

ACADEMIA PERUANA DE DERECHO

Diccionario digital de Derecho Penal Internacional y europeo

Jorge Luis Collantes González

Director

ISBN: 978-612-49700-0-9



**ACADEMIA
PERUANA DE
DERECHO**

**DICCIONARIO DIGITAL DE DERECHO PENAL
INTERNACIONAL Y EUROPEO**

· ACADEMIA PERUANA DE DERECHO

**Diccionario digital de Derecho Penal
Internacional y europeo**

Director:
Jorge Luis Collantes González

DICCIONARIO DIGITAL DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EUROPEO

© Academia Peruana de Derecho
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
academiaperuanadederecho@gmail.com
<https://academiaperuanadederecho.com/>
01 4226152 / 014414166

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso del autor.*

Primera edición digital, mayo 2024

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-06025

Libro electrónico disponible en <https://academiaperuanadederecho.com/>

ISBN: 978-612-49700-0-9

Se agradece a la estudiante Claudia Ximena Alcántara Sánchez
por su colaboración en este diccionario.

ÍNDICE

Nota para el lector	11

A

Agente diplomático	13
Agente encubierto	22
Agresión (crimen de)	31
Alegatos (ante la Corte Penal Internacional)	37
Amnistía	46
Armonización de legislaciones	56
Asistencia consular	63
Asistencia letrada	76
<i>Aut dedere aut judicare</i>	82
Autoridad central	87

B

Blanqueo de capitales (lucha contra)	97

C

Comisión rogatoria internacional	106
Competencia penal internacional (de los tribunales españoles)	113
Conflicto de jurisdicción penal (en el ámbito internacional)	123

Cooperación (judicial) jurídica internacional en materia penal	130
Corrupción en las transacciones internacionales	140
Crímenes de guerra	152
Crímenes de lesa humanidad	163
Criminalidad organizada / Delincuencia organizada /	
Grupo delictivo organizado / Organización delictiva	171
Cuestión prejudicial	178

D

Deportación o expulsión	188
Derecho a la doble instancia	198
Derecho a un proceso con todas las garantías	206
Derecho de defensa	221
Derechos de la mujer (Derecho internacional en materia penal relativo a)	229
Derechos del acusado ante la Corte Penal Internacional	239
Derechos humanos fundamentales (en el proceso penal)	249
Derecho penitenciario (en Derecho internacional penal y europeo)	257
Derechos procesales de sospechosos o acusados en procesos penales	265
Desaparición forzada de personas	289
Diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo	295
Doble incriminación	306

E

Embargo preventivo europeo	312
Empresa criminal común (<i>joint criminal enterprise</i>)	323

Entrega (a un tribunal penal internacional)	334
Entrega vigilada y circulación	346
Entrega y conservación de pruebas electrónicas	351
Esclavitud (y prácticas relacionadas)	361
Eurojust	372
Europol	377
Extradición	383
Extradición activa	390
Extradición en tránsito	393
Extradición pasiva	395
Extraterritorialidad	398

F

Fiscalía de la Corte Penal Internacional	406
Fiscalía Europea	414

G

Genocidio	422
Gran corrupción (y su persecución como crimen internacional)	433

I

Imprescriptibilidad	435
Interés del menor	452
Intervención de comunicaciones personales	459
Intervención telefónica transfronteriza	469
Investigaciones transfronterizas (en la Unión Europea)	476

Irretroactividad de la ley penal	483

J

Juez de la Corte Penal Internacional	492
Juicio en ausencia	500
Jurisdicción universal	506
Justicia gratuita	510
Justicia restaurativa	520

L

Ley modelo sobre extradición	525

M

Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales	530

N

Narcotráfico (lucha contra)	537
<i>Nemo tenetur se ipsum accusare</i>	546
<i>Non bis in idem</i> en la UE	553
<i>Nulla traditio sine lege</i>	563

O

Obligación de cooperación internacional (en el marco de la Corte Penal Internacional)	566
Obstrucción a la justicia	577

Opinión consultiva (en el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)	584
Orden de detención europea	592
Orden europea de supervisión	600
Orden internacional de búsqueda y captura	612

P

Policía predictiva	611
Presunción de inocencia	634
Primacía del Derecho internacional	640
Principio de complementariedad	653
Principio de no indagación	662
Principio de personalidad activa	667
Principio de personalidad pasiva	677
Principio de protección de intereses	683
Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos	688
Prisión provisional	704
Protección consular	709
Protección diplomática	719
Prueba ilícita	732
Prueba tecnológica	738
Prueba transfronteriza (en el ámbito de la UE)	745

R

Reconocimiento de sanciones pecuniarias (en el ámbito de la UE)	753

Recuperación de activos	762
Refugiado	769
Remisión de las actuaciones en asuntos penales	775
Responsabilidad civil derivada del delito (en el Derecho internacional privado)	783
Responsabilidad penal de las personas jurídicas	792

T

Tortura y tratos inhumanos y degradantes	797
Tráfico ilegal de armas	808
Traslado internacional de personas condenadas (Europa)	818
Trata de personas	830
Tratado Modelo de Extradición	837
Tribunales especiales en el Derecho penal internacional	839

V

Violencia sobre la mujer en situaciones de conflicto armado	846

ANEXO

Droits de l'accusé devant la Cour Pénale Internationale	862
Droit pénitentiaire en Droit international pénal et européen	872
Plaidoyer (devant la Cour Pénale Internationale)	879

NOTA PARA EL LECTOR

El *Diccionario digital de Derecho penal internacional y europeo* ha sido elaborado por un colectivo de juristas especializados en diversas áreas de conocimiento, mayormente procedente de diferentes universidades españolas.

Las contribuciones o términos jurídicos que componen este *Diccionario* han sido escritos en diversos momentos y con la única finalidad de compartir conocimientos, ideas, percepciones y/o puntos de vista desde la academia. Este factor, junto a la vertiginosa e inesperada producción normativa en el ámbito de la Unión Europea y a la novedosa jurisprudencia (que puede aparecer entre las distintas ramas del Derecho), obliga que este *Diccionario* sea leído con la prudencia que se deriva de lo antes expuesto y teniendo presente que sus textos no constituyen fuente de asesoría jurídica alguna.

