebas que se sabe son falsas o falsificadas, interferir con un testigo o con la prueba, interferir con un funcionario de la Corte, tomar represalias contra dicho funcionario de la Corte, o solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la

Corte. Los procedimientos relativos a estos delitos, sancionables con multa o pena de reclusión no mayor de cinco años, serán establecidos en las Reglas. Aún cuando la Corte puede proceder con respecto a estos delitos, puede solicitar también a un Estado Parte que lo haga. Consecuentemente, el Estatuto obliga a los Estados a extender sus leyes penales de acuerdo a ello. Las faltas de conducta ante la Corte tales como perturbar las audiencias o negarse deliberadamente a cumplir sus órdenes se sanciona con una multa o con medidas administrativas tales como la expulsión de la sala (artículo 71).

Un Estado tiene el derecho de intervenir cuando siente que la divulgación de información requerida conforme al Estatuto puede afectar a los intereses de su seguridad (artículo 72). El Estado, el Fiscal, la defensa y las Salas pertinentes deben adoptar todos los pasos necesarios para resolver la cuestión por medio de la cooperación con medidas tales como la modificación de la solicitud, la obtención de la información de una fuente distinta o en una forma diferente (como por ejemplo resúmenes), o acordando condiciones tales como limitaciones en la divulgación, utilizando procedimientos a puerta cerrada o ex parte u otras medidas. Si se han dado todos los pasos razonables y el Estado continúa sintiendo que la información o los documentos no pueden divulgarse sin perjuicio de su seguridad nacional, se notificará a la Corte.

Si la Corte encuentra que la prueba es necesaria para establecer la culpabilidad o la inocencia del acusado puede, como último recurso, determinar que el Estado no está cumpliendo con sus obligaciones de conformidad con el Estatuto y puede remitir la materia a la Asamblea de Estados Partes, o si procede, al Consejo de Seguridad. La Corte puede también hacer una inferencia apropiada en el juicio. Estos procedimientos se aplican igualmente cuando a una persona se le ha pedido dar una información o prueba de conformidad con las disposiciones de cooperación.

Los magistrados intentarán llegar a decisiones de condena o absolución unánimemente, a falta de lo cual decidirá la mayoría (artículo 74). Las opiniones de la mayoría y la minoría aparecerán en la evaluación que será leída (probablemente en forma resumida) en sesión pública.

La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes (artículo 75). A pedido de la víctima o (excepcionalmente) por su propia iniciativa la Corte puede determinar el alcance y la extensión del daño, pérdida o lesión de las víctimas. La Corte puede dar órdenes de reparación directamente contra una persona condenada o puede ordenar un pago de un Fondo Fiduciario.

c. La apelación.

Las apelaciones a las decisiones de la Corte pueden ser hechas por el Fiscal o por la persona condenada por motivos de vicio de procedimiento, error de hecho o de derecho, así en razón de una desproporción entre el crimen y la condena (artículo 81). La persona condenada puede también apelar por cualquier otro motivo “que afecte la justicia o la regularidad del proceso o del fallo”. En una disposición que se propone asegurar que las decisiones de la Corte sean del más alto prestigio, el Fiscal está facultado a presentar una apelación a favor del condenado. Una persona condenada se mantendrá en custodia en espera de la apelación a menos que la Corte ordene lo contrario. Al esperar la apelación de una absolución, la persona absuelta será liberada excepto bajo circunstancias excepcionales tomando en cuenta el riesgo de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación.

Otras decisiones pueden ser apeladas antes de la conclusión del juicio, incluyendo aquellas sobre admisibilidad y competencia, sobre libertad provisional, sobre iniciativas de la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con artículo 56, o sobre alguna cuestión “que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado” (artículo 82). Las órdenes de reparación pueden ser apeladas por un representante de las víctimas, así como por el condenado o por un propietario de buena fe de bienes afectados por una orden de decomiso.

De encontrarse alguna injusticia en la decisión o sentencia, o un error que les afectó efectivamente, la Sala de Apelaciones puede revertir o enmendar la decisión o sentencia o puede ordenar un nuevo juicio (artículo 83). Puede variar una sentencia desproporcionada. Si se cerciora de que ha salido a luz una nueva prueba importante, o que se ha descubierto que una prueba decisiva es falsa, o que uno o más de los

magistrados estuvieron involucrados en una falta grave en su función, puede remediar el hecho volviendo a convocar a la Sala de Primera Instancia o constituyendo una nueva o reteniendo competencia para determinar si debe revisarse la sentencia definitiva condenatoria o la pena (artículo 84). El que haya sido ilegalmente detenido o recluso tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado, así también quien hubiera sido condenado por un error judicial (artículo 85).

V.LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA

Subsección 2

Protección de las víctimas y los testigos²¹²

Regla 87

Medidas de protección

1. La Sala, previa solicitud del Fiscal o de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, podrá, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, ordenar que se adopten medidas para proteger a una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo. La Sala, antes de ordenar la medida de protección, y, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.

2. La solicitud que se presente en virtud de la subregla 1 se regirá por la regla 134, salvo que:

- a) Esa solicitud no será presentada ex parte;
- b) La solicitud que presente un testigo o una víctima o su representante legal, de haberlo, será notificada tanto al Fiscal como a la defensa y ambos tendrán la oportunidad de responder;
- c) La solicitud que se refiera a un determinado testigo o una determinada víctima será notificada a ese testigo o víctima o a su representante legal, de haberlo, así como a la otra parte, y se dará a todos ellos oportunidad de responder;
- d) Cuando la Sala actúe de oficio se notificará al Fiscal y a la defensa, así como al testigo o la víctima que hayan de ser objeto de la medida de protección o su representante legal, de haberlo, a todos los cuales se dará oportunidad de responder; y

²¹² <http://www.icc-cpi.int>

e) Podrá presentarse la solicitud en sobre sellado, caso en el cual seguirá sellada hasta que la Sala ordene otra cosa. Las respuestas a las solicitudes presentadas en sobre sellado serán presentadas también en sobre sellado.

