



un
i Universidad
Internacional
de Andalucía

A

Cátedra UNESCO
Derechos Humanos
e Interculturalidad



Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional

Coordinador: Manuel Ollé Sesé

un
i Universidad
Internacional
de Andalucía

A

Cátedra UNESCO
Derechos Humanos
e Interculturalidad



Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional

Manuel Ollé Sesé

EDITA: UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA
Monasterio de Santa María de las Cuevas
Calle Américo Vespucio, 2
Isla de la Cartuja. 41092 Sevilla
www.unia.es

COORDINADOR:
Manuel Ollé Sesé

COPYRIGHT DE LA PRESENTE EDICIÓN:
Universidad Internacional de Andalucía

COPYRIGHT:
Manuel Ollé Sesé

FECHA:
2008

ISBN 7@C> 2E@ A57
978-84-7993-057-8

MAQUETACIÓN Y DISEÑO:
Olga Serrano

Índice

| | |
|--|-----------|
| CAPÍTULO I: Presentación <i>(Asociación Pro Derechos Humanos de España, director del curso)</i> | 8 |
| CAPÍTULO II: La Protección de los Derechos Humanos Fundamentales en el ámbito de la Justicia Penal Internacional. <i>Manuel Ollé Sesé</i> | 12 |
| CAPÍTULO III: La Protección de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa. <i>Alvaro Gil Robles</i> | 20 |
| CAPÍTULO IV: Terrorismo, seguridad internacional y Derechos Humanos <i>Carmen Lamarca Pérez</i> | 30 |
| CAPÍTULO V: El “genocidio bosnio” a la luz (y la sombra) de la sentencia de la CIJ de 26 de febrero de 2007 <i>Joaquín Alcaide Fernández</i> | 34 |
| CAPÍTULO VI: Delincuencia internacional: la corrupción <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> | 44 |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO VII: Delincuencia internacional: el tráfico ilegal de personas <i>Jesús Fernández Entralgo</i> | 54 |
| CAPÍTULO VIII: Conflictos internacionales y género: la mujer como víctima <i>Carmen Lamarca Pérez</i> | 78 |
| CAPÍTULO IX: La justicia universal en la jurisprudencia española <i>Dolores Delgado García</i> | 82 |
| CAPÍTULO X: La Corte Penal Internacional: Una evaluación a la luz de sus recientes decisiones <i>Carmen Márquez Carrasco</i> | 94 |
| CAPÍTULO XI: Temas puntuales de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos <i>José Ricardo de Prada Solaesa</i> | 106 |



Capítulo I: Presentación. Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional

El pasado verano de 2007, en el marco de los cursos de verano de la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA), en la sede Iberoamericana Santa María de La Rábida, se celebró el curso “Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional”, bajo la dirección de la Asociación Pro Derechos Humanos de España. La Universidad ofreció la posibilidad de publicar los aspectos más relevantes tratados en el curso.

Desde el primer momento, tanto la Asociación Pro Derechos Humanos de España como todos los profesores, acogimos y saludamos con satisfacción la propuesta que nos brindaba la UNIA, a través de su servicio de publicaciones. Era y es una situación inmejorable para difundir modestamente las enriquecedoras reflexiones de expertos sobre la vigencia de los Derechos Humanos, su promoción y defensa.

La categoría humana y profesional de todos los profesores destila en el trabajo que presentamos, fruto, tanto de la selección de las ponencias dictadas en las sesiones docentes, como de los intensos y fructíferos debates que se produjeron entre los alumnos, y entre éstos y los profesores dentro y fuera de las aulas. Una vez más, se puso de manifiesto que el curso de verano también se celebró en otros espacios, ajeno a las clases al uso, donde la convivencia de alumnos y profesores benefició sobremedida al curso.

Las líneas que siguen son un aporte para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional en la protección de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos son hoy la gran esperanza de los que son víctimas de sus violaciones y de aquellos que pretenden un mundo regido por las ideas de Justicia y Libertad.

La protección de los Derechos Humanos es una cuestión preferente de la comunidad internacional. Primero, mediante los mecanismos no jurisdiccionales que nos brindan los tratados y convenios internacionales de ámbito universal y regional; y, en segundo lugar, cuando estos instrumentos se muestran insuficientes o cuando el corazón de los Derechos Humanos son violados en la forma más cruel, con la comisión de los crímenes internacionales más graves, como el genocidio, el crimen de lesa humanidad, de tortura o los crímenes de guerra, necesariamente debe intervenir en el Derecho Penal Internacional.

La justicia penal internacional, ante la barbarie de estos crímenes, debe actuar con eficacia en cualquiera de sus formas, con el fin de tutelar a las víctimas y combatir la impunidad. Los tribunales internacionales ad hoc, los tribunales mixtos o internacionalizados, la Corte Penal Internacional o las jurisdicciones domésticas en el ejercicio de la justicia universal, son los vehículos para aproximarnos a tal fin.

El bello marco de la Sede de La Rábida conduce, tal vez, a una curiosa coincidencia. El gran Almirante, Cristóbal Colón llegó en enero de 1492 al Monasterio de La Rábida y el 3 de agosto de ese mismo año partió, con la ayuda de la brújula y la lectura de la estrellas, a las Américas, comenzando su particular empresa universal. La UNIA, donde en sus aulas se impartió este curso y otros semejantes, también contribuye, con el Derecho y la docencia, como único utensilio, a otra empresa universal, a la consolidación de las bases de un sistema de justicia universal en la que la protección de los Derechos Humanos sea una realidad desde la comprensión y la solidaridad mundial.

El lector encontrará en los capítulos siguientes, y de forma sucesiva, reflexiones del porqué la justicia penal internacional busca la protección de los Derechos Humanos, o, sobre la protección de los Derechos Humanos en el ámbito del Consejo de Europa. Se analiza, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 26 de febrero de 2007, sobre el “genocidio bosnio”. Se estudian los contornos del delito de terrorismo en relación con la seguridad internacional, de los crímenes de guerra, y de otros delitos internacionales que inciden directamente en los derechos de las personas, como la corrupción o el delito de tráfico ilegal de personas. También se incluye una referencia expresa a la mujer como víctima específica en los conflictos internacionales. El último bloque concluye con un examen del estado actual de la justicia universal en España a la luz de la jurisprudencia, y con la evaluación de la Corte Penal Internacional a la luz de sus últimas resoluciones.

Es imprescindible manifestar nuestro agradecimiento, un año más, a la UNIA, su Rector y equipo de gobierno, al director y a todo el personal docente y administrativo de nuestra ya querida “Rábida”, por su amable acogida y por permitirnos hablar de algo tan poco comercial como son los Derechos Humanos. También a los profesores que generosamente, en pleno mes de agosto, renunciaron a sus ocupaciones o sus vacaciones para ilustrarnos con sus conocimientos. Y, cómo no, nuestro agradecimiento especial a los alumnos, a quienes nos debemos, que demostraron un interés excepcional e hicieron gala en sus continuadas intervenciones de una cualificada formación. A ellos, que eligieron estas “vacaciones culturales”, les traslado la felicitación de todos los profesores; aprendimos de todos los alumnos y mucho.

Y termino. Cuando estas páginas vean la luz estaremos preparándonos para el 60 cumpleaños de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que celebraremos

el 10 de diciembre de 2008. Ojalá que, cuando ese día soplemos la llama de la vela, la libertad, la justicia y la paz en el mundo, y el reconocimiento de la dignidad de toda la familia humana, --como proclama el preámbulo de la Declaración-- comience a ser una hermosa realidad.



Capítulo II: La Protección de los Derechos Humanos fundamentales en el ámbito de la Justicia Penal Internacional

Dr. Manuel Ollé Sesé

Presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos de España
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Antonio de Nebrija, de Madrid.

La violación de los Derechos Humanos (DDHH) ha sido una desgraciada realidad a lo largo de la historia de la humanidad. En muchas ocasiones esta violación de los DDHH fundamentales como la vida, la integridad física y/o moral o la libertad personal se traducen en la comisión de horribles crímenes internacionales, los más graves que se pueden ejecutar, como el genocidio, el crimen de lesa humanidad, los crímenes de guerra o la tortura. Me refiero a los crímenes internacionales de primer grado ¹ o, en palabras del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), a los de más grave trascendencia para la comunidad internacional. El efecto devastador de la violación de los DDHH fundamentales incide también, o al menos indirectamente, en el derecho al desarrollo de los pueblos.

Desde esta perspectiva, la protección de los DDHH fundamentales se convierte en objeto de protección directa por parte del Derecho Penal Internacional (DPI). Sea mediante su aplicación directa por parte de las jurisdicciones domésticas, sea a través del ejercicio de la justicia universal, o sea en sede de los tribunales penales internacionales ad hoc, mixtos o ante la Corte Penal Internacional (CPI), el Derecho Penal Internacional desplegará todos sus efectos.

La evolución en la concepción de esta protección ha sido determinante. Los principios clásicos del DI, como explica CARRILLO SALCEDO, desde finales de la Primera Guerra Mundial, se han ido abandonando. Los Estados han dejado de ser los sujetos exclusivos del DI y han pasado a compartir el protagonismo con los individuos; ya que, junto al clásico principio de la soberanía, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos. La persona humana, continúa el profesor CARRILLO, es titular de derechos propios, oponibles jurídicamente a todos los Estados, incluso al Estado del que sea nacional. La persona, concluye, no puede ya ser *considerada como un mero objeto del orden internacional*.² DÍEZ DE VELASCO ³ destaca como elemento fundamental del derecho internacional de

¹ Sobre este concepto, su diferencia con los crímenes internacionales de segundo grado, y el régimen jurídico aplicable v. OLLÉ SESÉ, M.: Justicia Universal por crímenes internacionales de primer grado, La Ley, Madrid, 2008 (en prensa).

² CARRILLO SALCEDO, J.: Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1996. pp. 13 a 22.

³ DÍEZ DE VELASCO, M.: Instituciones de Derecho Internacional Público, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 535.

los Derechos Humanos, la consideración del individuo y de su dignidad como un valor autónomo de la sociedad internacional, que se convierte en un bien jurídico protegible en sí mismo por el DI con independencia de la condición o circunstancias en que se encuentre la persona objeto de protección.

Los DDHH y, en concreto, la dignidad humana se convierten en objeto de protección supranacional. Toda la comunidad internacional en su conjunto, no sólo cada Estado individualmente considerado, está obligada a respetar y garantizar los DDHH, como se ha puesto de manifiesto de forma constante y permanente en múltiples instrumentos internacionales universales y regionales protectores de los DDHH, al reconocer su valor como último fundamento del régimen jurídico internacional de los DDHH. El deber de garantía, en el plano jurisdiccional, está íntimamente relacionado con la obligada previsión en las legislaciones domésticas de recursos efectivos y eficaces a disposición de los ciudadanos, ante una eventual violación de sus DDHH.

La defensa de los DDHH, con el individuo como actor principal, pasa a ser, en consecuencia, una cuestión preferente de la comunidad internacional. El carácter prioritario y universal de su protección determina que los DDHH puedan considerarse el núcleo duro del compromiso en la persecución de delitos.

Este denominado «núcleo duro» de los DDHH fundamentales contiene bienes jurídicos definidos en el DI. Los graves atentados contra estos derechos se convierten, entonces, en la base para la tipificación de los elementos de los crímenes internacionales de primer grado. De ahí que este núcleo duro o fundamental de los DDHH, con carácter de *ius cogens*, genere obligaciones *erga omnes*.

Por otro lado, como he apuntado, todo crimen internacional, en el que se viola un derecho humano fundamental, supondrá también una lesión indirecta al derecho al desarrollo.⁴

El tradicional fracaso de los mecanismos no jurisdiccionales de protección de los DDHH

⁴ La protección de los derechos de la persona implica su plena realización en el ejercicio de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, han condenado expresamente, como crímenes contra la humanidad, la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona y la política de apartheid, respectivamente. Ambas resoluciones se citan en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. La primera está referida a la condena, como crimen contra la humanidad, a la política del Gobierno de Portugal, por violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona.

de ámbito universal o regional debe ser suplido por el DPI. El deber en la defensa de los mismos corresponde, en primer lugar, a los Estados. Es una obligación estatal interna. Los tribunales domésticos son los primeros que deben garantizar la tutela judicial a las víctimas de estos crímenes internacionales de primer grado, mediante la aplicación del Derecho penal sustantivo interno o del Derecho Penal Internacional.⁵

En segundo lugar, cuando las jurisdicciones nacionales del lugar de comisión son inoperantes por falta de voluntad o de capacidad para el enjuiciamiento, la protección de los DDHH deja de ser una cuestión estatal para internacionalizarse. De esta forma, el estadio último de la salvaguarda ante las violaciones de los DDHH es la protección penal nacional o internacional. Esta tutela penal cumplirá además la función de reforzar otros mecanismos extrapenales, no jurisdicciones, universales o regionales en el amparo de los DDHH.

La doctrina de la Corte Internacional de Justicia sobre los DDHH progresivamente se ha ido asentando en la jurisprudencia internacional, reconociendo que para todos los Estados es obligatorio el respeto a los DDHH y cualquier violación a los mismos es contraria e incompatible a la Carta de Naciones Unidas.

En definitiva, es una realidad sostener que los Estados ostentan una doble obligación en materia de DDHH; por un lado, el deber de respetar, asegurar y proteger los mismos; y, por otro, la obligación de garantía, concretada- en el plano jurisdiccional- en brindar los recursos efectivos si son violados: deber de investigar, juzgar, en su caso sancionar, y reparar; lo que se traduce en una exigencia por parte de los Estados, tanto de los del lugar de comisión de los hechos como de terceros ajenos al locus delicti commissi, o de Naciones Unidas, a través de los diferentes instrumentos posibles, de juzgar a los responsables de estos crímenes internacionales.

En la misma medida que los Estados son garantes de la protección de los DDHH son responsables de observar el enjuiciamiento y, en su caso, la sanción penal se desliza como consecuencia necesaria y legítima de aquella protección ante las violaciones más graves que se cometan contra los DDHH.

⁵ Sobre las fuentes del DPI y su aplicación por las jurisdicciones nacionales v. OLLÉ, op. cit.

En ese trabajo se desarrolla el régimen jurídico en la aplicación del DPI para crímenes internacionales, cuando en la época de la comisión de los hechos no existía ley interna penal que tipificase el crimen internacional a juzgar, cuando la incorporación de esos crímenes a los códigos penales domésticos ha sido con posterioridad a la fecha de comisión, o, incluso, cuando nunca se han incorporado. La previa existencia del crimen en el DI es el punto de partida para proceder a una aplicación interactiva entre el derecho interno y el internacional.

La Asamblea General de Naciones Unidas declaró, en el principio I de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y obtener Reparaciones, la «obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario».⁶

En la actualidad, existe consenso en la obligación convencional de enjuiciar los crímenes internacionales de primer grado (por ejemplo el genocidio o los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales) por los Estados donde se cometieron los hechos, aunque sí se cuestiona el ejercicio jurisdiccional por parte de terceros Estados extraños a los del lugar de comisión, en aplicación del título jurisdiccional universal, e incluso por las jurisdicciones supranacionales.

Así son significativos los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones y, en concreto, el segundo, al declarar -en caso de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del DI- la obligación de los Estados de investigar; y, si hay pruebas suficientes, de enjuiciar a los presuntamente responsables de las violaciones; y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas.⁷

Hoy es indiscutible el carácter universal de estos bienes jurídicos y su deber de protección

⁶ Resolución 2005/35. Este principio añade, además, que estas normas, según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos, dimana de los tratados en los que un Estado sea parte, del derecho consuetudinario y del derecho interno de cada Estado.

⁷ Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, 61 períodos de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

En ese mismo principio y en el primero se desarrollan las medidas y las obligaciones que se deben adoptar en las legislaciones internas para el eficaz cumplimiento de las normas internacionales.

También señala la obligación de los Estados de cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar las violaciones y enjuiciar a los responsables.

Respecto de la obligación de castigar, el estudio sobre la impunidad de LOUIS JOINET, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la impunidad, presentado el 2 de octubre de 1997 (Distr. General. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, expresaba que «la impunidad surge del hecho que los Estados cumplan con su obligación de investigar estas violaciones [DDHH] y adoptar, particularmente en el área de la administración de justicia, medidas que garanticen que los responsables de haberlas cometido sean acusados, juzgados y castigados. Surge, además, del hecho que los Estados no adoptan medidas apropiadas para proveer a las víctimas de recursos efectivos, para reparar los daños sufridos por ellas, y para prevenir la repetición de dichas violaciones».

por parte de los Estados, y del que se deduce, en todo caso, la aparición de la responsabilidad de extraditar o juzgar. El proyecto de «Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad», elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, ya prescribía el principio *aut dedere aut iudicare* (art. 9) y determinaba que todos los Estados adoptarán las medidas necesarias para establecer su jurisdicción por los delitos de genocidio, contra la humanidad y de guerra con independencia tanto del lugar de comisión como de quién los hubiere cometido.

La Comisión de Derecho Internacional, en los comentarios a este Proyecto, sostuvo que cada Estado estaba facultado para ejercer su jurisdicción contra el presunto responsable de cualquiera de los crímenes internacionales previstos en los arts. 17 a 20 (crimen de agresión, de genocidio, contra la humanidad, contra el personal de NU y crimen de guerra) de acuerdo con el principio de jurisdicción universal previsto en el art. 9 del Proyecto, con independencia del lugar de comisión de los crímenes y de quienes fueren sus autores; a tal efecto, cada Estado-Parte deberá adoptar las medidas necesarias en su legislación interna. La Comisión concluye, en sus comentarios al art. 9, que el Estado donde fuere detenido el presunto autor de los crímenes de DI adoptará todas las medidas necesarias para juzgarlo en ese Estado o por otro que pretenda enjuiciarlo si solicita la extradición.⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha dudado en declarar que «es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno»⁹. También, los referidos Principios sobre violaciones internacionales de DDHH sostienen que, cuando lo disponga un tratado o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo, dentro de su derecho interno, las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal.¹⁰

En el ámbito de los Tribunales supranacionales, y sin perjuicio de lo dispuesto en los diferentes estatutos de los tribunales ad hoc o en los de los tribunales mixtos, el párrafo 6º

Puede verse el Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por JOINET, de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, en:
[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/c7b88e589a68c5208025666a004c9570/\\$FILE/G9714145.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/c7b88e589a68c5208025666a004c9570/$FILE/G9714145.pdf)

⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional en la sesión 48ª del período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, documento oficial de la AG, 51º período de sesiones, suplemento núm. 10, (A/51/10), pp. 28 a 33.

Puede consultarse en: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf

⁹ Caso Velásquez Rodríguez, para. 170.

del preámbulo del ECPI recuerda que es deber de todo estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Dicho de otra forma, la obligación es de todos los Estados y no sólo de los Estados parte.

Una vez más se constata la obligación de la protección del núcleo duro de los DDHH cuando el ataque a los mismos se constituye en crimen internacional de primer grado. La comunidad internacional directamente, mediante los mecanismos e instrumentos arbitrados en el seno de Naciones Unidas, o indirectamente, a través de los Estados, debe proteger los intereses de carácter supranacional que le afectan. La justicia penal internacional posibilita, de esta forma, la persecución y el enjuiciamiento de los crímenes más graves e intolerables que ofenden a toda la comunidad internacional.

Por otro lado, desde la justicia penal internacional se satisface la tutela judicial de las víctimas y el cumplimiento de las obligaciones erga omnes dimanantes del DI y se proyecta hacia el sentido de prevención del Derecho penal. El preámbulo del ECPI declara que una de las finalidades del enjuiciamiento de los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional es contribuir a la prevención de nuevos crímenes.¹¹

Se puede concluir que la justicia penal internacional por crímenes internacionales de primer grado protege bienes jurídicos que pertenecen y afectan a toda la comunidad internacional y que, por tanto, obliga a todos los Estados y a la propia comunidad internacional a la persecución de quienes los violan mediante la comisión de esos crímenes de primer grado. Dentro de estos intereses se sitúan, de forma preferente y como objeto de protección, los Derechos Humanos fundamentales, al convertirse en bienes jurídicos universalmente reconocidos.

¹⁰ Principio III, del que, puesto en relación con el resto de los principios, se colige la obligación de los Estados de incorporar la jurisdicción universal en caso de violaciones de normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario.

A este principio se añade también la obligación de facilitar la extradición y otras formas de asistencia y cooperación para la administración de justicia internacional cuando un tratado o una obligación internacional lo disponga; y reclama para la asistencia y protección a las víctimas y testigos la necesidad de observar las normas jurídico internacionales en materia de DDHH y particularmente las relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La Exposición de Motivos de la LO 13/2007 reconoce que los delitos catalogados en el art. 23.4 LOPJ «afecta[n] a bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional en su conjunto».

¹¹ Para. 5 del preámbulo ECPI.



Capítulo III: La protección de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa

3.1. Introducción

Voy a permitirme realizar una aproximación al tema objeto de estudio desde un ángulo distinto, desde una perspectiva un poco heterodoxa. Y digo heterodoxa porque quiero situarme en un momento previo a la entrada en juego del derecho penal internacional, de las jurisdicciones internacionales, en la persecución necesaria de las atrocidades cometidas contra los seres humanos, por otros seres humanos que ignoran lo que significa esta condición en el universo de los seres vivos.

Cuando la Justicia internacional se pone en marcha, el mal ya está hecho, las atrocidades y masacres cometidas, las vidas de miles o millones de seres humanos segadas, las torturas, los tratos inhumanos y degradantes han dejado sus inevitables e imborrables secuelas sobre un sin fin de personas inocentes, incluidos niños, ancianos, mujeres y tantos y tantos seres indefensos.

Qué duda cabe que en estos casos la Justicia, con mayúsculas, que no la venganza, cumple su papel de “resarcir” a las víctimas de tan execrables crímenes, recordar la vigencia universal de los derechos humanos, así como de los valores democráticos pisoteados, así como proclamar que no existen espacios de impunidad. Una ingente y fundamental tarea para defender los cimientos de la sociedad democrática y la libertad de los seres humanos.

Me interesa especialmente detenerme en el periodo previo a la comisión de estos crímenes, de la violación consumada de los derechos humanos, es decir analizar la actividad preventiva que en el ámbito nacional e internacional debe potenciarse al máximo, para evitar llegar al momento en el que solo cabe ya el ejercicio de la justicia reparadora.

Para ello partiré de mi experiencia personal como Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, y dejaré por un momento al margen la obtenida como Defensor del Pueblo en España, y que ha sido también una experiencia apasionante, sobre la que espero poder escribir dentro de poco, animado por la serenidad que da el tiempo transcurrido, casi quince años, indispensable para intentar una tarea de esta naturaleza.

3.2. Origen del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa y Defensor del Pueblo

El interés que tiene la exposición de la actividad del Comisario reside, creo, en su absoluta novedad (creado en 1999), y en ser un instrumento activo y complementario de todos los ya existentes en el Consejo de Europa que es el órgano intergubernamental por excelencia creado para la defensa de los derechos humanos por los Estados europeos, aplicando el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y velando por su cumplimiento.

Con respecto al Consejo de Europa, todos sabemos que es un instrumento valiosísimo de elaboración de textos jurídicos para la protección de los derechos humanos que, bajo la forma de convenios y tratados internacionales, han ido complementando el CEDH, entre otros con el fundamental Protocolo sexto que erradica la pena de muerte en los países miembros. A su vez el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, integrado en el Consejo de Europa, se ha convertido en la pieza fundamental de defensa del CEDH.

