

LA PERSECUCIÓN DE LAS VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CONTEXTO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS: EL CASO DE BIRMANIA ANTE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

PROSECUTION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW VIOLATIONS IN THE CONTEXT OF INTERNAL ARMED CONFLICTS: THE BURMA CASE BEFORE UNIVERSAL JURISDICTION IN SPAIN

José Elías Esteve Moltó*

Sumario: I. Introducción: Los crímenes internacionales denunciados, II. Precedentes: Los crímenes de guerra y la justicia española, III. El contexto del procedimiento ante la justicia española. IV. La supuesta primacía de otras jurisdicciones, V. La no persecución de las violaciones del DIH en el seno del conflicto armado interno birmano, VI. Consideraciones finales: Entre la irresponsabilidad de proteger y la impunidad

*"La única prisión verdadera es el temor,
y la única libertad verdadera es la libertad del temor.
Utiliza por favor tu libertad para promover la nuestra."
Aung Sang Suu Kyi*

RESUMEN: Distintos casos de graves infracciones a las Convenciones de Ginebra han sido perseguidas sobre la base del principio de jurisdicción universal por los tribunales españoles. Ahora bien mientras se reformaba el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denunciaron ante la Audiencia Nacional crímenes de guerra cometidos por la Junta Militar Birmana. Aunque el caso fue inadmitido a trámite por no presentar nexos de conexión nacional, ignorándose el derecho internacional humanitario consuetudinario, permanece sin resolver por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional si la jurisdicción española puede exigir responsabilidades penales individuales en caso de comisión de crímenes de guerra en el contexto de conflictos armados internos.

Fecha de recepción del original: 15 de noviembre de 2011. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de diciembre de 2011.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Valencia. Investigador y redactor de la querrela contra la Junta Militar Birmana ante la Audiencia Nacional (j.elias.esteve@uv.es).

ABSTRACT: Several cases of grave breaches of the Geneva Conventions have been prosecuted by Spanish courts according to universal jurisdiction principle. However, while it was being reformed Article 23.4 of the Spanish Organic Law on the Judiciary, it was denounced before the Audiencia Nacional, war crimes committed by Burmese Military Junta. Although the case was rejected due to the lack of connections to Spanish interests, ignoring customary international humanitarian law, it remains unanswered by the Spanish Supreme Court and Constitutional Court, if Spanish jurisdiction can enforce individual criminal responsibilities for the commission of war crimes in the context of internal armed conflicts.

PALABRAS CLAVE: crímenes de guerra, infracciones graves de las Convenciones de Ginebra, conflicto armado interno, derecho internacional humanitario consuetudinario, jurisdicción universal, conexión nacional, Birmania (Myanmar).

KEYWORDS: *war crimes, grave breaches of the Geneva Conventions, internal armed conflict, customary international humanitarian law, universal jurisdiction, connection to national interests, Burma (Myanmar).*

I. INTRODUCCIÓN: LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DENUNCIADOS

La persecución de los crímenes internacionales por distintos tribunales nacionales sobre la base del principio de jurisdicción universal ha venido a contribuir, con sus avances y retrocesos, a una *globalización de la justicia*. En efecto, la lucha contra la impunidad ha permitido combatir aberrantes agujeros en la justicia internacional que parecían enquistados desde hace décadas. Con este espíritu se firmó en Roma, hace ahora trece años, el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional (TPI) “afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”. Siendo así, se recordaba que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”¹. Ahora bien, por todos es sabido, que los exiguos recursos materiales y personales del TPI, como sus limitaciones estatutarias y condicionamientos políticos, no garantizan el pleno acceso a la justicia de las víctimas. Es por ello, que el mecanismo de la jurisdicción universal contribuye en la medida de lo posible a paliar estas deficiencias.

Precisamente uno de los supuestos de impunidad más flagrantes que se pueden destacar hoy en día en el contexto internacional, es el referido a los crímenes internacionales que se vienen cometiendo por la Junta Militar Birmana; hechos que ni son perseguidos por los tribunales de este país dictatorial, ni por el TPI cuyo Estatuto no ha suscrito el país asiático.

Ante esta laguna judicial, víctimas birmanas decidieron acudir a los tribunales españoles invocando el principio de jurisdicción universal, habida cuenta que otras graves infracciones del derecho internacional humanitario (como en el caso de Ruanda) estaban siendo ya investigadas por distintos jueces de la Audiencia Nacional. Ahora bien el asunto de Birmania, como se verá, presentaba unas dificultades adicionales, ya que, por un lado, se presentó mientras se estaba tramitando la polémica reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.); y por otro, los crímenes

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

de guerra denunciados (a diferencia de los precedentes existentes) estaban siendo cometidos en el seno de un conflicto armado interno, extremo que debía obligar a los jueces españoles a pronunciarse sobre la posible aplicación del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, más allá de las disposiciones de las Convenciones de Ginebra.

Con el propósito de contextualizar, no sólo los crímenes contra la humanidad, sino sobretudo las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que se vienen perpetrando en la actual Myanmar (anterior Birmania)², se debe traer a colación la Constitución de 2 de septiembre de 1947, que sentó las bases para la posterior independencia de la dominación colonial británica. El artículo 201 de la carta magna birmana reconocía el derecho de libre determinación de las distintas minorías étnicas enclavadas en la Unión Federal de Birmania; prerrogativa que jamás se llevó a la práctica. Es más, desde el mismo año de la independencia, 1948, y tras el asesinato del líder del Ejército por la Independencia de Birmania, Aung San, artífice de la liberación de la ocupación japonesa y de la emancipación del dominio de la India británica, el conflicto armado interno entre las distintas guerrillas de las minorías étnicas y el ejército birmano ha ocasionado numerosas violaciones del Derecho Internacional Humanitario³.

Bajo el gobierno de la Junta Militar, se han cometido por las fuerzas gubernamentales crímenes contra la humanidad, en especial desde el masivo levantamiento popular en la primavera de 1988. En este sentido toda disidencia política, sobretudo la encabezada por la premio Nobel de la Paz, Aung San Suu Kyi, y los dirigentes y seguidores del partido ganador de las elecciones generales de 27 de mayo de 1990, la Liga Nacional para la Democracia, es suprimida de forma sistemática. Ahora bien, este trabajo no pretende analizar el uso desproporcionado de la violencia contra manifestantes pacíficos, como la desplegada en 2007 en la “Revolución Azafrán”, o el bloqueo de la ayuda humanitaria tras el paso del ciclón Nargys en mayo de 2008⁴; hechos que pueden

² El nuevo régimen militar birmano modificó el 18 de junio de 1989, mediante la Ley SLORC nº 15/89, la denominación de Birmania por la de Myanmar. El motivo alegado indicaba que el nombre de Birmania únicamente hacía referencia a la etnia Birmania (“*bamar*”, cuya adaptación inglesa en la época colonial acuñó el nombre de “Burma”), excluyendo otras etnias como los Shan, Karen, Kachin, Chin. En todo caso en el momento de la independencia de Birmania en 1948, los líderes nacionalistas eligieron proseguir con el término de Burma, e incluso bajo el mandato del General Ne Win (1962-1988) el país se denominaba “Union of Burma”. En la actualidad las fuerzas opositoras al régimen, principalmente la Liga Nacional por la Democracia, utilizan el término Birmania, rechazando la acepción con connotaciones políticas de Myanmar impuesta por la Junta Militar, véase EGRETEAU, R., *Histoire de la Birmanie contemporaine. Le pays des prétoriens*, ed. Fayard, 2010, pp. 7-9.

³ La narración de los hechos relativos a estos enfrentamientos armados vienen descritos en distintas monografías, cfr. LINTNER, B., *Burma in revolt; opium and insurgency since 1948*, Chiang Mai, Silksworm Books, 1999. SMITH, M., *Burma insurgency and the politics of ethnicity*, Londres, 1991. CALLAHAN, M., *War and State building in Burma*, US Press, Singapore, 2004. SEEKINS, D., *The disorder in order: The Army-State in Burma since 1962*, ed. White Lotus, Bangkok, 2002. EGRETEAU, R., *Histoire de la Birmanie*, op. cit. pp. 105-191.

⁴ Hechos que han sido denunciados en distintos informes, cfr. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar*, Tomás Ojea Quintana, en relación con la aplicación de las resoluciones S-5/1 y 6/33 del Consejo de 3 de junio de 2008, A/HRC/8/12. HUMAN RIGHTS WATCH, *Burma crackdown. Repression of the 2007 popular protests in Burma*, Vol. 19, nº 18 (C),

ser calificados de crímenes contra la humanidad⁵ y que fueron denunciados ante la Audiencia Nacional. Más bien el objeto del presente estudio se focaliza en los hechos relativos a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario acaecidas en el conflicto armado interno birmano que se ha insentificado recientemente⁶; hechos que también formaban parte de la iniciativa legal presentada en España sobre la base del principio de jurisdicción universal.

En concreto en la querrela presentada en septiembre de 2009, cuando todavía no se había aprobado la reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denunciaron en el seno del conflicto armado interno⁷ las siguientes actuaciones llevadas

Nueva York, diciembre 2007 y NATIONAL COALITION GOVERNMENT OF THE UNION OF BURMA. HUMAN RIGHTS DOCUMENTATION UNIT, *Bullets in the alms bowl. An analysis of the brutal SPDC suppression of the September 2007 Saffron Revolution*, marzo 2008. EMERGENCY ASSISTANCE TEAM y CENTER FOR PUBLIC HEALTH AND HUMAN RIGHTS AT JOHNS HOPKINS BLOOMBERG SCHOOL, *After the storm: Voices from the Delta*, marzo, 2009.

⁵ El artículo 607 bis del Código Penal prevé, que constituye delito de lesa humanidad, la causación intencionada de muerte o lesiones graves, la desaparición forzada, la detención o privación de libertad con infracción de las normas internacionales al respecto, la desaparición forzada y la tortura grave o menos grave de personas sometidas a custodia o control. Es sabido que, para ser constitutivas de crímenes contra la humanidad, estas conductas tienen que haber sido realizadas, además, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, y que el derecho internacional, define este ataque como la realización de actos múltiples contra la población civil como parte de una política de un Estado o de una organización de cometer esos crímenes, según se establece en el artículo 7.1 del Estatuto de Roma. Todos estos elementos relativos a los crímenes contra la humanidad concurren en los hechos acontecidos en Myanmar. Las matanzas sistemáticas de manifestantes pacíficos; las lesiones graves, las detenciones y arrestos sistemáticos sin dar razón del paradero y con vulneración de las convenciones internacionales sobre derechos de los detenidos y presos, todo ello en un contexto de represión política de toda la población birmana por parte de la Junta Militar Birmana, son, en efecto, la expresión de una política del gobierno de ataque generalizado contra todo ciudadano que reivindica su disconformidad con el gobierno dictatorial.

Además los hechos relativos al bloqueo, e incluso en algunas zonas el robo de la ayuda humanitaria por parte de la Junta Militar tras el paso del ciclón Nargys, también pueden ajustarse al tipo penal de crimen contra la humanidad, tal y como se recoge en el Artículo 7(1)(k) del Estatuto de Roma: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (...) k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

⁶ Un buen número de grupos insurgentes que había dejado las armas, tras el fraude electoral de noviembre de 2010, se han alzado contra el gobierno de la Junta Militar, conduciendo al país al borde de una guerra civil generalizada. En concreto el Estado de Kachin fronterizo con China, India y Tailandia ha roto el alto el fuego y las operaciones militares de las guerrillas amenazan con desestabilizar la seguridad fronteriza, MC MARTAN, B., “Myanmar tilts towards civil war”, *Asia Times Online*, http://www.atimes.com/atimes/Southeast_Asia/MF29Ae02.html. CLIFF, T., “The war to come in Myanmar”, *Asia Times Online*, en http://www.atimes.com/atimes/Southeast_Asia/LK04Ae03.html.

⁷ Como es bien sabido, para poder aplicar el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra a un conflicto armado, deben por una parte distinguirse las partes combatientes, y por otra, la intensidad de las hostilidades han de rebasar un umbral de violencia, siendo motivos de exclusión los disturbios internos o los actos esporádicos de un conflicto; distinción última que efectúa el artículo 1.2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Asimismo el artículo 8.2.f. del Estatuto de Roma del

a cabo por soldados del *Tatmadaw* (ejército birmano). Al margen de ataques directos a la población civil, asesinatos y torturas inflingidas en el marco del conflicto, destacan por su gravedad, dos hechos constitutivos de crímenes de guerra: la violencia sexual contra las mujeres birmanas y el fenómeno de los niños soldado. Numerosos informes de distintos Relatores de las Naciones Unidas y organizaciones de mujeres birmanas de derechos humanos, denuncian la violación sistemática de mujeres pertenecientes a las minorías étnicas del país cometidas por miembros del Ejército, como parte de su política de represión contra estas poblaciones. El régimen militar birmano ha negado siempre las acusaciones. Recientemente el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁸ de las Naciones Unidas, al detenerse en el examen de la violencia sexual en los conflictos armados en el caso de Birmania, denuncia “*la elevada prevalencia de la violencia sexual y otras formas de violencia, incluida la violación, perpetrados por miembros de las fuerzas armadas contra mujeres rurales de diversas etnias, entre ellas las mujeres Shan, Mon, Karen, Palaung y Chin*” y pone de manifiesto la impunidad de los perpetradores de ese tipo de violencia, y las amenazas, intimidación y castigo de las víctimas.