3. La Sala podrá celebrar una audiencia respecto de la solicitud presentada con arreglo a la subregla 1, la cual se realizará a puerta cerrada, a fin de determinar si ha de ordenar medidas para impedir que se divulguen al público o a los medios de prensa o agencias de información la identidad de una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por uno o más testigos, o el lugar en que se encuentre; esas medidas podrán consistir, entre otras, en que:

a) El nombre de la víctima, el testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo o la información que pueda servir para identificarlos sean borrados del expediente público de la Sala;

b) Se prohíba al Fiscal, a la defensa o a cualquier otro participante en el procedimiento divulgar esa información a un tercero;

c) El testimonio se preste por medios electrónicos u otros medios especiales, con inclusión de la utilización de medios técnicos que permitan alterar la imagen o la voz, la utilización de tecnología audiovisual, en particular las videoconferencias y la televisión de circuito cerrado, y la utilización exclusiva de medios de transmisión de la voz;

d) Se utilice un seudónimo para una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo; o

e) La Sala celebre parte de sus actuaciones a puerta cerrada.

Regla 88

Medidas especiales

1. Previa solicitud del Fiscal, de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, la Sala, teniendo en cuenta las opiniones de la víctima o el testigo, podrá decretar, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, medidas especiales que apunten, entre otras cosas, a facilitar el testimonio de una víctima o un testigo traumatizado, un niño, una persona de edad o una víctima de violencia sexual. La Sala, antes de decretar la medida especial, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.

2. La Sala podrá celebrar una audiencia respecto de la solicitud presentada en virtud de la subregla 1, de ser necesario a puerta cerrada o ex parte, a fin de determinar si ha de ordenar o no una medida especial de esa índole, que podrá consistir, entre otras, en ordenar que esté presente durante el testimonio de la víctima o el testigo un abogado, un representante, un sicólogo o un familiar.

3. Las disposiciones de los apartados b) a d) de la subregla 2 de la regla 87 serán aplicables, mutatis mutandis, a las solicitudes inter partes presentadas en virtud de esta regla.

4. Las solicitudes presentadas en virtud de esta regla podrán hacerse en sobre sellado, caso en el cual seguirán selladas hasta que la Sala ordene otra cosa. Las respuestas a las solicitudes inter partes presentadas en sobre sellado serán también presentadas de la misma forma.

5. La Sala, teniendo en cuenta que la violación de la privacidad de un testigo o una víctima puede entrañar un riesgo para su seguridad, controlará diligentemente la forma de interrogarlo a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación y prestando especial atención al caso de las víctimas de crímenes de violencia sexual.

Regla 140

Instrucciones para las diligencias de prueba y el testimonio

1. Si el magistrado que preside la Sala de Primera Instancia no imparte instrucciones con arreglo al párrafo 8 del artículo 64, el Fiscal y la defensa llegarán a un acuerdo sobre el orden y la forma en que se presentarán las pruebas a la Sala. De no llegarse a un acuerdo, el magistrado que presida la Sala de Primera Instancia impartirá las instrucciones del caso.

2. En todos los casos, con sujeción a lo dispuesto en los párrafos 8 b) y 9 del artículo 64, el párrafo 4 del artículo 69 y la subregla 5 de la regla 88, un testigo podrá ser interrogado de la siguiente forma:

a) La parte que presente prueba testimonial de conformidad con el párrafo 3 del artículo 69 tendrá derecho a interrogar al testigo;

b) El Fiscal y la defensa tendrán derecho a interrogar al testigo sobre cuestiones relacionadas con su testimonio y su fiabilidad, la credibilidad del testigo y otras cuestiones pertinentes;

c) La Sala de Primera Instancia tendrá derecho a interrogar al testigo antes o después de que éste sea interrogado por uno de los participantes mencionados en las subreglas 2 a) o b);

d) La defensa tendrá derecho a interrogar al testigo en último lugar.

3. A menos que la Sala de Primera Instancia disponga otra cosa, el testigo que no sea un perito ni un investigador, de no haber rendido su testimonio aún, no se encontrará presente cuando otro testigo lo esté rindiendo. No obstante, el testigo que haya escuchado el testimonio de otro no será descalificado como testigo por esa sola razón. Cuando el testigo declare después de haber escuchado el testimonio de otro, se dejará constancia en las actas de este hecho, que será tenido en cuenta por la Sala de Primera Instancia al evaluar las pruebas.

VI. PROPUESTAS DE SOLUCION.

4.1. Incrementar funciones del fiscal codificando el estatuto.

Si bien bajo el Estatuto de Roma, los Estados Partes y aquéllos que no sean Estados Partes que convengan en cooperar con la CPI bajo el artículo 87(5) pueden ser objeto de las solicitudes de cooperación y asistencia en una variedad de asuntos que no sean los relacionados a la detención y entrega de acusados. Estas están enumeradas en el Estatuto de Roma y se explican brevemente a continuación. Se puede solicitar a un estado que tome las acciones solicitadas por sí mismo o que le permita al ***Fiscal de la CPI conducir una investigación en el territorio del estado.*** Existen sólo circunstancias limitadas en que un estado puede negarse a cumplir con una solicitud de cooperación o asistencia de la CPI, las cuales se explican a continuación.

La CPI puede solicitar cooperación y asistencia en los asuntos siguientes.

Información, documentación, y prueba

Se puede solicitar a los estados que:

- **Provean información al Fiscal** para asistirle a determinar si existen pruebas suficientes para iniciar una investigación conforme al artículo 15 (artículo 15(2)).
- Hagan **informes periódicos al Fiscal sobre el progreso de una investigación** del estado y cualquier enjuiciamiento subsiguiente (artículo 18(5)) en el caso que el Fiscal difiera la investigación bajo 18(2) por causa de que el estado esté investigando la misma conducta.