Cuando los países miembros deciden crear el “Comisario para defensa de los derechos humanos” (CDDE), después de un breve periodo de reflexión de casi diez años y a iniciativa finlandesa, el mandato que se le da en su Estatuto es, esencialmente, el de promover los derechos humanos, cooperar con las organizaciones estatales o civiles (ONGs), elaborar informes sobre la situación del respeto de los derechos humanos en los países miembros, elaborar recomendaciones dirigidas a los Estados, o al Comité de Ministros o la Asamblea Parlamentaria.

Es elegido por el Comité de Ministros y la Asamblea, por seis años, no reelegible y totalmente independiente, de tal forma que no recibe mandato alguno de ninguna autoridad o institución sea nacional o internacional. Para el ejercicio de sus funciones se relaciona directamente con los diferentes Gobiernos, los cuales están obligados a prestarle su colaboración.

3.3. Misión del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa y Defensor del Pueblo

La institución del Comisario, si tiene algún sentido, es el de no repetir lo que ya hacen con éxito, desde hace muchos años, las diferentes Direcciones Generales, el Consejo de Europa, o el ECRI, o la Comisión de Venecia por sólo citar algunas de las facetas más interesantes y positivas de la actividad del CE.

Así que, durante este primer periodo, el Comisario ha estado centrado en el trabajo sobre el terreno, con visitas a los diferentes países para elaborar un informe sobre cada uno de ellos en relación con el respeto efectivo de los derechos humanos por parte de sus autoridades y la sociedad en general.

Hemos elaborado diferentes Dictámenes sobre la adecuación de algunas legislaciones nacionales al Convenio Europeo de Derechos Humanos, como ha sido el caso de la derogación de su art.5º por parte del Reino Unido, selectivamente y bajo el pretexto de mejor luchar contra el terrorismo. Tiempo después lo que el Gobierno británico no quiso aceptar de la opinión del Comisario, lo hizo la Cámara de los Loes actuando como tribunal de justicia, al anular dicha legislación especial.

Junto a estas actividades se han desarrollado diálogos periódicos entre las cinco confesiones del Libro. Para reflexionar sobre los efectos perniciosos del integrismo religioso, tan propicio a facilitar múltiples violaciones de los derechos humanos, sobre la base de la negación del reconocimiento de la verdad del otro o de la sociedad laica, en suma de las bases y valores sobre los que se sustenta toda democracia.

Se han potenciado los Defensores del Pueblo, las Comisiones Nacionales de Derechos Humanos y de forma muy especial las organizaciones no gubernamentales que luchan por el respeto de los derechos humanos y que, tan frecuentemente, son las víctimas propiciatorias de los gobiernos, incluso los más democráticos, que no quieren escuchar determinadas verdades.

Lo esencial es que el Comisario ha centrado su actividad en el ámbito de la prevención, detectando los fallos y recomendando las soluciones a los Gobiernos, procurando evitar la consolidación de situaciones irreversibles. Prevenir mejor que reprimir. Trabajar con los Gobiernos de los diferentes países para cambiar, adecuar las leyes o normas contrarias a los derechos humanos a lo previsto en el CEDH y demás Protocolos y, lo que es aún más importante, adecuar la mentalidad de los funcionarios y autoridades que las tienen que aplicar, a esos derechos y valores fundamentales.

No ha sido sencillo, pues cada país es un mundo diferente, con una historia reciente, para muchos de ellos, no siempre fácil pues han soportado sistemas dictatoriales hasta fecha muy reciente, lo que ha destruido no sólo los cimientos de toda sociedad democrática, sino incluso la existencia de una sociedad civil consciente de sus derechos y mínimamente activa en su defensa. Se añade a ello el tener que actuar sobre un universo complejo de civilizaciones, culturas, lenguas y costumbres arraigadas, extremadamente diversas.

Pese a todo ha sido posible detectar comportamientos muy similares en el seno de las llamadas democracias tradicionales y las nuevas surgidas después del derrumbe del telón de acero, ante determinados retos a la democracia y al respeto de los derechos humanos.

No me refiero a las situaciones de verdadera crisis democrática, como la producida por la guerra, como es el caso de Chechenia o la pervivencia de regímenes que no ocultan su carácter autoritario y no democrático como en Bielorrusia, o Transnistria, Afjasia y otros territorios secesionistas donde dictadores locales hacen la ley. En estos casos la actuación del Comisario se ha centrado en intentar limitar, reducir o erradicar las actuaciones más brutales de violación de los derechos humanos, actuando en unas circunstancias y ante una patología que queda fuera de todo tratamiento racional de la cuestión. La guerra y las dictaduras generan por sí mismas una situación de extrema e irracional violación de los derechos fundamentales de las personas y en esas circunstancias se trabaja sobre la base de lo posible y no de lo deseable. Es una amarga experiencia para quienes han de intervenir como actores externos al drama nacional, en un intento de poner fin a la barbarie y al sufrimiento de miles de seres humanos indefensos. Una experiencia que deja heridas morales difíciles de cerrar.

3.4. Los Derechos Humanos, a prueba

Al margen de estas situaciones excepcionales, lo cierto es que nuestras democracias europeas han tenido que hacer frente estos últimos años a una serie de retos que han puesto a prueba su capacidad para seguir siendo consecuentes y respetuosas con los valores y derechos fundamentales que se proclamaron en el Convenio Europeo de Derechos Humanos al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y que constituyen los cimientos sobre los que se ha edificado el modelo de sociedad democrática europea.

Citaría solo tres supuestos, entre tantos otros, como testimonio de los peligros que tenemos que afrontar. De una parte, los efectos devastadores de una mal entendida lucha “eficaz” contra el terrorismo, después de los atentados de New York, Madrid y Londres. De otra, las políticas, la legislación y su aplicación, en materia de inmigración, así como el acrecentamiento cada vez más visible de las desigualdades sociales, de las riquezas ostentosas de unos pocos, y las dificultades económicas de la gran mayoría, por no hablar claramente del aumento preocupante de la llamada gran pobreza.

La lucha antiterrorista ha conllevado un verdadero cataclismo en el seno de las más consolidadas democracias. Ya no hablo del ejemplo nefasto de la actuación del Gobierno de los Estados Unidos y su violación sistemática de los derechos humanos en la lucha antiterrorista, con secuestros y traslados secretos de personas no identificadas a centros también secretos de detención, con el anuncio de procesos al margen de las garantías del Estado de derecho, y con el uso de la tortura como método de interrogar a los detenidos, lo cual ha sido no sólo reconocido como “necesario” para ser eficaces en la obtención de información, sino incluso “regulado” por normas internas y secretas del gobierno americano, lo que recuerda tristemente a la burocracia nazi del terror.

Pero el ejemplo americano ha conducido a que gran parte de los países europeos refuercen su legislación antiterrorista a costa de las garantías del Estado de Derecho, tan dificultosamente consolidadas a lo largo de los últimos cincuenta años de democracia en Europa. El Reino Unido ha sido sin duda el país que más ha derivado en este terreno y ya he citado algún ejemplo, pero aún hoy en día se sigue promocionando ampliar los plazos de detención excepcional por razón de terrorismo, con exclusión de garantías consustanciales al Estado de derecho.

Hemos descubierto que durante años algunos países europeos, miembros del Consejo de Europa y de la Unión Europea, han colaborado secretamente con el traslado de detenidos ilegales por parte de los Estados Unidos, han consentido campos o centros secretos en su territorio donde, presumiblemente, se ha interrogado clandestinamente y posiblemente

torturado a diversas personas en número que tampoco conocemos. Pese a todos los esfuerzos hechos (Comisión de investigación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, y debates en el Parlamento Europeo) el silencio, el ocultismo, la negación de la evidencia por parte de los gobiernos responsables ha sido la única respuesta y por parte de los responsables de gobiernos y organizaciones internacionales, de facto se ha mirado para otra parte, esperando que pasase la tormenta mediática. ¿Dónde han quedado nuestros valores, principios y derechos universalmente reconocidos a todas las personas, y base de nuestro modelo de sociedad democrática?

En cuanto a la inmigración, es evidente que el fenómeno de la llegada de inmigrantes irregulares (llamados también ilegales, aunque a mí no me gusta esa expresión, pues escapar del hambre o la guerra no es un delito) ha generado verdaderas tensiones sociales en el seno de las sociedades de acogida. Se ha producido un choque de culturas, y también una verdadera lucha de clases, pues los inmigrantes, incluso los legalmente residentes se encuentran relegados a los trabajos peor pagados, a las viviendas peores, cuando tienen, a los barrios más desprovistos de servicios sociales, escuelas, centros sanitarios y otros servicios, lo que conduce a una peor preparación para obtención de empleo y a una discriminación de facto no disimulada. No puede extrañar que, ante la pasividad practicada durante años por las autoridades responsables en los diferentes países, y la indiferencia de la sociedad establecida, surjan movimientos de violencia juvenil entre quienes se sienten injustamente excluidos o discriminados por la sociedad de acogida, de una parte y de otra, de xenofobia y racismo militante en determinadas capas de una sociedad que no llega a entender y asimilar la realidad de la diferencia.

El endurecimiento de los requisitos para solicitar asilo, los métodos de detención y expulsión de inmigrantes irregulares, los centros de detención de estos inmigrantes en muchos países, la práctica negación del derecho a la reunificación familiar, y otros muchos puntos que no es posible desgranar aquí, han convertido las políticas de inmigración en caldo de cultivo de no pocas violaciones de los derechos humanos y nos presentan la cruda realidad de la dificultad de hacer convivir el respeto de los derechos humanos, de nuestras garantías fundamentales, con la lucha “eficaz” contra la inmigración irregular.

Finalmente es evidente que algunos valores esenciales, como el de la solidaridad e igualdad, sufren hoy más que nunca de la mano de la pretendida construcción de una sociedad que sacrifique al juego libre del mercado y el capital, las conquistas sociales que han sido la base del progreso económico de Europa, que han permitido una paz social envidiable y un progreso solidario que ha procurado evitar distanciamientos sociales insalvables en el seno de la sociedad europea.

Es el terreno en el que juegan los derechos humanos de contenido económico y social, que no podemos olvidar y que, sin embargo, no pocos responsables políticos europeos quieren hoy arrinconar u olvidar. De hecho ya estamos en una deriva profunda de distanciamiento entre grupos sociales, entre ricos cada vez más ricos y pobres extremos, con unas clases medias (base de la estabilidad social y política) cada vez más empujadas hacia abajo en la escala social.

3.5. Conclusión

Lo único cierto e indiscutible para mí, dada la experiencia de estos años, es que el peligro de violación de los derechos humanos no radica exclusivamente en las dificultades de adaptación de las nuevas democracias al mundo de los derechos y valores democráticos que no pudieren conocer y practicar libremente antes. No, el peligro está también firmemente anclado en las viejas democracias, donde los fantasmas del autoritarismo, el racismo, la xenofobia o la falta de principios y valores democráticos vividos cotidianamente y puestos a prueba en los momentos difíciles, han demostrado la debilidad de nuestras creencias democráticas.

Todo ello me induce a pensar que no sólo es necesario intervenir para corregir y perseguir las violaciones de los derechos humanos, por vía del derecho penal internacional, el TEDH o las Justicias nacionales, sino que también es necesario rearmar a nuestras sociedades en la creencia y vivencia de los valores democráticos, única guía posible para transitar con éxito de supervivencia en este mundo agitado y desnortado en el que nos encontramos. No hacerlo, no sólo es un error que pagaremos muy caro, sino también una traición al modelo de Europa que pusieron en marcha sus fundadores al final de la Guerra Mundial al grito de “nunca más” a la barbarie que acababan de vivir.



Capítulo IV: Terrorismo, seguridad internacional y Derechos Humanos

Prof. Dra. Carmen Lamarca Pérez
Vicepresidenta de la Asociación Pro Derechos Humanos de España.
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III.

El terrorismo es uno de los problemas más graves que tiene planteada la sociedad actual pero también es cierto que la normativa dictada para hacerle frente lesiona en muchos casos las garantías individuales y contradice su carácter de legislación excepcional por su aplicación indiscriminada; una vez más, las medidas antiterroristas, como en general todas las medidas establecidas para la defensa del Estado, se nos suelen presentar como una necesidad, una restricción necesaria de la libertad en aras de la seguridad cuando, como bien sabemos y demuestra constantemente la historia, el sacrificio de la libertad conduce inevitablemente también a la postre a la pérdida de la seguridad.

Las dificultades para hacer frente al fenómeno terrorista comienzan desde el mismo momento de su definición y ni la legislación ni la doctrina logran alcanzar un acuerdo en esta materia y ello quizás porque la expresión terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico con una fuerte carga emotiva y, sobre todo, política que en cada momento y lugar ha sido aplicada a realidades muy diversas y las definiciones se van adaptando en función de los intereses políticos de cada Estado. De este modo, según las diversas perspectivas, cabe que unos mismos hechos se califiquen como terrorismo pero también como movimientos de resistencia, de liberación o incluso de guerra.

En nuestra legislación interna, del análisis de lo previsto por los artículos 571 y ss. del Código penal de 1995 parece deducirse que la noción de terrorismo gira en torno a la presencia de dos elementos: la finalidad política y el sustrato organizativo, lo que se une a la forma ordinaria de exteriorización de esta actividad a través de la realización de delitos comunes como el homicidio, asesinato, lesiones, secuestros, amenazas, etc. En cuanto a los elementos definitorios, la finalidad específica requerida por la legislación española se concreta en la subversión del orden constitucional o la grave alteración de la paz pública.

En el primero de los casos, la subversión del orden constitucional, se trata del clásico fin político que no supone la incriminación por sí sola de fines ideológicos sino que la responsabilidad penal sólo tiene lugar por la consecución de estos fines por cauces no democráticos, es decir, por medio de la violencia; constituye así subversión del orden constitucional pretender por medios violentos la sustitución de la forma de Estado o de Gobierno pero también, por ejemplo, tratar de imponer por la fuerza una determinada opción religiosa e incluso defender a través de este tipo de medio el orden establecido

como en el caso del denominado Terrorismo de Estado. En cuanto a la grave alteración de la paz pública debe estar, a mi juicio, claramente conectada con lo anterior, con la finalidad política, pues, de otro modo, no existe manera de distinguir este tipo de conductas, las de terrorismo, de otras figuras comunes menos graves como, por ejemplo, los estragos o los desórdenes públicos.

El segundo de los elementos para la definición de terrorismo es el denominado elemento estructural u organizativo, es decir, que se requiere que la violencia política se ejerza desde una estructura asociativa, el grupo terrorista, que es quien realmente planifica y dota de contenido estratégico las diferentes acciones delictivas. Sólo desde una asociación jerarquizada y, sobre todo, con una voluntad social o programa por encima de cada una de las concretas voluntades de sus componentes, puede ejercerse realmente la conducta terrorista poniendo en auténtico peligro al Estado.

Partiendo de los anteriores presupuestos, que conforman la definición legal de terrorismo, los artículos 571 y ss. del Código penal acogen las distintas figuras de terrorismo que, en general, no constituyen sino tipos agravados de los delitos comunes contra la vida, la libertad o la propiedad con una cláusula final de cierre que permite la incriminación de prácticamente cualquier conducta realizada organizadamente y con las finalidades antes comentadas.

Como tipos específicos de terrorismo, destaca la colaboración mediante el que se pretende sancionar cualquier género de conductas de favorecimiento y cuya estructura abierta y equiparación de comportamientos de muy diversa naturaleza y entidad, suscita serias dudas de constitucionalidad del precepto. Asimismo, el artículo 577 permite sancionar como delito de terrorismo los casos de ejercicio de violencia política no organizada, también llamados de terrorismo individual, que contra lo señalado anteriormente no exigen la presencia del elemento estructural y cuya equiparación con el terrorismo organizado resulta en mi opinión claramente desproporcionada.

Por último, hay que hacer referencia al nuevo tipo penal de apología introducido en el artículo 578 por la Ley Orgánica 7/2000, que vuelve a sancionar de modo específico una conducta que hasta esa fecha ya sólo se consideraba delictiva como una forma indirecta de provocación. En realidad, el precepto incluye dos conductas distintas: de un lado, la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo o de sus familiares que es un comportamiento más cercano en todo caso a las injurias que a la apología y cuya previsión específica pudiera vulnerar el principio de igualdad. De otro lado, está la apología propiamente dicha definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de sus autores, respecto de la que sólo cabe

solicitar su derogación pues entiendo que limitar la libertad de expresión, excepto cuando la conducta es constitutiva de un delito de injurias o calumnias, no resulta compatible con los principios reconocidos en un Estado de Derecho.

Finalmente, la legislación española combina el tradicional tratamiento agravatorio en materia de terrorismo con una estrategia de atenuación prevista en el artículo 579.3 del Código penal que prevé la posibilidad de aplicar una sustancial rebaja de la pena para los llamados terroristas arrepentidos a los que se les exige el abandono de la asociación y de la actividad delictiva pero también la confesión de los propios hechos y la colaboración para impedir la actuación o el desarrollo de la organización terrorista o la identificación y captura de otros responsables. La medida resulta difícilmente justificable desde una perspectiva jurídica y sólo beneficiará a quienes posean un mayor grado de información, esto es, a los máximos responsables que, en principio, eran quienes tenían un mayor grado de responsabilidad; además, la medida introduce elementos propios del sistema inquisitivo resucitando el principio “confesso regina probationis” (la confesión es la prueba reina) y lesionando el principio de igualdad porque no se aplica a todos los imputados sino únicamente a los acusados de terrorismo.

Por todo ello, se requiere una revisión de las medidas penales y especialmente de la suspensión de garantías que también está prevista en nuestra legislación procesal pero, sobre todo, como se ha puesto de manifiesto por la sociedad y en las últimas conferencias internacionales, la lucha contra el terrorismo debe pasar por la proscripción de las desigualdades y por la negociación para alcanzar la paz tan deseada.



Capítulo V: El “genocidio bosnio” a la luz (y la sombra) de la sentencia de la CIJ de 26 de febrero de 2007

El 20 de marzo de 1993, casi dos años antes de la masacre de Srebrenica, sucedida entre el 13 y el 16 de julio de 1995, la República de Bosnia y Herzegovina (BiH) demandó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ o la Corte) a la República Federativa de Yugoslavia (esta demanda de BiH contra la RFY se entendió dirigida después contra Serbia y Montenegro y, finalmente, contra la República de Serbia). BiH en esa misma fecha y nuevamente el 27 de julio de 1993, y la RFY pocos días después de esas solicitudes, solicitaron a la Corte la adopción de medidas provisionales, decretando el órgano judicial principal de la ONU medidas provisionales mediante las providencias de 8 de abril y de 13 de septiembre de ese mismo año.

El proceso judicial fue prolijo y estuvo salpicado de cambiantes circunstancias políticas que coadyuvaron a esa complejidad. Entre las principales cuestiones procesales destacan, particularmente: las objeciones preliminares sobre la jurisdicción de la CIJ presentadas por la RFY el 30 de junio de 1995, resueltas por la Corte en su sentencia de 11 de julio de 1996; la contra-demanda presentada por la RFY el 22 de julio de 1997, admitida por la Corte el 17 de diciembre siguiente y, posteriormente, tras el cambio de gobierno en la RFY, retirada el 20 de abril de 2001; y la demanda de revisión de la sentencia de la CIJ de 11 de julio de 1996 presentada por la RFY cuatro días después de esa retirada de su contra-demanda, acompañada el 4 de mayo siguiente de una singular “Iniciativa dirigida a la Corte para la reconsideración ex officio de su jurisdicción sobre Yugoslavia”, demanda de revisión que fue dirimida en la sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2003. Finalmente, el 26 de febrero de 2007 la CIJ hizo pública su sentencia en el asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro).¹²

Resuelta la identificación de la parte demandada ¹³, determinadas la jurisdicción de la Corte (de nuevo) ¹⁴ y el Derecho aplicable –esto es, el ámbito y significado de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948 (en adelante la Convención), por ejemplo: el ámbito y significado del art. IX, el ámbito territorial de la Convención, las obligaciones impuestas por la Convención

¹² I.C.J. Reports 2007, case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, pp. 1-171.

¹³ *Ibíd.*, paras. 67-79, pp. 29-32.

¹⁴ *Ibíd.*, paras. 80-141, pp. 32-53.

a los Estados parte (incluida la aceptación de que los Estados están como tales obligados en virtud de la Convención a no cometer genocidio) y sus posibles límites territoriales, la posible prelación entre una previa determinación de la responsabilidad penal individual y la determinación de la responsabilidad de un Estado, la cuestión de la intención de cometer genocidio o la definición del grupo protegido ¹⁵-, y precisadas las cuestiones relativas a la prueba –especialmente la cuestión de la inversión de la carga de la prueba por la ocultación de documentos al conocimiento de BiH y de la Corte, la consistencia de las pruebas como estándar exigido por la gravedad del delito y su responsabilidad, así como el valor probatorio de determinaciones y decisiones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y de otros documentos (informes de expertos o del Secretario General de las Naciones Unidas) ¹⁶-, esa sentencia sobre el fondo analiza los hechos sucedidos principalmente en BiH durante la desintegración de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, con especial énfasis en la masacre de Srebrenica, a la luz de la Convención, particularmente de sus artículos I, II y III. Es decir, la decisión judicial trata de dirimir si la República de Serbia era responsable por la alegada violación de las obligaciones de prevenir y sancionar el delito de genocidio y/o de no perpetrar actos de genocidio, de no asociarse para cometer genocidio, de no instigar directa y públicamente a cometer genocidio, de no intentar la comisión de actos de genocidio o de no ser cómplice en el genocidio en BiH.

La CIJ parte del examen de los hechos invocados por el demandante en relación con el artículo II de la Convención, esto es, procede a determinar en primer lugar si sucedieron tales hechos y en segundo lugar si, una vez determinados los hechos, son constitutivos de genocidio porque entran en la categoría de actos mencionados en dicha disposición ¹⁷, de un lado, y, de otro, porque son perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.¹⁸

De este análisis la CIJ concluye que los actos en cuestión se perpetraron efectivamente, entre otros lugares, en Sarajevo, en el valle del río Drina, en Prijedor, en Banja Luka, en Brcko o en Srebrenica, pero que, salvo en lo que respecta a la masacre de Srebrenica, no quedó probado que en los sucesos acaecidos existiera la intención específica que ha de estar presente para su calificación como actos de genocidio ¹⁹. En efecto, a juicio de la

¹⁵ *Ibíd.*, paras. 142-201, pp. 54-75.

¹⁶ *Ibíd.*, paras. 202-230, pp. 75-83.

¹⁷ (a) Matanza de miembros del grupo; (b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción total o parcial; (d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; (e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

¹⁸ I.C.J. Reports 2007, cit., paras. 231-376, pp. 83-134.