Asimismo, tengamos presente que cada vocablo o término jurídico de este *Diccionario* tiene una autoría personal, siendo firmado con el nombre y apellido de cada autor. En consecuencia, no necesariamente las exposiciones son compartidas por cada jurista o por el colectivo de juristas que escribieron este *Diccionario*.

A

AGENTE DIPLOMÁTICO

Un agente diplomático es una persona que ejerce funciones públicas en el ámbito de las relaciones internacionales y cuyo estatus en el Derecho internacional tiene una especial relevancia para el Derecho penal y para el Derecho procesal. En el marco de un procedimiento penal, este estatus está vinculado al tema de la inmunidad (1); lo cual implica, previamente, definir el término «agente diplomático» (2); para exponer el contenido de la inmunidad (3); el agente diplomático goza de una especial protección jurídica (4); y, en el ejercicio de funciones públicas, puede incurrir en responsabilidad penal (5).

1. La naturaleza de la inmunidad

Antes de entrar en la cuestión de fondo, conviene tener presente que, tal como se reconoce en el preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 (CVRD), las «inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados». Dicho en otros términos, la inmunidad protege a la función y no a la persona sobre quien recae materialmente la inmunidad.

2. *La definición de agente diplomático*

La CVRD establece que «*por* “agente diplomático”, se entiende el jefe de la misión o un miembro del personal diplomático de la misión» (artículo 1.1.e. Esta definición, hecha por remisión, nos obliga conocer qué es un jefe de misión y qué se entiende por personal de la misión. A tal efecto, el mismo artículo 1.1 de la CVRD establece lo siguiente:

- a. por «jefe de misión», se entiende la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal;
- b. por «miembros de la misión», se entiende el jefe de la misión y los miembros del personal de la misión;
- c. por «miembros del personal de la misión», se entiende los miembros del personal diplomático, del personal administrativo y técnico y del personal de servicio de la misión.

En la práctica, el jefe de misión viene a ser el embajador o la persona que tiene a una Embajada a su cargo, como puede ser el caso del encargado de negocios que ejerce la jefatura de la misión en ausencia del embajador o por otras razones.

Cabe decir que el término «diplomático» es frecuentemente asumido en un sentido extenso para referirse a personas que, por ejemplo, ejercen funciones consulares o que son representantes o funcionarios de organizaciones internacionales. La definición que hemos expuesto y que vamos a desarrollar aquí, únicamente se refiere a los agentes diplomáticos cubiertos por la CVRD, es decir, los agentes que pertenecen a la misión de un Estado acreditada (Estado acreditante) ante otro Estado (Estado receptor). Dicho en otros términos, el término «agente diplomático» se enmarca en la diplomacia permanente y bilateral entre Estados regida por la CVRD, más no nos referimos a otros agentes que pueden participar en otras formas de diplomacia como la diplomacia *ad hoc* o la di-

plomacia multilateral, ya que estos últimos tienen un régimen jurídico diferente.

3. Inmunidad del agente diplomático en el procedimiento penal

La inmunidad del agente diplomático se extiende tanto a la imputación como al ser llamado como testigo. En este sentido, el artículo 31 de la CVRD establece lo siguiente:

1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor [...].
2. El agente diplomático no está obligado a testificar.
3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución [...].
4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.

Desarrollaremos a continuación estos cuatro aspectos de la inmunidad en el tiempo y en el espacio.

3.1. La inmunidad del agente diplomático en el tiempo y en el espacio

Ratione personae, la inmunidad penal es absoluta y se extiende a la familia del agente diplomático (artículo 37). No obstante, caben matices como, por ejemplo, cuando el agente diplomático es nacional del Estado receptor o tenga allí su residencia permanente. En este supuesto, la inmunidad se reduce al ejercicio de sus funciones (artículo 38.1. CVRD).

Cabe decir que el agente diplomático tiene la obligación de respetar el Derecho del Estado receptor y de no inmiscuirse en los asuntos internos de este Estado (artículo 41 CVRD).

Asimismo, es oportuno anotar que la inmunidad del agente diplomático prevista en la CVRD no cubre a los funcionarios consulares, cuya inmunidad se rige por la Convención de Viena de Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 (CVRC) y la cual prevé inmunidades más restringidas. Además, la CVRC permite que los funcionarios consulares ejecuten actos diplomáticos en determinadas circunstancias sin que la ejecución de tales actos le concedan las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos (artículo 17 CVRC).

Ratione materiae, la inmunidad del agente diplomático es absoluta y he aquí un punto de diferencia entre sus inmunidades y las del funcionario consular, quien no estará sometido «a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares» (artículo 43 CVRC).

Ratione temporis y *ratione loci*, la inmunidad comprende desde el momento en que el agente diplomático entra en el territorio del Estado receptor para asumir funciones o, si ya está allí, desde que su nombramiento fue comunicado al Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado receptor (artículo 39.1.). Asimismo, esta inmunidad le acompaña hasta que salga del Estado receptor o llegue el «plazo razonable» que se le haya dado para salir (artículo 39.2 CVRD). Cabe decir que esta inmunidad subsiste en caso de conflictos armados (artículo 39.2 CVRD) y que, a nuestro entender, se extiende a las naves y aeronaves del Estado acreditante.

En este contexto, conviene subrayar que la mera titularidad de un pasaporte diplomático no le concede inmunidad de jurisdicción penal a la persona que se identifica con tal documento.

3.2. *El agente diplomático como imputado/investigado*

La inmunidad del agente diplomático no permite interrogarle, lanzar imputaciones contra él, ni ser juzgado ni sentenciado. Esta circunstancia

no significa que los delitos que pueda cometer conlleven necesariamente a la impunidad y, en este sentido, hay varias opciones ante tal supuesto.

En primer lugar, el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad y esta renuncia debe ser expresa (artículo 32 CVRD).