Asimismo desde hace dos décadas los distintos Relatores Especiales de la anterior Comisión de Derechos Humanos han venido acusando a las tropas de la Junta Militar Birmana de sistemáticas violaciones; y es más, en numerosos casos como consecuencia

Tribunal Penal Internacional, al igual que el Protocolo, define a los “*conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.*” Sobre esta calificación jurídica y sus elementos, cfr. MOMTAZ, D., “*Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux*”, *Recueil des Cours*, vol. 292, 2001, pp. 9-146.

En el caso de Birmania, no sólo las partes en conflicto que enfrentan al ejército gubernamental y a los combatientes de las guerrillas étnicas están claramente definidas (véanse los distintos grupos armados que operan en el país en la base de datos del Graduate Institute de Ginebra, http://www.adh-geneva.ch/RULAC/non-state_armed_groups.php?id_state=30, sino que además estas últimas conforme al artículo 1.1 del Protocolo II controlan parte del territorio bajo un mando militar, y desde hace décadas se enfrentan al ejército *tatmadaw*; es más el conflicto es reconocido en numerosos informes de los Relatores Especiales y resoluciones de las Naciones Unidas, véase por ejemplo la última resolución del Consejo de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Myanmar*, A/HRC/RES/16/24 de 12 de abril de 2011, en el que se exige al Gobierno de Myanmar “*poner fin a las graves infracciones (...) del derecho internacional humanitario, entre ellas las que tienen por objeto a personas que pertenecen a determinados grupos étnicos y a las que tienen por objeto a civiles en operaciones militares*” (considerando 11). Del mismo modo en el punto 19 reconoce la resolución la situación de conflicto armado en el país y “*Exhorta encarecidamente también al Gobierno de Myanmar a que ponga fin de inmediato al reclutamiento y la utilización, por todas las partes, de niños soldado en violación del derecho internacional, celebra el compromiso contraído recientemente por el Gobierno al respecto y lo insta a intensificar las medidas encaminadas a proteger a los niños de toda situación de conflicto armado, y a seguir colaborando con la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, entre otras formas, permitiendo el acceso a zonas en que se recluta a niños, con el propósito de poner en marcha un plan de acción para poner fin a esta práctica*”.

⁸ *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 7 de noviembre de 2008*, CEDAW/C/MMR/CO/3.

de la violencia sexual se ha ocasionado la muerte a estas mujeres⁹. En definitiva, en todos estos casos, se evidencia el empleo de la violencia sexual como una estrategia de guerra implementada por los integrantes del ejército birmano¹⁰, y que en muchos supuestos se cometen como castigo por supuestamente apoyar a los grupos armados étnicos o como parte de unas acciones destinadas a aterrorizar o subyugar a la población. En ocasiones también se obliga a las mujeres a transportar cargas o son empleadas como escudos humanos¹¹.

De la misma forma se denunció en este contexto de conflicto armado interno, que en la actualidad, Myanmar es el país del mundo que tiene más niños soldados. Más de 70.000 menores han sido secuestrados por la Junta Militar, y componen el 20 % de sus tropas.

⁹ Informe sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar, preparado por el Sr. Yozo Yokota, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, con arreglo a la resolución 1992/58 de la Comisión, E/CN.4/1993/37, 17 de febrero de 1993. Tras la información obtenida en más de 30 entrevistas con mujeres musulmanas de Birmania procedentes del Estado de Rakhine y con otras mujeres de zonas en conflicto armado indicó que había habido un gran número de violaciones cometidas por grupos enteros de militares de Birmania. Muchas mujeres declararon que los militares reunían a las mujeres de las aldeas trasladadas y se las llevaban a los cuarteles donde las violaban continuamente. Las enfermeras entrevistadas por el Relator Especial informaron que en su clínica habían ingresado mujeres con heridas causadas por las violaciones y que posteriormente habían fallecido a consecuencia de hemorragias o de infecciones. De la misma forma estos informes de las Naciones Unidas han podido identificar, gracias al testimonio de las mujeres violadas, a los militares que han perpetrado directamente los crímenes, cfr. *Nota del Secretario General sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar de 5 de agosto de 2003*, A/58/219, el Relator Especial denuncia que los casos documentados de violación habían sido cometidos por soldados del ejército birmano, y que en algunos casos, las víctimas sabían dónde tenían su base los autores.

¹⁰ Distintas asociaciones de derechos de mujeres birmanas han venido denunciando estos crímenes. La Karen Women's Organization (KWO) con la colaboración del Committee for Internally, el Displaced Karen People (CIDKP), el Karen Information Center (KIC), y el Karen Human Rights Group (KHRG) publicaron un informe en el que se recogen los testimonios de las víctimas y se evidencia el empleo de la violación sexual a las mujeres karen birmanas como una estrategia de guerra, cfr. KAREN WOMEN'S ORGANIZATION (KWO) con la colaboración del COMMITTEE FOR INTERNALLY, el DISPLACED KAREN PEOPLE (CIDKP), el KAREN INFORMATION CENTER (KIC), y el KAREN HUMAN RIGHTS GROUP (KHRG), *Shattering silences*, abril 2004.

Otros casos de violaciones a mujeres de distintas etnias, se encuentran detallados en otros informes de asociaciones de derechos de mujeres birmanas, como los elaborados por la SHAN HUMAN RIGHTS FOUNDATION (SHRF) y la SHAN WOMEN'S ACTION NETWORK (SWAN), *License to rape. The Burmese military regime's use of sexual violence in the ongoing war in Shan State*, mayo 2002, Chiang Mai, Tailandia, mayo 2002, en el cual se documentan 173 casos de violaciones de mujeres de etnia shan, aunque no se identifican sus identidades por temor a represalias. Del mismo modo el informe del WOMEN'S LEAGUE OF CHINLAND, *Unsafe State. State-sanctioned sexual violence againsts Chin women in Burma*, marzo, 2007, describe 34 casos de violaciones por las tropas birmanas de mujeres de etnia Chin.

¹¹ Informe del Relator Especial, Sr. Rajsoomer Lallah, presentado de conformidad con la resolución 1997/64 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/70 de 15 de enero de 1998, en el cual se informa de violaciones cometidas en el contexto de trabajos forzados. En concreto se denuncian hechos acaecidos el 8 de junio de 1997, cuando las tropas de Murngpan de la Junta de Estado encargada de restablecer el orden público detuvieron a 17 aldeanos (10 hombres y 7 mujeres) en la aldea de Ter Hung y los obligaron a transportar pertrechos de la zona de Kaeng Twang a Murngpan. Cuando llegaron a Murngpan, los hombres fueron dejados en libertad y las mujeres recluidas. Durante la noche un grupo violó a todas las mujeres, que fueron puestas en libertad a la mañana siguiente.

Según un reciente informe del Relator Especial de las Naciones Unidas¹², el ejército sigue reclutando a un ritmo alarmante a menores. Tras la comunicación del Secretario General¹³ al Consejo de Seguridad sobre la violación del Derecho Internacional Humanitario a este respecto, se creó en enero de 2004 en este país, el Comité para la prevención del reclutamiento militar de menores. Ahora bien, a pesar de la existencia de este organismo, dicha práctica se mantiene. En este sentido el Comité de Derechos del Niño¹⁴, ha confirmado la utilización de niños menores de 15 años como soldados, tanto en las fuerzas armadas nacionales, como en los grupos armados.

Además en las regiones en conflicto, se viene de forma rigurosa aplicando la llamada "*política de los cuatro cortes*". Según esta estrategia gubernamental se pretende eliminar el acceso de las fuerzas opositoras de las distintas etnias, tanto a nuevos reclutas, como a la información, suministros y apoyo financiero; y todo ello, con el fin de extender su control militar a las zonas bajo la administración de los grupos armados de las minorías étnicas. Esta política oficial ha provocado la huida masiva de civiles de sus lugares habituales de residencia, lo cual se traduce en que los desplazamientos se hayan convertido en una práctica habitual en Myanmar. Junto a esta práctica, debe añadirse que como consecuencia de la represión de 1988, más de un millón de birmanos fueron reasentados por la fuerza sin indemnización alguna. Además con el propósito de eliminar todo vínculo entre las guerrillas y la población civil, la Junta Militar viene obligando a trasladarse a poblaciones enteras a campos de internamiento, los cuales están bajo una estricta supervisión militar. Asimismo el Relator Especial de las Naciones Unidas ha venido denunciando que las tropas gubernamentales de forma habitual efectúan registros en poblaciones, colindantes a las zonas de insurgencia, en las cuales la confiscación de bienes y la destrucción de los hogares obligan de nuevo a los civiles a desplazarse de forma permanente¹⁵. Según los informes de estos funcionarios de las Naciones Unidas se estima que más de un millón de personas han sido desplazadas de sus lugares de origen en la última década, habiendo documentado más de tres mil casos de destrucción o reasentamiento de aldeas completas¹⁶.

¹² *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar*, Paulo Sérgio Pinheiro, A/HRC/4/14, de 12 de febrero de 2007.

¹³ *Informe del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados*, A/58/546-S/2003/1053; Corr. 1 y 2.

¹⁴ *Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Myanmar*, CRC/C/15/Add.237, de 30 de junio de 2004.

¹⁵ *Informe del Relator Especial*, Rajsmoor Lallah, presentado con arreglo a la resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1996/80, E/CN.4/1997/64, de 6 de febrero de 1997. A todo ello debe sumarse el sometimiento de civiles a prácticas de trabajos forzados, en particular se les obliga ser portadores en las zonas de insurgencia durante meses sin remuneración alguna a cambio, lo cual incurre en otra causa de abandono de las aldeas.

¹⁶ *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar*, Paulo Sérgio Pinheiro, A/HRC/4/14, 12 febrero 2007 en el cual denunciaba a la Asamblea General, que desde 1948, en las zonas en conflicto del país, millones de personas se han visto desplazadas, y miles han muerto cada año, en gran parte debido a enfermedades evitables.

De forma más reciente el *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar*, Paulo Sérgio Pinheiro, A/HRC/7/18, 7 de marzo de 2008, denuncia que la mayoría de los nuevos casos de desplazamientos internos y migraciones forzadas se han concentrado en el nordeste del Estado de Karen y en las zonas adyacentes de la división de Pegu, aún en conflicto armado. Se calcula que, en octubre de 2007, el número total de desplazados internos en Birmania oriental era de 503.000, de

Del mismo modo la resistencia a estas incursiones militares, provoca que los habitantes de estos territorios en disputa, sean objeto de torturas y malos tratos, y detenciones arbitrarias. En este sentido, según el ya mencionado Informe del Relator Especial¹⁷, basado en la recopilación de los testimonios de las víctimas, no se hace ninguna distinción entre insurgentes y no combatientes y que, por lo tanto, los habitantes de estas zonas son objeto de torturas indiscriminadas, palizas y arrestos arbitrarios.

II. PRECEDENTES: LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LA JUSTICIA ESPAÑOLA

Todos estos hechos cometidos en el contexto del conflicto armado interno en Myanmar fueron denunciados ante la Audiencia Nacional en septiembre de 2009; precisamente en el momento de la presentación de la querrela se estaba tramitando en el Senado la ley de reforma de la justicia universal en España¹⁸, por lo que en ese momento no se encontraban operativas las actuales limitaciones introducidas en el artículo 23.4 de la L.O.P.J.¹⁹

Además en esas fechas se encontraban abiertas en la Audiencia Nacional distintas instrucciones relativas a crímenes de guerra. En concreto se continuaban investigando

los cuales 295.000 se encontraban en zonas de cesación del fuego, 99.000 se habían escondido en la selva y 109.000 estaban en otros lugares del país, algunos de ellos en centros de reasentamiento.

Según el informe de este mismo Relator, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) estima que, a fecha de 15 de febrero de 2008, el número de refugiados birmanos en Tailandia, incluida la población registrada, los solicitantes de asilo en espera de una decisión de la Junta de Admisión Provincial de Tailandia y los estudiantes, era de 130.241. Esa cifra no incluye a los 14.182 refugiados reasentados en terceros países. El ACNUR ha registrado a 123.663 refugiados de Birmania que residen temporalmente en nueve campamentos situados junto a la frontera entre Tailandia y Birmania.

¹⁷ E/CN.4/1997/64.

¹⁸ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE nº 266, de 4 de noviembre de 2009, pp. 92091-92092 en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-17492.

Los nuevos elementos exigidos para que la jurisdicción española sea competente para juzgar crímenes internacionales se reflejaron en los siguientes párrafos:

“Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.”

¹⁹ REMIRO BROTONS, A., “Derecho y política en la persecución de crímenes internacionales en España”, en TAMARIT SUMILLA (coord.) *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, p. 220. Véase también ROLDÁN BARBERO, J., “La política exterior española en materia de derechos humanos”, en RAMÓN CHORNET, *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, 2010, pp. 253-292.

en distintos juzgados centrales de instrucción de este tribunal²⁰, distintos casos ya admitidos a trámite como los de Ruanda²¹, Couso²², El Salvador²³, Palestina²⁴, dirigentes de las SS de la Alemania Nazi²⁵ y Tíbet²⁶.