Corte, que se apoya en las sentencias de las Salas de Primera Instancia del TPIY en los asuntos Krstic y Blagojevic, únicamente en la masacre de Srebrenica se puede constatar la concurrencia de una intención específica y, en definitiva, únicamente en la masacre de Srebrenica se cometieron actos de genocidio. Más concretamente, la perpetración a partir del 13 de julio de 1995 por miembros de las fuerzas armadas de los serbios de BiH, es decir, de las fuerzas armadas de la República Srpska (VRS), de los actos previstos en los apartados (a) y (b) del artículo II de la Convención con la intención destruir parcialmente al grupo de los musulmanes de BiH como tal –intención cuya existencia puede establecerse en torno al 12 o el 13 de julio de 1995, tras el cambio de objetivo militar y la toma de Srebrenica²⁰, y que se concretó con la eliminación física de la población adulta masculina de la comunidad musulmana de Srebrenica.

Y, a partir de ahí, se detiene en la cuestión de la responsabilidad, de un lado, por los hechos sucedidos en Srebrenica conforme a las distintas modalidades de participación en un genocidio recogidas en el artículo III de la Convención, esto es, la comisión misma del genocidio [apartado (a)]²¹ y la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio [apartados (b) a (e)]²²; de otro, por la violación de las obligaciones de prevenir y sancionar los actos de genocidio.²³

En este sentido, para dirimir la cuestión de la responsabilidad de la República de Serbia por o con ocasión del genocidio en Srebrenica, la CIJ consideró necesarias tres indagaciones: en primer lugar, si los actos de genocidio pudieran atribuirse a la República de Serbia conforme a las normas consuetudinarias del Derecho Internacional de la responsabilidad de los Estados; en segundo lugar, si conforme a esas mismas normas pudieran atribuirse a la República de Serbia otras de las formas de participación en el genocidio recogidas

¹⁹ La CIJ reconoció que en BiH se perpetraron casi todos los actos mencionados en el art. II de la Convención de genocidio –no encontró probada la adopción de “medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo” o el “traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”–, pero no consideró suficientemente probada la existencia de la necesaria intención específica exigida para su consideración como genocidio, salvo en la masacre de Srebrenica. La CIJ no aceptó, por el contrario, la alegación de la parte demandante de que la destrucción del patrimonio histórico, religioso o cultural supusiera el “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción total o parcial”, si bien hizo suya la observación de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el asunto Krstic en el sentido de que la destrucción de ese patrimonio simultánea a la destrucción física o biológica puede considerarse prueba de la intención de destruir física del grupo como tal (ibíd., para. 344, p. 124).

²⁰ Ibíd., paras. 278-297, pp. 98-108.

²¹ Ibíd., paras. 377-415, pp. 135-149.

²² Ibíd., paras. 416-424, pp. 149-152.

²³ Ibíd., paras. 425-450, pp. 152-161.

en los apartados (b) a (e) del artículo III de la Convención, incluida la complicidad en el genocidio; y, en tercer lugar, si la República de Serbia cumplió con la obligación asumida en virtud del artículo I de la Convención. Estas indagaciones y las constataciones a las que podrían dar lugar están estrechamente relacionadas entre sí.²⁴

La primera constatación (la atribución de los actos de genocidio a la República de Serbia) exigía indagar si los actos de genocidio en Srebrenica fueron perpetrados por órganos (de jure) de la República de Serbia o, si no, si fueron perpetrados por personas que actuaran de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control (esto es, por órganos de facto) de la República de Serbia²⁵. La respuesta de la Corte fue negativa: no puede constatarse la responsabilidad de la República de Serbia sobre esta base. Porque, no obstante la participación directa o indirecta de las fuerzas armadas de la entonces RFY, junto con las fuerzas armadas de los serbios de BiH (VRS), en operaciones militares en BiH en los años previos a los sucesos de Srebrenica, la CIJ entendió que no se había demostrado la participación de las fuerzas armadas de la entonces RFY en la masacre de Srebrenica y, por tanto, toda vez que ni la República Srpska ni sus fuerzas armadas (VRS) eran órganos de jure de la entonces RFY, porque ninguno de ellos tenía el estatuto de órgano de ese Estado conforme al Derecho interno de la RFY, no se podían atribuir sobre esa base los actos de genocidio a la República de Serbia²⁶. Y, si bien la Corte confirmó su jurisprudencia anterior acerca de la atribución excepcional al Estado de los actos de personas o grupos de personas que, aunque no tienen el estatuto jurídico de órganos del Estado conforme

²⁴ La interrelación de esas tres constataciones fue objeto de precisión por parte de la CIJ: no aceptó la idea–ilógica y contraria al Derecho, matizó la Corte– de considerar responsable al mismo Estado en relación como los mismos hechos en tanto que autor de genocidio, de tentativa de genocidio y de complicidad en el genocidio (ibíd., para. 380, p. 136); proclamó que la no atribución de actos de genocidio a la República de Serbia no le liberaría de indagar si dicho Estado hubiera incurrido en responsabilidad por su participación de otra forma en el genocidio, en particular por complicidad (ibíd., para. 381, p. 136); y consideró que, mientras que la consideración del cumplimiento de la obligación de prevención tiene sentido sólo si se determinara que no es posible atribuir a la República de Serbia participación alguna en el genocidio en las formas previstas en el art. III de la Convención, no ocurre lo mismo con el cumplimiento de la obligación de sanción de los autores de los actos en cuestión. Es perfectamente posible que un Estado comprometa su responsabilidad a un mismo tiempo por un acto de genocidio (o por tentativa o complicidad o cualesquiera otras formas de participación enumeradas en el art. III de la Convención) y por el incumplimiento de la obligación de sancionar a los autores (ibíd., paras. 382 y 383, p. 137).

²⁵ Las normas consuetudinarias pertinentes han sido recogidas en el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas en su 53º período de sesiones (A/56/10) y reproducido en el Anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 2001 (arts. 4 y 8).

²⁶ I.C.J. Reports 2007, cit., paras. 385-388, pp. 138-139. La Corte tampoco encontró que los miembros de la milicia paramilitar llamada los «Escorpiones», que también perpetraron actos de los contemplados en el art. II de la Convención en Srebrenica, fueran, a mediados de 1995, órganos de jure de la entonces RFY (para. 389, pp. 139-140).

al Derecho interno, de hecho actúan bajo tal control del Estado que podrían equipararse a tales órganos (eso sí, reafirmando su criterio del control “estricto” o la “total” o “completa” dependencia)²⁷, tampoco consideró probada tan estrecha relación entre la República Srpska o sus fuerzas armadas, o la milicia paramilitar “Escorpiones”, y la entonces RFY. Como, del mismo modo, la Corte descartó que los órganos de la entonces RFY²⁸ dirigieran instrucciones o tuvieran un “control efectivo” y respecto de “cada operación en la que ocurrieran las violaciones alegadas, no respecto del conjunto de acciones llevadas a cabo por las personas o grupos de personas que hubieren cometido las violaciones” (criterio que reafirma nuevamente de su jurisprudencia anterior ²⁹, a pesar de que la Sala de Apelaciones del TIPY se apartó de él en su sentencia de 15 de julio de 1999 en el asunto Tadic ³⁰ al exigir un menos riguroso “control en su conjunto” por un Estado de las acciones armadas de personas o grupos de personas en otro Estado para caracterizar como internacional el conflicto armado ³¹): en vista de la información a su disposición, la Corte no consideró probado que la masacre de Srebrenica se perpetrara por instrucciones o bajo la dirección o el control efectivo de los órganos de la entonces RFY ³².

Pero, ¿podían atribuirse a la República de Serbia alguna de las otras formas de participación en el genocidio recogidas en los apartados (b) a (e) del artículo III de la Convención? Del examen de los hechos se desprendía, a juicio de la Corte, la irrelevancia de la indagación acerca de la asociación para cometer genocidio y de la instigación directa y pública a cometer genocidio³³. Más delicada consideró la Corte la cuestión de la complicidad de la entonces RFY en el genocidio de Srebrenica, complicidad que consideró similar a la “ayuda o asistencia” en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que recogen las

²⁷ *Ibid.*, paras. 390-393, pp. 140-141, con referencia a su sentencia de 27 de junio de 1986 sobre el fondo del asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua [Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 62-64)]

²⁸ I.C.J. Reports 2007, cit., paras. 394-395, p. 141.

²⁹ I.C.J. Reports 1986, cit., para 115, pp. 64-65, y I.C.J. Reports 2007, cit., paras. 398-407, pp. 142-145.

³⁰ IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999.

³¹ La CIJ justificó su apego al criterio señalado en su sentencia de 1986 en la muy diferente naturaleza de las dos cuestiones dirimidas por sendos tribunales: el grado y la naturaleza de la implicación de un Estado en un conflicto armado en el territorio de otro Estado que se exige para que el conflicto pueda caracterizarse como internacional, y el grado y la naturaleza de la implicación exigida para suscitar la responsabilidad de un Estado por un acto en particular cometido en el transcurso del conflicto (I.C.J. Reports 2007, cit., para. 405, p. 144).

³² *Ibid.*, para. 413, p. 148.

³³ *Ibid.*, para. 417, pp. 149-150. En sus alegaciones finales, BiH no se refirió a una eventual tentativa de la entonces RFY de cometer genocidio, por lo que la Corte tampoco lo hizo en su sentencia.

³⁴ La norma sobre la “ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito” ha encontrado expresión en el art. 16 del mencionado proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

normas de Derecho Internacional relativas a la responsabilidad de los Estados ³⁴. En este punto, la Corte no consideró necesario pronunciarse (tampoco sobre si la complicidad, más allá de “ser plenamente consciente de”, exige “compartir” la intención de perpetrar un genocidio) puesto que no encontró probado que la “ayuda o asistencia” a los perpetradores del genocidio de Srebrenica se prestara con plena conciencia de la intención específica de los autores principales de eliminar físicamente a la población adulta masculina de la comunidad musulmana de Srebrenica.³⁵

Por último, no siendo responsable del genocidio ni cómplice en el genocidio, ¿cumplió la entonces RFY, después Serbia y Montenegro y finalmente la República de Serbia con la obligación asumida en virtud del artículo I de la Convención, es decir, la obligación de prevenir y sancionar el delito de genocidio? En su análisis de este interrogante ³⁶ la Corte distingue, y clarifica, el contenido de la obligación de prevenir, de un lado, y, de otro, de la obligación de sancionar. Por ejemplo, considera que la obligación de prevención es una obligación de comportamiento, no de resultado; señala parámetros conforme a los cuales examinar el cumplimiento de esa obligación (la capacidad de influencia del Estado o la irrelevancia de su alegación, incluso de la prueba, de que incluso si hubiera desplegado todos los medios razonablemente a su disposición no habría bastado para prevenir la comisión del genocidio); precisa que sólo se contrae responsabilidad por violación de la obligación de prevención de un genocidio si realmente el genocidio es perpetrado; y subraya la diferencia entre la violación de la obligación de prevención y la complicidad en el genocidio (la primera es por omisión y la segunda por comisión; la segunda requiere pleno conocimiento de los hechos y la primera no exige certeza, en el momento en el que se tendría que haber actuado, pero no se hizo, que estaba a punto de perpetrarse o estaba perpetrándose el genocidio). Y, dicho esto, la Corte consideró que la RFY estaba en una posición de influencia, tenía obligaciones muy específicas en virtud de las dos providencias de 1993 en las que la Corte indicó medidas provisionales, y aunque no consta que la información a disposición de las autoridades de Belgrado indicaban con certeza de la inminencia de la comisión del genocidio (razón por la cual la Corte descartó la complicidad de la entonces RFY), difícilmente podría no haber sido consciente del serio riesgo de dicha comisión una vez que las fuerzas armadas de la República Sprska decidieron ocupar el enclave de Srebrenica. Las autoridades federales de la entonces RFY debían haber hecho los mayores esfuerzos posibles para prevenir los trágicos acontecimientos que se avecinaban, cuya escala, aunque pudo no haberse previsto con exactitud, al menos podría haberse supuesto. Tal vez la entonces RFY no habría podido evitar el genocidio, pero debería haber utilizado todos los medios a su disposición para evitarlo y no lo hizo,

³⁵ I.C.J. Reports 2007, cit., paras. 418-424, pp. 150-152.

³⁶ *Ibid.*, paras. 425-450, pp. 152-161.

incurriendo por eso en responsabilidad internacional.

Conforme al artículo VI de la Convención, sólo los tribunales de BiH, o un tribunal internacional competente, habrían de juzgar el genocidio de Srebrenica, por lo que la obligación de sancionar a los responsables de tal genocidio no recae o recaía sobre la RFY, luego Serbia y Montenegro y después la República de Serbia. Pero la Corte considera que el TPIY constituye ese “tribunal internacional competente” y que esos Estados han “reconocido su jurisdicción” (en los términos del art. VI de la Convención), al menos desde el 14 de diciembre de 1995 y en virtud del Acuerdo de Dayton ³⁷, y se pregunta: ¿ha(n) colaborado plenamente con el TPIY, en particular buscando en su territorio y arrestando y entregando al Tribunal a cualesquiera personas acusadas del genocidio de Srebrenica? La respuesta de la Corte es negativa (con mención especial a la alegada presencia del general Mladic en el territorio de la República de Serbia) y, por eso, considera su responsabilidad por violación de los artículos I y VI de la Convención. ³⁸

Para terminar, y antes de emitir su fallo, la Corte analiza dos cuestiones adicionales: la responsabilidad por violación de las providencias de la Corte indicando medidas provisionales ³⁹ y, sobre todo, la cuestión de la reparación ⁴⁰. Comoquiera que la Corte no considera probado el nexo causal entre la violación por la entonces RFY de la obligación de prevención y el daño resultante del genocidio de Srebrenica, considera que la indemnización no es la forma de reparación apropiada y que la declaración por la Corte en la sentencia de la violación de la obligación de prevención y de sanción del delito de genocidio, y de las obligaciones más específicas contenidas en las providencias sobre medidas provisionales, es la forma más apropiada de satisfacción, no exigiendo las circunstancias el ofrecimiento de seguridades y garantías de no repetición. Eso sí, la República de Serbia continúa obligada a sancionar el genocidio de Srebrenica.

Por todo lo expuesto, el fallo de la Corte fue el siguiente ⁴¹:

- 1) por diez votos contra cinco, rechazó las objeciones a la jurisdicción de la Corte y afirmó esa jurisdicción;
- 2) por trece votos contra dos, encontró que Serbia no había cometido genocidio;
- 3) por trece votos contra dos, encontró que Serbia no se había asociado para cometer genocidio ni había instigado a cometer genocidio;

³⁷ *Ibíd.*, paras. 444-447, pp. 159-160.

³⁸ *Ibíd.*, paras. 448-449, pp. 160-161.

³⁹ *Ibíd.*, paras. 451-458, pp. 161-163.

⁴⁰ *Ibíd.*, paras. 459-470, pp. 163-168.

⁴¹ *Ibíd.*, para. 471, pp. 168-170.

- 4) por once votos contra cuatro, encontró que Serbia no fue cómplice en el genocidio;
- 5) por doce votos contra tres, encontró que Serbia había violado la obligación de prevención del genocidio respecto del genocidio ocurrido en Srebrenica en julio de 1995;
- 6) por catorce votos contra uno, encontró que Serbia había violado sus obligaciones por no haber entregado a Ratko Mladić, acusado de genocidio y complicidad en el genocidio, para su enjuiciamiento por el TPIY, y de ese modo no haber cooperado plenamente con ese Tribunal;
- 7) por trece votos contra dos, encontró que Serbia había violado su obligación de cumplir las medidas provisionales ordenadas por la Corte en 1993 en la medida en que no adoptó todas las medidas a su disposición para prevenir el genocidio en Srebrenica en julio de 1995;
- 8) por catorce votos contra uno, decidió que Serbia debía adoptar inmediatamente todas las medidas efectivas para garantizar el pleno cumplimiento de su obligación de sancionar actos de genocidio y cualesquiera formas de participación en tales actos, y entregar a las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de esos otros actos para su enjuiciamiento por el TPIY, y cooperar plenamente con ese Tribunal;
- 9) por trece votos contra dos, encontró que ese pronunciamiento era satisfacción apropiada para las violaciones declaradas en los apartados 5) y 7) del fallo, y que no procedía el pago de indemnización alguna ni, por lo que hace a la violación declarada en el apartado 5), el ofrecimiento de seguridades y garantías de no repetición.

Lógicamente, el fallo y su razonamiento no fueron bien recibidos en BiH. Probablemente tampoco en Belgrado. ¿Se hizo la justicia que puede y debe hacer el órgano judicial principal de las Naciones Unidas?



Capítulo VI: Delincuencia internacional: corrupción y su incidencia en los derechos civiles, económicos y sociales de las personas, y en el desarrollo de los pueblos

6.1. Concepto de corrupción

Una primera aproximación al concepto de corrupción podría describirla como el uso viciado de los poderes públicos en beneficio particular. Es decir, la corrupción se relaciona directamente con el funcionamiento de la Administración Pública, y se presenta cuando los funcionarios o autoridades gestionan los asuntos públicos en beneficio propio, ya sea para enriquecerse, trasladar al Erario Público sus gastos personales, mantenerse en el poder, obtener privilegios, etc.

La corrupción por parte de los funcionarios o autoridades genera efectos muy negativos, pues suscita el descrédito de las instituciones públicas. Los ámbitos de la corrupción son múltiples, pudiéndose destacar el fenómeno de la financiación ilegal de los partidos políticos que, en palabras de Perfecto Andrés Ibáñez, supone la madre de todas las corrupciones, situación que además provoca otras gravísimas distorsiones al Estado de Derecho, al convertir la ilegalidad, la clandestinidad, la ausencia de transparencia, en una práctica de dimensiones sistémicas y en un estilo de vida. Existen muchos otros ejemplos de corrupción en el sector público. A través de los delitos contra la Administración Pública se pretende prevenir y sancionar los abusos que cometen funcionarios y particulares cuando se trata de la gestión de los intereses colectivos. Cada vez cobra mayor importancia también una forma muy evolucionada y polémica de corrupción, la que relaciona la actuación de la Administración con la economía, a través del papel asignado a funcionarios o autoridades que gestionan, deciden, adjudican o resuelven la asignación o el control de importantísimos contratos o subvenciones públicas.

Nos encontramos en el ámbito privado, el de las empresas, el de los mercados financieros, el de la intervención de otros sujetos distintos a los funcionarios públicos o autoridades que incurrir en prácticas corruptas o las provocan. Este tipo de corrupción genera vicios difíciles de reparar en la gestión pública y en buena medida se producen alteraciones en el conjunto de la economía. Por una parte, se aprecia que el enorme volumen de dinero en juego potencia la compra de voluntades entre funcionarios, autoridades y políticos. Por otra parte, las reglas que regulan las contrataciones públicas o las subvenciones resultan enormemente alteradas, de tal forma que en muchas ocasiones las empresas optan por imputar las cantidades destinadas al pago de sobornos como un coste más de la operación comercial. Estas conductas llegan a distorsionar las condiciones de competitividad internacional de las empresas. Una prueba irrefutable de la existencia y disfuncionalidad de estos comportamientos es la Recomendación del Consejo de la

Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) relativa a la deducibilidad tributaria de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, que recomienda a los Estados miembros que impidan la deducibilidad de los sobornos dado el carácter ilícito de esos hechos. En otros términos, se ha llegado a la increíble situación de empresas que en algunos países obtienen beneficios fiscales como compensación por los sobornos que pagan en el extranjero. Esto ha llevado a la incorporación de nuevos delitos en los Códigos Penales para luchar contra estas conductas (En el caso del Código Penal español, el artículo 445).

A todo ello debemos sumar fenómenos más recientes, pero no menos importantes. Por una parte, nos encontramos con la corrupción en el sector privado, es decir, aquel que se da en el seno de las propias empresas. Por la otra, salen a la luz escándalos que seguramente serán caracterizables como corrupción, y que afectan a los gestores de ciertas Organizaciones no Gubernamentales de naturaleza humanitaria o solidaria. Todos estos supuestos trascienden al ámbito internacional, y en definitiva producen un daño difícilmente reparable al desarrollo de los pueblos. Por otra parte, es necesario destacar que ya existe una red europea contra el fraude y la corrupción sanitaria, lo que refleja la preocupante existencia de conductas ilícitas en relación a la venta de medicamentos, el reconocimiento indebido de prestaciones sociales y pensiones, todo ello en detrimento de los fondos públicos y de la solidaridad social.

6.2. Corrupción en el sector público

Todas las sociedades han sufrido actos de corrupción a lo largo de su historia. Existen citas que así lo reflejan, como el histórico ejemplo de los amigos de Solón, narrado por Aristóteles, quienes se enriquecieron al enterarse por el propio Solón del inminente perdón de las deudas de los agricultores, ya que pidieron préstamos para comprar tierras y beneficiarse inmediatamente con esta condonación. Este ejemplo de abuso de información privilegiada se reitera muy a menudo en nuestros días. Sin embargo, lo anecdótico se convierte en trágico cuando la influencia de los intereses privados en los responsables del sector público es tal que las decisiones del Estado comienzan a ser erráticas, se altera la forma de gobierno e incluso se resienten las relaciones de poder político entre los ciudadanos.

¿Qué se exige a la Administración Pública? Dado que se están gestionando bienes públicos, la Administración debe funcionar correctamente. Su actividad no es similar a la que desarrolla una empresa privada, por lo que se le exige imparcialidad, eficacia, transparencia y servicio a los intereses generales. En base a estos principios surgen intereses o bienes jurídicos que reciben, como es lógico, una primera protección o tutela del propio derecho administrativo. Sin embargo, existen ataques lo suficientemente graves como para requerir la intervención del Derecho Penal.

En primer lugar, hay que apuntar que los delitos contra la Administración Pública son ilícitos que pueden ser cometidos tanto por particulares como por funcionarios o empleados públicos. Todos ellos, de una u otra forma, pueden lesionar el bien jurídico Administración Pública. Por ese motivo, su análisis no debe limitarse a la perspectiva funcional. Sin embargo, no podemos desconocer que los aspectos funcionariales suponen la mayoría de los supuestos previstos, quedando para los no funcionarios un ámbito relativamente pequeño de incidencia respecto al bien jurídico tutelado.

La doctrina ha señalado que los delitos contra la Administración Pública suponen el bagaje contra la corrupción en sus diferentes manifestaciones (malversación, cohecho, fraudes, tráfico de influencias, etc.). Y es que desgraciadamente la corrupción ensombrece en buena medida a toda la Administración Pública. En general, en Europa se ha optado por tipificar penalmente todas estas conductas para brindar un marco jurídico suficientemente efectivo y garantista.

La situación es muy peculiar en América Latina, pues a partir de las disposiciones de la Convención Interamericana contra la corrupción se tipifica autónomamente el enriquecimiento ilícito de funcionarios (esto es, no justificar la procedencia de un

enriquecimiento patrimonial apreciable propio o de persona interpuesta, posterior a la asunción de un empleo o cargo público). Incluso en muchos países la prescripción de estos delitos no comienza, mientras alguno de los que haya participado se encuentre desempeñando el cargo público. Es una figura polémica, tachada de inconstitucional en distintos países (como Argentina o Costa Rica) porque obliga al funcionario a justificar, en un proceso penal, un incremento no justificado de su patrimonio. En todo caso, con o sin objeciones constitucionales, las estadísticas judiciales, demuestran que el control y represión penal del enriquecimiento ilegal de los funcionarios públicos en América Latina, ha tenido escasa trascendencia.

En el ámbito europeo las preocupaciones se han centrado, en primer lugar, en la tutela de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y a la lucha contra la corrupción cuando intervienen funcionarios de las Comunidades o Estados miembros de la Unión Europea. La Comunidad Europea cuenta con la oficina de lucha antifraude (OLAF) que por el momento ha asumido únicamente competencias para prevenir infracciones administrativas.