- Identifiquen la ubicación de bienes o pruebas (por ej., elementos de prueba o bienes que son objeto de una orden de decomiso) (artículo 93(1)(a)).
- Conduzcan las pruebas, incluyendo el testimonio bajo juramento o el examen físico de una personal, y presenten pruebas, incluyendo el dictamen e informes de peritos necesarios para la CPI (artículo 93(1)(b)).
- **Permitan que el Fiscal de la CPI reúna y examine las pruebas, obtenga la presencia e interroge a acusados, víctimas y testigos** (artículo 54(3)(a), (b) y (c)).
- Adopten las medidas para preservar las pruebas para su uso futuro por la CPI y **adopten las medidas de protección** para los propósitos del decomiso de bienes, en particular en beneficio de la víctima (artículo 93(1)(j); ver también artículos 18(6), 19(8), 54(3)(f), y 57(3)(e)).
- Faciliten todo tipo de documentos y registros, incluyendo los documentos y registros (artículo 93(1)(i)).
- Examinen sitios y lugares del territorio del estado, incluyendo la exhumación y examen de cadáveres (Artículo 93(1)(g)). Nótese que, **en ciertas circunstancias el Fiscal puede también examinar los diferentes sitios y lugares del territorio del estado** (Artículo 99(4)).

Acusados, Víctimas y Testigos

Se puede solicitar a los estados que:

- **Transfieran a la CPI en forma temporal a las personas** que estén bajo la custodia del estado parte solicitado (artículos 93(1)(f) y 93(7)).
- **Protejan a víctimas y testigos** (artículo 93(1)(j); ver también artículo 54(3)(f)). Dicha solicitud puede requerir que un estado incorpore medidas de protección en derecho interno, si es que no existen.
- Identifiquen a personas o investiguen su paradero (artículo 93(1)(a)).
- Interroguen a cualquier persona siendo investigada o enjuiciada (artículo 93(1)(c)). Dicho interrogatorio observará el procedimiento correspondiente bajo el derecho interno o, de no estar prohibido bajo el derecho interno, conforme a la forma que haya especificado la CPI en su solicitud (artículo 99(1)). Es esencial que en el cumplimiento de la solicitud para que **se interroge a una persona, se apliquen y protejan los derechos de dicha persona, conforme al artículo 55 del Estatuto de Roma.**
- Faciliten la **comparecencia voluntaria de las personas como testigos o peritos**

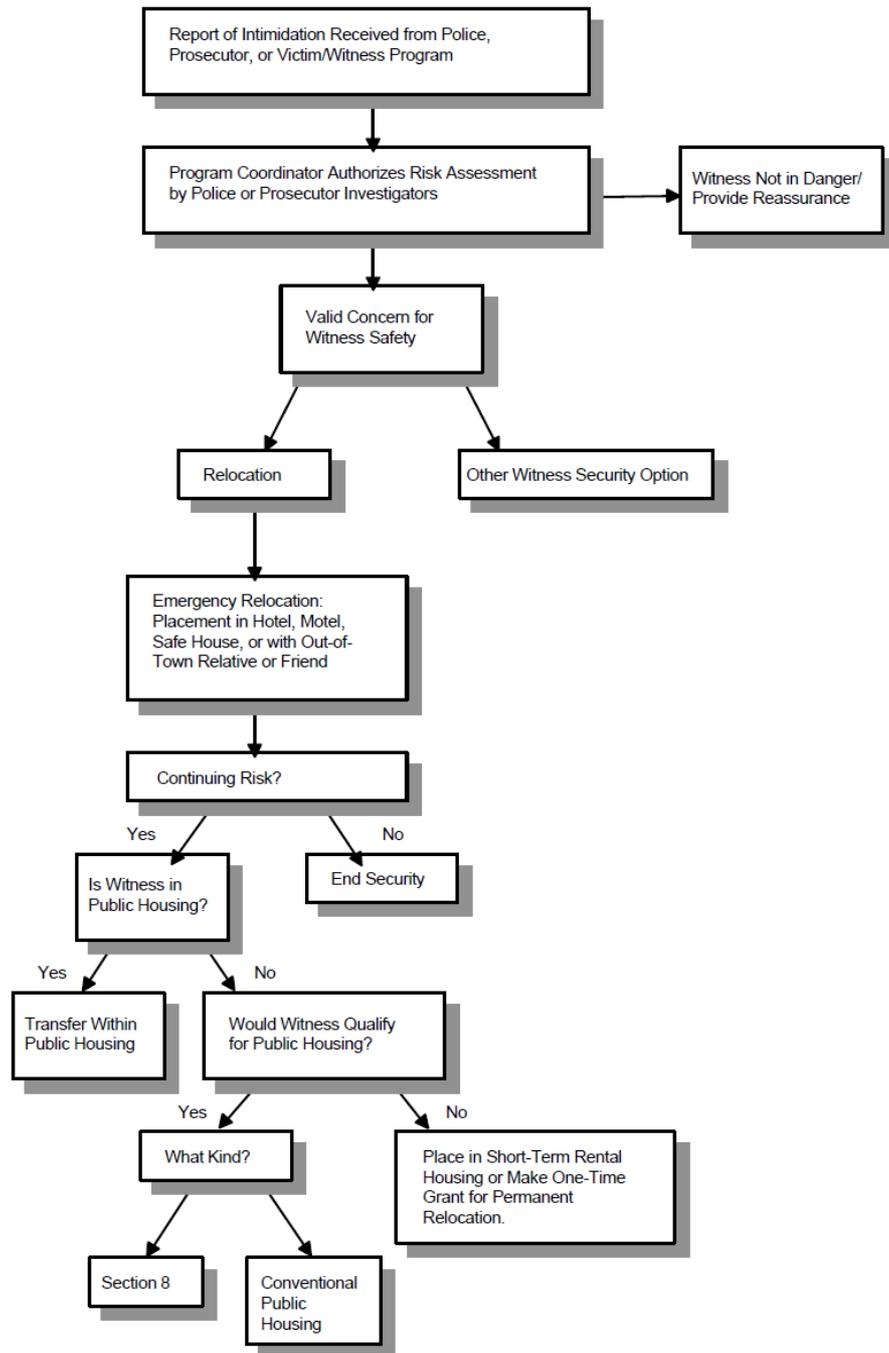
ante la CPI (*artículo 93(1)(e)*). Ejemplo de ello puede ser la remoción de requisitos de visa onerosos para testigos y expertos y el permitir su tránsito seguro.