Ahora bien a los efectos de la persecución de estos crímenes internacionales debe distinguirse dos tipos de iniciativas, las que investigan las violaciones del DIH en el contexto de un conflicto armado internacional y las que han denunciado hechos acaecidos en el seno de un conflicto armado interno. Respecto de los primeros, precisamente uno de los debates jurídicos más relevantes, que se ha abierto tras la reforma legal apuntada, es el que hace referencia a la competencia de la jurisdicción española en el supuesto de crímenes de guerra. Llegados a este punto debe recordarse que en la nueva redacción del art. 23. 4 de la LOPJ se prescribe que los vínculos de conexión nacional se aplican “*sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España*”. En este sentido, en lo relativo a las Convenciones de Ginebra, ratificadas por España, y a las que remite el Código Penal, puede deducirse que las infracciones graves en ellas contempladas deben ser perseguidas “de forma activa” por los Estados, sobre la base del principio de jurisdicción universal, cualquiera que sea la nacionalidad del autor²⁷. En concreto estas

²⁰ Para una revisión detallada de estas iniciativas véase la monografía del Profesor PIGRAU SOLÉ, A.: *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, 2009, pp. 93-108.

²¹ Auto de 6 de abril de 2005, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional, Diligencias previas nº 55/2005. PALOU LOVERDOS, J., “Esperanzas para la justicia universal”, *Abogados*, febrero 2007, pp. 60-63 y “Crímenes de guerra contra españoles, ruandeses y congolese en África Central (1990-2006): El conflicto de los Grandes Lagos desde la perspectiva de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006, en [http://www.reei.org/reei%2013/PalauLoverdos\(reei13\).pdf](http://www.reei.org/reei%2013/PalauLoverdos(reei13).pdf)

²² La querrela por el asesinato del periodista Couso en Bagdad por tropas estadounidenses fue admitida a trámite el 9 de julio de 2003. Posteriormente, tras haberse dictado órdenes de arresto internacional, la Sala de lo Penal, Sección Segunda de la Audiencia Nacional, archiva el caso mediante auto de 8 de marzo de 2006, el cual fue recurrido en casación. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ordenó la reapertura del caso, fundándose en buena medida en la sentencia Guatemala del Tribunal Constitucional, Sentencia nº 1240/2006, de 5 de diciembre de 2006.

²³ Auto de 12 de enero de 2009, Diligencias Previas 391/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

²⁴ Auto de 21 de enero de 2009, Diligencias Previas 157/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional.

²⁵ Auto de 17 de julio de 2008, Diligencias Previas 211/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.

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

²⁷ ORIHUELA CALATAYUD, E., “Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad”, en RAMÓN CHORNET (ed.): *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 153-198. Sobre la obligación de perseguir los crímenes de guerra sobre la base de la jurisdicción universal, el clarificador estudio de la Profesora Orihuela precisa que, “*los jueces de casi todo el mundo cuentan con jurisdicción para perseguir las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, y que buena parte de ellos son competentes respecto de los crímenes enunciados en el Protocolo I*”, p. 176. CASSESE, A., “On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law”, *European Journal of International Law*, vol. 9 nº 1, 1998, pp. 2-17. MERON, T.: *The*

disposiciones contemplan que para los delitos contra las personas civiles protegidas en conflictos armados, cada Estado parte “*tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u haber ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad*”²⁸.

Precisamente esta interpretación es la efectuada por el magistrado Fernando Andreu del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, en el caso del asalto contra civiles en el campo de Ashraf de Bagdad. En este asunto, el juez en lugar de plegarse a la pretensión de archivo del fiscal, ha exceptuado el que no se reúnan las pertinentes conexiones nacionales, acudiendo a la obligación de la jurisdicción española de perseguir crímenes de guerra, según lo estipulado en el mencionado artículo 146 de la IV Convención de Ginebra y ha acabado por admitir la querrela²⁹ y una posterior ampliación³⁰. Del mismo modo en el caso Tíbet, mediante auto de 30 de marzo de 2011, el juez Ismael Moreno ha ampliado la investigación de los hechos denunciados ocurridos en Tíbet desde 1972 hasta 2003, y que como querellados figuran el anterior Presidente de China, Jiang Zemin, y antiguo Primer Ministro, Li Peng. En efecto, el magistrado ha accedido a las peticiones de la parte querellante solicitando la ampliación de la calificación de los hechos como infracciones graves de las Convenciones de

Humanization of International Law, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008. JORGE URBINA, J., “Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2008, pp. 255-306. VAN ELST, R., ‘Implementing universal jurisdiction over grave breaches of the Geneva Conventions’, *Leiden Journal of International Law* 13, 2000, pp. 815-854. En relación al debate doctrinal relativo a la obligación de perseguir universalmente estos crímenes, véase BARIFFI, F. J., “Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra, evolución histórica y su codificación en el derecho de Ginebra”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, pp. 31-35. Algunos académicos exigen que para conocer de los crímenes de guerra, el presente autor del crimen debe encontrarse en territorio español, véase FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009. Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 (“Caso Tíbet”) y al Voto particular que formulan tres magistrados”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, enero 2011, www.indret.com, pp. 34-43.

²⁸ Artículo 49 del Convenio de Ginebra I de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 236 de 23/8/1952); artículo 50 del Convenio de Ginebra II de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y náufragos de las fuerzas armadas en mar (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 239 de 26/8/1952); artículo 129 del Convenio de Ginebra III de 12 de agosto de 1949 relativo al trato de prisioneros de guerra (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 249 de 5/9/1952); artículo 146 del Convenio de Ginebra IV de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 246 de 2/9/1952).

²⁹ Auto de 27 de diciembre de 2010, Diligencias Previas 211/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional. Los hechos denunciados en esta querrela versaban sobre el asalto armado, por parte de fuerzas especiales iraquíes el 28 y 29 julio de 2009, sobre civiles desarmados iraníes que se encontraban en el campo de Ashraf. La ofensiva ocasionó la muerte de 11 exiliados iraníes pertenecientes a la Organización de los Muyaidines del Pueblo de Irán y la detención de 36 refugiados.

³⁰ Auto de 11 de julio de 2011, Diligencias Previas 211/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional

Ginebra en relación al traslado masivo de población china a territorio ocupado tibetano³¹.

Por el contrario esta interpretación en el seno de un conflicto armado internacional no ha sido unánime en la Audiencia Nacional. De esta forma el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional no admitió a trámite la querrela presentada contra los máximos mandatarios estadounidenses y británicos por los crímenes internacionales cometidos en Irak durante las últimas dos décadas. Un único razonamiento jurídico, justificó tal decisión, alegándose que “carecía de competencia para conocer los hechos denunciados, ya que los presuntos responsables no se encuentran en España, no existen víctimas de nacionalidad española, ni consta vínculo relevante con España”³². En todo caso este mismo magistrado, Santiago Pedraz, en el seno de la misma guerra de Irak ha llegado a ordenar la búsqueda y captura e ingreso en prisión a efectos de extradición de distintos militares norteamericanos que encuentra responsables del asesinato del periodista José Couso en Bagdad³³; esta vez sí la conexión nacional debido a la víctima española ha posibilitado a este juez llegar a esta activa resolución.

Pero si bien en lo relativo a las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo I se venían efectuando pronunciamientos judiciales, en el momento de denunciar los crímenes de guerra en Birmania no se había valorado por nuestros tribunales la posibilidad de perseguir este tipo delictivo en el seno de un conflicto armado interno. Aún así en la Audiencia Nacional se han investigado crímenes contra la humanidad, genocidios y tortura en el contexto de guerras civiles, pero sin acudir a la calificación jurídica de crimen de guerra. Así por ejemplo en el caso de los Jesuitas del Salvador no se acude a esta calificación ni por la parte querellante, ni por el juez instructor, aún admitiendo en esta resolución judicial que los hechos como los asesinatos denunciados se desarrollan en un estado de guerra civil en el todo el país; incluso se distinguen a las distintas partes combatientes e identifican a los líderes militares que resultan procesados en este auto y sobre los cuales se decretan órdenes de búsqueda y captura internacionales. Con todo, ese procesamiento según se establece en la parte dispositiva se ciñe a delitos de asesinato, terrorismo y crímenes contra la humanidad, obviando toda referencia a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario³⁴. El mismo silencio se guarda en el caso Guatemala cuando los hechos

³¹ Auto de 30 de marzo de 2011, Sumario 63/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional.

³² Auto de archivo de 23 de noviembre de 2009, Diligencias Previas 302/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional. En este caso el juez textualmente reprodujo lo dictaminado previamente por el informe del fiscal, el cual vino a añadir que “en el propio Irak se han iniciado procedimientos que suponen la investigación de los hechos denunciados”, cfr. Informe del fiscal Ignacio Gordillo Álvarez-Valdés nº 02181/2009, de 18 de noviembre de 2009, Diligencias Previas 302/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional. Sorprende cuanto menos dicha aseveración, teniendo en cuenta la más que cuestionable legitimidad, imparcialidad y competencia material del Tribunal Especial de Irak.

³³ Auto de 29 de julio de 2010, Sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional.

³⁴ Auto de 30 de mayo de 2011, Sumario 97/10, Diligencias Previas 391/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

denunciados se circunscriben cronológicamente al tiempo de "guerra que azotó durante treinta y seis años a Guatemala"; ahora bien, de nuevo, la calificación de los hechos se reduce al genocidio³⁵. El único caso que hacía referencia expresa a un conflicto armado interno es el relativo a Ruanda, aunque la extensión posterior de los enfrentamientos a otros territorios como República Democrática del Congo (antiguo Zaire) y la participación de efectivos militares de otros países vecinos llevó a encuadrar los crímenes de guerra en la esfera de una guerra de carácter internacional³⁶.

Aún con todos estos precedentes, el nuevo caso de Birmania cuya denuncia se centraba en crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional, podía arrojar luz en lo relativo a la persecución de este crimen internacional a través de la jurisdicción universal. Los casos mencionados de Guatemala, El Salvador y Ruanda, no habían servido de referencia en esta materia, ya que por un lado ni entraban en el análisis de esta calificación jurídica (aún habiéndose cometido los hechos en guerras civiles), y por otro, se habían podido salvar los nuevos condicionantes legales de la reforma al acreditarse en estas causas la existencia de víctimas españolas.

III. EL CONTEXTO DEL PROCEDIMIENTO ANTE LA JUSTICIA ESPAÑOLA

Con anterioridad al análisis de los razonamientos jurídicos sobre la posible persecución universal de crímenes de guerra en el desarrollo de un conflicto armado interno, al hilo del caso de Birmania, y con el objeto de contextualizar dicha iniciativa legal, en este apartado, se procederá a una somera revisión del proceso judicial.

El 18 de septiembre de 2009, cuando aún no se había aprobado la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, la Asociación Birmania por la Paz, ejercitando la acción popular, interpuso querrela criminal por la comisión de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, de tortura y terrorismo³⁷, contra destacados miembros de la Junta Militar Birmana, como Maung Aye, Comandante en Jefe del Ejército Birmano y segunda más alta autoridad militar en Birmania y Maung Oo, Comandante General y Ministro del

³⁵ Auto de 9 de diciembre de 1999 del magistrado Ruiz Polanco de 27 de marzo de 2000, Diligencias previas 331/99.10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional. En el mismo auto se referencia que: "*En el relato de los hechos pretendidamente constitutivos de delito de genocidio se incluyen otros que se califican de torturas, asesinatos, terrorismo, lesiones graves a la integridad física o mental de las personas y detenciones ilegales, describiéndose las matanzas, los desplazamientos forzosos de la población y otros actos encaminados a la destrucción del pueblo maya, en cuanto considerado por los denunciados como responsable de la insurgencia, de la guerrilla y del terrorismo revolucionario*"; hechos que perfectamente pudieran calificarse asimismo como crímenes de guerra.

³⁶ PALOU LOVERDÓS: *Op. cit.* pp. 27-28. Véase el auto decretando las órdenes de arresto internacional contra los querrelados del juez Fernando Andreu de 6 febrero 2008 Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional, Sumario 3/2008.

³⁷ La querrela viene suscrita por las principales organizaciones mundiales por la Democracia y los Derechos Humanos en Birmania, así como la defensa internacional de Daw Aung San Suu Kyi. "Presentan en la Audiencia Nacional una querrela contra la Junta Militar Birmana por masacres entre 1998 y 2008", *Europa Press*, Madrid, 18 septiembre 2009, en <http://www.europapress.es/nacional/noticia-presentan-audiencia-nacional-querrela-contra-junta-militar-birmana-masacres-1998-2008-20090918122847.html>

Interior, responsable de las fuerzas policiales y de la jurisdicción de las cárceles birmanas³⁸. Mediante auto de 21 de septiembre, el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional, incoó diligencias previas, remitiendo la causa al fiscal para que informara de la admisión o no de la querrela³⁹. A su vez el ministerio público, dejó transcurrir más de dos meses en responder al juzgado, hasta que mediante informe de 24 de noviembre de 2009, interesó el archivo de la querrela presentada al amparo de la nueva redacción que la LO 1/2009, de 3 de noviembre otorgaba al artículo 23.4 LOPJ, sobre los requisitos y presupuestos del principio de jurisdicción universal.