6.3. Corrupción en el sector privado

La corrupción es un fenómeno que se presenta preponderantemente en el ámbito público, aunque su metodología y efectos prácticos se pueden trasladar también al ámbito privado. En los últimos tiempos se ha comenzado a hablar seriamente de ello, y prueba de esta situación es la Decisión Marco de 22 de julio de 2003 del Consejo de la Unión Europea sobre la Corrupción en el Sector Privado que considera corrupción, entre otros comportamientos, el pedir o recibir en el ejercicio de actividades profesionales “una ventaja indebida de cualquier naturaleza”, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. Según la Decisión Marco comentada, los Estados miembros pueden declarar que limitarán la punición de estas conductas a las que vayan dirigidas a distorsionar la competencia, en relación a la adquisición de bienes o de servicios comerciales. Se trata de fórmulas que pueden aproximarse a muchos delitos cometidos contra intereses públicos, con la evidente salvedad de referirse a comportamientos desarrollados en el ámbito privado. En la misma dirección se mueven, por ejemplo, los arts. 7 y 8 del Convenio del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 de Derecho Penal sobre la corrupción.

Considero muy relevante apuntar que estos comportamientos ilícitos llevados a cabo en el ámbito privado son el resultado de una caracterización muy reciente, y que está provocando un importante cambio conceptual. El punto de partida no puede ser otro que considerar a las conductas caracterizables como corrupción en el sector privado son susceptibles de ser sancionadas penalmente, en la medida en que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, debidamente identificados en el mundo de la economía, las finanzas y la empresa

Sin embargo, debemos formularnos nuevas preguntas e intentar aportar alguna solución. En primer lugar se encuentra la necesidad de criminalizar específicamente la corrupción en el sector privado, o bien optar por el mantenimiento del arsenal punitivo tradicional, de delitos patrimoniales y societarios, para atender esta problemática.

Lo que está claro, y puede ser tomado como punto de partida, que lo público y lo privado en materia de corrupción se superponen permanentemente. Como se viene observando desde hace tiempo, el entramado de los negocios inmobiliarios ha implicado en prácticas corruptas a un sector de la clase política española, pero no como podría pensarse en el ámbito tradicional del cohecho a través de la concesión de obras públicas o la construcción de autopistas o aeropuertos, sino en otro mucho más propio de la actividad puramente privada, la calificación administrativa de terrenos, como aptos o no aptos para la construcción de viviendas. El mercado inmobiliario se rige por las reglas de la libre

competencia, salvo que los funcionarios públicos influyan para alterar esas reglas, que es lo que se está demostrando ante estos casos de corrupción.

Los considerandos de la Decisión Marco europea recuerdan los precedentes e iniciativas legislativas, y procuran trazar los objetivos perseguidos, siendo de particular importancia el punto que señala que “Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto a la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”. Apunta a continuación que “El objetivo de la presente Decisión Marco es, en especial, asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

6.4. Corrupción en Organizaciones no gubernamentales

La apropiación indebida de dinero en el seno de Organizaciones no Gubernamentales por parte de sus gestores o responsables no debería pasar de ser un hecho constitutivo de un delito patrimonial o societario, por la deslealtad en la custodia de un patrimonio privado, aunque destinado en este caso a tareas humanitarias. Sin embargo, la caracterización como corrupción viene dada por la utilización de dinero público, a través de subvenciones muy generosas, que estas entidades no gubernamentales normalmente administran.

Ante los recientes y presuntos escándalos de Intervida y Anesvad, hay que reflexionar seriamente sobre este tema. Se trata de Organizaciones no Gubernamentales solidarias, donde buena parte de la población española se identifica para luchar contra la lepra, la explotación sexual o para favorecer y alimentar a los niños del tercer mundo. Un fraude provoca que estas donaciones tan importantes se retraigan, con un efecto nefasto para aquellos que efectivamente reciben ayudas, por parte de estas u otras Organizaciones no gubernamentales. Pero ¿esto podía evitarse? Ya existían sospechas previas que no debieron ser ignoradas.

La Fundación Lealtad, que vela por la transparencia y el auténtico compromiso de las ONGs, ponía reparos a la actuación de las entidades ahora sospechosas, por incumplir ciertas reglas, esto es, las “buenas prácticas” que deben cumplir estas entidades. Por ejemplo, que no se optara por campañas de marketing agresivas, que buscan captar fondos a través del uso de imágenes violentas, o presentando a los destinatarios de las ayudas de forma humillante, afectando su dignidad.

Buena parte del dinero de los donativos se dedicaba a crear sociedades mercantiles, incluso inmobiliarias. En definitiva, estas organizaciones se fueron transformando en auténticas empresas, con la peculiaridad de que no rinden cuentas, no se someten a auditorias y escapan a los controles administrativos.

Ante este panorama volvemos a preguntarnos si la solución debe provenir necesariamente del sistema penal. El Derecho penal llega a esta materia, como a casi todas, tarde y mal. La necesaria regulación de controles preventivos de naturaleza contable, el requisito de auditorias y la tutela administrativa de las cuentas de las Organizaciones no Gubernamentales de naturaleza humanitaria o solidaria es un paso que puede redundar significativamente en mejorar su imagen (actualmente bastante dañada) e impedir actos de corrupción.

6.5. Incidencia de la corrupción en el desarrollo de los pueblos

La Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Familia de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha elaborado un proyecto de resolución titulado “Pobreza y lucha contra la corrupción en los estados miembros del Consejo de Europa (DOC 10834) “con fecha 26 de enero de 2006, que si bien por el momento no ha adquirido valor jurídico pleno, es una importante referencia que nos ayuda a definir las relaciones entre corrupción, pobreza y subdesarrollo.

De dicho documento se deduce que la lucha contra la corrupción es una medida efectiva para combatir la pobreza, fundamentalmente en los países donde la corrupción se ha convertido en un obstáculo para el desarrollo económico y social. Ello ocurre incluso en Europa, pero fuera del contexto europeo, los ejemplos en América Latina y África destacan por su evidencia. Esta corrupción afecta el funcionamiento de los servicios públicos, genera inestabilidad política, llega por igual a gobiernos y organizaciones no gubernamentales, e incluso al sistema judicial. Hace peligrar la inversión internacional y el desarrollo de los pueblos. En concreto dice el Consejo de Europa (cláusula 7ª) que “La corrupción es el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social y para la erradicación de la pobreza de muchos ciudadanos y es una flagrante violación a los derechos humanos que afecta la vida cotidiana de la población”.

Se enumeran recomendaciones a los gobiernos para luchar contra la corrupción. Entiendo que todas ellas van bien encaminadas y deben ser un objetivo serio a perseguir a nivel internacional. Entre ellas destacamos:

- Diseñar planes prácticos de acción no sólo para la administración del financiamiento público sino también para la administración de las cuentas en el sector privado.
- Simplificar los procedimientos burocráticos.
- Alertar de la relación entre corrupción, derechos socio-económicos y exclusión social y pobreza.
- Establecer normas estrictas sobre la concesión de contratos, dando preferencia a las invitaciones de ofertas públicas.
- Asegurar que los funcionarios públicos reciban un salario adecuado y disfruten de planes de carrera que sean justos y legales.
- Garantizar la independencia de los medios de comunicación.
- Realizar auditorías públicas y crear un comité de cuentas públicas.

Existen otras indicaciones muy interesantes. Pero considero conveniente destacar de forma especial que en este documento no se señala el recurso al Derecho penal como una de las

soluciones más eficaces. Al contrario entiendo, suscribiendo esa línea de pensamiento, que sólo será posible luchar contra la corrupción con un entramado complejo de medidas, entre las que la pena debe quedar efectivamente reservada para los casos más flagrantes y socialmente lesivos que son, en la actualidad, los que gozan de total impunidad.



Capítulo VII: Delincuencia internacional: el tráfico ilegal de personas.

7.1. El mundo es un pañuelo

En 1962, en “The Gutenberg Galaxy”, Marshall McLuhan escribió unas palabras que iban a convertirse en un lugar común: “The new electronic interdependence recreates the world in the image of a global village”. Sí. “La nueva interdependencia electrónica vuelve a crear el mundo a imagen de una aldea global”, que integra “a toda la familia humana en un sola tribu [también] global”, o, si se prefiere una mayor precisión de la traducción, “en un sola tribu mundial”.

En otra obra -escrita con Fiore, en 1967- cuyo título adquirió el valor de una consigna (“The medium is the message”): “El tiempo ha cesado, el espacio se ha desvanecido. Ahora vivimos un acontecer simultáneo en una aldea global [mundial]”.

Tal vez, la dificultad estriba en que no se trate de un fenómeno unitario, sino de la convergencia de una pluralidad de ellos que se interrelacionan sinérgicamente.

7.2. La globalización producida por las nuevas tecnologías de la comunicación

En su primera acepción, se refería a la aplicación de tecnologías renovadas cada día al ámbito de las comunicaciones (al principio, sólo en cuanto intercambios de información), que ha dado lugar a una aproximación de los distintos y distantes puntos del planeta Tierra, hasta convertirlo efectivamente en la aldea global tópica.

Esta revolución tecnológica de las comunicaciones nos instala en la que Alvin Toffler, en un libro que lleva este nombre (The Third Wave, 1980) denominó la “tercera ola” u “oleada”.

El mundo actual asiste a un cambio de modelo económico. La producción industrial cede su puesto prevalente al sector terciario (centrado en la prestación de servicios) y, en la actualidad, más concretamente, al predominio de la financiación sobre la producción. Consecuentemente, los medios de comunicación social se consolidan como instrumento específico de dominación.

7.3. Glocalización y glocalización

La globalización genera uniformidad pero no impide, en absoluto, la adaptación del sistema a las peculiaridades locales.

Al final del pasado siglo XX, comenzó a generalizarse una terminología -iniciada por los analistas japoneses- para designar este fenómeno: la glocalización (“glocalization”). Se trata, en realidad, de una estrategia para obtener óptimos resultados. Timothy Wirth lo expresa así: “pensar globalmente y actuar localmente”. George Ritzer, en 1993, consideró como arquetipo lo que llamó McDonaldization, “el proceso por el cual los principios del restaurante de comida rápida (fast food) están dominando cada vez más sectores de la vida americana y del resto del mundo”. Su secreto consiste en aplicar flexiblemente los principios generales de organización empresarial racionalizada, adecuando la oferta del producto al punto de vista del consumidor.

7.4. La Economía de la aldea global

La globalización es un fenómeno tan nuevo y complejo que no ha dejado de suscitar recelos. Existe una tendencia catastrofista a enfatizar sus resultados perjudiciales, como si fueran inherentes a ella.

Sin duda, el constante intercambio de información unido a una intensa movilidad social favorecida por el creciente incremento de vías de comunicación a escala mundial han convertido el planeta en un único escenario de la actividad económica; sin embargo, la bondad o maldad de la globalización dependen realmente de quién toma las decisiones y en beneficio de qué intereses. El malestar de la Economía mundial no es el producto inevitable del fenómeno, sino de su apropiación y aprovechamiento por el sistema económico del capitalismo real.

“El problema -escribe lúcidamente Stiglitz- no es la globalización sino el modo en que ha sido gestionada. Parte del problema radica en que las instituciones internacionales ... que ayudan a fijar las reglas del juego, lo han hecho de formas que, por lo general, han favorecido los intereses de los países industrializados más avanzados -e intereses particulares dentro de esos países- más que los mundos en desarrollo. Y...a menudo han enfocado la globalización desde puntos de vista particularmente estrechos, modelados conforme a una visión específica de la economía y de la sociedad”.

A título de ejemplo, si se analizan objetivamente las políticas del Fondo Monetario Internacional, se encontrarán buenas razones para concluir que en realidad está

“propiciando los intereses de los mercados financieros, en vez de limitarse a cumplir su misión originaria de ayudar a los países en crisis y fomentar la estabilización económica global”.

La dimensión económica de la globalización ha terminado por desplazar al primitivo punto de vista de la tecnología de las comunicaciones.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo confirma. Se entiende por globalización, la “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”.

La facilidad de las comunicaciones (en su doble acepción de transporte de personas y de mercancías y de transferencia de información en sentido amplio) y las posibilidades de división, material y funcional, del trabajo hicieron posible la dislocación del ciclo productivo.

Ahora las diferentes fases que lo componen, como explica Beck, se desarrollan en lugares diferentes.

Pueden, en efecto, ser distintos:

- a) el lugar de elaboración del proyecto;
- b) el lugar de financiación;
- c) el lugar de inversión, en cuanto aportación de medios para la ejecución del programa;
- d) el lugar de producción; y, si el ciclo productivo puede fraccionarse en varias fases o etapas, nada impide que sean varios también los lugares de producción de los respectivos componentes y el de construcción del producto final;
- e) el lugar de tributación;
- f) el lugar de percepción de los beneficios;
- g) el lugar de residencia del receptor de los beneficios; y cabría añadir;
- h) el lugar de consumo final de los beneficios percibidos; o de su reinversión, reiniciándose el ciclo.

Esta posibilidad de dislocación de cada una de las fases del ciclo económico dio lugar a una redefinición de las relaciones económicas entre países con diferentes niveles y velocidades de desarrollo.

Las empresas transnacionales comenzaron a desplazar sus centros de producción a países subdesarrollados. Las condiciones del mercado de trabajo eran mucho más favorables para ellas y los Gobiernos ofrecían grandes ventajas fiscales y no eran en

absoluto exigentes en materia medioambiental.

La emigración industrial, paradójicamente, comenzó a repercutir desfavorablemente sobre la clase trabajadora de los países desarrollados.

Masas de inmigrantes, huyendo de conflictos bélicos locales y de la progresiva depauperación de amplias áreas del mundo subdesarrollado, comenzaron a desplazarse hacia otras de mayor prosperidad económica, preferente, aunque no exclusivamente, a las ciudades, como se registra en el estudio de Tertelbaum para la OCDE; pero buena parte de esa mano de obra se ha venido dedicando a la producción agropecuaria (si se prefiere, al sector FAO), utilizando técnicas muy primitivas; o a la actividad extractiva de materias primas que se exportan sin manipular.

Carecen de la capacitación que se requiere en los países de destino y, al llegar a ellos, pasan a engrosar bolsas de desempleo cada vez mayores.

Los inmigrantes (muchos de ellos, en situación ilegal) se constituyen además -sin duda, muy a su pesar- en inesperados competidores de los trabajadores autóctonos cuya tasa sectorial de desempleo ha ido aumentando, produciendo un doble efecto: la proletarización de los bordes inferiores de la clase media y la ampliación del subproletariado.

El resultado de todo lo anterior fue el enfrentamiento entre trabajadores inmigrantes y autóctonos.

Estos últimos sospechan de los recién llegados (a quienes, para empezar, perciben como distintos y por ello, inquietantes) como competidores y, en definitiva, enemigos; culpándolos del deterioro de su situación. Esta percepción, alimentada por el sesgo de las informaciones proporcionadas por buena parte de los medios de comunicación, impide cualquier estrategia unitaria de clase y favorece, desde el punto de vista de la protección de los Derechos de la Persona, la eclosión de actitudes discriminatorias xenófobas, caldo de cultivo de reacciones violentas y de proclividad a la aceptación de propuestas políticas demagógicas de corte autoritario que prometen restablecer el orden primitivo de las cosas.

La situación resultante estaría haciendo realidad el sombrío vaticinio de Hess: "...La globalización rebajará el standard de vida de amplias capas de población e incrementará la población de la pobreza de modo adicional por la inmigración. Con los conflictos resultantes de ello crecerán tanto la criminalidad como el punitivismo..."

7.5. Globalización y Política

La internacionalización de la actividad económica y la dislocación de sus distintas fases o etapas desbarataron los límites territoriales de soberanía de los Estados de la modernidad y el equilibrio internacional establecidos tras la Paz de Westfalia. Los nuevos protagonistas del capitalismo global superaron sus fronteras.

Beck define la globalización como el “conjunto de procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores [habría que añadir: económicos] transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados vivos”.

La acumulación de capital en grandes empresas transnacionales y la posibilidad de participación de unas en otras generó la opacidad de la identidad de las personas concretas que las controlan y, consecuentemente, de su nacionalidad.

En la globalización hay, además, un importante componente de dominación violenta, sobre el que ya se está llamando la atención en el mundo universitario europeo.

Friedrich Müller, de la Universidad de Heidelberg, escribe ásperamente que el nuevo capitalismo globalizado se basa en “un nuevo juego de violencia y poder, de un ejecutivo planetario no democrático, que opera entre bastidores y está formado por el FMI, por el Banco Mundial, por la OMC, por la OCDE y por las cúpulas del G8”, y se corresponde con una “aplicación tan abstracta como brutal de los modelos económicos y de la ideología política y económica de los países industrializados más ricos del Occidente a las sociedades de la llamada periferia”. El mercado internacional –diagnostica, por su parte, Joachim Hirsch, de la Universidad de Frankfurt- se ha organizado con arreglo al modelo capitalista y en su seno “los conflictos sociales y políticos... son tratados con violencia”.

7.6. Globalización, movimientos migratorios y criminalidad.

7.6.1. Globalización y criminalidad.

Los efectos de la Economía globalizada se dejaron sentir en la criminalidad tradicional, lo que no significa que haya de incluirse en la específica de la Sociedad globalizada.

Esta última forma parte, sin duda, del conjunto de lo que se ha denominado macrocriminalidad, dentro de la que se singulariza por ser una Systemkriminalität, pues trata de aprovechar las posibilidades de manipulación ilícita del sistema económico neocapitalista a fin de conseguir una multiplicación de los propios beneficios.

La delincuencia de la globalización está protagonizada por los “powerful” (como enfatiza Silva Sánchez) que operan en el ámbito socioeconómico, que constituye su escenario típico, mediante organizaciones complejas, dotadas de un gran poder económico, cuya estructura, actividad y efectos tienen un ámbito transnacional.

Las de la criminalidad organizada tradicional intervienen también en este ámbito; pero lo hacen o como una actividad delictiva secundaria, para colocar excedentes, o como una estrategia de diversificación. Por supuesto, nada impide que la organización vaya abandonando progresivamente el espacio –más peligroso y no siempre más rentable– de su originario objeto delictivo, para convertirse en otra, de naturaleza socioeconómica regular, con el fin de optimizar los recursos acumulados.

7.6.2. El tráfico de personas con destino a la prostitución en la Sociedad globalizada

La extrema facilidad material de movimientos de personas en el ámbito de una Sociedad globalizada produce, como indeseable efecto colateral, que sea también más fácil el llamado tráfico (o trata) de personas.

De Lucas estudia, como una característica de la globalización, el incremento de la migración de sur a norte, pero, en realidad, al flujo en este sentido, dentro del continente americano, hay que añadir otros tres: de Hispanoamérica y de África hacia Europa occidental; la que se dirige a ésta a partir de los países que formaban parte del desaparecido bloque soviético; y de la –no se sabe si menos numerosa o menos visible– que procede del Oriente Lejano.

En definitiva, los habitantes del mundo subdesarrollado tienden a desplazarse, en busca de mejores condiciones de vida, a los países con mayor nivel de desarrollo económico.

Sobre esta realidad se organiza el tráfico o trata de personas.

De acuerdo con el apartado a) del artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (ratificado por el Reino de España el 1º de marzo de 2002, con efectos a partir del 15 de diciembre de 2000 y asumido como Derecho interno de la Comunidad Europea por dos Decisiones del Consejo, de 24 de julio de 2006), se entenderá por trata de personas “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”.

Esta explotación, con arreglo al precepto invocado, “incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Nótese que, en el Protocolo, no se reprueba en términos absolutos la posibilidad de contratación del propio trabajo ni la donación de órganos; ni siquiera de la prestación, por precio, de servicios sexuales sino su imposición violenta, abusiva o engañosa, con desprecio del poder de autonomía privada de todo ser humano para configurar libremente

sus propios intereses, como manifestación del ideal de libre desarrollo de la personalidad, que el artículo 10.1 de la vigente Constitución Española considera como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social.

Lo deja claro su artículo 3: “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo [cuyo contenido ya queda explicado] no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

Los niños –entendiendo por tales a todas las personas menores de dieciocho años, a tenor del apartado d) del artículo 3- son objeto de una tutela especial en función de su falta de madurez y por eso, el apartado c) establece que “[la] captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará «trata de personas» incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”.

La valoración de la prestación retribuida de servicios sexuales –la prostitución- es objeto de una viva discusión. Agustín de Hipona, San Agustín, uno de los Padres de la Iglesia cristiana, la consideraba como un factor estabilizador de las tensiones en la Sociedad. Santo Tomás de Aquino se adhería a esta perspectiva. Su opinión era, sin embargo, minoritaria entre los moralistas, aunque el rechazo fuese compatible, en la práctica, con su tolerancia y aun con su regulación más o menos detallada.

Actualmente el tratamiento de la prostitución (si se prefiere, el “sistema prostitucional” del que habla Rosario Carracedo) sigue siendo objeto de un vivo debate. Baste, para demostrarlo, la comparación entre la pragmática opinión de Maqueda Abreu (en su artículo “Feminismo y prostitución”, aparecido el 1º de abril de 2006 en el diario EL PAÍS), y la enérgica réplica firmada por Amelia Valcárcel, Victoria Sau, Celia Amorós, Teresa Gisbert, Rosa Cobo, Inmaculada Montalbán y Alicia Miyares, en “¿La prostitución es un modo de vida deseable?”, publicado, también en EL PAÍS, el 21 de mayo de este año 2007.

En el Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 2 de diciembre de 1948 (a diferencia del Protocolo del 2000), no se hacen distinciones y se consideran todas las manifestaciones de la prostitución -aunque exista consentimiento de la víctima- como casos de explotación sexual. Por su parte, la Resolución aprobada por el Parlamento Europeo el día 2 de febrero de 2006 que insta a luchar contra la idea de que la prostitución es equiparable a un trabajo, lo que, si se quiere armonizar con la asunción del Protocolo de 2000 como Derecho Comunitario, no puede significar otra cosa que no todas las manifestaciones del comercio sexual hayan

de ser tipificadas como delito.

De esta parecer participa también el Informe de 13 de marzo de 2007, aprobado por la Ponencia sobre el estudio de la prostitución en nuestro país, constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, del Congreso de los Diputados.

Los redactores de la ponencia ponen de relieve que “[en] apenas unos años ha disminuido considerablemente el número de mujeres nacionales en prostitución y ahora son mayoritariamente extranjeras (la relación 90% nacionales, 10 % extranjeras se ha invertido en poco tiempo, según datos de la Guardia Civil) y aunque hay diferencias en diferentes zonas de nuestra geografía, según los lugares la procedencia es de mayor a menor Países del Este, Latinoamérica y África Central”. La relación de la prostitución con los movimientos migratorios parece sobradamente probada.

Un gran número de mujeres terminan prostituyéndose en los países desarrollados; a la vez, un número aún mayor acude a los de origen para satisfacer sus pulsiones. En el documento parlamentario citado se considera, además, que “no se puede ignorar la globalización de los mercados y la conexión entre la industria del ocio y el llamado turismo sexual que se relaciona claramente con un aumento de la demanda de prostitución.

La prostitución se ha convertido en un lucrativo negocio que está bajo el control de mafias criminales de ámbito transnacional que trafican con mujeres de la misma forma que lo hacen con armas o drogas”.