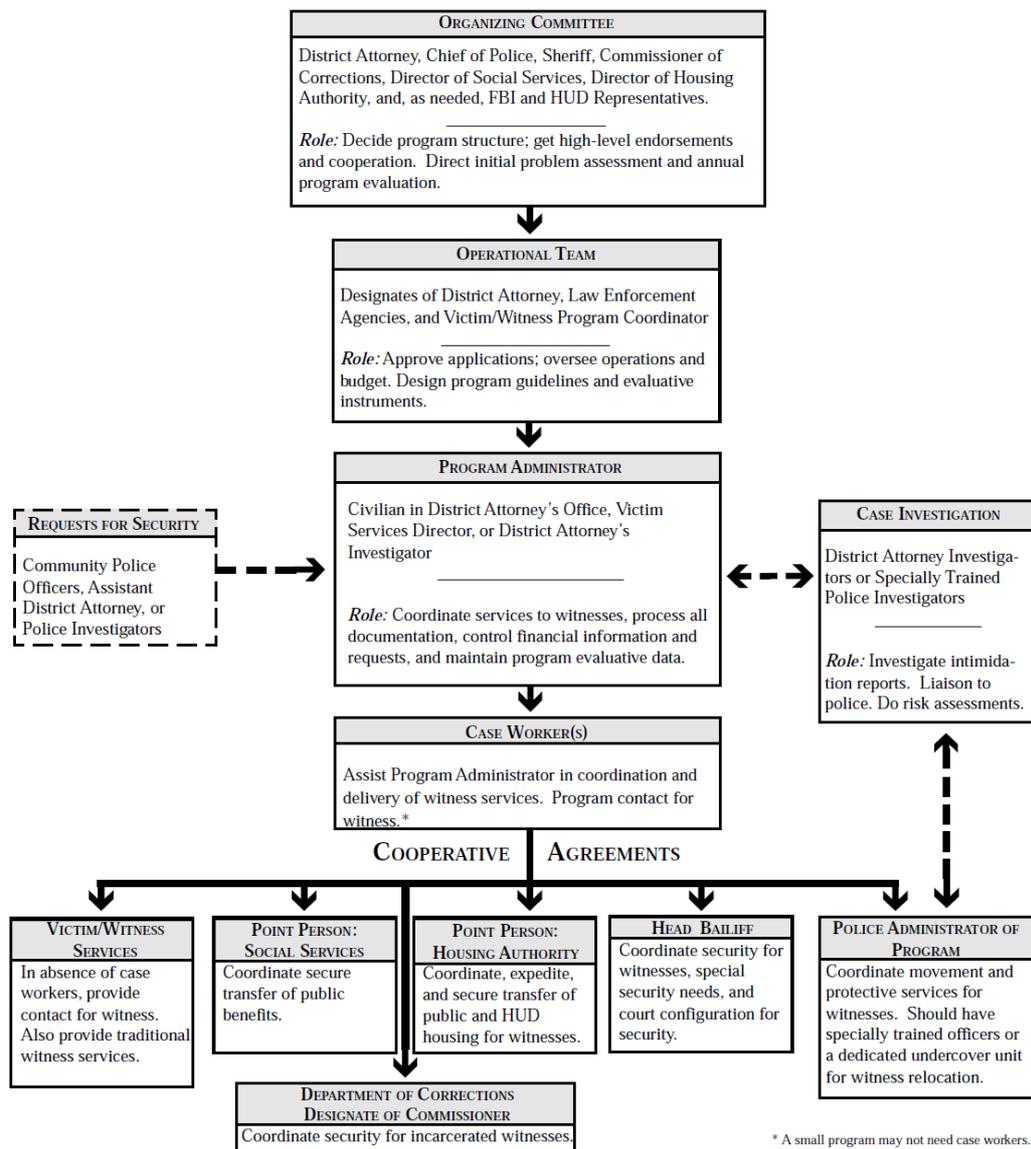
Las funciones del Fiscal de la Corte Penal Internacional a pesar de tener la cooperación de los estados parte en el Estatuto de Roma, me parece demasiado mermada su la posibilidad de realizar una investigación a fondo pues esta sujeto a que los tribunales y los países cooperantes autoricen la entrega de testigos o investigar en sus territorios, seria importante darle mayor flexibilidad y maniobra al Fiscal General de Corte Penal Internacional, incluso posibilitándole investigar sin previa autorización del Tribunal o el Consejo de Seguridad delitos de Lesa Humanidad.

4.2. Que sea la Corte motu proprio la que a través de su reglamento interno de funcionamiento a un programa de protección a testigos.

Si bien las Reglas de procedimiento y prueba dan cabida a la protección de testigos en la Corte Penal Internacional, no existe hasta la actualidad un departamento especializado en dar Protección y Relocalización a Testigos y Victimas como un sistema muy parecido al de los Estados Unidos que a continuación se detalla.

Assessing Relocation Options





4.3. Que sea la asamblea de estados partes o la corte los que adopten un acuerdo internacional con terceros estados.

Seria muy importante que la Corte Penal Internacional adopte una serie de acuerdos con distintos estados para la relocalización de victimas y testigos mediante un programa completo de protección parecido al que cuentan países como Reino Unido y los Estados Unidos.