Poco después, siguiendo el criterio de la fiscalía, el magistrado de la Audiencia Nacional, Grande Marlaska, por auto de 23 diciembre de 2009, dispuso la inadmisión de la querrela presentada y el archivo de la causa, al entender básicamente que no concurrían los nuevos criterios de conexión, esto es, existencia de víctimas españolas, que los presuntos responsables se encontraran en España o existencia de un interés nacional relevante. En este sentido concluyó en el segundo razonamiento jurídico que “no obviando la extrema gravedad de los hechos objeto de imputación y la necesidad de su investigación, y de conformidad a la legalidad vigente, no deviniendo competente la jurisdicción española, procede no admitir a trámite la querrela, acordando el archivo de la causa”⁴⁰.

Frente a ese auto los querellantes interpusieron recurso de reforma y subsidiario de apelación, resolviendo el Juzgado instructor el recurso de reforma por auto de 18 de marzo de 2010 y admitiendo en el mismo el recurso de apelación, interpuesto con carácter subsidiario. Finalmente la Sección Cuarta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁴¹, desestimó el referido recurso de apelación. Al margen de la esgrimida falta de conexión nacional, los magistrados de la Audiencia Nacional consideraron que los tribunales españoles no eran competentes para perseguir crímenes de guerra en un conflicto armado interno, ni crímenes contra la humanidad cometidos en Myanmar, y más aún cuando existe la posibilidad, por la cual el caso pudiera ser remitido por el Consejo de Seguridad al fiscal de la Corte Penal Internacional; razonamientos jurídicos que fueron rebatidos por la acusación popular y que se detallarán en los siguientes apartados.

Tras este final rechazo de conocer la causa birmana, se preparó recurso de casación frente a la mencionada resolución de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal, la cual

³⁸ El resto de querellados eran, Hla Htay Win, Comandante General del Ejército Birmano y responsable del comando militar de Rangoon durante las masacres de 1988 y 2007; Hla Min, Brigadier General y responsable de la 11ª División de Infantería Ligera del comando militar de Rangoon durante la masacre de 2007; Khin Ye, Director General de la Policía y una de las figuras principales en la represión de Rangoon de 2007; Myint Swe, Comandante General y responsable desde el 2004 del Directorio de los Servicios Nacionales de Inteligencia.

³⁹ Auto de 21 de septiembre de 2009, Diligencias Previas 264/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional.

⁴⁰ Auto de inadmisión de 23 de diciembre de 2009, Diligencias Previas 264/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional.

⁴¹ Auto de 6 de septiembre de 2010, Sección Cuarta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, rollo de apelación 101/10.

además acordó “no admitir el recurso de casación planteado”⁴², siguiendo una vez más el criterio de la fiscalía⁴³. A su vez contra esta inadmisión se interpuso recurso de queja, que fue desestimado por motivos procesales por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁴⁴. Esta decisión judicial ha impedido que este alto tribunal tuviera que resolver los distintos motivos de fondo en un posterior recurso de casación, por lo que ha logrado evitar pronunciarse sobre la cuestión del papel de la jurisdicción universal a la hora de perseguir crímenes de guerra en un conflicto armado no internacional.

En todo caso ante estas negativas se ha presentado a su vez recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1 de la Constitución Española, en relación con el derecho a de acceso a la justicia y un proceso con todas las garantías, en conexión con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

IV. LA SUPUESTA PRIMACÍA DE OTRAS JURISDICCIONES

1. La Comisión de Investigación en Myanmar y el principio de subsidiariedad

Una vez expuestos los trámites procesales transcurridos, deben destacarse los razonamientos jurídicos que han impedido el conocimiento de esta causa. En primer lugar, en el inicial auto de inadmisión del juez Grande Marlaska se traían a colación los distintos requisitos para que la jurisdicción española se pudiera considerar competente para enjuiciar crímenes internacionales. Uno de los más invocados fue el que hace referencia en la Ley Orgánica 1/2009, a la acreditación a que “*en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.*”⁴⁵

Pues bien, el Juzgado Central de Instrucción nº 3, apoyándose en esta modificación, procede a inadmitir la querrela, como consecuencia de la creación por parte del Gobierno de Myanmar de un “órgano de investigación presidido por el Ministerio del Interior”. Ciertamente según una Nota del Secretario General de las Naciones Unidas

⁴² Providencia de 6 de octubre de 2010, Sección Cuarta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, rollo de apelación 101/10, Diligencias Previas 264/2009.

⁴³ Informe del fiscal de 29 de septiembre de 2010, Diligencias Previas 264/2009, que exponía que “*en diversas ocasiones el Tribunal Supremo ha debatido esta cuestión, y ha llegado a la conclusión de que no puede ser objeto de recurso de casación el auto de apelación que resuelve el auto de archivo dictado por el Juzgado Central de Instrucción, en el procedimiento de Diligencias Previas.*”

⁴⁴ Auto de 17 marzo de 2011, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo, recurso nº 20833/2010, que ratifica lo expuesto por el fiscal: “*La doctrina unánime de esta Sala ha establecido, que contra los autos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales (en este caso Audiencia Nacional) desestimando el recurso contra las inadmisiones de querellas, no cabe recurso de casación*”

⁴⁵ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, BOE nº 266, de 4 de noviembre de 2009. Además en la nueva redacción se añade que: “*El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.*”

informando a la Asamblea General de un informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar se creó este organismo⁴⁶. Ahora bien respecto a esta comisión, primeramente debe remarcarse que solo estaba destinada a investigar hechos acaecidos entre el 18 y el 26 de septiembre de 2007 en el contexto de la llamada Revolución Azafrán, por lo que no podía aplicarse ese límite subsidiario de la jurisdicción española a todo lo denunciado como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en Myanmar desde 1988 al 2008. Es más dicho presunto órgano de investigación no ha supuesto “una persecución efectiva”, tal y como exige ese aludido límite contemplado en la nueva redacción del artículo 23.4 de la L.O.P.J.

Siendo así la misma Nota del Secretario General mencionada concluía respecto a este organismo que no ha identificado ni sancionado a ninguno de los responsables de la masacre de septiembre de 2007 y que “*el sistema judicial de Birmania aparenta obrar de manera imparcial y dicta sentencias bajo la apariencia de un Estado de Derecho. Sin embargo, tal y como funciona en la actualidad, el poder judicial no es independiente y está controlado directamente por el Gobierno y las fuerzas armadas*”. Además se añadía que, “*sin la debida rendición de cuentas, es posible que vuelvan a acaecer hechos extremos como los de septiembre de 2007(...) y pone en peligro los derechos a la vida, la integridad personal y la libertad*”⁴⁷. En este sentido debe recordarse que la efectiva persecución de crímenes internacionales no sólo desarrolla efectos punitivos, sino que su investigación y sanción de forma inherente posee consecuencias preventivas. Con ello se contribuye a evitar la perpetuidad de la impunidad y de esta forma se previene la reiterada comisión de atrocidades⁴⁸, extremos que a todas luces no se han dado en el caso de Myanmar⁴⁹.

⁴⁶ Nota del Secretario General de 5 de septiembre de 2008, A/63/341, en la que transmite a los miembros de la Asamblea General el informe preparado por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar, Tomás Ojea Quintana, de conformidad con el párrafo 6 de la resolución 62/222 de la Asamblea General: “*La rendición de cuentas por estas violaciones de los derechos humanos sigue pendiente. El Gobierno de Birmania estableció un “Órgano de Investigación”, presidido por el Ministro del Interior, para que investigara las muertes, detenciones y desapariciones a raíz de la campaña de represión de septiembre.*” (A/HRC/7/G/8).

⁴⁷ Nota del Secretario General de 5 de septiembre de 2008, A/63/341, *op. cit.* párrafo 103.

⁴⁸ Este efecto preventivo se pone de manifiesto en distintos tratados y acuerdos, como la Convención del Genocidio, y en otro contexto, se recuerda por ejemplo en la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, 2002/494/JAI, considerando 12: “*Los Estados miembros han manifestado en la Posición común 2001/443/PESC del Consejo, de 11 de junio de 2001, relativa a la Corte Penal Internacional (3), que los crímenes que son competencia de la Corte conciernen a todos los Estados miembros, que están decididos a cooperar para prevenir esos crímenes y poner fin a la impunidad de sus autores.*”

⁴⁹ De hecho se ha señalado en informes de las Naciones Unidas, en lo relativo a crímenes de violencia sexual contra mujeres de distintas etnias en el seno del conflicto armado interno de Myanmar, que su comisión es sistemática. Y precisamente este hecho se explica por la negativa de las autoridades de permitir una investigación independiente con el objeto de verificar acusaciones y depurar responsabilidades. Siendo así, no sorprende que esta impunidad, de la cual se ha dado cuenta a la Asamblea General de las Naciones Unidas, esté propiciando la reiterada comisión de estos hechos, *cf.* Informe del Relator Especial, Paulo Sérgio Pinheiro, sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar de 7 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/34, en concreto, se critica que el Gobierno no haya accedido a la realización de una investigación independiente de las alegaciones de violencia sexual sistemática en el Estado de Shan.

De forma similar se acudió a este argumento de la subsidiariedad para archivar, de nuevo a petición de la fiscalía, el caso Palestina⁵⁰, invocándose por parte del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la prioridad de la investigación de los hechos denunciados en un “Estado democrático” como Israel⁵¹. Además se ignoró que dicha investigación no constituía un “proceso judicial penal”, ya que el esclarecimiento de los hechos corría a cargo de una comisión militar⁵². A idéntica solución se ha llegado en el llamado caso de “los Seis de Bush”⁵³, en el que la respuesta a una Comisión Rogatoria a los Estados Unidos de 1 de marzo de 2011 ha sido definitiva para decretar el sobreseimiento provisional de la causa, al asegurar el Departamento de Justicia del Gobierno de Washington que se están investigando en este país los hechos denunciados en España. Es más, el magistrado Eloy Velasco matiza que resulta irrelevante si la investigación que se lleva a cabo en otro país es de carácter judicial, ya que considera acreditada esa preferencia con la apertura de cualquier otro procedimiento administrativo⁵⁴. Sin embargo a diferencia de estos asuntos, en el caso de Myanmar la preferencia a la jurisdicción del “*locus delicti*” resulta insostenible dada la manifiesta ausencia de un Estado de Derecho en este país⁵⁵; razonamiento que fue expuesto en los recursos de reforma y apelación, y sobre el cual no se entró en el fondo ni por el Juzgado Central de Instrucción nº 3, ni por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Además invoca de nuevo el auto, la “conurrencia de jurisdicciones” para asegurar que las autoridades japonesas están investigando los hechos denunciados, ya que el 27 de septiembre de 2007, las fuerzas militares de Birmania causaron la muerte del periodista japonés Kenji Nagal en el transcurso de las protestas en Rangoon. En todo caso, tal y como se rebatía en el recurso de apelación, Japón está investigando únicamente el asesinato puntual del periodista japonés cometido en el contexto de un crimen contra la

⁵⁰ PÉREZ GONZÁLEZ y ESCUDERO ALDAY (eds.), *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: El caso de Palestina*, Aranzadi, Thomson Reuters, Universidad Carlos III de Madrid, 2009.

⁵¹ Auto 1/09 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Recurso de Apelación 31/09, Rollo de la Sala de la Sección 2ª nº 118/09, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Diligencias Previas 157/08.

⁵² Véase el voto particular al Auto 1/09 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de los magistrados Manuela Fernández Prado, José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Varcárcel.

⁵³ Causa dirigida contra seis miembros del equipo del Presidente estadounidense Bush por orquestar jurídicamente el sistema de detenciones y torturas en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional y que fue admitida por auto de 4 de mayo de 2009, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

⁵⁴ Auto de de 13 de abril de 2011, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

⁵⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar, Paulo Sérgio Pinheiro A/HRC/7/18 7 de marzo de 2008, párrafo 58: “*La cultura de la impunidad sigue siendo el principal obstáculo para garantizar el respeto de los derechos humanos en Birmania y crear un entorno propicio para su realización. Durante el transcurso de su mandato, el Relator Especial ha recibido denuncias de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos, en particular de ejecuciones sumarias, torturas, prácticas de trabajos forzados, violencia sexual y reclutamiento de niños soldados. Esas violaciones no se han investigado y sus autores no han sido enjuiciados. Las víctimas no han podido ejercer sus derechos ni recibir una reparación justa y efectiva.*”

humanidad cometido en 2007. De esta forma, nada impide a la jurisdicción española para que conozca todos los hechos denunciados desde 1988 a 2008 calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que no son objeto de dicha investigación japonesa. En todo caso de nuevo la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal guardó silencio sobre esta alegación.