En segundo lugar, el Estado receptor puede declararle *non grato* o «no aceptable», supuesto ante el cual el agente diplomático, de no abandonar el país en un plazo prudencial, podría perder la inmunidad. Concretamente, el artículo 9 de la CVRD establece lo siguiente:

1. El Estado receptor podrá, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el jefe u otro miembro del personal diplomático de la misión es persona non grata, o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado acreditante retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión, según proceda. Toda persona podrá ser declarada non grata o no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor.
2. Si el Estado acreditante se niega a ejecutar o no ejecuta en un plazo razonable las obligaciones que le incumben a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado receptor podrá negarse a reconocer como miembro de la misión a la persona de que se trate.

La importancia de este precepto queda reflejada en la sentencia de la Corte Internacional de 24 de mayo de 1980 sobre el Asunto del Personal Diplomático de los Estados Unidos en Teherán, donde tras reproducirlo literalmente (párrafo 85) indica que «las normas del Derecho diplomático constituyen un régimen que [...] enuncia las obligaciones del Estado receptor en materia de facilidades, privilegios e inmunidades que deben concederse a misiones diplomáticas» (párrafo 86).

Es oportuno anotar que la decisión de declarar, o no, *non grato* o «no aceptable» no son un tema judicial, sino que corresponde al Poder eje-

cutivo en tanto que cae dentro del ámbito de sus competencias: la política exterior del Estado.

Y, en tercer lugar, nada impide que —y más aun dependiendo del delito del que se trate— la justicia del Estado acreditante pueda juzgar al agente diplomático. Esto sería posible de acuerdo a los criterios extraterritorialidad y es más perceptible, por ejemplo, en el caso de los delitos de corrupción, donde el Derecho de los Estados puede ser aplicado bajo el principio de personalidad activa (téngase presente que, por ejemplo, el 42.2.b de la Convención de Naciones Unidas contra a Corrupción de 31 de octubre de 2003 justifica la jurisdicción sobre nacionales por delitos cometidos en el extranjero en tanto que «un Estado parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando [...] El delito sea cometido por uno de sus nacionales»). El principio de personalidad activa puede incluso ser más coherente con la realidad en la medida que, a través del mismo, el Estado acreditante ejerce un control y un castigo para quien ejerce funciones en su nombre.

3.2. *El agente diplomático como testigo*

La no obligación de testificar del agente diplomático no impide que pueda hacerlo voluntariamente, pudiendo el Estado acreditante también renunciar a esta inmunidad. Esta posibilidad puede plantear ciertos problemas, sobre todo cuando el Estado acreditante es un Estado no democrático, en la medida que el agente diplomático podría ser compelido, desde su país, a dar determinado testimonio, o en tal o cual dirección, según los intereses en juego en tal o cual procedimiento penal.

Por otro lado, quizá se debería explorar —para conocer la pertinencia o la impertinencia de— la posibilidad de que la justicia del Estado receptor pudiera cursar una solicitud de cooperación internacional a la justicia del Estado acreditante para que esta interroge al agente diplomático sobre aspectos relevantes en un proceso penal en el Estado receptor.

3.3. *La inmunidad de otras personas que participen en las relaciones internacionales*

Para conocer la inmunidad de otras personas que participan en el escenario de las relaciones internacionales debemos acudir a las fuentes del Derecho internacional. Así, por ejemplo, en el caso de los representantes y funcionarios de las organizaciones internacionales, hay que tener presente los tratados constitutivos de estas organizaciones y los acuerdos de sede.

A título de ejemplo, el artículo 13 del Acuerdo de Sede entre España y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), hecho en Madrid el 24 de junio de 2004, establece lo siguiente:

2. Todos los miembros del personal de la OEI, cualquiera que sea su condición y nacionalidad, gozarán de:
 - a) inmunidad de arresto y de detención e inmunidad de jurisdicción con respecto a las palabras, escritos u otros actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones oficiales, incluso después de dejar de ser personal en activo de la OEI.

A tenor de esta cláusula se ha acordado una inmunidad de jurisdicción. Esta inmunidad, recogida en un tratado, es un supuesto genuino recogido en el artículo 22.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial, según el cual: «no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho internacional público». En todo caso, es oportuno anotar que en los Estados de tradición monista, los tratados internacionales como el citado, o la misma CVRD o la CVRC, son asimilados como parte del Derecho interno (artículo 96 de la Constitución española).

3.4. *La consecuencia del no respeto a la inmunidad*

En el marco del Derecho internacional público, el no respeto a la inmunidad del agente diplomático implicaría la violación de un tratado, lo cual a su vez conduciría a la responsabilidad internacional del Estado.

4. *La protección penal del agente diplomático*

La Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973 genera una obligación de salvaguarda penal para la protección del agente diplomático. Si bien esta convención no utiliza el término «agente diplomático», se asume que el agente diplomático es una «persona internacionalmente protegida» en tanto que se entiende como tal: «cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial [...] que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito [...] tenga derecho, conforme al Derecho internacional, a una protección especial» (artículo 1.b).

El artículo 2 establece la obligación de tipificar conductas dolosas en los siguientes términos:

1. Serán calificados por cada Estado parte como delitos en su legislación interna, cuando se realicen intencionalmente:

a) la comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida;

b) la comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad;

c) la amenaza de cometer tal atentado;

d) la tentativa de cometer tal atentado, y

e) la complicidad en tal atentado.

Al margen de la obligación de tipificar, este tratado genera obligaciones de naturaleza procesal para los Estados. En este sentido, este tratado contempla los criterios de territorialidad y extraterritorialidad (artículo 3) y, en materia de extradición, permite que el mismo tratado pueda constituir la base legal para concederla (artículo 8.2), sin descartar la aplicación del criterio *aut dedere aut indicare* en caso de no conceder la extradición solicitada (artículo 7).

En lo que concierne la obligación de tipificar en el Derecho interno, podemos citar la protección penal del agente diplomático en legislación como, por ejemplo, el artículo 606 del Código Penal español; o los artículos 112.4, 215.7 y 246.3.b del Código Penal de Costa Rica.