VI. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE CADA UNA DE ESTAS POSIBLES SOLUCIONES.

Las Ventajas de contar con un Fiscal General de la CPI con mayor flexibilidad y poder a la hora de encarar una investigación, hace que exista entre los Estados parte una cierta inquietud al verse amenazados por el mismo hecho de que una gran mayoría de los gobernantes continuamente cometen delitos que van en contra de los Derechos Humanos.

Por otra parte un programa y departamento especializado en Protección a Víctimas y testigos ayudaría notablemente a que muchas personas que han sido testigos y víctimas puedan testificar con la seguridad de que contara en todo momento con la ayuda de un departamento especializado en protegerle y ayudarle en el posterior desarrollo de su vida posterior al juicio.

CONCLUSIONES

En el primer capítulo se ha visto que en el ordenamiento jurídico español el *principio de jurisdicción penal universal* en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español sin perjuicio de lo previsto de los tratados internacionales en los que España sea parte ahora bien en España como la mayor parte de los países que han optado por el principio de la territorialidad como principio básico para regular la eficacia de la ley penal en el espacio se combina este principio con otros de carácter complementario y que dan lugar a la aplicación de las leyes penales españolas a conductas realizadas fuera del territorio español en sentido jurídico dentro de estos principios complementarios destaca por su importancia y actualidad el “principio de jurisdicción universal”, se utiliza por primera vez el Principio de Jurisdicción Penal Internacional en aquel asunto de extradición entre España y el Reino Unido, en 1998, a su vez en este caso se omitieron los crímenes contra la humanidad, que hubieran descrito con más fidelidad los actos imputados a Pinochet, pero en ninguno de estos países se había incorporado ya estos crímenes y hasta entonces sólo los Tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y unos pocos tribunales estatales (Canadá, Israel, Francia) habían aplicado esta categoría, en relación con crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial.

Siete años más tarde, parece que se han superado los condicionantes formales que entonces ataron a las administraciones en el caso Pinochet, al menos para la Audiencia Nacional española tras la recepción interna de los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, es difícil afirmar que exista un consenso sobre esta categorización dado que el terrorismo cayó de la lista del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ya en 1991, se ha dejado para futuras revisiones su inclusión expresa en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y los convenios y proyectos de convenios adoptados en el seno de la ONU y del Consejo de Europa no los categorizan como tales ni se establece un régimen similar al de los crímenes de Derecho internacional.

Siendo consciente de que la aplicación del tipo penal de crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo constituye su primera puesta en práctica en el ordenamiento español, la Sala no ha querido eludir los obstáculos formales y materiales derivados del carácter consuetudinario de los crímenes contra la humanidad, aparentemente en contradicción

con el principio de legalidad garantizado con la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Cabe señalar, que los crímenes contra la humanidad han sido incluidos en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y tanto los redactores de estos Estatutos como los Tribunales que los han aplicado, así como la doctrina, han afirmado que los crímenes contra la humanidad son una categoría de crímenes de Derecho internacional de naturaleza consuetudinaria. El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que tipifica estos crímenes a efectos de su jurisdicción, es considerado actualmente como declarativo y en parte cristizador del tipo penal internacional.

España ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional²¹³ (CPI) en 2002 e introdujo los crímenes contra la humanidad en la reforma del Código penal aprobada en noviembre de 2003 introduciendo un Capítulo II bis al Título XXIV del Libro II del Código, bajo la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad”, que contiene el artículo 607 bis ya mencionado.

Podría argumentarse que el legislador español introdujo dicho precepto legal sólo para evitar que la Corte Penal Internacional pudiera conocer crímenes contra la humanidad cometidos en España o por españoles en caso de ineficacia o ineficiencia de los tribunales españoles, aplicando el principio de complementariedad. La Sala de la Audiencia Nacional niega este argumento, considerando que no tiene ningún fundamento y carece del menor sentido, refiriéndose a la aplicabilidad en el tiempo del artículo 607 bis CP. No obstante, en nuestra opinión cabe señalar que el Preámbulo de la Ley Orgánica nº121/000145 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que introduce el artículo que nos ocupa, invoca precisamente la necesidad de “coordinar a legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 tiene el mérito de poner fin a la incertidumbre en la que estaba inmerso el contenido y alcance de la aplicación extraterritorial del Derecho penal en relación con el genocidio y los crímenes contra la humanidad, tras las discrepancias manifestadas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional a través de sus pronunciamientos, y pone también freno a los intentos de la Audiencia Nacional de introducir limitaciones en el ejercicio de su competencia para enjuiciar a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos que han tenido lugar fuera de nuestras fronteras. En este sentido, el pronunciamiento del