2. La incierta competencia del Tribunal Penal Internacional

El otro argumento esgrimido que ha justificado la inadmisión de la querrela contra los líderes de la Junta Militar de Myanmar hace referencia a la posible competencia del Tribunal Penal Internacional. En efecto el inicial auto de 23 de diciembre de 2009 sustentó este pronunciamiento en una resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 2008 en la cual se solicitaba, que *“el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas remitiera al Fiscal de la Corte Penal Internacional la documentación sobre el bloqueo de la ayuda internacional a los damnificados del ciclón Nargis que en los días 2 y 3 de mayo de 2008, azotó Myanmar causando miles de muertos como delito de Lesa Humanidad”*⁵⁶.

Con posterioridad mediante auto dictado por Juzgado Central de Instrucción nº 3, en fecha 3 de marzo de 2010, desestimando el recurso de reforma, de nuevo el magistrado acude a este razonamiento jurídico expuesto por el ministerio fiscal. En dicha resolución tras transcribir los artículos 12 y 13 del Estatuto de Roma (obviamente remarcando con énfasis el apartado b del artículo 13, relativo a la potestad del Consejo de Seguridad de remitir al Fiscal un caso), hace lo propio con los artículos 39, 40, 41 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas con el fin de poner de manifiesto la facultad del Consejo de Seguridad de actuar de acuerdo a lo dispuesto en el capítulo VII y de esta forma habilitar lo contemplado en el artículo 13.b reseñado. Siendo así concluye el auto que:

“Actualmente no existe ningún obstáculo para que los hechos denunciados sean competencia de la Corte Penal Internacional, ello aunque Birmania no sea parte. En síntesis se puede hacer referencia al caso de Darfur. En primer lugar que se inició por la resolución 1593 de 31 de marzo de 2005 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Este mecanismo, está contenido en el Estatuto de Roma y es de especial importancia, ya que permite iniciar un procedimiento en la Corte contra países que no son parte en el Estatuto de Roma (...)
*Es importante esta referencia a la Corte Penal Internacional, por cuanto el artículo 7 de la L.O. 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, se establece limitaciones al principio de Jurisdicción Universal (...)*⁵⁷

Obviamente desde el punto de vista teórico, el mecanismo aludido por el magistrado puede activar la labor jurisdiccional de la Corte Penal Internacional siempre que el Consejo de Seguridad califique previamente la situación de “amenaza a la paz,

⁵⁶ Auto de inadmisión de 23 de diciembre de 2009, Diligencias Previas 264/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional.

⁵⁷ Auto de inadmisión del recurso de reforma de 3 de marzo de 2010, Diligencias Previas 264/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional, fundamentos de derecho 2º y 3º.

quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, tal y como prevé el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁵⁸. Así pues si se dieran estas circunstancias, según el artículo 7 de la L.O. 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional la jurisdicción española no podría asumir la competencia, toda vez que “se tenga conocimiento de la existencia de que se encuentre interpuesta una denuncia o una querrela ante la Corte Penal Internacional”⁵⁹. Una vez expuestos estos razonamientos, el auto referido en el fundamento jurídico noveno insiste de nuevo que “*como ya se señaló es factible el acudir a la Corte Penal Internacional para el posible enjuiciamiento de los hechos objeto de la querrela, siempre y cuando se den los presupuestos anteriormente mencionados, máxime cuando las Naciones Unidas por medio de sus relatores han investigado los hechos objeto de la querrela*”⁶⁰.

Ahora bien para poder mantener el juzgado central de instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional la competencia de la Corte Penal Internacional hubiese precisado, no sólo de la explicación teórica de tal posibilidad como efectuó, sino que necesariamente debería haberse adjuntado el presupuesto material de la comprobación fáctica de la existencia de haberse abierto un juicio en el tribunal de La Haya mencionado. A este efecto debiera

⁵⁸ Sobre el papel del Consejo de Seguridad y el Tribunal Penal Internacional, CONDORELLI, L. y VILLALPANDO, S., “Referral and deferral by the Security Council”, en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D., (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, pp. 627-655. GUTIERREZ ESPADA, C., “La Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad y la”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 3-61. ARCARI, M., “Quelques remarques à propos de l’action du Conseil du Sécurité dans le domaine de la Justice Pénale Internationale”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 207-228. ESCUDERO ESPINOSA, J.F., “Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2003, pp. 185-262.

⁵⁹ REMIRO BROTONS, A., “La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal”, *Colección Escuela Diplomática nº 4, creación de una jurisdicción penal internacional*, Escobar Hernández (ed.), Madrid, 2000, pp. 193-235, asegura que “*la complementariedad de la Corte Penal Internacional diseñada en Roma respecto de las jurisdicciones estatales se manifiesta por una doble vía: por un lado, las jurisdicciones estatales han de proveer a la persecución de los crímenes que la Corte no asumen en su Estatuto; por otro, dentro del espacio compartido, la Corte – a diferencia de los tribunales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda (art. 9.2 y 8.2 respectivamente) – no goza de prioridad, sino que es, más bien, subsidiaria de las jurisdicciones estatales*”.

Paradójicamente la L.O. 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional invierte dicho principio de complementariedad: Artículo 7.2: “*Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.*”

⁶⁰ Auto de inadmisión del recurso de reforma de 3 de marzo de 2010, Diligencias Previas 264/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional, fundamentos de derecho 9º.

haberse remitido requerimiento al mencionado Tribunal Penal Internacional para que certificara la existencia o no de tal procedimiento⁶¹.

Además debe remarcarse que los informes de los Relatores Especiales de Naciones Unidas, ni tienen, ni nunca tendrán la naturaleza de constituir el inicio de un procedimiento ante la Corte Penal Internacional, ya que se trata única y exclusivamente de simples informes de constatación de hechos sin obligatoriedad jurídica alguna. Y buena prueba de ello, es que desde 1992 de forma anual se viene emitiendo estos informes sin consecuencia judicial alguna ni en los tribunales birmanos, ni posteriormente en el Tribunal Penal Internacional⁶².

Además si se revisa toda la actuación desde hace años del Consejo de Seguridad sobre la cuestión de Birmania se llega a la conclusión relativa a la imposibilidad actual de que dicho organismo superior de las Naciones Unidas emita una resolución como la mencionada de Darfur⁶³. Uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad con derecho de veto, la República Popular de China, se viene oponiendo de forma sistemática a que este organismo considere las actuaciones de la Junta Militar Birmana como amenaza a la paz y seguridad internacionales. En este sentido el embajador chino en el Consejo de Seguridad, el sr. Wang, ha declarado expresamente que: *“la cuestión de Myanmar es principalmente un asunto interno de un Estado soberano. La situación actual en Myanmar no constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales o regionales (...) China sostiene que no hay necesidad para que el Consejo de Seguridad se vea envuelto, ni tome acción alguna sobre la cuestión de Myanmar.”*⁶⁴ En términos similares, en fechas posteriores incluso a las masacres cometidas en la revolución azafrán del 2007 y al bloqueo de la ayuda humanitaria tras el paso del ciclón Nargis en mayo de 2008, de nuevo el embajador chino en el Consejo de Seguridad, concluyó que: *“la situación de Myanmar no supone una amenaza a la paz y seguridad internacionales. China se opone explícitamente a la inclusión de la cuestión de Myanmar en la agenda del Consejo de Seguridad y está en contra de la política de aislar y sancionar a Myanmar. La posición de China en este tema permanece inmodificable”*.⁶⁵

⁶¹ En este sentido en el recurso de reforma planteado por la parte querellante solicitó que con carácter previo a la solicitud del recurso, se librara comisión rogatoria internacional al Tribunal Penal Internacional con el objeto de que el Fiscal informase si el Consejo de Seguridad había remitido resolución alguna referida al caso y consecuentemente se había abierto un proceso. Esta solicitud ni siquiera fue objeto de respuesta por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, ni de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal que resolvió el recurso de apelación.

⁶² ESTEVE MOLTO, J.E., “La inoperancia del Consejo de Seguridad ante la amenaza a la paz y seguridad internacionales: el caso de Birmania”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. XXVI, 2010, pp. 111-141.

⁶³ LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, E., “La resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la intervención de la Corte Penal Internacional en la crisis de Darfur: ¡a la sexta va la vencida!”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, I, 2005, pp. 489-495.

⁶⁴ *Security Council Chamber, Excerpted statements from Security Council Meeting on the situation on Burma*. Declaraciones oficiales del embajador chino en el Consejo de Seguridad del 12 de enero de 2007, en cuya sesión se trató el tema de Myanmar.

⁶⁵ Consejo de Seguridad, sesión 6161, de 13 de julio de 2009, UN Doc. S/PV.6161, pp. 14-15.

Esta posición se ha mantenido hasta la actualidad y de hecho en febrero de 2011 ni siquiera ya se encontraba la cuestión de Myanmar en la agenda oficial del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Con todos estos precedentes a todas luces resulta evidente que el Consejo de Seguridad ni ha declarado ni tiene la intención de declarar la situación de Birmania como amenaza a la paz y seguridad internacionales según prevé el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; requisito *sine qua non* para que el Consejo de Seguridad según lo dispuesto en el artículo 13.b del Estatuto de Roma pueda remitir al Fiscal esta situación de denuncia de comisión de crímenes internacionales.

Por último debe remarcarse, que en el teórico e hipotético caso por el cual el Tribunal Penal Internacional estuviera conociendo de los crímenes de Birmania, únicamente lo podría efectuar de todos aquellos hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma, esto es, julio del 2002. De esta forma todos los crímenes cometidos y denunciados desde 1988 hasta esa fecha quedarían fuera de la competencia de esta instancia judicial internacional. En definitiva, a pesar de todas las objeciones jurídicamente planteadas al argumento de la hipotética competencia del Tribunal Penal Internacional, la sección Cuarta de la Sala de lo Penal, hizo caso omiso de las mismas y sobre esta cuestión únicamente trajo de nuevo a colación la resolución del Parlamento Europeo mencionada (solicitando la actuación del Consejo de Seguridad) para desestimar la competencia de los tribunales españoles. Y todo ello, a pesar de reconocer expresamente y tener “*bien presente la extrema gravedad de los hechos objeto de imputación y la necesidad de llevar a cabo una profunda investigación acerca de los mismos y de sus presuntos autores*”.⁶⁶

V. LA NO PERSECUCIÓN DE LAS VIOLACIONES DEL DIH EN EL SENO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO BIRMANO

1. La vía convencional

Una vez acreditada la imposibilidad de acudir a los tribunales de Myanmar y al Tribunal Penal Internacional, debe analizarse si obviando cualquier nexo de conexión nacional, y tal y como exceptúa la nueva redacción del artículo 23.4 de la LOPJ, la jurisdicción española es competente según los “tratados y convenios internacionales suscritos por España”.

Como ya se ha mencionado, las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra (de las cuales España y Birmania son parte⁶⁷) y del Protocolo I resultan susceptibles de persecución universal⁶⁸; es más según las disposiciones de estos textos convencionales

⁶⁶ Auto de 6 de septiembre de 2010, Sección Cuarta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, rollo de apelación 101/10, fundamento de derecho 5º.

⁶⁷ Véase el repertorio de ratificaciones en la base de datos del Graduate Institute de Ginebra en http://www.adh-geneva.ch/RULAC/international_treaties.php?id_state=30; Birmania es parte de las Convenciones desde el 25 de agosto de 1992.

⁶⁸ Véase en especial la sentencia de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005, por el que se condena a Adolfo Scilingo por delito de lesa humanidad, con causación de 30 muertes y realización de detenciones

existe no un derecho, sino una obligación de perseguir dichos crímenes internacionales⁶⁹. Ahora bien siguiendo una interpretación literal de las Convenciones, esas infracciones graves no incluyen las prohibiciones del artículo 3 común⁷⁰, ni del Protocolo II.

En efecto esta ha sido la respuesta del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, al negar la admisión del recurso de reforma presentado tras la inadmisión de la querrela:

“La represión de los crímenes de guerra recogidos en los cuatro Convenios de 1949 y el Protocolo I Adicional de 1977, arbitran el principio de

ilegales y torturas, cfr. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª, Sumario 19/1997, Rollo de Sala 139/1997, fundamento 5º de derecho: *“En relación con los Convenios de Ginebra, los primeros supuestos de ejercicio de la jurisdicción universal por infracciones graves previstas en dichos Convenios, el primero de ellos lo constituye el asunto relativo a Refik Saric, en el que un tribunal danés condenó el 25 de noviembre de 1994 a ocho años de prisión a un guardia del campo de prisioneros croata de Dretelj (Bosnia) que había solicitado refugio en Dinamarca, por los maltratos inferidos a tres detenidos, de los cuales dos habían fallecido. La jurisdicción danesa en el caso se basó en el art. 8.5 del Código penal danés y en los artículos relativos a la represión de las infracciones graves de los Convenios III (arts. 129 y 130) y IV (arts. 146 y 147) de Ginebra. La validez del enjuiciamiento y de la condena fue confirmada por el Tribunal Supremo danés el 15 de agosto de 1995.*

En el asunto Novislav Djajic un tribunal alemán (el Oberlandesgericht de Munich) condenaba el 23 de mayo de 1997 a Novislav Djajic a cinco años de prisión por su participación en la detención, en junio de 1992, de catorce civiles bosnio-musulmanes que serían más tarde fusilados como represalia por la muerte días antes de diez soldados serbios por la explosión de una mina. La jurisdicción alemana basó su jurisdicción en el art. 6.9 del StGB por remisión a los preceptos correspondientes del IV Convenio de Ginebra (arts. 146 y 147) y al Protocolo I (art. 85). El Tribunal de Munich consideró que el de Bosnia-Herzegovina era un conflicto armado internacional al que resultaban de aplicación los Convenios de Ginebra.