5. La responsabilidad penal del agente diplomático

En el ejercicio de sus funciones, el agente diplomático responde como cualquier otro funcionario. Asimismo, conviene anotar que algunos Estados han introducido un tipo penal específico para la conducta de funcionarios públicos que pudieran actuar con deslealtad al Estado en el marco de las relaciones internacionales. En este sentido, por ejemplo, el artículo 457 del Código Penal colombiano establece el delito de «traición diplomática» en los siguientes términos:

El que encargado por el Gobierno Colombiano de gestionar algún asunto de Estado con gobierno extranjero o con persona o con grupo de otro país o con organismo internacional, actúe en perjuicio de los intereses de la República, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años.

Como se puede apreciar, no se menciona el término «agente diplomático», pero la noción de «encargado» comprende al agente diplomático

que hemos visto en el marco de la CVRD, la que, como anotamos desde un principio, ejerce funciones públicas.

Autor: Jorge Luis Collantes
(Director del Postgrado en Derecho Diplomático y Consular del
Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.
Doctor en Derecho Público por la UPVD, Francia)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DENZA, Eileen. *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Oxford University Press, 2016; GARROCHO, Ana y OTERO, Pilar. «El Derecho penal interno ante los atentados contra personas internacionalmente protegidas y locales de legaciones extranjeras: el ordenamiento español». En *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, 2016, n.º 1, pp. 33-41.

AGENTE ENCUBIERTO

El agente encubierto o agente infiltrado forma parte de las denominadas «técnicas especiales de investigación», conforme las denomina la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 (Convención de Palermo) en su artículo 20, así como el artículo 50 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida).

En el Derecho español se regula su actuación en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), cumpliendo con el mandato contenido en los dos textos internacionales referidos que imponen a los Estados el deber de adoptar las medidas necesarias que permitan el recurso a las técnicas especiales de investigación y su admisibilidad en el proceso penal, siempre que sean necesarias.

Además, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación

en materia penal incorpora en su artículo 29 las investigaciones encubiertas, que define como «la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa», para lo cual podrá emitirse una Orden Europea de Investigación con la finalidad de solicitar su ejecución en otro Estado miembro.

En concreto, la figura del agente encubierto consiste en la infiltración de un agente en el seno de una organización criminal bajo una identidad supuesta con la finalidad de investigar las actividades delictivas desarrolladas.

En palabras del Tribunal Supremo (STS, Sala de lo Penal, núm. 1140/2010, de 29 de diciembre, f. j. 6, ROJ: STS 7184/2010):

El término «undercover» o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito.

Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos [...].

La actuación del agente encubierto presenta una serie de especialidades y riesgos que deben ser tenidos en cuenta en su regulación, especialmente derivados de la posible afectación a derechos fundamentales, así como su responsabilidad por eventuales actuaciones ilícitas que deba llevar a cabo durante el desarrollo de la investigación.

Partiendo de lo antedicho, los elementos fundamentales que debemos abordar son: (1) ámbito de actuación; (2) adopción de la medida e iden-

tidad supuesta; (3) desarrollo de la investigación; (4) responsabilidad del agente y delito provocado; (5) agente encubierto informático.

1. Ámbito de actuación

El artículo 282 bis LECrim, en sus apartados 1 y 4, dispone que la actuación de un agente encubierto podrá autorizarse para la investigación de actividades propias de la delincuencia organizada, entendida como la asociación de tres o más personas, de forma permanente o reiterada, para cometer alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos (artículo 156 bis CP).
- b) Delito de secuestro de personas (artículos 164 a 166 CP).
- c) Delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis CP).
- d) Delitos de prostitución (artículos 187 a 189 CP).
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (artículos 237, 243, 244, 248 y 301 CP).
- f) Delitos contra la propiedad intelectual e industrial (artículos 270 a 277 CP).
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 312 y 313 CP).
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis CP).
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada (artículos 332 y 334 CP).

- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo (artículo 345 CP).
- k) Delitos contra la salud pública (artículos 368 a 373 CP).
- l) Delitos de falsificación de moneda y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje (artículos 386 CP y 399 bis CP, respectivamente).
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (artículos 566 a 568 CP).
- n) Delitos de terrorismo (artículos 572 a 578 CP).
- o) Delitos contra el patrimonio histórico (artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando).

Por lo tanto, se regula un catálogo cerrado de delitos fuera de los cuales no podrá actuar el agente encubierto. Sin embargo, como posteriormente se expone, este listado se amplía para el caso del denominado agente encubierto informático.

2. Adopción de la medida e identidad supuesta

La actuación de un agente encubierto se deberá autorizar por el juzgado de instrucción o el Ministerio Fiscal (quien deberá dar cuenta inmediata al juzgado), mediante resolución fundada en la cual se exprese la necesidad de la medida para los fines de la investigación, conforme dispone el artículo 282.1 bis LECrim. Esta resolución será reservada y deberá conservarse con la máxima seguridad, lo que se justifica no solamente en la propia utilidad y éxito de la medida, sino también en la protección del agente, pues en la resolución se recoge su nombre verdadero, así como su identidad supuesta para el caso concreto.

La identidad supuesta será otorgada por parte del Ministerio del Interior por un plazo de seis meses, que podrá prorrogarse por periodos de otros seis meses *ex* artículo 282.1 bis LECrim. Además, como dispone el apartado 2 del mismo precepto, cuando deban testificar en el proceso podrán mantener la misma identidad siempre que se acuerde en resolución judicial motivada y, asimismo, podrán acordarse las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Por último, cabe señalar que la LECrim recoge en el apartado 2 del mismo precepto la voluntariedad en el cargo cuando dispone que ningún funcionario de la policía judicial puede ser obligado a actuar como agente encubierto.

4. Desarrollo de la investigación

En cuanto al desarrollo de sus funciones, el artículo 282 bis LECrim recoge algunas previsiones que deberán ser necesariamente respetadas.