7.6.3. Historias para no dormir

La Sentencia 1292/2006, de 28 de noviembre, resolvió un recurso interpuesto contra la Sentencia de 7 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Huelva. Los hechos, tal como se declaran probados en la resolución recurrida, constituyen un arquetipo del mecanismo de tráfico internacional de personas para la explotación de su fuerza de trabajo:

“Hace entre 7 y 8 años, la acusada María Teresa se estableció en España, procedente de Rumania, su país de origen... viviendo en la localidad de Almonte.

1. Planificación de la operación

A primeros de 2004 conoció a su compatriota... Juan Carlos, que acababa de llegar a España. Entablaron enseguida una relación sentimental establece, y empezaron a vivir juntos, en aquella población, en fecha indeterminada, pero... en los primeros meses del año, idearon un plan para obtener dinero aprovechando la precaria situación que muchos de sus compatriotas viven en Rumania y que, en síntesis, se desarrollaba así:

2. Captación

A) En principio, contactaban con estos compatriotas, a menudo mediante llamadas telefónicas que les hacía la madre de Juan Carlos, y cuya identidad no consta. En nombre de éste, les comunicaba que su hijo y su compañera María Teresa podrían proporcionarles trabajo en España. El dinero preciso para tan largo viaje no supondría problema, puesto que los acusados se lo facilitarían.

[La fase de captación se estructura sobre la intervención de dos (o más) personas en contacto, una de las cuales opera en el país de origen y la otra, en España. No es indispensable que esta última, una vez que su corresponsal en el extranjero le comunica la disponibilidad de mercancía humana, se desplace para aprobar el traslado]

B) Una vez que estos, reducidos en cada caso con tan halagüeñas perspectivas, aceptaban la oferta, eran recibidos en un microbús conducido por un rumano, cuya identidad tampoco consta, y que los trasladaba desde aquel país hasta Almonte. Al iniciar el viaje les recogía los pasaportes, con el pretexto de tenerlos para pasar los obligados trámites fronterizos. Una vez que llegaban a la localidad andaluza, el mismo conductor entregaba los pasaportes a María Teresa o a Juan Carlos, que los guardaban.

[Cuando el traficante en España descubre la cruda y dura realidad de la operación, el inmigrante ilegal queda en situación de extrema vulnerabilidad:

Se encuentra en un país cuyo idioma y costumbres desconoce, y en el que carece de contactos con personas que pudieran ayudarlo.

Carece de documentación acreditativa de su identidad y nacionalidad, que ha quedado en

poder de quienes han organizado su viaje.

Convertido en un residente ilegal, no puede acudir a las instituciones del país en que se halla, por miedo a las consecuencias perjudiciales que pudiera acarrearle.

Carece de medios económicos para satisfacer sus necesidades más elementales.

Adeuda los gastos de viaje a quienes lo organizaron y de quienes está constantemente apremiado de pago, so pena de atenerse a sufrir represalias.]

3. La explotación

C) Tan pronto como los inmigrantes se establecían en Almonte, alojados desde el primer momento en pisos alquilados por los acusados, ... [éstos] les hacían saber que tendrían que pagarles el precio del viaje, en ningún caso inferior a 700 euros por persona, más 100 euros mensuales por el alojamiento. Concretaban la situación explicando que cada uno tendría que trabajar el primer mes sólo para pagar el importe de la deuda contraída.

D) De este modo, en cada caso los inmigrantes comenzaban a trabajar bajo un fuerte control de los acusados.....:

Trabajan en faenas agrícolas, y en concreto, en la recolección de aceitunas y de piñas. El salario semanal oscila en torno a los 190 euros, con jornadas laborales de incluso 10 y 12 horas, y muchas veces, sin descansar ningún día de la semana.

En el momento de cobrar sus salarios, eran los acusados quienes recibían materialmente el dinero, que se guardaban para sí. Y a cada trabajador le daban una cantidad variable, de un mínimo de 5 euros, y un máximo de 10 euros, para comer durante toda la semana.

E) En estas condiciones malvivían los perjudicados...

... Cuando las víctimas, desengañadas por la penosa realidad que padecían, manifestaban a los acusados su deseo de regresar a Rumania y requerían la devolución de los pasaportes, aquellos se negaban, al tiempo que proferían amenazas como: "si quieres volver a Rumania, vas a hacerlo en silla de ruedas".

... A mediodía del 15 de ese mes, Francisca se presentó en el cuartel de la Guardia Civil de Almonte, donde presentó denuncia por los hechos".

Esta técnica se aplica sustancialmente al tráfico de personas destinadas a su explotación sexual.

Conviene tener en cuenta que, en su mayoría, las mujeres reclutadas por estos procedimientos (el porcentaje de varones es incomparablemente menor) saben a qué actividad van a dedicarse; la misma a la que buena parte de ellas ya se dedicaba en sus países de origen. El estudio de Oso Casas, sobre una muestra de ciento veinticuatro mujeres hispanoamericanas, parece confirmarlo. El error recae sobre las condiciones en que van a desempeñar su trabajo.

El relato de los hechos que considera probados la Sentencia 95/2006, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid puede servir de acabado ejemplo de otras muchas

historias similares.

“[En] fecha no determinada los acusados Ángel Daniel ..., Juan Pedro ... Jesús Ángel ..., conocido también por los nombre de Ignacio y Eusebio ..., Elvira ..., ... también conocida por " Guadalupe " y Amparo ..., ... todos ellos de nacionalidad rumana, se pusieron de acuerdo para, en su país de origen, captar mujeres con la finalidad de que éstas se trasladaran con ellos a España y una vez aquí obligarlas a trabajar como prostitutas y a entregarles las ganancias que obtuvieran con esa actividad.

Así durante el mes de diciembre del año 2004, el acusado Ángel Daniel que se encontraba ... en su ciudad natal Harsova (Rumania), fue el encargado de entrar en contacto con Mari Juana de veintitrés años a quien le propuso viajar con él a España ofreciéndole un trabajo bien remunerado como camarera en un bar-restaurant, asegurándole que una vez en España le tramitaría y proporcionaría los debidos permisos para residir y trabajar legalmente en nuestro país, ofreciéndose a proporcionarle el dinero necesario para realizar el viaje que ella le devolvería una vez estuviera trabajando en España ... [y] aunque Mari Juana ni siquiera había pensado [con anterioridad en el viaje], [consideró] la oferta y la [aceptó], pues sus perspectivas laborales, por la mala situación económica de Rumania, resultaban escasas.

También se encargó el acusado Ángel Daniel de entrar en contacto con Teresa.... Habló con ella el acusado varias veces, en todas le ofreció un trabajo en un restaurante, primero como camarera y después en la cocina... Como a la joven anterior, le aseguró que él le tramitaría y le proporcionaría los debidos permisos para residir y trabajar legalmente en nuestro país, ofreciéndose a adelantarle el dinero necesario para realizar el viaje, asegurándole que ella se lo devolvería sin problemas una vez estuviera trabajando en España.

De igual modo, Teresa... creyó en la oferta que se le hacía y la aceptó.

... Mari Juana y Teresa... emprendieron con el acusado Ángel Daniel el viaje hacia España en autobús, entrando como turistas... por la frontera de Alemania. Ángel Daniel compró los billetes y para que las autoridades fronterizas no les pusieran problemas... entregó a cada una de las mujeres citadas 200€.

Llegados a Madrid..., el acusado Ángel Daniel, se trasladó... con Mari Juana y Teresa a..., donde les estaban esperando los también acusados Jesús Ángel... y Elvira, los cuales ya habían sido avisados de los pormenores del viaje y con los que, al menos una vez a lo largo del mismo había tenido contacto telefónico Ángel Daniel.

Una vez en Madrid, Ángel Daniel, Jesús Ángel... y Elvira, comunicaron a las jóvenes que comenzarían a trabajar para ellos en la C/ Montera de esta localidad prostituyéndose. Cuando las dos mujeres manifestaron que ellas no querían trabajar de prostitutas, que no habían venido a eso, que habían venido a trabajar en un bar, Elvira, les dijo que de aquí no iban a escapar, que se acostumbraran, que cuando salieran a la calle no vieran más que dinero, que ellos solo querían dinero. Jesús Ángel ... y Ángel Daniel... les dijeron que como no hicieran lo que les decían las matarían a ellas o a sus familias, las rajarían ..., que de ahí no se escaparía nadie que estarían vigilando, ellas no sabrían desde dónde pero las vigilarían constantemente, que ellas no conocían a nadie aquí, que no sabían hablar ni moverse, pero ellos sabrían lo que comían, lo que bebían, con quien hablaban, con cuántos hombres iban, que si decían algo les quemarían la casa a sus familias, las cortarían la cara, las sacarían el hígado para mandárselo a la familia, advirtiéndoles que la C/ Montera le pertenecía a Jesús Ángel... con todas las mujeres que en ella trabajaban....

Elvira, a pesar de la negativa de las mujeres, las llevó a comprar la ropa adecuada para trabajar en la calle atrayendo hombres, les enseñó lo que debían decir para atraerlos y lo que tenían que decirles cuando estuvieran con ellos.

A los dos o tres días de su llegada las dos mujeres..., fueron trasladadas... desde el domicilio en... a un Hostal del que, a los pocos días volvió a trasladarlas al Hostal F..., lugar desde el que Ángel Daniel las llevaba a la C/ Montera para que ejercieran la prostitución, bajo su vigilancia, para lo cual utilizaban otro hostal situado en la C/....

En estas circunstancias, se mantuvieron Mari Juana y Teresa..., hasta que... [ésta] fue hallada en la calle llorando por un hombre que hablaba su idioma, la ayudó a escapar, informándola de que podía denunciar todo lo que le había sucedido. ... [Poco] tiempo después de escapar se dirigió a la Comisaría a denunciar los hechos”.

7.6.4. Tratamiento jurídico penal, en Derecho interno español, del tráfico de personas, con especial referencia a la prostitución

El apartado 1 del artículo 5 del Protocolo compromete a los Estados que lo suscriban a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.

En los artículos 312 y 313 del Código Penal español se tipifican y sancionan conductas de tráfico ilegal de personas, desde el punto de vista del aprovechamiento de su capacidad productiva:

En estos dos casos, el tenor literal de los preceptos sugiere que se describen conductas realizadas dentro de las fronteras del Estado español sin que sea necesario que la víctima sea extranjera.

Lo mismo ocurre con los artículos 187 y 188, a propósito de los delitos relativos a la prostitución.

En cambio, en los demás tipos delictivos comprendidos en los ya citados artículos 312 y 313, el sujeto pasivo ha de ser de nacionalidad extranjera.

Importa muy especialmente el artículo 313.1, que castiga al “que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior”.

La pena fijada para todos estos delitos será la compleja de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses.

El artículo 318 bis contiene otras previsiones relativas al flujo transnacional de personas. “1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión”.

En el mismo precepto se prevén cualificaciones agravatorias para quienes realicen alguna de las conductas descritas con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la

integridad de las personas; los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público; o cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades, exacerbando la pena cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.

Con todo, a fin de evitar cualquier posible desproporción entre el castigo previsto en abstracto y la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, los tribunales penales podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

La desordenada multiplicación de reformas del vigente Código Penal ha producido numerosos solapamientos entre normas, cuya aplicación racional puede resultar extraordinariamente difícil, como demuestra un repaso de la bibliografía especializada y de las resoluciones judiciales.

En fin, la Ley Orgánica 6/2000 de 4 de Octubre, autorizó la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de Julio de 1998. El Tribunal se constituye, como se lee en el primer artículo de su Estatuto, como “una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdiccionales penales nacionales”. Entre otras, tiene competencia para enjuiciar los denominados crímenes de lesa humanidad (artículo 5.1.b), entre los que se encuentra –en el artículo 7.1.g)- la prostitución forzada.

7.6.5. La cara oculta del tráfico ilegal de personas

En su artículo antes citado, Amelia Valcárcel y las demás firmantes escriben:

“Pocas son en el presente las mujeres españolas abocadas a la prostitución por vulnerabilidad o exclusión social. La realidad es que, cuando en una sociedad aumentan los espacios de igualdad y el nivel de vida, disminuye drásticamente el número de mujeres del propio país que se dedica a la prostitución.

Vulnerabilidad, marginación y pobreza son las causas que llevan a la prostitución, no sus consecuencias. La prostitución cursa con la feminización de la pobreza. Las mujeres del tercer mundo vienen a nuestros países por la pobreza de los suyos. Vienen al primer mundo, alentadas o engañadas por las mafias de traficantes, para mejorar su vida y, sin embargo, terminan dentro de la prostitución como horizonte vital”.

Cabe, entonces, obtener algunas conclusiones provisionales, que afectan a la Política de los Derechos Humanos.

a) Los movimientos migratorios clandestinos responden al desesperado intento de innumerables personas de escapar de las situaciones de sus respectivos países (conflictos bélicos, subdesarrollo económico, injusticia estructural de la distribución de la riqueza, vulneración de los derechos humanos) en busca de un futuro menos malo.

b) Dejando al margen los casos de explotación forzosa de la prostitución, la prestación retribuida de servicios sexuales responde a una decisión tomada tras una ponderación de las ventajas y de los inconvenientes de la dedicación a otras actividades alternativas.

c) Las mujeres que se dedican a comerciar con su cuerpo proceden casi siempre de países organizados como sociedades radicalmente patriarcalistas, y han interiorizado como algo natural, un modelo cultural de absoluta sumisión al varón y, con ella, de una no menos absoluta falta de autonomía sexual.

El tráfico de personas destinadas a la prostitución contribuye a la reproducción de estos criterios de dominación machista en los países de origen, al dificultar la toma de conciencia de la injusticia de la situación y la consecuente organización de movimientos femeninos para el cambio.

d) La extrema penuria económica facilita la renuncia a exigir derechos inherentes a la dignidad de la persona. Ya el juez francés Magnaud, en su sentencia dictada en el caso

Louise Ménard, reflexionaba con crudeza que el hambre borra las barreras entre el bien y el mal, entre el sentimiento de dignidad personal y la degradación.

e) En muchos casos, se opta por realizar un trabajo que, aunque desagradable e incluso humillante, está considerablemente mejor retribuido que otros de penosidad física aparentemente mayor. Una decisión en este sentido puede encontrarse facilitada por la profunda alteración que se está produciendo en la escala de valores, sustituido el ser por el tener y el consumir.

f) Al aceptar acríticamente, mujeres y varones, el modelo axiológico (si se quiere, la superestructura) que genera y sobre el que a la vez se asienta el sistema socioeconómico injusto vigente en su país, sin caer en la cuenta de que en él encuentra su origen su propia situación individual, es posible la reproducción indefinida de ese modelo y de ese sistema, renunciando a imaginar otros alternativos mejores y a intentar hacerlas realidad.

g) Al mitificar el modelo de sociedad vigente en el país de destino, aceptando resignadamente la dosis de desigualdad, de explotación y de injusticia subyacente, lo refuerzan contribuyendo a convertirlo en globalmente único.

Macrosópicamente, la explotación de la trata de personas produce efectos negativos tanto para el país de origen como para el de destino.

En este último, se crean las condiciones para el establecimiento de grandes y poderosas organizaciones delictivas, cuyo potencial criminógeno y corruptor es innegable, e improductivas desde el punto de vista de la creación de riqueza por medios legales. Explicablemente, tratan de expatriar cuanto antes (directamente o previo un procedimiento de blanqueo) sus ilícitas ganancias, sustrayéndolas a una esperable contribución al desarrollo español aunque tampoco se empleen en el de sus países de origen.

El gasto del conjunto de las personas prostituidas es macroeconómicamente irrelevante. Como, en su gran mayoría, no proyectan permanecer indefinidamente en España, no realizan inversiones de interés para la economía interna. En su mayoría convierten sus magros ingresos en remesas que envían a sus países de origen.

Con gran frecuencia, estos países están gobernados por regímenes no democráticos o son lo que se llama Democracias débiles, cuando no abiertamente fallidas, en los que no se respetan los derechos humanos, y a cuyos dirigentes importa poco el destino de la población emigrante, cuya subsistencia pueden considerar un óptimo negocio.

Su marcha recorta los índices interiores de desempleo; reduce las partidas de la normalmente exigua asistencia social; e incrementa, con sus remesas, la riqueza interna, que no se reinvierte en interés colectivo, sino en beneficio de la nueva clase hegemónica.

Puede incluso ocurrir que las entradas de capital procedente de la prostitución susciten una ilusión de mejora transitoria de la situación económica de algunos sectores sociales, enervando cualquier tentación de reforma progresista.

Ahora se comprenderá por qué es tan fundamental –como se programa en el artículo 9 del Protocolo del 2000- que los Estados del mundo desarrollado adopten medidas o refuercen las ya existentes, “recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata”.

Obviamente lo anterior sólo será posible si en esos Estados existe una democracia consolidada, en la que el Pueblo tome realmente las decisiones que se refiere a la res publica, interna e internacional.

7.6.6. Tráfico de personas y políticas restrictivas de la libertad de circulación internacional

A propósito de la criminalización internacional del tráfico de personas, advierten Cancio Meliá y Maraver Gómez que, en contraste con “un aumento y... una liberalización de los movimientos de bienes y servicios –en especial, de los capitales y servicios financieros-, la inmigración tiende a ser regulada desde el norte mediante políticas de carácter restrictivo”.

Ese tráfico ilegal resultaría entonces explicable como producto de las restricciones de entrada en los países de destino.

La importancia de esta relación no puede minimizarse.

Muy a menudo, la criminalización primaria de la promoción, facilitación y favorecimiento de los movimientos migratorios ilegales, y su explotación económica, se justifica como mecanismo imprescindible de protección de la dignidad de los inmigrantes como seres humanos, de sus derechos fundamentales como personas, de los que reconoce a los extranjeros el Derecho interno del Estado de destino y de los que les corresponden cuando desempeñan roles sociales específicos. Así se argumenta en la exposición preliminar del Protocolo de 15 de noviembre del 2000.

Algunos especialistas ponen de relieve, no obstante, que, tras esa invocación de motivaciones humanitarias, se oculta una realidad muy distinta. En su informe al Parlamento autonómico, el Defensor del Pueblo Andaluz denunciaba, en 2002, el arraigo de “redes organizadas de prostitución en las que se ven atrapados numerosos ciudadanos inmigrantes, sometidos todos ellos a situaciones de dependencia y coacción, [que] pone de manifiesto la insuficiencia de estos instrumentos legales en la lucha contra las mafias organizadas de tráfico de personas. Esta circunstancia, unida a la falta de una postura definida de España respecto al ejercicio de la prostitución, puede favorecer que éste sea un territorio propio para que operen las redes internacionales”.

Los intereses de las masas de desplazados tienen, en realidad, menor importancia que la estabilidad del orden socioeconómico, para la que supone un innegable riesgo la libertad absoluta de circulación de personas que ofrecen en el mercado de bienes y servicios su propia fuerza de trabajo.

7.7. El blanqueo o lavado de los beneficios del tráfico de personas

Como queda explicado, el ciclo de cualquier actividad económica no concluye con la percepción de sus beneficios; se abre, a continuación, la necesidad de decidir la finalidad a que éstos han de destinarse, sin despertar sospechas sobre su origen, cuando éste sea ilegal.

Huerta Tocildo define el blanqueo (del francés blanchiment) o lavado (del inglés laundering) de bienes o capitales como el «procedimiento mediante el cual se pretende incorporar al tráfico económico-financiero legal los beneficios obtenidos a raíz de la realización de ciertas actividades delictivas, para darles –apostilla Del Olmo- una apariencia de legitimidad.

El blanqueo –anota expresivamente la siguiendo los términos literales de la Sentencia 1277/2001, de 26 de junio- “constituye el maquillaje imprescindible para dar apariencia legal al origen del dinero”. El concepto, claro es, resulta igualmente aplicable a casos de ilegalidad sin relevancia jurídica penal.

El procedimiento –de acuerdo con el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)- se desglosa en tres fases o etapas.

- I. La colocación, que tiene por objeto introducir los capitales en el sistema financiero escapando a los controles de seguridad.
- II. La acumulación, diversificación o transformación persigue dificultar el rastreo (traceability) del origen ilícito del dinero y de los bienes.
- III. La integración constituye la fase final del proceso: los capitales blanqueados se mezclan con flujos monetarios de procedencia legal.

En el vigente Código Penal español, el Título XIII de su Libro II se ocupa de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Su capítulo XIV lleva como epígrafe «de la receptación y otras conductas afines». El Proyecto de Ley de modificación del Código Penal (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 15 de enero del 2007) propone su sustitución por el siguiente: «de la receptación y el blanqueo de capitales».

En el artículo 301 se castiga - con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes- al que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

El culpable será castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o las operaciones del procedimiento de blanqueo hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

Los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal (no superior a cinco años) o definitiva del establecimiento o local.

Se prevén agravaciones de pena cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código, aplicándose entonces las disposiciones contenidas en el 374; cuando el culpable pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, exasperándose cuando se trate de jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones (artículo 302); y (artículo 303) si los hechos delictivos fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, autoridad o agente de la misma.

En el artículo 304 se extiende la punición (con la pena inferior en uno o dos grados) la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303; y, en el 302.2, la perpetración, por imprudencia grave, de las conductas típicas objetivas.

Como complemento de la respuesta penal se desarrolló una compleja regulación complementaria, constituida por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, y otra, administrativa, no sólo sancionadora sino fundamentalmente represiva, contenida en el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, modificado últimamente por el 54/2005, de 9 de junio. De este modo se traspone al Derecho interno español –e incluso, para algunos comentaristas, se endurece- las Directivas 91/308/CEE, de 10 de junio del 1991, 2001/1997 CE, de 4 de diciembre del 2001, y 2005/60 CE, de 26 de octubre del 2005.

Esto no obstante, la criminalización secundaria se encuentra enormemente dificultada.

La neutralización del negocio de la prostitución requiere una dotación de medios materiales y personales que supone una considerable partida presupuestaria.

Lo anterior conduce a que el aparato represivo centre su trabajo en la delincuencia menor, obteniendo unos resultados que, desde el punto de vista de sus protagonistas (“risk preferrers”, aficionados al riesgo, en la jerga del análisis económico del Derecho), carece de verdadera eficacia disuasoria.

Un repaso de los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales permite comprobar la abundancia de fallos absolutorios, al tener que trabajar predominantemente sobre prueba indirecta o indiciaria, cuyo manejo ha facilitado la Sentencia 928/2006, de 5 de octubre, en cuanto a la prueba del delito originario (el delito origen de los bienes puede ser probado por indicios y no es necesario, pues el texto del artículo 301 no lo exige, que exista una sentencia judicial que lo haya constatado en un proceso anterior determinado, ni que el acusado por el delito del 301 haya sido su autor), pero que, tratándose de la relación de instrumentalidad entre la conducta del acusado y el aprovechamiento de los efectos, no siempre permite alcanzar esa certidumbre más allá de toda duda razonable que legitima la emisión de una condena. La lectura de la Sentencia 34/2007, de 1º de febrero, puede ser ilustrativa.