También la jurisdicción alemana se ha ocupado de otros casos relativos también al conflicto bosnio (asuntos Jorgic, Sokolovic o Kusljic), en los que los tribunales de aquel país han ejercido la jurisdicción universal sobre casos de limpieza étnica que han merecido la calificación de genocidio.

El Tribunal Supremo holandés ha sostenido en decisión de 11 de noviembre de 1997 que los tribunales militares de los Países Bajos eran competentes para enjuiciar, en virtud de la War Crimes Act de 1952, a Darko Knezevic, un serbo-bosnio integrante de las milicias serbias que operaban en el área de Prijedor, acusado de dos asesinatos, tentativa de violación y deportaciones a campos de detención, en violación de las disposiciones de la IV Convención de Ginebra.

En el asunto relativo a Goran Grabetz, un tribunal militar de Lausanne afirmó su jurisdicción para enjuiciar a un serbobosnio residente en Suiza, solicitante de asilo político, por su presunta participación en los maltratos causados a civiles prisioneros en los campos de detención de Omarska y Keraterm (Bosnia-Herzegovina) en 1992. Tal decisión se fundamentó en el art. 2.9 del Código Penal Militar suizo, que reconoce jurisdicción universal a los tribunales militares del país alpino, incluso sobre civiles, cuando una norma de Derecho internacional humanitario así lo prevé. En ella se consideró que la guerra de Bosnia constituía un conflicto armado internacional al que resultaba aplicable, por tanto, el régimen de infracciones graves de los Convenios de Ginebra.”

⁶⁹ Sobre la persecución universal de las infracciones graves véase el reciente estudio de O'KEEFE, R., “The grave breaches regime and universal jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice* 7, 2009, pp. 811-831.

⁷⁰ MEINDERSMA, C., “Violations of common article 3 of the Geneva Conventions as Violations of the Laws or Customs of war under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Netherlands International Law Review*, vol. XLII, Issue 3, 1995, pp. 375-399. MOIR, L., *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002, pp. 22-29 y 58-67.

jurisdicción universal con arreglo al principio aut iudicare aut dedere. Queda exento de este principio el Protocolo Adicional II de 1977.

En nuestro Ordenamiento Jurídico el principio de jurisdicción universal rige para los crímenes de guerra previstos y sancionados en los reseñados artículos 603 a 609 del Código Penal, sólo y exclusivamente respecto a aquellos actos que se encuentren incriminados en cualquiera de las infracciones graves expresamente previstas en los artículos 50 del Convenio I, 51 del Convenio II, 130 del Convenio III, 147 del Convenio IV, o en los artículos 11 y 85 del Protocolo I, y siempre que los mismos se cometan con ocasión de un conflicto armado internacional, en el que se haya cometido ‘infracciones graves’.

Se consideran ‘graves infracciones’, aquellas que son realizadas dentro de un conflicto internacional, y no respecto a los recogidos en el Protocolo Adicional II, que regula las infracciones a la población civil en el marco de un conflicto interno.”

(...) Que el principio de Jurisdicción Universal, sólo es admisible a las llamadas ‘graves infracciones’ definidas en los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo I – la categoría más grave de crímenes de guerra -. Por otro lado, los crímenes de guerra que ‘no constituyen graves infracciones’, los recogidos en el Protocolo II de 1997, que regula actos cometidos en el conflicto armado de carácter no internacional, no conllevan la exigencia de aplicar la justicia universal.”⁷¹

Asimismo con el propósito de afianzar esta negativa de conocer las violaciones del Derecho Internacional Humanitario en el caso del conflicto armado interno birmano, el juez Grande Marlaska acude a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. En concreto trae a colación la sentencia de la Sala de Apelaciones en el asunto Dusko Tadic de 2 de octubre de 1995, con el objeto de “*afirmar la competencia del Tribunal sólo y exclusivamente para los delitos graves en caso de conflicto armado internacional.*” Ahora bien esa misma sentencia Tadic confirmaba, acudiendo al precedente del Tribunal de Nuremberg, que “*el derecho internacional consuetudinario impone una responsabilidad penal por las violaciones graves del artículo 3 común*”⁷²; extremo que ha sido afirmado por la doctrina⁷³ y con posterioridad

⁷¹ Auto de inadmisión del recurso de reforma de 3 de marzo de 2010, Diligencias Previas 264/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional, en el que se concluyó en este sexto fundamento de derecho: “*Por todo lo expuesto, no hay ningún obstáculo legal, bien sea a través de tratados o convenios firmados por España, bien sea en aplicación de la legislación convencional, que impida la aplicación de los límites establecidos en el vigente artículo 23.4 letra h) de la LOPJ tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.*”

⁷² Asunto Tadic IT-94-1 AR 72, Cámara de Apelaciones, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, párrafo 134. Asimismo debe destacarse de esta sentencia lo dictaminado en los párrafos 128-129, donde se dictamina en relación a los juicios de Nurember que: “*It is true that (...) common Article 3 of the Geneva Conventions contains no explicit reference to criminal liability for violation of its provisions. The International Military Tribunal at Nuremberg concluded that a finding of individual criminal responsibility is not barred by the absence of treaty provisions on punishment of breaches. The Nuremberg Tribunal considered a number of factors relevant to its conclusion that the authors of particular prohibitions incur individual responsibility: the clear and unequivocal recognition of the rules of warfare in international law and State practice*

en el anterior proyecto de 1996 de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad⁷⁴.

En esta misma dirección no debiera haberse silenciado en esta resolución judicial, la consolidación de la tendencia progresiva a la hora de exigir responsabilidades penales individuales en conflictos armados internos, que se ha visto reflejada en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, cuyo mismo Estatuto afianza su competencia sobre las violaciones del artículo 3 común, y que posteriormente desarrolla su jurisprudencia, en casos tan paradigmáticos como el dirigido contra *Akayesu*.⁷⁵ Asimismo la labor desarrollada por tribunales internacionalizados como el de Sierra Leona⁷⁶ y tribunales

indicating an intention to criminalize the prohibition, including statements by government officials and international organizations, as well as punishment of violations by national courts and military tribunals. Where these conditions are met, individuals must be held criminally responsible, because, as the Nuremberg Tribunal concluded: 'crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.' "Applying the foregoing criteria to the violations at issue here, we have no doubt that they entail individual criminal responsibility, regardless of whether they are committed in internal or international armed conflicts. Principles and rules of humanitarian law reflect 'elementary considerations of humanity' widely recognized as the mandatory minimum for conduct in armed conflicts of any kind. No one can doubt the gravity of the acts at issue, nor the interest of the international community in their prohibition."

⁷³ FERNÁNDEZ LIESA, C., "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelaciones, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia)", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, n.º. 2, 1996, pp. 11-44. GUTIERREZ ESPADA, C., "El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos armados internos (aprovechando el asunto Tadic)", *Revista Española de Derecho Militar*, 68, julio-diciembre 1996, pp. 13-36. GREENWOOD, CH., "International Humanitarian Law and the Tadic Case", *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 265-283. WARBRICK, C. y ROWE, P., "The International Criminal Tribunal for Yugoslavia: The Decision of the Appeals Chamber on the Interlocutory Appeal on Jurisdiction in the Tadic Case", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, pp. 691-701.

⁷⁴ ORIHUELA CALATAYUD, *Op. cit.* p. 159. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 148-149.

⁷⁵ TORRES PEREZ, M. y BOU FRANCH, V., *La contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), 2 de septiembre de 1998, en relación a hechos acontecidos en el conflicto armado interno ruandés y tras determinar que "the International Tribunal should apply rules of International Humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law" (párrafos 604-607) asegura que "is clear that the authors of such egregious violations must incur individual criminal responsibility for their deeds." (párrafos 611-617)

⁷⁶ Su mismo Estatuto contempla la persecución de crímenes de guerra en el conflicto armado interno acaecido en este país. Precisamente el Consejo de Seguridad, con el apoyo a la creación de la Corte Especial para Sierra Leona ha consolidado su posición de exigir la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de guerra en un conflicto interno. En efecto la Resolución 1315 relativa a la situación en Sierra Leona, exige que "las personas que cometen o autorizan violaciones graves del derecho internacional humanitario son responsables de tales violaciones a título personal y deben rendir cuentas al respecto, y que la comunidad internacional hará todo lo necesario por llevar a los responsables ante la justicia de conformidad con las normas internacionales de la justicia, la imparcialidad el respeto de las garantías legales". La misma exigencia se expresó en otros conflictos internos africanos, como el mencionado de Ruanda o el de Somalia, cfr. ALASOW, OMAR A., *Violations of the rules applicable in non-international armed conflicts and their possible causes: the case of Somalia*, Martinus

nacionales⁷⁷ con sus respectivas legislaciones internas⁷⁸ apuntan hacia una decidida exigencia de responsabilidades penales internacionales por la comisión de crímenes de guerra cometidos en el seno de un conflicto armado no internacional. En todos estos casos se ha afirmado la competencia de estas jurisdicciones sobre las violaciones del Derecho Internacional Humanitario previstas en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y en el Protocolo II.

Tampoco debiera ignorarse la posible aproximación teleológica que permitiera calificar los crímenes de guerra en un conflicto armado interno como infracciones graves, y por lo tanto de forma extensiva habilitar el principio de jurisdicción universal para evitar su impunidad⁷⁹.

De igual forma, regresando a la interpretación judicial efectuada por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, la misma parece ignorar toda otra serie de consideraciones legales. En primer lugar debiera recordarse que a nivel nacional, entre las personas protegidas por crímenes de guerra según el artículo 608 del Código penal se encuentran en el apartado 7: “Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte”. Esto es, están protegidas las víctimas de los conflictos armados internos que hace referencia el Protocolo II. En este sentido todas las penas que se prevén para los infractores de las acciones contempladas en este capítulo “de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, lo son indistintamente para crímenes de guerra tanto de carácter internacional, como interno.

Con todo, es necesario hacer referencia a los efectos que ha producido el artículo 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional en las legislaciones nacionales⁸⁰, al reconocer la generación de responsabilidad internacional individual por la comisión de un crimen de guerra durante un conflicto interno⁸¹. De esta forma, y habida cuenta de los hechos

Nijhoff Publishers, International Humanitarian Law Series, Leiden-Boston, 2010; ver en particular la aplicación del derecho internacional consuetudinario al conflicto interno somalí, pp. 129-166.

⁷⁷ HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD BECK, L., *Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 553. ORIHUELA CALATAYUD, *Op. cit.* p. 179. PIGRAU SOLÉ, A., *Op. cit.* pp. 39-59. FERDINANDUSSE, W., “The prosecution of grave breaches in national courts”, *Journal of International Criminal Justice* 7, 2009, pp. 723-741. BOELAERT-SUOMINEN, S., ‘Grave breaches, universal jurisdiction and internal armed conflict: is customary law moving towards a uniform enforcement mechanism for all armed conflicts?’, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 5, 2000, pp. 63-103.

⁷⁸ HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD BECK, L., *Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules, op. cit.* p. 604. CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 88.

⁷⁹ MOIR, L., “Grave breaches and internal armed conflicts”, *Journal of International Criminal Justice* 7, 2009, pp. 763-787. El autor no comparte este argumento esgrimido en el caso Tadic por el juez Abi Saab, así como en la sentencia del asunto Celebici y en el caso Aleksovski por el juez Rodrigues, pp. 769-778

⁸⁰ PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 75, 2000, pp. 229-380.

⁸¹ ROBINSON, D. y HEBEL, H., “War crimes in internal conflicts: article 8 of the ICC Statute”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. II, 1999.

denunciados en la querrela de Birmania, según el artículo 8º, 2, e), viii), del Estatuto de Roma, durante un conflicto armado interno, el desplazamiento de civiles constituye un crimen de guerra, cuando se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes; y en la medida que sea una violación grave de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional. El desplazamiento como crimen de guerra se configura cuando se ordena el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles o por razones militares imperativas. Igualmente el artículo 611.4 del Código Penal, de acuerdo con el Derecho Internacional, castiga “*con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 4) Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida (...)*”⁸².

Además el secuestro y el reclutamiento forzoso de niños soldados es una práctica calificada de crimen de guerra, y más aún si cabe en el presente caso, habida cuenta que en la actualidad Birmania resulta ser el país del mundo que tiene más niños soldado participando activamente en combates. El Estatuto de Roma define como “*violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de carácter internacional*”, en concreto en el Artículo 8.2.e. vii), el “*reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades*”. En este sentido el Tribunal Penal Internacional en el caso contra Bosco Ntaganda, ha acusado a este antiguo Jefe Adjunto de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo por la comisión de crímenes de guerra con motivo del reclutamiento de niños menores de 15 años; los cuales se les enviaba a participar en el conflicto armado del Congo⁸³. Precisamente también en mayo de 2004 la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona dictaminó en el contexto de un conflicto armado interno que la prohibición de reclutar niños menores de 15 años había cristalizado como Derecho Internacional consuetudinario anterior a 1996 y que por tanto dicha infracción incurría en una responsabilidad penal⁸⁴. Con este mismo ánimo represor la reciente modificación del Código Penal Español, a través de la Ley Orgánica 5/2010⁸⁵, el nuevo artículo 612 castiga a quien con ocasión de un conflicto armado “*reclute o aliste a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades*”.