Tribunal Constitucional supone la consolidación de la jurisdicción universal de los órganos judiciales españoles para conocer del delito de genocidio y de los crímenes contra la humanidad, con independencia del lugar donde se hayan cometido y de la nacionalidad de las víctimas, al considerar que la decisión del legislador español de optar por una concepción amplia del principio de persecución universal está plenamente aceptada por el Derecho internacional. Además, el Tribunal Constitucional legitima claramente la idea de que la pretensión de los tribunales españoles de actuar sobre la base del principio de jurisdicción universal no supone inmiscuirse en la soberanía de otro Estado. Esta tesis la viene manteniendo la Audiencia Nacional desde los autos de noviembre de 1998 y ha sido recientemente reiterada en el asunto *Scilingo*, pues en estos casos un Estado asume la defensa de los intereses de la Comunidad Internacional, que es la que exige la responsabilidad penal individual. La Sentencia, objeto del presente trabajo, nos pone también de manifiesto que no es fácil conciliar en la práctica la prioridad de la jurisdicción del Estado donde se cometieron los delitos con la necesidad de evitar la impunidad de los responsables de la comisión de conductas que atentan contra las más elementales normas de la convivencia ética internacional. Al margen de los casos en los que la legislación interna impida actuar a los jueces locales o haya transcurrido un largo período de tiempo desde que se cometieron los delitos, no va a resultar fácil determinar la falta de voluntad o de capacidad de los tribunales locales. En definitiva, frente a la concepción del Tribunal Supremo que trata de vincular el interés de todos los Estados en la persecución y condena de los autores de crímenes contra la humanidad con intereses del Estado en la protección de determinados bienes, el Tribunal Constitucional acoge claramente la posición que considera que la persecución universal no depende de la concurrencia de intereses particulares del Estado en cuestión. En efecto, el artículo 23.4 de la LOPJ establece el principio jurisdicción universal en relación con la comisión de conductas especialmente graves, sin limitaciones derivadas de otros criterios de atribución. De ahora en adelante, los jueces y tribunales españoles ya no tendrán excusas para adoptar resoluciones judiciales que no respeten la esencia del principio de justicia universal, que viene determinada por la ausencia de cualquier vínculo de conexión con intereses particulares del Estado del foro. Así, a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el 10 de enero de 2006, la Audiencia Nacional ha admitido a trámite la querrela presentada contra el anterior Presidente de China Jiang Zemin, el ex Primer Ministro Li Peng y otros altos cinco cargos

²¹³ BOE nº 126, de 27 mayo 2002, pp.18824-18860.

de la República Popular China por su presunta participación en el delito de genocidio cometido contra el pueblo tibetano. En el Auto sobre el Tíbet, se constata que el pueblo tibetano no tiene posibilidades de exigir responsabilidades penales ante los tribunales chinos, dadas las circunstancias del caso, el lapso de tiempo transcurrido desde que los hechos tuvieron lugar y las innumerables gestiones realizadas por los representantes del Tíbet. Esta decisión judicial se refiere asimismo a la doctrina establecida por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 3 de noviembre de 2005, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional, con el objetivo de unificar criterios y tratar de evitar una avalancha de querellas por genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos en distintas partes del mundo. Se introduce así un nuevo requisito basado en la idea de razonabilidad, de modo que “constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la comunidad internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”. Si bien no cabe duda de que la jurisdicción universal ha de ir unida a un ejercicio razonable de la misma, los requisitos establecidos por la Audiencia Nacional no vienen exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, y podrían servir de base para dictar resoluciones desestimando la jurisdicción universal de los órganos judiciales españoles, no respetando, de este modo, la interpretación del Tribunal Constitucional. Quizás por ello, en el Auto sobre el Tíbet se pone de manifiesto que la finalidad de la nueva doctrina es evitar “que se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho”, y no de que los hechos objeto de denuncia, el país en el que se cometieron estén o no alejados del nuestro. Resta por ver si a través de esta doctrina se lograra conciliar la necesidad de evitar la avalancha de querellas por crímenes contra humanidad con el respeto de la esencia del principio de jurisdicción universal.

Como el lector por cierto habrá se dado cuenta, con este trabajo hemos querido diseñar un breve panorama de los recientes avances del Derecho Internacional Penal, teniendo en cuenta la relativa escasez de material al respecto en los manuales tradicionales de Derecho Penal, lo que seguramente dificulta la comprensión del alcance y validez de los principios tradicionales relativos a la vigencia de la ley penal en el espacio.

Con todo lo dicho, destacamos las consecuencias que consideramos más relevantes del perfil universalista de la cultura jurídica del nuevo milenio con relación a las reglas de vigencia de la ley en el espacio: 1) el principio de territorialidad, anclado en un concepto de soberanía que se encuentra bastante relativizado, deja de ser el único eje en torno al cual gravita la jurisdicción penal de cada Estado; 2) la nacionalidad del agente del crimen, o de la víctima, ya no son criterios determinantes en la determinación de la competencia penal en el Derecho Penal interno, a medida que tratándose de crímenes “internacionales” crece la tendencia a la adopción del principio de *justicia universal* entre los miembros de la comunidad internacional; 3) la adopción del principio de *justicia universal* probablemente va a crear serios embarazos en las relaciones bilaterales - como demuestra el “Caso Pinochet” -, partiendo de que los Estados tienden a reservarse considerable parcela de su soberanía; los conflictos resultantes puede que fortalezcan la idea de creación de tribunales penales internacionales con capacidad para juzgar también los crímenes internacionales “*transnacionales*” o “*transfronterizos*”; 4) el carácter complementario de la jurisdicción internacional debe intensificar la introducción en las legislaciones internas de los tipos penales que protegen bienes jurídicos compartidos por la comunidad internacional, con el propósito de conservación de la preferencia en el ejercicio de la jurisdicción propia de cada Estado; 5) la distribución de la justicia por mecanismos de jurisdicción universal implicará la formación de un Derecho Penal mundial más uniforme, como consecuencia del mayor contacto entre los dos grandes sistemas jurídicos del planeta (“Civil Law” y “Common Law”); y, 6) la *justicia universal* va a provocar el surgimiento de nuevos institutos de derecho penal y procesal penal (los últimos, en especial, como resultado de la correspondiente intensificación de la cooperación internacional en materia penal).

Es evidente que cada una de esas consecuencias, aquí referidas con extrema sencillez, reclamán consideraciones mucho más profundizadas y están, por cierto, sometidas a la crítica de los expertos en el estudio del tema.

Sea como fuere, nos quedaremos satisfechos si con el texto logramos componer un cuadro temático en el que sea posible mirar los principales elementos que deberán alimentar las discusiones que en los próximos años se irán trabar con respecto al tema del ámbito espacial de la ley penal.

Por fin, cabe destacar la afortunada noticia de que nada ya son diecinueve los Estados americanos que han ratificado el Tratado de Roma, incluso Brasil, enseñando a la

comunidad internacional una firme determinación de ajustarse cada vez más a los contornos de los Estados Democráticos de Derecho.