En primer lugar, toda la información que el agente obtenga deberá ser puesta en conocimiento de quien autorizó la medida a la mayor brevedad posible, lo que indica que esta comunicación y entrega de información se producirá de forma constante durante el tiempo en que dure la medida, sin que quepa esperar a la finalización de la misma. Esta información deberá ser incorporada al proceso en su integridad para ser valorada por el órgano judicial correspondiente.

En segundo lugar, el agente no puede en ningún caso infringir los derechos fundamentales de las personas implicadas en su investigación, de modo que siempre que alguna actuación suya pueda poner en riesgo un derecho deberá solicitar al órgano judicial competente la autorización correspondiente. Entre estas medidas limitativas de derechos podemos citar, a título de ejemplo, la colocación de dispositivos electrónicos de captación y grabación de las comunicaciones, previsto en el artículo 588

*quater*a) y siguientes LECrim. Y precisamente a esta se refiere el apartado 7 del artículo 282 bis LECrim cuando dispone que: «[...] el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio».

En tercer lugar, la actuación del agente encubierto debe ser pasiva, esto es, no puede en ningún caso constituir una incitación o provocación al delito, pues de lo contrario podrá incurrir en responsabilidad penal, todo lo cual seguidamente se abordará.

5. Responsabilidad del agente y delito provocado

Conforme prevé el artículo 282 bis LECrim, el agente encubierto podrá adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, así como diferir la incautación de los mismos. Por lo tanto, el punto de partida es que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones necesarias para la investigación.

No obstante, este principio encuentra dos límites: primero, la proporcionalidad de la medida ejecutada en cuanto a la finalidad perseguida; y, segundo, la prohibición de provocar el delito (artículo 282.5 bis LECrim). Conforme señala la LECrim en el citado precepto, si de la conducta del agente se desprendiese su responsabilidad penal por alguna actuación llevada a cabo, el órgano judicial competente deberá requerir un informe sobre tal circunstancia a quien hubiese autorizado la medida, a partir del cual resolverá conforme estime procedente.

Por lo que respecta al delito provocado, se ha definido como:

[...] aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo

la conducta que de su torcida inclinación se espera simulando primero allanar y desembarazar el iter criminis y obstruyéndolo finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se consigue que por el provocador no solo la casi segura detención del inducido sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas. (STS, Sala de lo Penal, n.º 503/2021, de 10 de junio, f. j. 4, ROJ: STS 2331/2021).

Por lo tanto, estaremos ante un delito provocado cuando la ejecución del delito da comienzo únicamente a partir de la intervención del agente provocador, de forma que sin tal intervención no se había cometido el delito o, al menos, no en tales circunstancias (STS, Sala de lo Penal, n.º 690/2010, de 1 de julio, f. j. 12, ROJ: STS 3937/2010).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas ocasiones sobre la inducción al delito, pudiendo citar la sentencia dictada en el asunto Ramanauskas c. Lituania (n.º 74420/01, 5 de febrero de 2008). De acuerdo con el TEDH, la incitación policial tiene lugar cuando los agentes actuantes no se limitan a investigar la actividad delictiva de forma pasiva, sino que ejercen una influencia sobre el sujeto que le incita a la comisión de un delito que de otro modo no habría cometido, todo ello con la finalidad de imputarle un delito mediante las pruebas obtenidas e incoar un proceso judicial (§ 55).

En el informe *Cooperación internacional mediante técnicas especiales de investigación* (CTOC/COP/WG.3/2020/3), elaborado en 2020 por el Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional de Naciones Unidas, en el seno de la Conferencia de las partes en la Convención de Palermo, se detallan algunos de los factores que deberán evaluarse para determinar si la actuación del agente encubierto excedió de la investigación pasiva para constituir incitación al delito. Estos son los siguientes:

- a) *La existencia de motivos razonables o razones fundadas para sospechar que la persona en cuestión había participado en actos preliminares para perpetrar la conducta delictiva de que se trate, había cometido de antemano un acto*

constitutivo de delito o tenía la disposición de implicarse en la comisión de un delito hasta el momento en que la policía entabló contacto con ella.

- b) *El momento en que se puso en marcha la operación encubierta.*
- c) *La legalidad de la actividad de los agentes encubiertos, y el alcance de la implicación de los agentes encubiertos (es decir, si tomaron la iniciativa e iniciaron la comunicación con la persona en cuestión y si había habido negociaciones o acuerdos con anterioridad).*

Por lo tanto, los agentes encubiertos podrán ser responsables cuando inciten a otras personas a la comisión de un delito bajo las circunstancias antedichas, lo cual no solamente infringirá sus deberes de actuación, sino que podrá también suponer una vulneración del derecho a un juicio justo.

6. *Agente encubierto informático*

El auge de las formas de comunicación a través de internet, especialmente de las redes sociales, ha propiciado la proliferación de los delitos cometidos u organizados a través de estos medios. Para responder a esta nueva realidad, en el año 2015 se introduce en la LECrim la figura del agente encubierto informático con la finalidad de adaptar la norma procesal a la sociedad digitalizada (STS, Sala de lo Penal, n.º 140/2019, de 13 de marzo, f. j. 4, ROJ: STS 750/2019).

El agente encubierto informático es un agente que actúa bajo una identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación, conforme dispone el artículo 282.6 bis LECrim, entre los que se encuentran redes sociales y foros, principalmente. En particular, este precepto dispone que: «El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación [...]». Por lo que respecta a la operativa, dispone la LECrim que, siempre que

cuenta con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar archivos ilícitos, así como analizar los resultados de los algoritmos que se empleen para su identificación.

Esta figura se regula dentro del mismo precepto que prevé el agente encubierto, por lo que le resulta de aplicación el mismo régimen jurídico que a este, salvo las especialidades inherentes a la naturaleza de su actuación. Estas especialidades se refieren principalmente a los delitos sobre los cuales puede actuar.