Por otra parte, el propio sistema capitalista ha segregado los mecanismos jurídicos y económicos que permiten el blanqueo. En un estudio especializado, de Rosado Fernández, se enunciaban, en los umbrales del milenio, los siguientes: la baja fiscalidad, el secreto bancario o la estricta confidencialidad, la flexibilidad y desregulación de la constitución de sociedades, los trusts, las sociedades internacionales comerciales (IBC) y, sobre todo, los conocidos como refugios financieros, paraísos fiscales y centros financieros extraterritoriales (off-shore).

Pese a todas las protestas de implicación en la lucha contra el blanqueo, no parece existir interés alguno en acabar con unas ficciones de Estado o entidades territoriales con dosis variables de autonomía política que se han demostrado enormemente útiles no sólo para disimular y aprovechar actividades delictivas, sino también para eludir deberes fiscales, encubrir inversiones comprometedoras para la imagen pública de los inversores o permitir que los partidos políticos y otras respetables instituciones puedan velar el volumen de los fondos de que disponen y su procedencia.

Se dice que Tito reprochó a su padre, Vespasiano, cobrar dinero por utilizar los servicios de letrinas que había ordenado construir (y que de él tomaron su nombre: las vespasianas), el emperador se dirigió al cofre donde se guardaba la primera recaudación; tomó en la mano

un puñado de monedas y las acercó a la escrupulosa nariz de su sucesor, comentando, con socarronería: “Non olet!”.

Cuando el dinero anda por medio, los casos de anosmia ética se multiplican.



Capítulo VIII: Conflictos internacionales y género: la mujer como víctima

Prof. Dra. Carmen Lamarca Pérez
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III
Vicepresidenta de la Asociación Pro Derechos Humanos de España

La violencia de género no constituye un fenómeno reciente ni circunscrito a determinados lugares o clases sociales, es geográfica y temporalmente universal y para hacerle frente la primera medida que hay que tomar es consagrar, legislativa y socialmente, la igualdad entre el hombre y la mujer.

No cabe duda que cada vez en mayor medida se va tomando conciencia de que existe un ejercicio de violencia que se realiza en función del género de la víctima, de su condición de mujer, para lograr su pleno sometimiento o como un mero acto de afirmación de la superioridad de su autor y las legislaciones internas de los países de nuestro entorno cultural han dictado medidas específicas de protección que, en nuestro caso, culmina con la promulgación de la denominada Ley integral contra la violencia de género que no sólo prevé medidas de orden penal sino también civil, laboral o incluso educativas.

Pero quizás sea en el ámbito de los conflictos armados donde la violencia de género, que consiste en estos casos fundamentalmente en agresiones y acciones de contenido sexual, ha estado oculta durante más tiempo y, asimismo, donde se ha tardado más en lograr una respuesta por parte de la comunidad internacional. Con respecto al género, los conflictos armados se han caracterizado siempre por dosificar a las mujeres, por tratarlas como una cosa, como un objeto; desde la antigüedad, las mujeres fueron siempre consideradas como botín de guerra y su violación, que es la conducta delictiva más frecuentemente realizada contra ellas, como una táctica, un arma también de guerra que pretende atacar la libertad sexual de la mujer pero también humillarla utilizándola como medio para atentar contra el hombre o, como recientemente se puso de manifiesto en la guerra que tuvo lugar en la antigua Yugoslavia o en Ruanda, para a través de este medio intentar destruir a una raza o a una etnia.

Hasta hace muy poco tiempo no han sido conocidos los abusos que cometieron todos los bandos contendientes en la II Guerra Mundial y, sin embargo, los Tribunales de Nuremberg o Tokio nunca realizaron una condena por agresiones sexuales ni se persiguió tampoco una conducta como la explotación sexual, esto es, el reclutamiento forzoso de mujeres para hacer frente a los deseos sexuales de los ejércitos que constituye también una práctica común en los conflictos armados.

A partir de los años 90 y, fundamentalmente, tras conocerse los graves casos de violencia

sexual cometidos en la guerra de la ex-Yugoslavia, la Comunidad internacional comienza a mostrar su preocupación por la realización de estas conductas y su tradicional impunidad y comienzan a producirse en este sentido diversas manifestaciones y resoluciones donde, como se realiza en la paradigmática Resolución 1325 de octubre de 2000 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, se insta expresamente a los Estados en conflicto a respetar los derechos humanos de las mujeres e incluso a que formen parte de los procesos de paz y de las negociaciones.

Pero el verdadero escollo para la prevención y sanción de la violencia de género en los conflictos armados lo ha constituido la falta de referencia expresa a esta conducta en el denominado Derecho internacional humanitario y, especialmente, en la no consideración por parte de esta normativa de la violencia sexual como crimen de guerra; este tipo de conductas, y así la violación o la prostitución forzada, se consideran infracciones menos graves y se califican como atentados contra el honor. No cabe duda que es precisamente esta configuración como delito contra el honor, contra la honestidad o contra el pudor de la mujer, el dato que quizás haya pesado más para excluir a las agresiones y acciones de contenido sexual de la calificación como crimen de guerra concepto tradicionalmente reservado para las conductas más graves lo que no hubiera sucedido si, como modernamente se consagra en la mayoría de las legislaciones, se hubieran considerado como lo que son, como un atentado contra la libertad de la mujer bien jurídico de mayor entidad.

A lo anteriormente señalado se une además el hecho de que la violencia de género tampoco encuentra fácil acomodo entre los tradicionales supuestos delictivos del derecho internacional como son los tipos de genocidio y de lesa humanidad. En el primero de los casos, y como es sabido, el género no se encuentra entre los grupos protegidos por el delito de genocidio por lo que sólo si la muerte, la violación o el desplazamiento forzoso de mujeres se realiza por razón de su pertenencia a una nacionalidad, raza, etnia o religión cabe su calificación como acto genocida. En cuanto al crimen de lesa humanidad, se suele exigir en la mayoría de los casos que las conductas susceptibles de tal calificación se realicen “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra parte de ella” lo que claramente excluye del tipo la realización de hechos aislados, espontáneos o poco numerosos.

Ciertamente, la jurisprudencia dictada por los Tribunales establecidos para juzgar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia o en Ruanda no tuvo graves dificultades para aplicar, en algún caso, el tipo de genocidio, y, más habitualmente, el tipo de crímenes de lesa humanidad cuando quedó acreditado que la matanza o la violación de mujeres

bosnias musulmanas o tutsis respondía a un plan sistemático denominado de “limpieza étnica” como efectivamente así sucedió pero también es cierto que en aquellos casos en que no pudieron acreditarse estos extremos los mencionados Tribunales tuvieron que recurrir a la calificación de las conductas de violencia sexual como delito de tortura para poder justificar que se trataba de crímenes de guerra.

Finalmente, la legislación internacional más reciente, el Estatuto de Roma, si bien hace referencia expresa a las conductas contra el género y, especialmente, a las de contenido sexual como crímenes contra la humanidad, en lugar de ampliar expresamente o de modo indubitado los llamados crímenes de guerra acogiendo bajo tal calificación todo este tipo de conductas a que nos venimos refiriendo, mantiene una redacción ambigua que señala que se considerarán como tal la violación “y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”, lo que se presta a seguir interpretando que también en la actualidad sólo pueden considerarse crímenes de guerra las violencias sexuales que puedan ser calificadas como delito de tortura.



Capítulo IX: La justicia universal en la jurisprudencia española

El ejercicio del “ius puniendi” es una de las manifestaciones de la soberanía de los Estados, una de las afirmaciones de su independencia extendida, precisamente, a lo que conforma su territorio. Por ello, la regla general es el carácter territorial de la jurisdicción penal: la jurisdicción penal se extiende a los hechos cometidos en el territorio (geográfico o jurídico) del Estado y así se recoge en el art. 23.1 de la LOPJ. Sin embargo, y a pesar de la prioridad de ese título de jurisdicción, los Estados admiten otros principios, tales como la nacionalidad del sujeto activo del hecho (art. 23.2 de la LOPJ), lo que respondería a que la soberanía de los Estados se ejerce sobre el territorio y también sobre los propios nacionales. Existen intereses nacionales que el Estado considera dignos de protección más allá de sus fronteras y sobre los que también ejerce su soberanía, se trata de aquellos intereses relacionados con la seguridad, sus instituciones o el crédito del propio Estado (art. 23.3 de la LOPJ). Pero, en un estadio en el que la Humanidad ha demostrado su evolución hacia la CIVILIZACION de las Naciones, los Estados han acogido en sus legislaciones internas el principio de justicia universal, caracterizado precisamente por no guardar relación alguna con los otros títulos relacionados con la soberanía del Estado: territorio, nacionalidad activa o pasiva de los sujetos, o, finalmente, intereses particulares de los Estados. Ante determinados hechos criminales, considerados bárbaros y por tanto atentatorios contra la Civilización y su titular que es la Humanidad, los Estados han considerado que ello es suficiente para justificar su persecución sea cual fuere el lugar de comisión o la nacionalidad del sujeto activo o pasivo del hecho. Se trata de impedir la impunidad. Sin perjuicio, de la concurrencia de jurisdicciones que conducirían a determinar quién debe enjuiciar. Análisis que habrá de hacerse desde el único ángulo posible: evitar la impunidad, y no desde intereses particulares de los Estados.

Así se ha previsto en el art. 23.4 de la LOPJ, excluyéndose expresamente los condicionantes para el ejercicio de la jurisdicción que se prevén en los otros títulos, y estableciendo como único requisito que “los hechos... (sean) susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los delitos de genocidio, terrorismo, piratería, tráfico de drogas, y cualquier otro previsto en convenios y tratados internacionales”, de tal modo que a través de este último apartado g) aflora nuevamente la necesidad de proteger intereses supranacionales de los Estados como miembros de la Comunidad Internacional. Ello frente a la interpretación que de ese apartado g) han realizado algunas Sentencias del Tribunal Supremo que han condicionado el ejercicio de la jurisdicción universal a lo dispuesto en Tratados y Convenios.

Los términos en que la LOPJ recoge la jurisdicción universal son amplísimos, la única

limitación que establece es la de la cosa juzgada (“non bis in idem”):” cuando el delincuente haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda” (admitiendo, por tanto, hasta un doble enjuiciamiento por unos mismos hechos y contra el mismo sujeto, pero con adecuación de la pena correspondiente).

En la línea de lo expuesto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia de 26 de septiembre de 2005, referente obligado para la interpretación del principio de justicia universal, en el denominado asunto “Guatemala”. Partiendo de que el principio “pro actione” obliga a los órganos judiciales a impedir que “determinadas interpretaciones” de los requisitos procesales “eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida”.

Además, llega a la conclusión que desde la literalidad del art. 23.4 de la LPOJ y la “voluntas legislatoris” se llega a un principio de jurisdicción universal absoluto, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial.

Señala el Tribunal Constitucional que existen razones de peso que vienen a avalar la prioridad del “locus delicti”, pero discrepa del criterio aplicado por la Audiencia Nacional en su auto de 13 de diciembre de 2000 al afirmar la prioridad del principio de subsidiariedad exigiendo para la activación del principio de justicia universal la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos. Efectivamente, según tal resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se requería una prueba absoluta, aportada por los denunciadores o querellantes, de que los hechos no se investigaban en el lugar de comisión ni en el futuro se iba a hacer, de modo y manera que se convertía casi en una prueba diabólica, toda vez que habían de probarse hechos negativos. Posteriormente, y al objeto de suavizar tal exigencia, algunas sentencias del Tribunal Supremo expresan que tal requisito de probanza se ve satisfecho con la aportación de indicios serios y razonables sobre la inactividad de la justicia del territorio de comisión del hecho delictivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003, “caso Peru”).

El Tribunal Constitucional desautoriza también la conclusión a que llega el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de febrero de 2003, de una parte de que el Convenio sobre genocidio no reconozca la jurisdicción universal, y, de otra, que para que entre en juego el art. 23.4 de la LOPJ se requieran determinados “vínculos de conexión”. Señala el Tribunal Constitucional que esa interpretación “radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmada en el art. 23.4...supone una reducción “contra legem” a

partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley, y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución...hasta casi suponer una derogación “de facto” del art. 23.4 de la LOPJ”. Como se aprecia son serias las afirmaciones que el Tribunal Constitucional realiza sobre la interpretación que tanto la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como el propio Tribunal Supremo hacen de la jurisdicción universal. Al entender que con ellas se cercenan derechos fundamentales.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como exclusivo órgano competente para la instrucción y enjuiciamiento de estos delitos transnacionales, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional adopta el siguiente acuerdo, en principio para adecuar su actuación a la interpretación realizada por el alto Tribunal:

“El PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL reunido conforme al art. 264 LOPJ para unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial del art. 23.4 LOPJ, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, partiendo del principio pro actione tal como lo entiende el máximo intérprete de la Constitución Española ⁴², del de concurrencia de jurisdicciones ⁴³ e interpretación conforme a criterios de razonabilidad ⁴⁴, sobre ponencia del Presidente de la Sala, ACUERDA:

1. Examen de oficio de la propia jurisdicción.

La admisión a trámite de una denuncia o querrela sobre delitos cuya competencia venga atribuida a la jurisdicción española por el art. 23.4 L.O.P.J. exigirá el examen de oficio de la propia jurisdicción, al ser esta cuestión de orden público procesal.

2. Concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno.

El art. 23.4 LOPJ no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como algunos de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de comisión y la nacionalidad del autor o víctima, pues no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al

⁴² “Principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida(...) [sin que] pueda entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre las posibles de las normas que la regulan (...) [sino] únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada (STC 26/10/2005, FJ 2).

⁴³ Sentencia citada, FJ3, con cita del FJ4 de la STC 87/2000, de 27 de marzo.

⁴⁴ Sentencia citada, FJ 1 in fine, FJ2, FJ3 al referirse a criterios interpretativos reguladores y FJ8 in fine.

Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo.⁴⁵

Como, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional no es admisible desde la perspectiva constitucional limitar el acceso a la jurisdicción incorporando requisitos no contemplados en la ley de manera tan rigurosa que vulnere el principio de proporcionalidad⁴⁶, es necesario constatar que concurren los requisitos exigidos para atribuir jurisdicción a la Audiencia Nacional en cada uno de los delitos del catálogo del art. 23.4 LOPJ según el ordenamiento jurídico interno, del que forman parte los tratados y convenios internacionales suscritos por España que se aplican con preferencia a la ley interna (art. 1.6 Código Civil y 96 CE).⁴⁷

3. Jurisdicciones concurrentes prioritarias: Ne bis in idem y duplicidad de procedimientos.

Verificado lo anterior, en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio ne bis in idem, atendida la prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión del delito (locus delicti) y de los Tribunales Internacionales⁴⁸, antes de la admisión a trámite de una denuncia o querrela sobre tales delitos deberá constatarse la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la Comunidad Internacional, lo que se hará a través de los instrumentos de cooperación internacional existentes en cada momento, recabando de oficio información sobre tales extremos del Estado donde se hayan cometido presuntamente los hechos y de los organismos internacionales pertinentes (en especial la ONU).

Si la querellante o denunciante hubiera aportado indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes por la jurisdicción del lugar de comisión, se constatará, si no se hubiere hecho ya, la ausencia de actividad de la Comunidad Internacional.

Una vez obtenida respuesta, o transcurrido un plazo razonable sin ella, deberá decidirse sobre la propia jurisdicción y, por tanto, sobre la admisión o no a trámite de la querrela o sobre el archivo o no de la denuncia, teniendo en cuenta en último término el criterio de razonabilidad.

⁴⁵ STS núm. 1362/2004, de 15 de noviembre.

⁴⁶ STC citada FJ 8 in fine y 9.

⁴⁷ Una relación no exhaustiva de Convenios y Tratados se recogen en anejo a este Acuerdo.

⁴⁸ Sentencia TC citada FJ 4, cuarto párrafo.

4. Criterio de razonabilidad.

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.⁴⁹

En Madrid a 3 de noviembre de 2005.”

Analizando ese Acuerdo del Pleno, que pretende unificar criterios a la luz de la STC, se puede concluir que otorga nuevamente vigencia tanto al auto de 13/12/00 como a la sentencia del TS de 25/3/03. Cuando lo cierto es que el auto había sido superado y revisado por el TS y este último había sido deslegitimado por el TC. Efectivamente, el Acuerdo expresa:

1. En primer lugar, que en virtud del examen “ex officio” de la propia jurisdicción habrá de determinarse la concurrencia o no de los requisitos exigidos por la legislación interna, en la que se incorporan las normas internacionales.

Lo cierto es que el Acuerdo no señala cuáles podrían ser los requisitos que activarían el principio de jurisdicción universal, cuando como hemos analizado el único posible es la tipificación de los hechos como alguno de los delitos contemplados en el nº 4 del art. 23 de la LOPJ o la existencia de algún convenio que ante algún hecho criminal nos obligue a ejercer la jurisdicción con las características de universalidad.

2. En segundo lugar, ante la concurrencia de jurisdicciones y para evitar una duplicidad de procesos y la vulneración del principio de “non bis in idem”, y “atendida la prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión del delito (“locus delicti”) y de los tribunales internacionales” antes de admitir una denuncia o querrela deberá constatar la inactividad de la jurisdicción del Estado” y además establece la necesidad de que querellante o denunciante aporte indicios serios y razonables de esa inactividad, y, además, si ello es así exige constatar la ausencia de actividad de la comunidad internacional.

De este modo, el acuerdo asume nuevamente la interpretación que del Convenio sobre Genocidio hizo el TS en su sentencia de “Guatemala”, haciendo, en este punto, caso omiso a lo establecido por el TC, y olvidando que los crímenes contra la humanidad gozan de protección universal, no porque lo establezca un convenio o lo declare una legislación interna, sino porque la comunidad internacional así lo ha asumido.

Además, yendo más allá a lo que en su día estableció el auto de 13-12-00, el acuerdo exige dos premisas para que se active el principio de jurisdicción universal: acreditar la inactividad del Estado de Comisión del hecho, y de la Comunidad internacional. Y si ello no fuera suficiente para desvirtuar el principio de jurisdicción universal, utiliza el que denomina “criterio de razonabilidad” que no es otra cosa que un requisito no contemplado en la ley y añadido para impedir el acceso a la jurisdicción española, como es el de la acreditación, en este caso por la parte denunciante o querellante, de la existencia de un interés directo o relación con los hechos (se supone que del Estado aunque el acuerdo no lo especifica), consiguiendo de este modo volver a la situación establecida en la STS de 25-2-03 y chocando frontalmente con lo establecido por el TC en su sentencia de 26 de septiembre de 2005.

3. En tercer lugar, resulta realmente preocupante la calificación de “ejercicio abusivo o excesivo del derecho” para referirse a la aplicación del principio de la justicia universal.

4. Finalmente, la interpretación del principio “non bis in idem” que subyace del acuerdo contraviene lo previsto en la propia LOPJ y en la aplicación que del mismo ha realizado el propio TS.

Nada impide la concurrencia de procedimientos distintos en distintos países por los mismos hechos y contra los mismos sujetos activos. Antes al contrario, esa actividad investigadora podría reforzar la capacidad de respuesta de la comunidad internacional. Investigación que nada tiene que ver con la cosa juzgada único límite al doble o múltiple ejercicio de la jurisdicción que, en ese caso, sí determinaría el análisis de las prioridades en la concurrencia de jurisdicciones.

Nos gustaría apreciar una preocupación por establecer requisitos que tuviesen como objetivo el impedir la impunidad y no precisamente el establecimiento de obstáculos que hacen imposible, o al menos muy complicado, el ejercicio de uno de los principios rectores de la civilización como es el de la activación de la justicia universal cuando nos encontremos con crímenes que atentan contra la Humanidad.

Siguiendo esa doctrina constitucional la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006 reconoce el principio de justicia universal absoluto cuando nos encontremos ante alguno de los supuestos previstos en el artículo 23.4 de la L.O.P.J.

Nuevamente la Sala de lo Penal, mediante auto de 20 de diciembre de 2006 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la AN, dictado estimando una cuestión planteada por la defensa del acusado Cavallo vuelve a otorgar vigencia a la situación anterior a la STC

237/2005, volviendo inexplicablemente a los postulados mantenidos en el auto de la Audiencia Nacional de 13/12/00 como a la sentencia del TS de 25/3/03, que después el Tribunal Constitucional desautorizó.

El auto de 20-12-06 de la Sección 3ª, tras señalar que la justicia universal proclamada en el art. 23.4 de la LOPJ “no tiene otro límite que la “cosa juzgada” ” y que la competencia para el enjuiciamiento de los hechos objeto de acusación “ha sido declarada por el Pleno de la Sala de lo Penal”, pasa a desarrollar su particular doctrina sobre la justicia universal, que viene a vaciar de contenido las previsiones establecidas en el art. 23.4 de la LOPJ y dejar inoperante lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia de 26 de septiembre de 2005. Efectivamente, siguiendo la tesis de la defensa del acusado Cavallo, y atendiendo que en Argentina se han iniciado diferentes procedimientos penales contra el acusado, afirma la existencia de un “conflicto de jurisdicción” por producirse “conurrencia de jurisdicciones”, que la Sala de enjuiciamiento no duda en resolver a favor de la jurisdicción argentina, “locus delicti”, estimando la declinatoria de jurisdicción, acordando denunciar formalmente los hechos a las autoridades argentinas, limitando la medida cautelar de prisión provisional por los hechos objeto de acusación a un plazo máximo de 40 días, asimilándolo de este modo a la prisión extradicional sin que esta haya llegado a plantearse siquiera y esperando exactamente a no se sabe qué, estableciendo una especie de “vacatio” de la jurisdicción y del “ius puniendi” del Estado español incumpliendo lo previsto en el artículo 8 de la LECrim, y por ende en el art. 1 y 9 de la CE. De este modo, la Sala Penal de la Audiencia Nacional aplica nuevamente el principio de subsidiariedad como corrector del ejercicio universal de la jurisdicción previsto en el art. 23.4 de la LOPJ, que recordemos ya ha sido superado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional.

Nada impide la concurrencia de procedimientos distintos en distintos países por los mismos hechos y contra los mismos sujetos activos. Antes al contrario, esa actividad investigadora podría reforzar la capacidad de respuesta de la comunidad internacional. Investigación que nada tiene que ver con la “cosa juzgada” único límite al doble o múltiple ejercicio de la jurisdicción que, en ese caso, sí determinaría el análisis de las prioridades en la concurrencia de jurisdicciones. Y en cualquier caso, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2003 al analizar los efectos transnacionales del principio “ne bis in idem”, una sentencia impuesta en el extranjero no excluiría “absolutamente una renovación del juicio, en la medida en la que admite que la pena cumplida se debe descontar de la que corresponda. Si bien es cierto que el texto de la ley sólo parece referirse a casos en los que la pena impuesta en el extranjero no se hubiera cumplido totalmente, es claro que el legislador ha entendido que el principio “ne bis in idem” no impide un nuevo enjuiciamiento en España de un condenado en el extranjero por

un delito cometido fuera del territorio nacional. La limitación de la posibilidad de renovar el proceso por hechos cometidos en el extranjero sólo a casos de cumplimiento parcial de la condena, carece por tanto de una justificación basada en el mencionado principio, dado que, si es posible un nuevo juicio, tanto da que la pena sólo se haya cumplido parcial o íntegramente. Lo decisivo es que el autor no sufra una pena más grave que la de la gravedad del hecho cometido”.