No existe un Programa Global de Protección a Testigos. El Estado no puede proteger adecuadamente a las víctimas y a los testigos en las actuaciones judiciales por crímenes de guerra frente a hostigamientos, intimidaciones y amenazas. *En ningún caso se pudo identificar ni llevar a la justicia a los responsables de las intimidaciones y de los ataques contra los testigos. Sin bien hemos expresado que debería existir un departamento independiente de Protección a Víctimas y Testigos en la CPI, y el sistema más adecuado sería parecido al que utilizan países como Estados Unidos y el Reino Unido,* porque se ha visto que ha resuelto con satisfacción los tribunales nacionales o domésticos de estos países así como los tribunales internacionales *ad hoc*, con sus peculiaridades únicas y singulares de acuerdo a su sistema procesal criminal y su respectivo reglamento como es el caso de los tribunales *ad hoc*.

En la actualidad la Ley Orgánica de Protección de Testigos (España) ha dado carta de naturaleza a las diferentes situaciones en que pueda prestar declaración el testigo protegido, oculto, en ausencia del acusado y de forma anónima, exigiéndose que la medida se adopte de forma motivada y que se acredite la situación del peligro en que podría hallarse el testigo.

También se admite la protección a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, cuando a raíz de su declaración, puedan incurrir en un peligro para su vida o normal desarrollo de sus funciones.

La legislación y jurisprudencia española han adoptado una postura extremadamente tuitiva respecto del testigo que debe declarar en un proceso, creando un abanico de posibilidades de protección que, en algunos supuestos, entendemos, pueden crear una absoluta situación de indefensión al acusado y su derecho de defensa. Además resulta curioso, que el tratamiento jurisprudencial efectuado sobre este tema, en ocasiones es mucho más garantista con el testigo que con el acusado, en contraposición con la interpretación efectuada por el TEDH sobre este tema, que se ha mostrado partidario de la protección del testigo pero siempre de forma muy restrictiva.

El principio de contradicción tiene una doble vertiente: técnica y subjetiva o psicológica. La contradicción técnica, consiste en facultar a la defensa para refutar, contradecir, cuestionar, etc. Todas las pruebas que se practiquen y que tengan por finalidad

menoscabar la presunción de inocencia del acusado. No obstante dicho derecho no se agota únicamente posibilitando a las defensas una participación contradictoria, sino que existe otra vertiente del derecho de contradicción, que por su naturaleza va íntimamente unida a la testifical y que exige que ésta se practique en presencia del acusado. La contradicción subjetiva o psicológica, se produce mediante el enfrentamiento visual entre el acusado. La contradicción subjetiva o psicológica, se produce mediante el enfrentamiento visual entre el acusado y los testigos, exigiéndose que estos declaren en presencia del primero, dentro de un mismo espacio físico que será la sede del Tribunal.

Esta vertiente del principio de contradicción, encontraría su fundamento, en primer lugar, en los propios principios que rigen la práctica de la prueba en el proceso penal, que exigen que ésta sólo se pueda practicar en el plenario –salvo excepciones-, a presencia de las partes y de forma pública, configurando de este modo un sistema en el que el acusado debe estar presente durante la práctica de la prueba que en su contra se lleva a cabo en el juicio oral. Además, cuando se excepciona dicho principio y se practica una testifical con anterioridad al juicio oral. Además, cuando se excepciona dicho principio y se practica una testifical con anterioridad al juicio oral, como prueba anticipada y preconstituida, el precepto que regula dicho supuesto - art. 448 de la LECrim. – prevé expresamente que la misma se practique en presencia del imputado, además de ante su letrado defensor. Finalmente, encontramos otra manifestación de la contradicción subjetiva en el derecho que tiene reconocido el acusado en el art. 6.3 d) del Convenio de Roma y que le faculta a interrogar personalmente a los testigos.

Además, no podemos olvidar que se está juzgando a una persona inocente, por ello, desde un punto de vista conceptual, ¿qué presión puede suponer para un testigo declarar frente a una persona inocente a la que se le imputa un hecho delictivo?

Una vez sentadas estas premisas, vamos a analizar si procede o no otorgar al testigo alguna de las medidas previstas en la L.O. 19/1994 cuando va a declarar durante la instrucción o en el acto de juicio oral.

La Ley de protección de testigos está prevista para supuestos excepcionales, realmente excepcionales, en los que exista una acreditación de la situación de peligro en que pueda hallarse el testigo, sus familiares o bienes más allá de toda duda. Se exigirá una

resolución motivada antes de adoptar cualquiera de las medidas previstas en la precitada Ley. No bastará la mera alegación de miedo o temor del testigo para la aplicación de alguna de estas medidas, sino que como hemos dicho, la situación de peligro debe estar acreditada, no puede resultar meramente infundada.

En la presente obra hemos defendido una postura muy restrictiva respecto a la aplicación de medidas de protección a los testigos, que deberán estar reservadas para supuestos verdaderamente excepcionales. Ello encuentra su fundamento en el respeto que en todo momento debe otorgarse al derecho de defensa que tiene el inocente que es enjuiciado, y que, por ser presuntamente inocente, debe garantizarse que pueda defenderse de la imputación que se le efectúa con todos los medios que le confiere el ordenamiento jurídico, constituyendo ese derecho de defensa un límite infranqueable y nada que lo conculque puede admitirse como prueba de cargo, bajo pena de constituir prueba ilícitamente obtenida por vulnerar el art. 242 de la C.E.

El Estado dispone de medios suficientes para garantizar la declaración de un testigo sin tener que estar oculto en el anonimato en un proceso penal. Recordemos que la propia Ley de Protección de Testigos prevé medidas consistentes en proporcionar una nueva identidad dotación de medios económicos para cambiar de residencia o lugar de trabajo. Desde un punto de vista puramente económico, no cabe duda que al Estado le resulta más “barato” permitir que el testigo declare oculto, que obligarle a declarar sin barreras y posteriormente aplicarle esta medida. Pero la justicia no se guía –o al menos no debería hacerlo- por criterios económicos, que nunca pueden prevalecer sobre el derecho de defensa del imputado.