En este sentido, el artículo 282.6 bis LECrim, se refiere a todos los delitos previstos en el apartado 4 del mismo precepto —a los que nos hemos referido anteriormente—, así como a los comprendidos en el artículo 588 ter a) LECrim. Esto es, cualquiera de los delitos que recoge, por remisión, el artículo 579.1 LECrim (delitos dolosos castigados con pena de prisión igual o superior a tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de organización criminal o delitos de terrorismo), así como cualesquiera otros cometidos a través de medios informáticos o telemáticos.

Autora: Elena de Luis García
(Profesora permanente laboral de Derecho Procesal,
Universitat de València)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl. «El agente encubierto informático». En *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, vol. 118, 2016; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. «Los actos de investigación». En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia (coords.). *Proceso penal. Derecho procesal III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 197-218, pp. 214-218; MORENO CATENA, Víctor. «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial». En CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal pe-*

nal. 10.^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 277-288, pp. 283-287.

AGRESIÓN (CRIMEN DE)

Con el término agresión se hace referencia a aquellas conductas que se llevan a cabo utilizando la fuerza por parte de un Estado o de varios Estados contra otro u otros Estados para obtener territorio o ventajas vulnerando el Derecho internacional y atentando contra la paz y seguridad internacional. El término agresión ostenta un carácter internacional intrínseco por su propia naturaleza y por su configuración, donde confluyen el Derecho penal internacional a través del sistema de responsabilidad penal individual internacional, y el Derecho internacional público, a través del sistema de la responsabilidad internacional por la comisión de un acto ilícito. Por lo cual, partiendo de ello, se hace referencia a un acto de agresión como aquel que se puede cometer por parte de un Estado o grupo de Estados, contra otro Estado o grupo de Estados; Y a un crimen de agresión, cuando se dirime la responsabilidad individual por la comisión del hecho ilícito. Por lo cual, un acto de agresión por parte de un Estado conllevará la responsabilidad internacional del Estado de acuerdo con lo previsto en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y podrá a su vez conllevar la responsabilidad individual para aquellos sujetos autores y partícipes del hecho, en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER).

1. Acto de agresión

Para definir el término agresión a nivel internacional indudablemente, se debe partir de la Resolución 3314 (XXIX) de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/3314), la cual específicamente se dicta para otorgarle una definición necesaria para llevar a cabo una adecuada aplicación del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas deno-

minado «Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión», sobre todo del artículo 39, teniendo en cuenta que de conformidad con el mismo, el Consejo de Seguridad estará legitimado para adoptar una serie de medidas cuando a su entender se produzca un acto de agresión, una amenaza contra la paz y un quebrantamiento de la paz.

En la resolución referenciada (anexo de la Resolución 3314 [XXIX]) se establece que, se considera por un acto de agresión «el uso de la fuerza armada» llevada a cabo por un Estado o grupos de Estados (independientemente de su reconocimiento internacional o pertenencia a la Organización de Naciones Unidas) «contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado» (artículo 1), se hubiera declarado o no una guerra. En tal sentido, establece una serie de conductas en el artículo 3 que son las siguientes:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armada, terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Lista que, de conformidad con el artículo 4 es *numerus apertus*, ya que permite al Consejo de Seguridad considerar otras conductas como acto de agresión a pesar de no encontrarse descritas en el precepto. Sin embargo, no hay un acuerdo doctrinal sobre ello, ya que cabría una posible vulneración del principio de legalidad, ahora bien, ello se podría considerar salvaguardado cuando la definición básica del acto que se otorga en el artículo 1 nos permitiría la inclusión de cualquier tipo de conducta que produzca dichos resultados. De cualquier forma, el elenco de conductas es lo bastante amplio como para abarcar un tipo de conducta que constituya un acto de agresión por parte de un Estado y se debe tomar en consideración que, a tenor literal de la Resolución referida, de acuerdo con las circunstancias del hecho, el Consejo de Seguridad tendrá un carácter discrecional lo bastante amplio como para determinar la concurrencia o no de un acto de agresión.

Finalmente, la resolución también dispone que el primer uso de la fuerza armada se considerará prueba de acto de agresión desde el principio. Ahora bien, distingue que la guerra de agresión tendrá la consideración de crimen contra la paz. Con lo cual, un acto de agresión no tiene que conllevar la consideración de la comisión de un crimen, sin embargo, sí que ambas acarrearán responsabilidad internacional independientemente de la causa de justificación de la misma, así como la ausencia de reconocimiento internacional la territorialidad o la ventaja derivada del uso de la agresión (artículo 5).

En cuanto a la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de actos ilícitos, corresponde aplicar los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARIEHIL) previstos en la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/56/83, 28 de enero de 2002).

2. Crimen de agresión

Es en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el artículo 8 bis donde se disponen cuáles son las conductas que conforman el crimen de agresión, distinguiendo dos apartados; el primero de ellos dispone lo siguiente:

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un «crimen de agresión» cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

De este primer apartado se extraen tres cuestiones fundamentales que caracterizan a este tipo delictivo como un delito especial dentro del ER.

En primer lugar, en cuanto a la autoría y participación, en relación con el artículo 25.3 bis del ER cabe reseñar que se determina la responsabilidad individual por la comisión de un crimen de agresión sobre la persona física que ostente el control y dirija una acción política o militar para la comisión del hecho, por lo cual, independientemente del cargo institucional que ostente la persona, será responsable de conformidad con la función que ejerce, quedando eximidos de dicha responsabilidad los sujetos que cumplen con la función y no tienen un cargo de mando y control sobre los actos cometidos.

En segundo lugar, se establece que la conducta ha de llevarse a cabo produciendo una violación de la Carta de Naciones Unidas, lo que significa que se haya cometido efectivamente un acto de agresión por parte de un Estado (artículo 15. 4 ER) y que la violación del contenido de la Carta de Naciones Unidas debe ostentar cierta envergadura para que el acto de agresión sea considerado crimen, para ello se dispone que se han de observar las características del acto, la gravedad del mismo y su escala, lo que significa que se debe tener en cuenta los efectos causados, las consecuencias y la forma en la que se ha llevado a cabo el acto de agresión.