Continúa afirmando esta sentencia que el Tribunal Constitucional en su STC 2/2003 ha modificado su doctrina al “sostener ahora que, inclusive en el orden interno, un segundo enjuiciamiento en el se compensa en la consecuencia jurídica impuesta por el tribunal penal la ya sufrida por el condenado en sede administrativa, no vulnera el principio ne bis in idem...La nueva doctrina constitucional viene a poner de manifiesto, en primer lugar, que lo decisivo es la limitación proporcional de la acumulación de sanciones respecto de la gravedad del hecho sancionado. Dicho más precisamente, que el fundamento último de la prohibición de doble sanción es el principio de proporcionalidad o bien el de culpabilidad, pues de acuerdo con estos sólo es legítima una sanción equivalente en su gravedad a la del hecho sancionado. Al mismo tiempo, revela que a los efectos de la aplicación del “ne bis in idem” es indiferente, desde esta perspectiva, que la primera sanción haya sido cumplida íntegramente o sólo parcialmente. La aplicación de la doctrina constitucional a la interpretación del art. 23.2, c) de la LOPJ, permite llegar a la conclusión que la mención de los casos de las penas parcialmente cumplidas en el extranjero, no constituye un límite esencial en la autorización de doble sanción que contiene...” Continúa señalando esta sentencia del TS que ello es acorde con las previsiones contenidas en el derecho de los Estados Miembros de la Unión Europea, en el que predomina la limitación de los efectos del principio “ne bis in idem” sólo al ámbito interno de cada Estado, pero respecto de las sentencias dictadas en el extranjero los Estados Miembros prevén mayoritariamente la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento, en el que sin embargo se deberá computar la pena sufrida en el extranjero...”

La jurisdicción universal proclamada en el art. 23.4 de la LOPJ se sustenta sobre la base de bienes jurídicos supranacionales que legitima a todos los Estados para su persecución. Por tanto, ante concurrencia de jurisdicciones no cabe esgrimir principios de subsidiariedad o necesidad, el principio de la universalidad justifica la intervención de cualquier Estado con el exclusivo límite de la cosa juzgada y con las puntualizaciones referidas más arriba.

A diferencia de una declinatoria de jurisdicción entre órganos judiciales internos, en los que aun existiendo conflicto se garantiza la improrrogabilidad de la jurisdicción, el supuesto al que nos ha conducido la resolución de la Sala sentenciadora podría suponer la impunidad por no existir garantías de que la jurisdicción argentina quiera o este en

condiciones de asumir el conocimiento de los hechos objeto de enjuiciamiento o solicitar de España la extradición de Cavallo. De tal modo, que se ha introducido un nuevo límite a la persecución de los Crímenes contra la Humanidad, cual es el de la voluntad de los órganos judiciales del “locus delicti”. No se afirma la abstención en el conocimiento para el caso de que Argentina solicite la entrega extradicional de Cavallo y entre tanto se continúa con el conocimiento de los hechos, sino que se deja de conocer sin más y entre tanto. ¿Qué?.

Llegados a este punto, conforme a lo previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ, a la doctrina constitucional sobre la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso y al alcance del principio de justicia universal que a la luz de los Convenios y Tratados suscritos por España se ha establecido (artículo 10.2 CE), JUSTICIA UNIVERSAL ABSOLUTA, hemos de afrontar la cuestión práctica más importante: ante una concurrencia de jurisdicciones competentes, ¿Cuál de ellas garantizará una más eficaz investigación y enjuiciamiento de los hechos?.

Si el único límite del ejercicio de la justicia universal es el de la cosa juzgada en principio nada obsta a que las jurisdicciones concurrentes investiguen los hechos y a los posibles partícipes y delimiten el objeto del proceso sin problemas de tipo alguno. Antes al contrario, ello supone una garantía de agotamiento de la investigación y de búsqueda de la verdad material. Las investigaciones en diferentes Estados podrían suponer un complemento e intercambio de material probatorio, como sucede en otros delitos de persecución universal como el terrorismo o tráfico de drogas. Ello coadyuvaría a impedir la impunidad de estos graves hechos que es en definitiva el único principio esencial en la materia y que no se esgrime con la frecuencia deseada.

En España, teniendo en cuenta la prohibición de juzgar en rebeldía, llegados al final de la instrucción sin la presencia de los investigados en nuestro país procede su procesamiento, la correspondiente declaración de rebeldía con sus consecuencias accesorias y el archivo provisional del procedimiento, sin perjuicio de prestar la cooperación penal internacional que proceda.

Para el caso de que el procesado se encuentre a disposición de las autoridades judiciales, y en concreto del Tribunal sentenciador, el único límite a su enjuiciamiento será el de la cosa juzgada, pero en su vertiente de la prohibición del cumplimiento de más de una pena por los mismos hechos. Ello conllevaría la posibilidad de un doble o múltiple enjuiciamiento en el ejercicio del principio de justicia universal.

Mediante sentencia de 18 de julio de 2007, el Tribunal Supremo, anula el auto de la Sala

Penal de la Audiencia Nacional, lo deja sin efecto y obliga a ese Tribunal a continuar con el procedimiento. Las razones son las siguientes:

En primer lugar, porque no existe conflicto de jurisdicción internacional alguno, ni podría resolverse unilateralmente por la Sala de la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo, imponiendo a un tercer Estado el ejercicio de su jurisdicción. En segundo lugar, la Audiencia Nacional, sin petición alguna en ese momento, decide iniciar los trámites extradicionales del acusado a Argentina. Y finalmente, no tiene en cuenta que el acusado fue entregado por Méjico a España tras un largo proceso extradicional, porque entendió que en el ejercicio de la justicia universal nuestro país debía conocer de tales hechos.



Capítulo X: La Corte Penal Internacional: Una evaluación a la luz de sus recientes decisiones

10.1. Introducción

La premisa de partida del tema objeto de nuestra reflexión se basa en la idea de que la Sociedad Internacional del siglo XXI es una sociedad global. La globalización es un proceso complejo y multidimensional, cuyas facetas más conocidas son las de carácter económico, cultural y político.

Existen no obstante dimensiones menos apreciadas: axiológica (relativa a los valores comunes) e institucional; la primera se articula en torno a los derechos humanos y la democracia; la segunda manifiesta el nexo real entre Justicia y Mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (véase por ejemplo, Preámbulo del Estatuto de Roma).

En este contexto junto a la transnacionalización de la delincuencia, la justicia también se globaliza. La injusticia global es un fenómeno de carácter estructural, pero al que se responde de manera sectorial y coyuntural. Existe una modalidad de respuesta preventiva, pero sobre todo represiva: en ésta resalta la intensificación de la cooperación policial y judicial internacional en materia penal.

A nivel universal destaca el reforzamiento de la red de tratados internacionales de extradición, entrega y detención, traslado de personas condenadas, cumplimiento de condenas etc. Al mismo tiempo se ha producido una progresiva judicialización de la Sociedad internacional:

Multiplicación de Tribunales Internacionales

- Universales (CIJ, CPI, Ad hoc)
- Regionales (TEDH, TJUE, Corte Interamericana DH)
- Especializados en razón de la materia (TI Derecho del mar, paneles OMC, etc.)
- Nivel Regional europeo: consolidación del Espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE

Durante esta “búsqueda de la justicia perdida”, se ha producido una evolución en el Derecho Internacional, una “sofisticación” de los mecanismos que podríamos calificar de modelo “indirecto” de aplicación, que tal vez se han perfeccionado hasta convertirse en un modelo directo de aplicación.

Según el modelo “indirecto” de aplicación, el Derecho Internacional tipifica (costumbres, tratados) y el Derecho Interno sanciona y se encarga del cumplimiento de la condena (códigos penales, sistemas penitenciarios domésticos). El modelo “directo” de aplicación consiste en que el Derecho Internacional tipifica: costumbres + tratados + dos conceptos revolucionarios: ius cogens y crímenes internacionales, aquellos que por su gravedad y trascendencia no deben quedar impunes. En este modelo el Derecho Internacional también sanciona: creación de Tribunales Internacionales.

La sociedad civil (ONG, particulares, etc.) impugna el “mercado único” del Derecho Internacional y los Estados pierden el monopolio de la lucha contra los crímenes internacionales. A los mecanismos clásicos vienen a sumarse otros nuevos para luchar contra la barbarie y la justicia internacional: no excluyentes sino complementarios.

Entre los mecanismos nacionales podemos mencionar los Códigos Penales internos: ej: Delitos contra la Comunidad Internacional; la cooperación internacional clásica: ej: extradición; o el recurso al principio de jurisdicción universal: ej: Art. 23. 4 LOPJ.

Entre los que superan el marco nacionales se encuentran los regionales: orden europea de detención y entrega; e internacionales: el establecimiento de diferentes clases de tribunales internacionales ad hoc: Nuremberg, Tokio, Yugoslavia, Ruanda, Líbano; Mixtos o internacionalizados (Sierra Leona, Timor Oriental, Camboya).

Pero sin duda el paso de gigante de la Humanidad para acabar con la barbarie y la impunidad es el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

Según el modelo “indirecto” de aplicación, el Derecho Internacional tipifica (costumbres, tratados) y el Derecho Interno sanciona y se encarga del cumplimiento de la condena (códigos penales, sistemas penitenciarios domésticos). El modelo “directo” de aplicación consiste en que el Derecho Internacional tipifica: costumbres + tratados + dos conceptos revolucionarios: ius cogens y crímenes internacionales, aquellos que por su gravedad y trascendencia no deben quedar impunes. En este modelo el Derecho Internacional también sanciona: creación de Tribunales Internacionales.

La sociedad civil (ONG, particulares, etc.) impugna el “mercado único” del Derecho Internacional y los Estados pierden el monopolio de la lucha contra los crímenes internacionales. A los mecanismos clásicos vienen a sumarse otros nuevos para luchar contra la barbarie y la justicia internacional: no excluyentes sino complementarios.

Entre los mecanismos nacionales podemos mencionar los Códigos Penales internos:

ej: Delitos contra la Comunidad Internacional; la cooperación internacional clásica: ej: extradición; o el recurso al principio de jurisdicción universal: ej: Art. 23. 4 LOPJ.

Entre los que superan el marco nacionales se encuentran los regionales: orden europea de detención y entrega; e internacionales: el establecimiento de diferentes clases de tribunales internacionales ad hoc: Nuremberg, Tokio, Yugoslavia, Ruanda, Líbano; Mixtos o internacionalizados (Sierra Leona, Timor Oriental, Camboya).

Pero sin duda el paso de gigante de la Humanidad para acabar con la barbarie y la impunidad es el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

10.2. Breve aproximación a la Corte Penal Internacional

10.2.1. Definición

Creada en virtud de tratado internacional el 17 de julio de 1998, el Estatuto de Roma (ER) para superar las deficiencias de los Tribunales ad hoc, refleja las preocupaciones de la Sociedad Civil Internacional y en especial, la necesidad de luchar contra la impunidad.

- a)** Órgano permanente (Art. 1 ER), con sede en La Haya (Art. 3 ER).
- b)** Órgano con vocación de universalidad tanto en el proceso de conclusión como en su carácter abierto a la participación de cualquier Estado, si bien su jurisdicción está condicionada al consentimiento estatal. Actualmente cuenta con 139 firmantes y 105 Estados Parte de los 192 que integran la ONU.
- c)** Por regiones, hay 29 africanos, 56 europeos, 22 latinoamericanos y 13 asiáticos. Montenegro, Chad y Japón han sido los últimos Estados en adherirse, el 23 de octubre, 1 de noviembre 06, y 17 julio 07 respectivamente. No han firmado ni ratificado ni EEUU, ni Rusia, ni China, ni Israel, ni India, ni Pakistán ni Corea del Norte (3 de los 5 con derecho a veto y la mayoría de los que poseen armas nucleares).
- d)** Prevé un régimen uniforme para todos los Estados Parte. Se prohíben las reservas (Art. 120 ER), aunque existe una cláusula de “opting out” temporal para los crímenes de guerra (Art. 124 ER) y se permite la aceptación ad hoc de su competencia por Estados no partes (12.3 ER).

10.2.2. Composición

Está compuesta por 18 magistrados, elegidos en virtud de criterios que pretenden lograr una representación equitativa geográfica, de los diferentes sistemas jurídicos y por primera vez, la presencia de especialistas de Derecho Penal y Procesal y la paridad entre hombres y mujeres.

10.2.3. Competencia

a) Ratione Personae: limitada al enjuiciamiento penal de personas físicas (Art. 25.1 ER) mayores de 18 años (Art. 26 ER), sin perjuicio de la responsabilidad estatal que pudiera concurrir.

b) Ratione Temporis: pese a la imprescriptibilidad de los crímenes objeto de su competencia (Art. 29 ER), sólo podrá conocer de aquellos casos cometidos después de su entrada en vigor, que tuvo lugar el 1 de julio de 1992 (irretroactividad, Art. 11 ER). La primera reunión de los Estados partes tuvo lugar en septiembre de 2002; la elección de los jueces en febrero de 2003, la ceremonia inaugural el 1 de marzo de 2003 y la elección del Fiscal Jefe, Moreno Ocampo en abril de 2003.

c) Ratione Materiae: Crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión –pendiente-(Art. 5 ER), aunque cabe revisar este catálogo en el futuro (Art. 123).

10.2.4. Principios básicos

La CPI se erige sobre la complementariedad (Art. 1, 17-19 ER) que implica el reconocimiento de prioridad de las jurisdicciones nacionales para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, y el carácter subsidiario de la competencia de la CPI, que solo actuará cuando detecte una falta de voluntad o de capacidad de los tribunales nacionales, a diferencia de la primacía que se auto-atribuyen el TPIY (Art. 9.2) y TPIR (Art. 8.2).

Los órganos que pueden activar la competencia de la Corte mediante la remisión de un asunto son cualquiera de los Estados Partes, el Consejo de Seguridad o el Fiscal, actuando de oficio. El Consejo de Seguridad es el único que puede remitir dicho asunto sin sujeción a condiciones de aceptación por los Estados implicados (Art... 13 y 12.2 ER), y tiene también la facultad de suspender provisionalmente la competencia de la CPI por decisión unánime y por un periodo de 12 meses renovables. Así lo hizo en las Resoluciones 1422

(2002) y 1487 (2003).

El funcionamiento eficaz de la CPI en las diferentes fases (investigación, procesamiento, y ejecución de la decisión judicial) depende de la cooperación estatal.

10.3. Los primeros asuntos ante la CPI

10.3.1. Uganda

- a)** Conflicto entre el gobierno y el LRA, con acusaciones de crímenes de guerra y contra la humanidad (asesinatos, torturas, pillaje y abusos sexuales contra población civil, secuestro y reclutamiento de niños).
- b)** 100.000 muertos y 2.000.000 de desplazados.
- c)** Remisión por Uganda.
- d)** Cinco órdenes de detención por la Sala de Cuestiones Preliminares II.

10.3.2. Darfur (Sudán)

- a)** Conflicto entre el gobierno y las milicias árabes yanyaweed, contra los rebeldes de etnias negras (Fur, Masalit, Zaghawah) aglutinados en torno al Ejército de Liberación de Sudán y el Movimiento Justicia e Igualdad.
- b)** 200.000 muertos y 1.600.000 refugiados.
- c)** Remisión por el Consejo de Seguridad de conformidad con el Art. 13.b ECPI: Resolución 1593 (2005).

10.3.3 República Democrática del Congo

- a)** Conflicto entre grupos y facciones diversas tras la crisis de los Grandes Lagos, in crescendo tras el derrocamiento de Mobutu, donde confluyen factores estratégicos (pugna por el control de África), económicos (diamantes, oro, uranio, cobalto, cobre, coltán...), étnicos (tutsis, hemas, lendus...), y procesos de ingerencia exterior (Uganda, Angola, Ruanda, Zimbabwe...).
- b)** “Guerra Mundial Africana”, 4.000.000 muertos
- c)** Remisión por el Gobierno de la República Democrática del Congo.

ICC-01/04-01/06: Fase anterior al juicio oral (instrucción/investigación).
Caso El Ministerio Público contra Thomas Lubanga Dylo

CASOS Y SITUACIONES

La Corte Penal Internacional trabajará en un número de situaciones que incluirán casos y acusados.

Desde la toma solemne de juramento en junio de 2003, el Fiscal recibió y analizó información sobre presuntos crímenes en muchos conflictos en todo el mundo, e inició algunas investigaciones. Las situaciones pueden ser remitidas a la Corte por parte de un Estado Parte del Estatuto de Roma, del Consejo de Seguridad de la ONU o por iniciativa propia del Fiscal (motu proprio). La Corte puede ejercer su competencia sobre la cuestión si un Estado en el cual se cometió el crimen (competencia territorial), o el Estado de nacionalidad del acusado, es parte del Estatuto (competencia activa de nacionalidad). Los Estados no Parte del Estatuto puede aceptar la competencia de la Corte sobre una base ad hoc. Cuando un asunto es remitido a la Corte por el Consejo de Seguridad, la primera tendrá jurisdicción a pesar de que el Estado en cuestión no sea parte del tratado de la CPI.

Tras las remisiones de República Democrática del Congo, Uganda y Darfur, siendo esta última la única hecha por el Consejo de Seguridad de la ONU, la Fiscalía está llevando a cabo tres investigaciones. Los primeros juicios de la CPI podrían comenzar en 2007 y la Corte deberá haber alcanzado los más altos estándares de independencia, efectividad y regularidad, tal como espera la comunidad internacional.

A las tres investigaciones en curso en Sudán, Uganda y República Democrática del Congo, la Fiscalía ha añadido, en mayo de 2007, a la República Centroafricana.

República Centroafricana

- a)** Conflicto civil entre octubre de 2002 y marzo de 2003 tras el golpe de estado del actual presidente Bozizé contra el régimen de Pastassé.
- b)** Remisión por el gobierno de la República Centroafricana.
- c)** Fiscal anunció apertura de investigación el 22 de mayo 2007: crímenes de naturaleza sexual superan las matanzas.

10.4. La primera “jurisprudencia” de la CPI

10.4.1. Admisibilidad de un asunto

Introducción: Sala de Cuestiones-Preliminares I (PTC, siglas en inglés), el 10 de Febrero 2005, dicta orden de detención contra T. Lubanga: dos cuestiones deben ser valoradas para determinar admisibilidad

1) Complementariedad

2) Gravedad respecto del perpetrador de los crímenes

Complementariedad: Lubanga en custodia en Kinshasa bajo acusación de los órganos judiciales nacionales. PCT I: “es una conditio sine qua non para determinar la inadmisibilidad de un caso resultante de la investigación de una situación que las actuaciones procesales nacionales comprendan tanto a la persona como la conducta que son objeto del caso ante la Corte”

Gravedad respecto del autor de los crímenes

b.1) Referencias ER: “autor de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

b.2) Estrategia Fiscalía (Propuesta de política a seguir en materia de estrategia de la fiscalía): “persecución de quienes tienen la mayor responsabilidad de los crímenes”.

b.3) Umbral de gravedad entre los requisitos de admisibilidad: Art. 17, 1 d ER.

b.4) SCP: tres cuestiones deben responderse afirmativamente para entrar en el umbral de gravedad.

b.5) ¿Es la conducta, objeto de un caso, sistemática o de gran alcance? (se debería dar la debida consideración a la alarma social causada en la comunidad internacional por el tipo de conducta relevante).

b.6) Teniendo en cuenta la situación de la persona relevante dentro de la entidad estatal, de la organización o del grupo armado al que pertenece, ¿se puede considerar que dicha persona está dentro de la categoría de los líderes más importantes dentro de la situación investigada?; y

b.7) ¿Pertenece la persona relevante a la categoría de líderes más importantes sospechosos de responsabilidad primaria, teniendo en cuenta (1) el papel jugado por dicha persona relevante a través de sus actos u omisiones en la eventualidad de que las entidades estatales, las organizaciones o los grupos armados a los que pertenece cometen crímenes sistemáticos o de gran alcance bajo la jurisdicción de la Corte, y (2) el papel que juegan dichas entidades estatales, organizaciones o grupos armados en la totalidad de los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte cometidos en la situación relevante. 9

b.8) Aplicados a caso Lubanga en sentido afirmativo.

10.4.2. Participación y derechos de las víctimas

- a) **Distinción situación/caso ante la CPI**
- b) **Criterios para determinar la participación de las víctimas en una situación**
- d) **Criterios para determinar la participación de las víctimas en un caso**
- e) **Modalidades de participación de las víctimas**
- f) **Derechos de las víctimas a la representación legal**

Distinción caso/situación

Situación: “Se define generalmente en función de parámetros temporales, territoriales, en algunos casos personales; comprende los actos del procedimiento regulado en ER cuyo fin es determinar si una situación particular da lugar a una instrucción penal así como la instrucción misma”.

Caso: “incluye incidentes específicos durante los cuales se hayan cometido uno o más crímenes de la competencia de la Corte por uno o más sospechosos identificados” y “comprende los actos procesales que tienen lugar después de librarse una orden de arresto o un auto de personación”.

Esquema sobre **los criterios para participación de las víctimas en una situación** ante la Corte SCPI, decisión 17 de enero de 2006 respecto de las solicitudes de participación de seis víctimas

- Interpretación Art. 68, 3 ER en sentido procedimiento incluye fase de instrucción.
- Los “intereses personales” de las víctimas se encuentran afectados en tal fase procesal “dado que la participación de las víctimas en este estadio puede ser útil para aclarar los hechos, para castigar a los autores de delitos y para pedir reparaciones por los danos sufridos.”
- Estatuto de víctima: interpreta Art. 85 RPP sobre cuatro criterios “la víctima ha de ser una persona física; debe haber sufrido daños; el delito del que se deriva el daño debe ser de la competencia de la Corte; y debe haber un vínculo causal entre el delito y el daño sufrido”.
- Concedido a seis víctimas por SCP I el derecho a participar en la situación RDC.

Criterios para la participación de víctimas en un caso

- Criterio adicional a los establecidos en Art. 85 RPP.
- “Demostrar que hay un vínculo causal suficiente entre el daño sufrido y aquellos delitos para los que hay indicios razonables que hagan creer que Thomas Lubanga Dylo es responsable criminal y por cuya comisión la Sala haya emitido una orden de arresto”-
- Medios de demostrar el vínculo causal.

- “Una vez la víctima, y en su caso, la familia próxima o los dependientes de dicha víctima, aporten prueba suficiente que establezca que dicha persona ha sufrido daños por asistir a las víctimas directas del caso o por evitar que dichas personas fueran víctimas como resultado de los delitos cometidos”.
- Concedido el derecho de participación por SCP I a cuatro víctimas en caso Lubanga.

Modalidades participación víctimas

- En una situación (SCP I).
- Participación en la instrucción presentando sus puntos de vista, documentos relativos a la instrucción y solicitudes a la Sala de Cuestiones Preliminares para dictar determinadas actuaciones procesales.
- En un caso (SCP I, antes confirmación cargos en caso Lubanga).
- Asegurar los derechos de las víctimas sin perjudicar los derechos de la defensa;
- Se permite mantener anonimato por razones de seguridad aunque ello limita su participación en sentido ss.
- “Las víctimas pudieron, a través de sus representantes legales, presentar sus observaciones al principio y al final de la vista, y acceder al permiso para intervenir durante las vistas públicas. Se restringió la intervención de víctimas al marco determinado por los cargos presentados contra Lubanga. Debido a la preocupación por los derechos de la defensa, a la luz del anonimato de las víctimas, la Corte sostuvo que las víctimas no tendrían acceso a la totalidad del expediente sobre la situación en la RDC, como tampoco podrían añadir punto, hecho o prueba alguna al expediente de la acusación ni así mismo cuestionar a los testigos”.