Por ello, admitimos que se pueda otorgar protección al testigo, pero reiteramos, que ello sólo puede producirse en supuestos de verdadero peligro, acreditado en las actuaciones, una vez que el Estado ha agotado todos los medios para garantizar la declaración personal del testigo y debe efectuarse de la forma menos lesiva para el derecho de defensa del acusado. Y si esto es predicable de todos los testigos, cuando se trate de funcionarios policiales, aún debe adoptarse un criterio mucho más restrictivo, puesto que según la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, una de las funciones inherentes a su cargo consiste en investigar delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables y ponerlos a disposición del tribunal competente, con lo cual,

lógicamente deberán declarar sobre esos hechos cuando sean llamados por la Autoridad Judicial, por tanto, la aplicación de una medida de protección a estos funcionarios debería reservarse para supuestos aún más excepcionales.

Finalmente, entre las medidas de protección la que con toda seguridad plantea mayores problemas es la referida al testigo anónimo, cuya identidad con toda seguridad resulta desconocida para la defensa, pudiendo serlo también para las demás partes procesales. Se trata de una cuestión que suscita serias dudas sobre su validez como prueba a efectos enervatorios, puesto que la defensa desconoce de quien debe defenderse y no sólo eso, sino que al desconocerse su identidad, entendemos que el Tribunal tampoco permitirá que el testigo conteste a preguntas que puedan llevar al descubrimiento de la misma, con lo cual en ocasiones no tendremos la certeza de la fuente de conocimiento de los hechos sobre los que declare el testigo. Si bien la contradicción desde un punto de vista estrictamente formal queda garantizada, puesto que la defensa podrá interrogar al testigo, la contradicción real, que es la que verdaderamente materializa el derecho de defensa, queda más que limitada, puesto que al desconocerse la identidad del testigo y su relación con los hechos o fuente de conocimiento de los mismos, pocas armas va a poder utilizar la defensa para desvirtuar dicha declaración de cargo.

Cuando el Juez adopte una de las medidas previstas en la L.O. 19/1994, si no motiva suficientemente su decisión o bien, no consta acreditada la existencia de una situación de peligro, deberemos predicarla nulidad del Auto que acuerda la protección del testigo, puesto que aparte de infringir una norma esencial procesal -dicha medida debe adoptarse de forma motivada- la misma será causante de una grave indefensión al acusado, puesto que se restringirá el derecho de defensa sin que se constaten las razones de dicha restricción, por tanto, la prueba que se obtendrá será ilícita.

BIBLIOGRAFÍA

1. KAI Ambos en “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-17, p. 17:1-17:31. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-17.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-17 (2005)].
2. CERESO MIR, José, “Curso de Derecho Penal”. Tomo I. Editorial Tecnos. 6ta. Edición. 2005, *Especial referencia a la prof. Alicia Gil Gil “Derecho Penal Internacional”*.
3. MARQUEZ CARRASCO, Maria del Carmen, “Alcance de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción Universal o nexos jurisdiccionales aplicables” documentos entregados el año 2004 en la Maestra Jurisdicción Penal Internacional, Universidad Internacional de Andalucía.
4. GIL Gil, Alicia “Los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española” TEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL , INFORMES NACIONALES. 2005.
5. CAPELLA I ROIG, Margarita, Profesora ayudante doctora de Derecho internacional público. Universitat de les Illes Balears. “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, www.reci.org 10 REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (2005).
6. CAPELLÀ, M. La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad, Ed. Tirant lo Blanch, 2005.
7. GilGil, Alicia “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso de Scilingo”, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología (REFLEXIONES-jurisprudencia)* 2005.
8. BOLLO AROCENA, M. D.: “Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia”, *REDI*, 2004.
9. FERRER LLORET, J.: “El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España”, *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, 2004.
10. Diario *El País*, de 4 noviembre de 2005.

11. STEVEN “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of Its International Obligations”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, n.º 2, 1999.
12. MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, en SALINAS DE FRÍAS, A. (Coord.): *Nuevos Retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea*, Universidad de Málaga, Málaga, 2001, p. 164.
13. SÁNCHEZ LEGIDO *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
14. PEYRO LLOPIS, A.: *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Paris, 2003.
15. STEVEN, L. A.: “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute...”, *loc. cit.* p. 453.
16. ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2000.
17. MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”.
18. CASSESE, A.: “When may Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* Case”, *EJIL*, 2002, vol. 13.
19. FERRER LLORET, J.: “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002” (República Democrática del Congo contra Bélgica), *ADI*, vol. XVIII, 2002.
20. REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*.
21. MOYNIER, Gustave, "Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève", B.I.S.S.M.B., 1872,
22. BALBÍN DE UNQUERA, Antonio y ROBLEDO, Gregorio, Proyecto de un Tribunal Internacional para cumplir el Convenio de Ginebra. A la Asamblea española de la Asociación Internacional para el socorro de los heridos en campaña, Madrid, Imp. de J. A. García, 1872, 8 páginas.
23. ROLIN-JAEQUEMYS, Gustave, "Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la

- Convention. Avec lettres de MM. Lieber, Morin, De Holtzendorff et Westlake",
Revue de Droit international et de Législation comparée, 1872, vol. 4.
24. HALL, Christopher Keith, "La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente", R.I.C.R., nº 145, 1998, pp. 63-82.
25. PETIT DE GABRIEL, E. W., "La propuesta de tribunal penal internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)", La Criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp.29-87.
26. ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de <<Ingeniería Jurisdiccional>>?*, en Carrillo Salcedo, J., *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional. Premio "Rafael Martínez Emperador" 1999*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

ANEXOS