En tercer lugar, en el precepto se dispone que la responsabilidad por el crimen de agresión abarca los actos preparatorios, de planificación y de iniciación, ello significa que cabe la tentativa que se dispone de forma general en el artículo 25 del ET, y a su vez cabe la responsabilidad por actos previos solo de planificación que no llegan a constituir la tentativa delictiva, teniendo en cuenta que la misma requiere la concurrencia de un acto que inicie el hecho delictivo. Ahora bien, la criminalización de dichos actos se encuentra limitada en los *Elementos de los crímenes* al requerir que el delito debe haberse cometido (apartado 3, enmendado por la Resolución RC/Res.5; véase Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010).

El segundo apartado del artículo 8 bis hace referencia a la Resolución de la Asamblea General 3314 (XXIX) para el acto de agresión y plantea las mismas conductas dispuestas en ella. Con lo cual, de acuerdo con lo dispuesto en el ER y en los elementos del crimen se considerará acto de agresión a cualquier conducta que ostente tales características. Ahora bien, el carácter extensivo de las conductas dispuestas de conformidad con el Consejo de Seguridad que la Resolución le otorga es cuestionado por la doctrina.

En cuanto al *mens rea* para el crimen de agresión, es de aplicación la norma general del artículo 30 ER, con lo cual se requerirá el dolo para los actos preparatorios, de tentativa y consumados. Asimismo, en los *elementos del crimen* se especifica que el autor debe ser consciente de que su actuación constituye una violación y es incompatible el uso de la fuerza con lo dispuesto en la Carta de Naciones Unidas.

3. *Jurisdicción y competencia internacional para el enjuiciamiento del acto de agresión y del crimen de agresión*

El órgano que ostenta la competencia y jurisdicción para determinar la responsabilidad del Estado por la comisión de un acto ilícito como lo es el acto de agresión, es la Corte Internacional de Justicia (CIJ), por lo cual para el supuesto en el que se produzca un acto de agresión por parte de un Estado, el conflicto se resolverá por dicho órgano judicial internacional. Su funcionamiento se encuentra regulado en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), donde se estipula que será competente siempre que el Estado sea miembro de las Naciones Unidas, o parte del ECIJ, o hubieran aceptado la jurisdicción de la misma a través de un instrumento internacional (artículo 34 y siguientes ECIJ). Asimismo, se prevé que los procedimientos sean contenciosos o consultivos habrán de iniciarse por uno de los Estados parte y de acuerdo con el asunto concreto se podrán adoptar medidas cautelares en el procedimiento (artículo 39 y siguientes). Las sanciones previstas para los Estados por la comisión de un acto ilícito tienen un carácter reparador, restitutorio y resarcitorio (artículo 28 y siguientes ARIEHIL).

El sistema de jurisdicción y competencia por la comisión de un crimen de agresión se lleva a cabo de forma complementaria entre la Corte Penal Internacional y la jurisdicción nacional de cada Estado, por el propio sistema que se configura en el ER (artículo 1). Ahora bien, ante la comisión de un crimen de agresión por su propia configuración resultará prácticamente inviable que en el propio Estado responsable del acto y donde se encuentra el autor del mismo se lleve a cabo un procedimiento

para su propio enjuiciamiento, de ahí la razón de necesidad de ser enjuiciado por un tribunal internacional. Sin embargo, la Corte Penal Internacional, a pesar de prever desde la publicación del texto inicial (A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998) en el artículo 5 ER la competencia sobre el crimen de agresión, no es hasta la Conferencia de Kampala de 2010 (Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010) mediante la que se enmienda el ER, cuando se define el crimen de agresión y se regulan las normas para el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte Penal Internacional, ostentando la competencia para conocer de crímenes de agresión desde el 17 de julio de 2018 (AEP, Resolución ICC-ASP/16/Res.15 de 14 de diciembre de 2017).

Autora: Andrea Spada Jiménez

(Profesora de Derecho Procesal, Universidad de Málaga)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AMBOS, Kai. *El crimen de agresión después de Kampala*. Madrid: Dykinson, 2019; GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *El hecho ilícito internacional*. Madrid: Dykinson, 2005; MACULAN, Elena. «La Corte Penal Internacional». En GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena. *Derecho penal internacional*. Madrid: Dykinson, 2019; OROZCO TORRES, Luis. *El crimen de agresión en el Derecho internacional contemporáneo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; TORRECUADRADA GARCÍA LOZANO, Soledad. «El control de legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad». En *Agenda Internacional*, 2010, año XVII, n.º 28, pp. 103-131.

ALEGATOS (ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL)

La Corte Penal Internacional (CPI) es una jurisdicción de funcionamiento único, regida por un procedimiento denominado *hybride* inspirado tanto en el sistema de Derecho continental (o romano-germánico) como en el *common law* anglosajón.

Este procedimiento puede sorprender a los abogados y a otros profesionales del Derecho que ejercen ante este Tribunal y que en su mayoría han sido formados según los códigos y costumbres de los órganos jurisdiccionales nacionales ante los cuales han podido ejercer anteriormente.

Sin embargo, y ahora que la Corte Penal Internacional está a punto de cumplir veinte años, se desarrolla hoy una cultura jurídica propia de esa jurisdicción (y, en cierta medida, de los tribunales internacionales *ad hoc* que la precedieron) que reúne a juristas de todo el mundo.

Esta cultura se traduce, específicamente, en la aparición de una nueva forma de defensa que se destina al debate contencioso en el marco de un proceso ante la Corte Penal Internacional (1) o que sirva de guía y orientación a los jueces o a la Oficina del Fiscal, en una lógica más próxima a la del consejo (2).

1. El plaidoyer contentieux ante la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional, que es una organización internacional por naturaleza políticamente motivada, es ante todo una jurisdicción penal en la que aparecen, debaten y se enfrentan varias partes y participantes, de conformidad con el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP): la Oficina del Fiscal; los acusados y sus abogados, de esta manera, las víctimas son representadas por sus abogados.