Derecho de las víctimas a la representación legal

- SCP II en situación Uganda y en caso LRA: “las víctimas que presentan la solicitud no pueden reclamar un derecho absoluto e incondicionado a tener la asistencia de un representante legal respecto de la fase que precede a la decisión sustantiva de la Sala sobre dicha solicitud”.

10.4.3. Confirmación de los cargos

El 10 febrero de 2006, SCP I libra orden de arresto contra Lubanga, entregado a la Corte el 17 marzo. El 29 enero de 2007 confirma cargos contra Lubanga por crímenes de guerra consistentes en el enlistamiento y reclutamiento de niños soldados.

A) Clarificación del estándar del Art. 61 (7)ER

B) Definición de la noción de co-autoría

C) Modificación y sustitución de cargos

D) Interpretación de ciertos elementos de los crímenes de guerra o “conflicto armado internacional” o “fuerzas armadas nacionales”

A) Clarificación del estándar del Art. 61 (7) ER

- Art. 61, 7 ER:

- SCP I:

- La fiscalía debe aportar elementos de prueba concretas y tangibles que apoyen los cargos en la audiencia de confirmación y demostrar una dirección clara en el razonamiento en el que se apoyan sus alegaciones.

- Los criterios “razones sustanciales para creer” deben permitir a los jueces valorar las pruebas en su conjunto; tras este examen la sala determinará si está convencida de la solidez de los alegatos del Fiscal para someter a juicio a un sospechoso.

B) Definición de la noción de co-autoría

- Cargos de la Fiscalía c. Lubanga como co-autor, Art. 25, 3a) ER.

- SCP I: co-autoría-noción de control conjunto sobre el crimen.

-Elementos de la noción de co-perpetrador:

-“Un acuerdo existente o plan común entre dos o más personas;

-Una contribución esencial y coordinada de cada co-autor que llevara a la realización de los elementos del delito;

-La persona debe satisfacer los elementos subjetivos del delito (i.e. dolo y conocimiento);

-La persona, así como otros co-autores, deben todos, solidariamente, saber y aceptar que la ejecución de su plan común pudiera llevar a los elementos del delito que se estaba cometiendo;

-La persona debe saber las circunstancias que le permitían ejercer el control conjunto del delito.

C) Modificación y sustitución de cargos

- Fiscalía: cargo c. Lubanga por crimen de guerra del Art. 8, 2, e) (vii) ER en contexto conflicto armado de carácter no internacional durante el período 1 julio 2002 a 13 de

diciembre de 2003

- SCP I: el conflicto en Ituri tuvo carácter internacional entre julio 2002 y 2 junio 2003 debido a presencia de Uganda como fuerza ocupante/SCP sustituye el cargo por la incriminación del Art. 8 (2) b (xxvi) hasta el 2 de junio 2003
- SCP no estima necesario solicitar al fiscal la modificación de los cargos/interpretación discrepante de la Fiscalía, actualmente en apelación
- Reducción del ámbito temporal de los cargos: septiembre 2002-13 de agosto 2003, período en que Lubanga mantiene su papel de coordinador en relación con la implementación del plan común- uno de los elementos de la noción de co-perpetración.

D) Interpretación de ciertos elementos de los crímenes de guerra

- “Fuerzas armadas nacionales”.
- Cargo Fiscalía: Art. 8, 2 e (vii), reclutamiento o alistamiento forzoso de niños menores de 15 años “en fuerzas o grupos armados”.
- Cargo SCP I: Art. 8, 2, b (xxvi): “en fuerzas armadas nacionales”.
- SCP I considera si el término “nacional” restringe el alcance del artículo a las “fuerzas armadas gubernamentales”.
 - Interpretación de las CG y de la jurisprudencia TPIY; interpretación restrictiva contravendría ER porque Corte no podría perseguir judicialmente a un grupo armado parte en el conflicto (en caso Lubanga porque el conflicto armado es CAI).
 - SCP I interpreta “fuerzas armadas nacionales” en Art. 8, 2, b) (xxvi) no está limitada a fuerzas gubernamentales.

10.5. Valoración

El establecimiento de la CPI ha favorecido la consolidación y desarrollo del Derecho Internacional Penal vía armonización interna de los tipos penales por la vía de la implementación del Estatuto de Roma en lo ordenamientos internos.

El desarrollo de los primeros asuntos y el primer caso ante la CPI permiten valorar positivamente la articulación efectiva de un sistema de justicia internacional penal. Asimismo presenta importantes desafíos.

Se trata en particular de las siguientes:

- Multiplicidad de responsabilidades y estrategia de la Oficina de la Fiscalía (OPT).
- Realización práctica y desarrollo de los derechos de las víctimas.
- Paz y justicia: en el funcionamiento de la CPI sus grandes fines se mueven en el difícil equilibrio entre el pragmatismo y los grandes principios de la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves por medio de este mecanismo jurisdiccional.



Capítulo XI: Temas puntuales de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos

José Ricardo de Prada Solaesa
Magistrado de la Audiencia Nacional
y juez internacional para la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina

Poco o nada se puede teorizar sobre el Derecho penal aplicado a los conflictos armados. Este derecho penal de mínimos, que ante todo pretende que los efectos de la guerra no sobrepasen ciertos límites, los límites de lo total y absolutamente inhumano e inadmisibles, de la barbarie escrita con letras mayúsculas, necesariamente nos lleva al tema de lo concreto, de los episodios de la guerra, de los crímenes brutales y terribles, de lo realmente pasado y acontecido en ellas, y de la poco menos que claudicante respuesta que desde el derecho y desde la justicia se puede dar a esas situaciones verdaderamente vergonzantes para nosotros, los seres humanos.

Las discusiones que se suscitaron a lo largo del seminario fueron extraordinariamente ricas. Se plantearon con distinto grado de profundidad una gran variedad de temas, todos tremendamente vinculados a la realidad que, fuera, sólo un poco más allá de nuestras estrechas fronteras-murallas, nos circunda. Se vertieron opiniones y se intercambiaron interesantísimos puntos de vista, muchos de ellos con una gran hondura jurídica y se extrajeron muchísimas conclusiones que sin duda nos enriquecieron a todos los que, no importa de qué lado ni desde qué función, participamos en el seminario. Es imposible, en estas breves páginas, compendiar y tratar de hacer una crónica fidedigna de todo lo hablado.

11.1. El principio de legalidad penal para los delitos internacionales relativos a los Derechos Humanos

Entre estas conclusiones, como más sobresalientes, destaco la que se refiere a la necesaria redefinición, en términos sensatos y con las adecuadas garantías, del principio de legalidad penal para los delitos internacionales relativos a los derechos humanos, sustituyendo su clásica formulación de “nulla pena sine lege” por la de “nulla pena sine iure”, mucho más acorde con las peculiaridad de las fuentes del Derecho Internacional, donde priman los Principios Generales del Derecho universalmente reconocidos como tales y la costumbre internacional sobre el derecho proveniente de los Tratados, simplemente como constatación de una realidad y no por otras razones. Especial mención en este punto requiere el cómo se ha de proyectar en los derechos internos la existencia de “iure” en el ámbito internacional y la forma en que deben igualmente manifestarse el resto de las garantías en que se articula o desenvuelve este principio y singularmente como ha de operar en estos casos de existencia de derecho el principio de no retroactividad de las normas penales⁵⁰ cuando, como en el caso de los crímenes contra la humanidad, éstos vienen reconocido como tales dentro del “ius cogens” internacional, aunque su traslación a los derechos internos en la mayoría de los casos se haya producido en fechas recientes tras la elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional que les da plena carta de naturaleza. La reformulación de un principio clásico de derecho penal, con la pretensión de ajustarlo, más en su “definición” o en su expresión plástica, que en su auténtico contenido, a la realidad del momento, y a un específico ámbito como es el de los delitos internacionales relativos a los derechos humanos, es siempre un trabajo delicado, que requiere serenidad, esfuerzos de análisis y comprensión de sus auténticos fundamentos y también de precisión extrema en los pasos a dar y en la aceptación de los resultados, pero, sobre todo, ha de ser resultado del correspondiente debate doctrinal, pero eso si en términos sensatos, constructivos y razonables. Lejos, por tanto, de las poco menos que históricas salidas de tono de algunos de los dogmáticos penales de turno, que se pretenden custodios absolutos del sacrosanto principio de legalidad penal, a la manera que lo podrían igualmente ser del brazo incorrupto de Santa Teresa o adoradores de cualquier otro fetiche jurídico de turno. Allá ellos con sus planteamientos ultra tramontanos. Sólo cabe decir que, lamentablemente, con sus anatemas jurídicos, poco están contribuyendo al debate real que, quieran o no, se está produciendo en nuestras sociedades, en las que

⁵⁰ Véase al respecto jurisprudencia reciente (inadmisiones) del TEDH en relación con quejas referidas al art. 7 del CEDH (principio de legalidad) que esta siendo profusamente usada en el ámbito internacional por Tribunales que abordan este tipo de situaciones. Casos: Kolk and Kislyiy v. Estonia; Naletlic v. Croatia (application nº 51891/99), etc.. Véase igualmente jurisprudencia del TPIAY, de la Sala de Crímenes de Guerra de la Corte de Estado de Bosnia Herzegovina, etc.

resulta importante la internacionalización de algo más que de la economía –los derechos humanos y su protección, incluida la penal-, y que su fundamentalismo dogmático, con un tufo profundamente reaccionario, aunque revestido del pretexto de la defensa y la preservación de los logros y principios del derecho penal liberal, se desvanecerá con una facilidad acorde con la falta de verdadero peso específico y sustancia de sus planteamientos.

11.2. Jurisdicción Universal

Se debatió profusamente en el curso del Seminario sobre la necesidad del ejercicio activo y generalizado de la jurisdicción universal por parte de los Estados democráticos con sistemas judiciales solventes, internacionalmente reconocidos como tales, como forma de combatir la impunidad ante delitos internacionales relativos a los derechos humanos que no tengan otra forma viable, preferente y efectiva de ser perseguidos, con la posibilidad, incluso, en los sistemas internos que la actúan de crear Tribunales especializados en jurisdicción universal. Igualmente, se trató sobre el fundamento, incrustado en la legalidad internacional, del ejercicio de la jurisdicción universal, sin perjuicio que, de la manera en cómo ocurre en el derecho interno de algunos Estados, como en el caso español o el alemán, esta posibilidad esté expresamente reconocida y, por ende, se faculte abiertamente a sus jueces nacionales para su ejercicio. Se puso de manifiesto, que dicho fundamento había de ser encontrado no tanto en el derecho interno de los Estados, sino directamente en el Derecho Internacional, ya fuera proveniente de los Tratados, como también en el consuetudinario y en los Principios Generales del Derecho internacional. Se señaló que, en el primero de los casos, existían normas de Derecho Internacional que claramente proscribían la impunidad (Convenio de Genocidio, Convenios de Ginebra, Convención sobre la tortura, etc.) y, en función de este principio, daban soluciones diversas para la persecución efectiva de esta clase de delitos y así, o bien autorizaban o facultaban el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados o incluso en otros casos había de entenderse que directamente prescribían su ejercicio en caso de que otras formas de persecución preferentes no hubieran entrado en funcionamiento o hubieran sido ineficaces, dando lugar a la impunidad. Se analizó la jurisprudencia existente al respecto, tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo y se puso de manifiesto que frente a los últimos planteamientos un tanto revisionistas y limitadores de este Tribunal en sus últimas sentencias sobre jurisdicción universal, el Tribunal Constitucional español con una jurisprudencia modélica había declarado con firmeza inusitada el carácter incondicional del ejercicio de la jurisdicción universal para los Crímenes de Genocidio y demás previstos en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se hizo un repaso profundo sobre la realidad actual y perspectivas de futuro de los

Tribunales Internacionales e internacionalizados y se analizaron situaciones y casos concretos.

Igualmente se hizo un estudio de casos y situaciones presentes ante los Tribunales españoles, especialmente en relación con la muerte del cámara de televisión José Couso por disparo proveniente de militares norteamericanos perfectamente identificados. De estas discusiones ha surgido, en algunos casos, la opinión de la necesaria reforma de la legislación penal española para su adecuada adaptación al Estatuto de la Corte Penal Internacional y DIH consuetudinario, especialmente en materia de prohibición de ataques indiscriminados, principio de proporcionalidad, precaución, principio de distinción, etc.

También se extrajeron conclusiones en relación con la persecución de los crímenes que fueron cometidos contra la población civil por miembros de la Junta militar argentina durante el tiempo de la dictadura, planteándose la conveniencia de la vigilancia estrecha de los procesos que se siguen ahora en Argentina y que se encuentran en muchos casos con obstáculos que hacen que se deba valorar la situación en este momento como de no muy positiva y, por tanto, muy alejada de lo óptimo y, en consecuencia, que resulta aconsejable que por la jurisdicción española se siga actuando especialmente en relación con determinadas personas (Ricardo Cavallo) que se encuentran actualmente detenidas en España. Se planteó, posteriormente, como posibilidad a estudiar, la de instar y promover un Tribunal Penal Internacional de carácter regional para el continente americano, con posibilidad de ejercicio de jurisdicción plena, incluso sobre hechos acaecidos en el pasado, pero en relación con los que, todavía, por diversas razones, y especialmente por las dificultades o imposibilidad de hacerlo internamente, no se ha hecho justicia y que, por ello, la internacionalización de ésta puede ser una solución contra la impunidad. También, para estos casos, se trató de la posibilidad de la internacionalización, mediante jueces internacionales, de tribunales internos, siguiendo la experiencia de otros Estados como Bosnia Herzegovina.

11.3. La violencia sexual en el Derecho Internacional Humanitario: las Convenciones de Ginebra de 1949 y su necesaria autorización. Situación en el vigente Código penal español

Desde siempre, los conflictos bélicos han sido escenario de violencia sexual, especialmente contra mujeres y niñas. Inicialmente, a modo de botín de guerra o como forma de venganza y humillación moral del enemigo. Sin embargo, es a partir de la I Guerra Mundial cuando ha quedado probado, y así consta perfectamente documentado, el uso estratégico y dirigido de la violencia sexual sistemática con el fin específico de aterrorizar y minar la resistencia y moral del enemigo. Ha sido en recientes conflictos bélicos, en la última parte del siglo pasado, cuando, a través de los medios de comunicación, las sociedades occidentales han sido verdaderamente conscientes de la utilización de la violencia sexual, singularmente las violaciones masivas y sistemáticas de mujeres y niñas, como auténtica arma de guerra, especialmente efectiva para la consecución de fines de limpieza étnica de determinados territorios. Nos referimos especialmente a las guerras de los Balcanes caracterizadas, sin duda, además de por la peculiaridad interétnica del conflicto, por la profusa utilización de la violencia sexual como arma de guerra.⁵¹

El Derecho Internacional Humanitario (DIH), tanto consuetudinario como convencional, hasta tiempo reciente no ha dado un tratamiento mínimamente correcto a esta realidad, es más, todavía se alzan voces críticas que ponen de manifiesto lo que consideran es una obsoleta y retrograda regulación jurídica en las fuentes más importantes del llamado Derecho de la Guerra.

Resulta cierto que, en la actualidad, el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁵² establece expresamente como Crímenes de Guerra, referidos tanto a conductas realizadas en conflictos internacionales como no internacionales, el “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra”^{53 54}. Sin embargo, estos últimos (los cuatro Convenios de Ginebra de 1949)

⁵¹ Se calcula que el número de mujeres violadas durante la guerra que entre 1992 y 1995 asoló Bosnia Herzegovina osciló entre las 20.000 y las 60.000, difiriendo la cifra en virtud de las diversas fuentes. Para más información sobre el tema, ver: José R. de Prada. Violencia sexual contra las mujeres en la guerra de Bosnia y Herzegovina. Revista Tiempo de Paz. N° 84. MPDL. Madrid.2007.

⁵² Zorrilla, Maider. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao 2005.

y los dos Protocolos Adicionales de 1977 ⁵⁵, que constituyen el núcleo duro, referencia explícita y obligada del resto de la regulación en materia de DIH, además de ser los 4 Convenios casi los únicos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario universalmente ratificados por todos los Estados de la tierra ⁵⁶, regulan la violencia sexual durante las acciones de guerra, de manera insatisfactoria, en la forma como se sintetiza a continuación:

- Ninguno de los cuatro Convenios incluye expresamente entre las “infracciones graves” los actos de violencia sexual, ni siquiera los realizados de forma masiva o sistemática (art. 50 del Convenio I, art. 51 del Convenio II, art. 130 del Convenio III, art. 147 del Convenio IV). Es necesario tener en cuenta que el artículo 85 del Protocolo Adicional I sigue la técnica de calificar como crimen de guerra, sólo a las “infracciones graves” de los Convenios y de los Protocolos. Tampoco los art. 11 y 85 del referido protocolo, que ampliaron el listado de las “infracciones graves”, entre “las nuevas acciones” calificadas como “graves” se incluye la violencia sexual.

⁵³ Aunque el Estatuto del Tribunal Penal Internacional no ha sido universalmente aceptado, sin embargo, creemos que resulta poco discutible la general consideración de la violación y demás actos de violencia sexual descritos, utilizados a modo de “arma de guerra”, como un crimen de guerra, formando parte, por tanto, del Derecho Internacional Humanitario de carácter consuetudinario y del “ius cogens” internacional. Al respecto, ver recopilación de normas de DIH consuetudinario realizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja. (ICRC -. Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rule, comentarios a la “Rule 156”, pag 584.)

⁵⁴ Ni el Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ni el de Ruanda contemplan tampoco las agresiones sexuales como crímenes de guerra. Sin embargo, sí contemplan la violación como uno de los delitos subyacentes sobre los que se construyen los crímenes contra la humanidad, en los art. 5. y 3, respectivamente de ambos Estatutos.

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, se ha pronunciado normalmente en el sentido de considerar estas formas de violencia sexual acaecidas durante la guerra como crímenes contra la humanidad, sin embargo, si ha considerado en alguna de sus resoluciones la violación de mujeres como crimen de guerra en por ejemplo asunto Kunarac et al. (IT-96-23&23/1) referida a los episodios de “Foca”.

⁵⁵ • Convenio I de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.

• Convenio II de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Mar.

• Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra

• Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra.

• Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.

• Protocolo Adicional II de 8 de junio de 1977 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter Internacional.

⁵⁶ No ocurre lo mismo con sus Protocolos adicionales no ratificados todavía por numerosos estados.

- Es necesario tener en cuenta que la jurisdicción universal que se reconoce en las cuatro Convenciones se refiere exclusivamente a las infracciones calificadas como “graves” (art. 49 del Convenio I, art. 50 del Convenio II, art. 129 del Convenio III, art. 146 del Convenio IV).

Las cuatro Convenciones, en realidad, se limitan a recoger lo que era la visión del tema y general opinión en la época con la terminología al uso, más como un acto ilícito o indebido como práctica de guerra que como delito específico merecedor de su consideración como “crimen de guerra”.⁵⁷ Así, el común art. 12 a las Convenciones I y II establece que “se tratará a las mujeres con todas las consideraciones debidas a su sexo”. El Convenio III (art. 14) añade además que las mujeres “en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciben los hombres”. El Convenio IV (art. 28) establece que “las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado al pudor”.

Por su parte, el Protocolo Adicional I (art. 75 y 76) y el Protocolo Adicional II (art. 4) prohíben “los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor” y establece que “las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor”.

En mi opinión, una simple lectura de los artículos mencionados nos muestra que tanto por la falta de una protección penal específica (no figura como “infracción grave”, y por tanto no susceptible de ser considerada, en principio, como crimen de guerra), como por el tratamiento y las referencias legales generales que se contienen tanto en relación con la violación como a la violencia sexual en general por los Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales, que la protección contra los actos de guerra contrarios a la libertad sexual especialmente de las mujeres no es sólo insatisfactoria, por pobre y anticuada en cuanto a su contenido y terminología (liga los actos de violencia sexual contra las mujeres a los trasnochados conceptos de “honor”, al “pudor” y al respeto especial hacia las mujeres, que son los bienes jurídicos o aspectos a proteger), sino también ha devenido en netamente insuficiente, en cuanto que de ninguna manera se refiere a la realidad del fenómeno de la violencia sexual como arma de guerra.

⁵⁷ No surgen en realidad dudas sobre la prohibición de la violación de mujeres y niñas como botín de guerra en el DIH consuetudinario. Al respecto se citan como referencias el art. 44 del Código Lieber de 1863, las contenidas de forma indirecta (referidas a la protección del honor y de los derechos familiares) en el art. 46 de las Regulaciones de La Haya de 1899 y 1907, Art. II (1) C (considerándolo como crimen contra la humanidad) de la Ley de Control Aliado nº 10 de 20.12.1945. Ver Zorrilla, Maider. Obra citada, Pág. 18.

En el momento presente resulta incuestionable que el uso de la violencia sexual durante un conflicto armado, tanto la realizada de forma generalizada o sistemática o con específicos fines militares o de otro tipo, como incluso la realizada de forma individualizada, como práctica de guerra, constituye un grave crimen que debe estar tipificado de forma clara y explícita como “crimen de guerra” en los instrumentos internacionales que disciplinan el derecho de guerra, sin necesidad de llegar a su consideración como tal crimen de guerra a través del derecho internacional consuetudinario. Por ello, su inclusión explícita dentro del conjunto de normas que conforman el núcleo duro del DIH convencional es particularmente oportuna y sería un paso enormemente positivo con un incuestionable valor simbólico, que ayudaría sin duda a patentizar el doble papel que frecuentemente juegan las mujeres en los conflictos armados, víctimas en la misma medida que lo es cualquier otra clase de población civil, pero también como objeto específico de violencia sexual.

La celebración del 60 aniversario de las Convenciones de Ginebra de 1949 sería por ello una excelente ocasión para la modificación de su contenido por medio de un nuevo Protocolo adicional referido a la específica protección de la mujer y otras víctimas de la guerra merecedoras de una especial protección.

Merece por último destacar que, desde el punto de vista del derecho penal interno español, la regulación actual contenida en el Título XXIV del Libro II, referidos a los delitos contra la comunidad internacional y Capítulo III, de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, sigue en la materia a los Convenios de Ginebra de 1949, y no contiene ninguna mención expresa dentro de esta clase de delitos a la violación o violencia sexual⁵⁸, ni tampoco la situación ha cambiado en la modificación última operada para la adaptación de este Título al Estatuto del TPI, que, no obstante considerar, como se ha señalado, en su artículo 8, a diversos actos de violencia sexual realizados tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales como Crímenes de Guerra, de ello no se ha hecho eco de ello el legislador español reciente, lo que sin duda constituye un olvido inadmisibles en estos momentos, que estimamos debe ser solventado inmediatamente en la próxima modificación del Código penal que se opere, adaptando con ello nuestro CP a la legalidad internacional en esta materia.

⁵⁸ La única mención es la que se contiene en el último párrafo del nº 3 del art 612 : “...viole la prescripciones... sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en Tratados internacionales en los que España fuere parte”.

www.unia.es

un
i Universidad
Internacional
de Andalucía

A

Cátedra UNESCO
Derechos Humanos
e Interculturalidad