⁸² Sobre la regulación de los crímenes de guerra en España, PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español: consideraciones sobre el capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*. Ed. Imprenta del Ministerio de Defensa, Madrid, 2003. Sobre los crímenes cometidos con ocasión de un conflicto interno y su protección, p. 34.

⁸³ ICC – 01/04-02/06, *Case Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Warrant arrest issued by Pre-Trial Chamber I, unsealed on 28 April 2008.

⁸⁴ Summary of Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), *Prosecutor v. Sam Hing Norman*, Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone, May 31, 2004, Case Number SCSL-2003-14-AR72 (E).

⁸⁵ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE Nº 152 de 23 de junio de 2010.

Del mismo modo según los mencionados informes de los Relatores Especiales para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Myanmar y de las organizaciones de mujeres birmanas debieran ser perseguibles los hechos relativos a la violencia sexual perpetrada por los miembros de las tropas birmanas como castigo por supuestamente apoyar a los grupos armados. Todo ello evidencia que estas violaciones se cometen habiendo un nexo con un conflicto armado, lo cual queda igualmente prohibido por el artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto de Roma⁸⁶ e incluso a nivel interno, por el Código Penal⁸⁷.

Por último la práctica sistemática de la tortura y cualesquiera otros tratos degradantes e inhumanos que ocasionan un grave daño a la salud física o mental de una persona, no sólo constituye un delito de tortura según lo previsto en dicha Convención, y con una tipificación propia en el Derecho Internacional, sino que además estos hechos pueden ser integrantes de crímenes contra la humanidad (artículo 7.1.f del Estatuto de Roma) y crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado interno (artículo 8.2. c.i y ii del Estatuto de Roma)⁸⁸; acciones igualmente perseguibles penalmente en España⁸⁹.

⁸⁶ Artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto de Roma que prohíbe: “Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”. DIXON, ROSALIND: “Rape as a crime under International Humanitarian Law: Where to from here?”, *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º. 3, pp. 697-719.

⁸⁷ Artículo 611.9 del Código Penal que dispone: “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: (...) 9.º Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual.”

⁸⁸ Artículo 8.2. c.i y ii del Estatuto de Roma: “A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: (...) c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.”

⁸⁹ Artículo 609 Código Penal: “El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos (...) será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.” Del mismo modo el artículo 612 dispone que: “Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: (...) 3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes (...)”.

En definitiva existe todo un compendio de argumentos jurídicos que se han sucedido tras el caso Tadic, invocado por el juez Grande Marlaska, que hubieran podido justificar la persecución de los hechos denunciados⁹⁰.

2. La vía del Derecho Internacional consuetudinario

Constatada la negativa de competencia de la Audiencia Nacional de conocer los crímenes de guerra cometidos en Birmania sobre la base de una lectura e interpretación literal del artículo 23. 4 y de la normativa de Ginebra, podría haberse considerado esta posición a la luz del derecho internacional consuetudinario en la materia. En efecto el mismo fue invocado en los recursos de reforma y apelación ante el Juzgado Central de Instrucción nº 3 y la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, pero en todas las resoluciones se guardó silencio sobre esta cuestión; siendo este motivo de indefensión.

Como ya se hecho referencia en el epígrafe anterior desde los inicios de la labor jurisprudencial del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia ha habido una progresiva evolución del Derecho Internacional que permite afirmar que existe en la actualidad un derecho a ejercer la jurisdicción universal para perseguir los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales, tal y como asegura el último estudio de 2005 del Comité de la Cruz Roja Internacional⁹¹. De esta forma se ha invocado en los ya mencionados conflictos internos de Ruanda y Sierra Leona, pero del mismo modo se están persiguiendo los crímenes de guerra de Darfur por parte del Tribunal Penal Internacional⁹² y los de Camboya⁹³; y se han denunciado, entre otros muchos, los del Cáucaso⁹⁴ y Somalia⁹⁵.

⁹⁰ Aún habiendo aportado en el recurso de reforma todos estos elementos jurídicos, el juez los desestima aunque reconoce que la parte querellante, “*en aras de que concurra la Jurisdicción española, intente hacer una interpretación extensiva de los mismos, con el propósito, nunca recriminable atendiendo a la gravedad misma de los crímenes definidos, de conseguir la admisión de la querrela.*” Auto de inadmisión del recurso de reforma de 3 de marzo de 2010, Diligencias Previas 264/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional, sexto fundamento de derecho

⁹¹ HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD BECK, L., *Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules*, op. cit. pp. 604-607: “*Over the last decade, several persons have been tried by national courts for war crimes committed in non-international armed conflicts on the basis of universal jurisdiction. It is significant that the States of nationality of the accused did not object to the exercise of universal jurisdiction in these cases. Several military manuals further support the rule that war crimes jurisdiction may be established on the basis of the principle of universal jurisdiction.*”

⁹² En efecto la orden de arresto contra Al Bashir incluye el cargo de crimen de guerra, véase la monografía de CERVELL HORTAL, M.J., *Naciones Unidas, Derecho Internacional y Darfur*, ed. Comares, Granada, 2010, pp.168-171.

⁹³ Artículo 6 y 7 de la Ley relativa al establecimiento de Salas Especiales en los tribunales de Camboya para juzgar a los autores de los crímenes cometidos en el periodo de Kampuchea Democrática. LINTON, S., “*Putting Cambodia’s Extraordinary Chambers into context*”, *Singapore Year Book of International Law 11*, 2007, pp. 195-259, pp. 232-233.

⁹⁴ BLANC ALTEMIR, A., “*Los conflictos internos en Georgia (Abjasia y Osetia del Sur). Derecho Internacional Humanitario y acción de las Organizaciones Internacionales*”, en RAMÓN CHORNET, C. (ed): *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados. VI Jornadas de Derecho Internacional Humanitario. Universidad de Valencia*, Valencia, 2002, pp. 114-166, y del mismo autor “*El conflicto de Chechenia: implicaciones en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario y de los*

Así pues las anteriores “distinciones formales” entre infracciones graves de las Convenciones de Ginebra y las violaciones del Derecho Internacional Humanitario de conformidad al artículo 3 común y al Protocolo Adicional II han quedado superadas; y siendo así, “*the gaps that exist in their scope, application, protection and enforcement are no longer tenable*”⁹⁶. En consecuencia el límite por el cual únicamente se pueden perseguir las “infracciones graves” a través de la jurisdicción universal se ha visto rebasado y “debe aceptarse el derecho de terceros Estados” para perseguir los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional. De esta forma, “*la universalidad de la jurisdicción no depende de la naturaleza del conflicto (...) sino de la naturaleza y gravedad del delito*”⁹⁷.

En todo caso una vez acreditada la naturaleza consuetudinaria de estos crímenes internacionales y de su persecución, cabe preguntarse si los tribunales españoles están dispuestos a ratificar su competencia sobre la base de la costumbre. En este sentido, de forma expresa en el preámbulo de la ley de reforma de justicia universal en España, se anunciaba que esa modificación pretendía “incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional”⁹⁸.

Esta referencia a la costumbre internacional parece ajustarse al criterio aparentemente indiscutible de la doctrina internacionalista mayoritaria por la cual se asegura que el derecho internacional consuetudinario forma parte del derecho interno⁹⁹. Siguiendo con este criterio y a pesar de que el artículo 96.1 de la Constitución Española no haga referencia alguna a la costumbre, se ha apuntado que “*el silencio constitucional no ha sido óbice para que los tribunales españoles hayan aplicado el Derecho Internacional*

Derechos Humanos”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. VI, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005, pp. 67-148.

⁹⁵ ALASOW, O. A., *Violations of the rules applicable in non-international armed conflicts and their possible causes: the case of Somalia*, Martinus Nijhoff Publishers, International Humanitarian Law Series, Leiden-Boston, 2010.

⁹⁶ BASSIOUNI, M.C., “The normative framework of International Humanitarian Law: overlaps, gaps and ambiguities” en BASSIOUNI, M.C. (ed.): *International Criminal Law, Vol. I*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, 3ª ed., pp. 493-531, p. 510.

⁹⁷ MERON, T., *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 118 y 137.

⁹⁸ Ley Orgánica 1/2009, BOE nº 266, de 4 de noviembre de 2009. Resulta curioso el comprobar cómo en el preámbulo se menciona la incorporación de los crímenes de guerra en la nueva redacción del artículo 23.4 de la LOPJ y sin embargo, en el texto finalmente enmendado en el Senado se suprimió este tipo penal del articulado.

⁹⁹ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional. Curso general*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 346-347. La costumbre internacional no sólo es parte inherente del Derecho Internacional, sino que algunos ordenamientos internos, según indica el Profesor Remiro, “prevén de forma expresa su recepción automática del plano internacional al interno, como de hecho lo estipula la Ley Fundamental de Alemania de 1949”. Prosigue Remiro precisando que respecto a todos “países que guardan silencio en su ordenamiento interno” sobre la aplicación de la costumbre internacional, la práctica de los tribunales nacionales resulta esclarecedora y reconocen abiertamente que el derecho consuetudinario internacional forma parte del Derecho interno; de esta forma a título de ejemplo cita entre otros pronunciamientos los de los tribunales británicos en el caso *International Tin Council Appeals*, 1989; el de la Corte Suprema de Chile, en la sentencia del asunto *Manuel Merchant* de 3 de marzo de 1969; o el de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en la sentencia de 10 de mayo de 2005 en el asunto *Lariz Irondo*.

*Consuetudinario, no incorporado expresamente, sin exigir acto especial alguno de recepción*¹⁰⁰. Incluso “*el Tribunal Constitucional ha confirmado en una excelente sentencia, la tradición de respeto a las normas consuetudinarias*”¹⁰¹

Ahora bien comprobado este criterio predominante, tanto en el Tribunal Supremo como en el Tribunal Constitucional, a la hora de aplicar el derecho internacional consuetudinario en materias tan diversas de Derecho Internacional, tales como las inmunidades jurisdiccionales, las inmunidades diplomáticas, el derecho internacional del mar, protección diplomática, sucesión de Estados y derechos de los extranjeros, no debiera haber obstáculo jurídico alguno para aplicar el mismo razonamiento en aquellos casos relativos a la persecución y sanción de crímenes internacionales; y más aún cuando el bien jurídico protegido en estos supuestos exige un grado adicional de protección, que es el derecho a la vida de miles de ciudadanos y de la humanidad en su conjunto. En caso contrario, de constatarse un doble rasero a la hora de aplicar o no el derecho internacional consuetudinario se estaría atentando contra los más elementales criterios de justicia.

En este caso de Birmania, aunque se ha invocado el derecho internacional consuetudinario para perseguir a los mandatarios de la Junta Militar, la Audiencia Nacional ha silenciado pronunciarse sobre esta alegación, y el Tribunal Supremo ha

¹⁰⁰ PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, ed. Tecnos, Madrid, 9ª ed., 2003, pp. 175-177. En efecto el Profesor Pastor Ridruejo indica que éste ha sido el criterio prevalecedor desde décadas; entre otros casos a título de ejemplo remarca las resoluciones de este mismo Tribunal Supremo desde la sentencia de 16 de diciembre de 1927 relativa a la aplicación de un artículo del Tratado hispano-marroquí de 1861, que se estimaba derogado, pero que de manera inequívoca quedó resuelto por el alto tribunal aplicando en la sentencia la norma consuetudinaria, *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. En otra materia de Derecho Internacional, en este caso relativo al derecho del mar, el mismo Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de junio de 1967 aplica a la medida del mar territorial español la regla según la cual “el mar territorial se mide a partir de la línea de la baja mar a lo largo de las costas”, y como señala acertadamente el mencionado juez Pastor Ridruejo, el fallo judicial “aun cuando invoca la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre mar territorial y zona contigua, lo hace en tanto que expresión de una norma consuetudinaria”, ya que en la fecha de la sentencia “la repetida Convención no había sido ratificada por España”.

De igual modo, DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ed. Tecnos, Madrid, 13ª ed., 2002, pp. 197-198, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1982, que “reconoce que las normas consuetudinarias en materia de inmunidad jurisdiccional de los Estados pueden limitar directamente las normas españolas sobre competencia judicial internacional.” En este mismo sentido, de nuevo el autor hace referencia a otra sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991, asegura que “existe una norma de Derecho Internacional general que obliga a todos los Estados soberanos a reconocer en su ordenamiento interno el derecho de acceso a los Tribunales a los súbditos extranjeros que con él se relacionan. Esta norma es relevante en un ordenamiento que, como el español, está abierto al internacionalismo”.

¹⁰¹ DIEZ DE VELASCO, *Op. cit.* p. 198 “el Tribunal Constitucional ha confirmado en una excelente sentencia, la tradición de respeto a las normas consuetudinarias. La sentencia 107/1992, de 1 de julio, sienta como postulado general que el régimen de inmunidades del Estado extranjero – de inequívoca naturaleza consuetudinaria – no es contrario, cualquiera que éste sea, a la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24). El Tribunal Constitucional, en una modélica sentencia por su técnica jurídica, su argumentación y su metodología, indaga el estado actual del régimen evolutivo de esta institución consuetudinaria analizando la práctica legal y jurisprudencial de otros Estados; esta línea se ve confirmada por la sentencia 292/1994.”

esquivado el examen de dicha consideración, al no admitir el recurso de queja por cuestiones procesales. A pesar de estas vicisitudes, queda pendiente por parte del Tribunal Constitucional la resolución del recurso de amparo. Asimismo el Tribunal Supremo, una vez admitido el recurso de queja en el caso Tíbet¹⁰², debiera dar respuesta a los motivos de casación entre los que se encuentra el relativo a la infracción del derecho internacional consuetudinario.

Aunque estos tribunales ya se han pronunciado en favor de la aplicación de la costumbre internacional, aparecen algunas dudas sobre el mantenimiento de este criterio en materia de persecución de crímenes internacionales; y más aún cuando los perseguidos resultan ser los mandatarios de países, con los cuales se tienen estrechos lazos estratégicos en la lucha contra el terrorismo internacional o que acuden con presteza a adquirir la deuda soberana española. Estas reservas parecen ya apuntarse con motivo del caso Scilingo, en el cual primeramente la Sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a más de 640 años de privación de libertad por la comisión de crímenes contra la humanidad. Respecto a la aplicación de este nuevo tipo penal, “crímenes contra la humanidad”, vigente desde el 1 de octubre del 2004 con la introducción del nuevo artículo 607 bis del Código Penal, a los hechos acaecidos con anterioridad, y su aparente conflicto con el principio de la legalidad y retroactividad, los magistrados de la Audiencia Nacional de forma muy acertada resolvieron este posible escollo jurídico haciéndose eco del *ius cogens* internacional y de los principios de Nuremberg integrados en el Derecho Internacional consuetudinario; y en este sentido, invocando la costumbre se concluyó que estas conductas ya “estaban anteriormente prohibidas”¹⁰³.

Sin embargo con posterioridad el Tribunal Supremo¹⁰⁴, aunque amplió la condena de Scilingo a más de mil años de prisión, la sentencia no se fundamentó en la comisión de delitos de lesa humanidad, sino en la autoría de delitos de detención ilegal y asesinato cometidos en los llamados “vuelos de la muerte”; infracciones todas ellas que según el veredicto se aplicaron por analogía al crimen contra la humanidad, no tipificado en España en el momento de la comisión de estas conductas. Con este razonamiento se evitó sustentar la condena aplicando la costumbre internacional¹⁰⁵. A pesar de estas

¹⁰² Auto del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2011, Sala de lo Penal, recurso nº 20780/2010.

¹⁰³ Sentencia del caso Adolfo Scilingo, de 19 de abril de 2005, Sección Tercera de la Sala de lo Penal, Audiencia Nacional, sentencia núm.16/2005: “*La opinión según la cual los principios de Nuremberg entrarían en el ámbito del Derecho internacional consuetudinario estimamos que ha pasado a considerarse indiscutible tras la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 que proclamaba la necesidad de una cooperación internacional en lo que respecta a la detección, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Se puede añadir aquí que, en muchas resoluciones dictadas por los tribunales penales internacionales «ad hoc» actuales, se ha afirmado y aceptado la tesis de que «desde el Estatuto de Nuremberg, el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal individual por su perpetración no han sido seriamente discutidos (Asunto Tadic del ICTY)»*”

¹⁰⁴ Sentencia 798/2007, de 1 de octubre del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

¹⁰⁵ Como consecuencia de este veredicto, Scilingo presenta una querrela contra distintos Magistrados del Tribunal Supremo, por haber incurrido en el presunto delito de prevaricación, precisamente por haberse dictado la sentencia referenciada a sabiendas de su contenido injusto. El Auto del Tribunal Supremo de la

resoluciones esquivas, lo deseable, tanto para las víctimas (ya sean birmanas o cualesquiera otras que hayan padecido graves violaciones de los derechos fundamentales), como para la adecuada aplicación del derecho internacional por los jueces españoles, debería ser que sin ningún género de dudas el Tribunal Supremo y el Constitucional se hicieran eco de los avances internacionales en la persecución de crímenes de guerra cometidos en el seno de un conflicto interno.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: ¿PERSECUCIÓN PENAL O IMPUNIDAD?

A la hora de valorar la inadmisión de la querrela birmana aparecen una serie de consideraciones específicas y generales. En primer lugar, respecto al caso concreto de Birmania, ante la situación de total impunidad de este régimen dictatorial y la imposibilidad de acudir al Tribunal Penal Internacional, las víctimas como última salida decidieron acudir al principio de jurisdicción universal para que los tribunales (en este caso españoles) de países supuestamente democráticos atendieran sus peticiones de justicia. El no escuchar esta llamada “legal” de auxilio a una situación tan desesperada parece ratificar la vía de la impunidad. Precisamente dicha situación genera un clima de escepticismo en las víctimas sobre la validez de todo el sistema internacional de

Sala Especial, sección 61, de 15 de octubre de 2010, resuelve la querrela y entre sus fundamentos de derecho se hace referencia de nuevo a la costumbre internacional. La Sala Especial del Tribunal Supremo argumenta que se acudió al crimen de lesa humanidad, pero no con la finalidad de crear un delito *ad hoc* como indicaba el querellante, sino más bien para justificar la concurrencia de “elementos, tanto de derecho interno como de derecho internacional, que atribuyan el conocimiento de los hechos a la jurisdicción española”. Si bien pudiera parecer loable esta aplicación analógica de la norma procesal (que no la sustantiva), ya que la finalidad era evitar la impunidad de crímenes tan horribles llegando a una sentencia condenatoria, lo más congruente desde el punto de vista jurídico internacional hubiera sido considerar de aplicación el Derecho Internacional consuetudinario en la materia, recogido en los principios de Nuremberg. Y todo ello, no sólo para permitir la competencia de los tribunales españoles, sino para habilitar la aplicación del tipo penal de crimen contra la humanidad, tal y como efectuó previamente el pronunciamiento de la Audiencia Nacional.

En todo caso debe destacarse lo apuntado en el fundamento quinto de derecho en el cual se dictamina que: “*Los criterios de interpretación que utiliza la Sala de lo Penal para entender que los hechos son perseguibles en España, son los siguientes:*

- 1) *La consideración por parte del Tribunal Constitucional (STC 237/2005) de que el artículo 23 de la LOPJ instaura un «principio de jurisdicción universal absoluto».*
- 2) *Los principios que se derivan de la creación de Tribunales penales internacionales, especialmente que en la misma se prima la naturaleza de los hechos (considerados especialmente graves desde el punto de vista de la comunidad internacional) sobre la fecha de constitución del Tribunal.*
- 3) *La redacción legal del artículo 23.4 de la LOPJ, en la que sería factible incluir tanto la persecución del genocidio como de los «crímenes de guerra» contemplados en los Convenios de Ginebra.*
- 4) *La similitud entre la esencia de estos delitos y los elementos de los que se componen (el «contexto» en los términos empleados en la sentencia) y los «crímenes de lesa humanidad», entendiéndose que son infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos.*
- 5) *El principio general de colaboración entre España y los Tribunales penales internacionales para la persecución de esta clase de crímenes internacionales (citando expresamente el caso de los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda y la Corte Penal Internacional).*
- 6) *El principio de que la prohibición de la analogía en el ámbito penal no alcanza a la aplicación de normas procesales, sino sólo sustantivas.”*

prevención y sanción de crímenes internacionales, las cuales acaban por preguntarse si en última instancia se está haciendo inevitable recurrir a la violencia y al terror para defender sus derechos más fundamentales. El recrudecimiento y expansión generalizada reciente de los combates entre las guerrillas de las etnias y el ejército de Myanmar muestran la perversidad de un sistema que no logra desde hace décadas proteger a la población civil de los abusos de sus propios gobernantes.

Desde un punto de vista más genérico la no persecución de los crímenes de guerra en un conflicto armado interno, como el birmano, parece ignorar todo un escenario internacional de progresiva persecución y exigencia de responsabilidades penales en este contexto, que se ha concretado en las actuaciones de tribunales internacionales e internacionalizados como los de Ruanda, Sierra Leona o Camboya, y en numerosas sentencias de tribunales nacionales que han extendido su jurisdicción universal a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en conflictos armados internos. Es más, como se ha visto, el derecho internacional consuetudinario y el propio Tribunal Penal Internacional, sin ningún género de dudas, ha consolidado dicha lucha específica contra la impunidad, que ya fue reivindicada por el juez Abi- Saab en el tan invocado asunto Tadic¹⁰⁶. Siendo así no debiera ignorarse la letra y el espíritu de textos como el del Estatuto de Roma, ratificado por España, que establece en su Preámbulo que “*Es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*”.

Aunque este balance respecto a la no persecución de crímenes de guerra en un conflicto armado interno pudiera ser un tanto prematuro, puesto que otros juzgados centrales de instrucción de la Audiencia Nacional no se han pronunciado sobre casos similares, como tampoco existe una clara jurisprudencia sobre este tipo de crímenes en el Tribunal Supremo y Constitucional, las perspectivas de futuro no son nada halagüeñas. La forma y el contenido de la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ no presagian buenos augurios para las víctimas de conflictos olvidados, ya que esa enmienda constituye “*un paso cómplice en garantizar la impunidad de amigos y conocidos con los que pueden hacer negocios*”¹⁰⁷. Y en este sentido, no sólo China abiertamente ha defendido a Myanmar en el Consejo de Seguridad, sino que una revisión detallada de actores que sustentan a la Junta Militar apuntan inequívocamente a empresas multinacionales radicadas en países occidentales que se lucran “a cualquier precio” del mantenimiento en el poder de los dirigentes de esta dictadura¹⁰⁸. A pocos gobernantes parece ya preocupar que los Estados deben ejecutar *de buena fe* los tratados y las obligaciones

¹⁰⁶ Véase la avanzada y humanizadora opinión disidente del juez Abi-Saab en la que asimila las violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el contexto de conflictos armados internos a la categorías de “graves infracciones”, cfr. *Separate Opinion of Judge Abi-Saab on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Tadic (IT-95-1), Appeals Chamber, 2 October 1995, Section IV.*

¹⁰⁷ REMIRO BROTONS, A., “Derecho y política en la persecución de crímenes internacionales en España”, *op. cit.* p. 220.

¹⁰⁸ DALE, JOHN: *Free Burma: Transnational legal action and corporate accountability*, University of Minnesota Press, 2011. BURMA CAMPAIGN UK, *Dirty list*, Londres, 2008, en www.burmacampaign.org.uk/dirty_list/dirty_list_details.html.

internacionales que dimanen de ellos¹⁰⁹, o que la depuración de responsabilidades penales internacionales contribuye a la humanización del Derecho Internacional¹¹⁰ y fortalece a las democracias.

Lo que más bien preocupa es que la jurisdicción universal se pueda convertir en un instrumento eficaz que persiga a mandatarios acusados de cometer crímenes internacionales, y más aún si los victimarios ocupan puestos de responsabilidad en uno de los países que ocupan una silla permanente en el Consejo de Seguridad. Precisamente resulta significativo que en estos momentos la misma Asamblea General haya consultado a todos los Estados y esté examinando sus informes sobre sus posiciones sobre la justicia universal.

El derecho y los que aplican las leyes no deben permanecer en sus elevadas atalayas ajenos a una realidad cuando un elevado número de víctimas de crímenes de guerra surgen de los conflictos armados internos. Es más, la lucha contra la impunidad no puede únicamente librarse en un Tribunal Penal Internacional con serias limitaciones materiales y jurídicas, y con escasos recursos económicos y humanos. En estos casos el bien jurídico protegido es la humanidad en su conjunto, y los jueces y juristas detractores de esta jurisdicción universal, “*ciegos al mundo de los valores, sumisos a las relaciones de poder y dominación, e insensibles a la ubicación de las soluciones jurídicas en el tiempo, para atender a las necesidades humanas cambiantes*”¹¹¹, no deberían perder de vista los valores a los que apelan las víctimas y la ciudadanía; valores y principios, no sólo éticos, sino jurídicos, que deben ser en la práctica la base inspiradora y reguladora de todo el orden internacional, más allá de toda conveniencia política y de los mercados.

¹⁰⁹ Principio *pacta sunt servanda*, artículo 26 de la Convención de Viena y principio fundamental del derecho internacional tal y como indica la Resolución 2625/XXV de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹¹⁰ El título de la ya mencionada obra de Meron resulta significativo, MERON, T., *The Humanization of International Law*. Se alude incluso al innegable y necesario efecto ético de la jurisdicción universal, SHANY, Y., “No longer a weak Department of Power? Reflection on the emergence of a new international judiciary”, *European Journal of International Law*, 20, vol 1, 2009, pp. 73-91, p. 81.

¹¹¹ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., “De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo”, *Jueces para la Democracia* 54, noviembre 2005, p. 11.