No analizaremos aquí las múltiples misiones de la Oficina del Fiscal, que necesitarán una sola entrada. Tampoco nos detendremos en el papel de los abogados auxiliares de los testigos o de los Estados, que solo intervienen en unos pocos procedimientos. En cambio, nos centraremos en el papel de los abogados, ya representen los intereses de la defensa o de las víctimas. En efecto, si su papel es algo diferente, estos disponen del mismo estatuto, cualquiera que sea su lado del tribunal: el de *conseil externe*.

Los abogados defensores intervienen desde el momento en que se acusa a una persona ante la Corte Penal Internacional y a lo largo de todo el procedimiento hasta la fase de ejecución de la pena. Se cercioran de que se respeten los derechos de la defensa en el marco de un procedimiento que ofrezca todas las garantías de un proceso equitativo (*véase la entrada del diccionario sobre los derechos de la defensa en el contexto de la CPI*). Los abogados defensores podrán, entre otras cosas, hacer declaraciones en la audiencia, presentar observaciones y peticiones por escrito a la Sala, llamar e interrogar a testigos y peritos, contrainterrogar a los testigos y peritos convocados por la Oficina del Fiscal, presentar pruebas o medios de defensa. Las personas acusadas ante la CPI son libres de tener el abogado de su elección. En caso de que no se designe un abogado defensor, el Tribunal podrá designar un abogado de oficio que se encargue de velar por el respeto de los derechos del acusado, de conformidad con la Regla 21 del Reglamento de Procedimiento. La Secretaría también mantiene una lista de *conseils de permanence* que intervienen en las primeras etapas del procedimiento, antes de que se elija un abogado y/o en caso de indisponibilidad de este.

Los abogados de las víctimas —llamados *représentant légaux*— intervienen en todas las fases del procedimiento para exponer las *vues et préoccupations* de sus clientes, de conformidad con las disposiciones del artículo 68 del Estatuto de Roma. No obstante, dado que las víctimas no son *parties* en el procedimiento, sino «participantes» en el sentido de la subsección 3 del RPP, los representantes legales no pueden llamar a testigos ni presentar pruebas sobre los hechos del caso. En cambio, podrán asistir y participar en las audiencias, hacer declaraciones, dirigir observaciones escritas a la sala, interrogar a los testigos y peritos, con la autorización de la sala, y solicitar medidas específicas para garantizar la seguridad e integridad física y psicológica de sus clientes durante todo el proceso. Los representantes legales también desempeñan un papel esencial en la fase de reparación, en la que llevan la voz y las peticiones de sus clientes ante la Cámara y el Fondo en beneficio de las víctimas. Las víctimas que deseen participar en el procedimiento pueden elegir libremente su repre-

sentante legal, de conformidad con la Regla 90(1) del RPP. No obstante, habida cuenta del número a menudo importante de víctimas, y para garantizar la eficacia de los procedimientos, la Cámara puede invitarlas a hacerse representar colectivamente por uno o varios representantes legales comunes.

Para estar facultados para intervenir ante la Corte Penal Internacional, los abogados defensores deben figurar en la Lista de Asesores Letrados que mantiene la Secretaría. De conformidad con la Regla 22 del RPP y la Norma 67 del Reglamento de la Corte, los candidatos a la inscripción deben:

- Justificar una competencia reconocida en Derecho internacional o en Derecho penal y en materia de procedimiento.
- Haber adquirido la experiencia necesaria en el proceso penal ejerciendo funciones de juez, fiscal, abogado o cualquier otra función análoga (esta experiencia debe ser de al menos 10 años para poder ser designado *conseil principal* y de 8 años para los *conseils adjoints*).
- Tener un conocimiento excelente de al menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte (inglés y francés) y hablar con fluidez.
- No haber sido condenado nunca por infracciones penales o disciplinarias graves que se consideren incompatibles con la naturaleza de las funciones del abogado ante el Tribunal.

Por otra parte, además del Estatuto de Roma, el Reglamento de la Corte y el Reglamento de la Corte, los letrados deben respetar el Código de Conducta Profesional de los Letrados, aprobado por la Asamblea de los Estados Partes el 2 de diciembre de 2005 y aplicable «aux conseils de la défense, aux conseils représentant les États, aux amici curiae, ainsi

qu'aux conseils ou mandataires en justice des victimes et des témoins exerçant leurs fonctions à la Cour pénale internationale».

Los consejos están asistidos en sus misiones por los miembros de su equipo, en primer lugar los *assistants de conseils* (o *conseils adjoints*, los juristas admitidos en una lista específica también mantenida por el secretario), los *juristes chargés des dossiers* (o *case manager*, verdaderos gestores de expedientes) y los investigadores (que ejercen con mayor frecuencia desde el Estado al que se refiere el expediente).

Por último, los consejos cuentan con el apoyo y los recursos de dos oficinas, adscritas a la Secretaría y dedicadas específicamente a esas misiones:

- a) La Oficina del Defensor Público para la Defensa tiene, entre otras, las siguientes funciones: representar y proteger los derechos de la defensa en la fase inicial de la investigación; prestar asistencia a los abogados defensores y a las personas que se benefician de ellos, incluida la realización de investigaciones y la prestación de asesoramiento jurídico; la comparecencia, previa instrucción o autorización de la sala, en relación con cuestiones específicas; la presentación, previa instrucción o autorización de la sala; de las pretensiones en nombre de la persona con derecho a ser asistida por un abogado cuando esta no tenga todavía un abogado designado o cuando el mandato de representación concedido a un abogado con carácter temporal se limite a otras cuestiones; de actuar como *conseil désigné* cuando una persona tiene el derecho y la necesidad de ser asistida, pero no ha designado un asesor o su asesor no está disponible; asistir o representar al abogado defensor o a los testigos de la defensa que sean objeto de acciones judiciales por delitos contra la administración de justicia.
- b) La Oficina del Defensor Público para las Víctimas tiene la tarea de prestar asistencia general al representante legal de las víctimas y a

las víctimas, incluido la realización de investigaciones y la prestación de asesoramiento jurídico o sobre los aspectos fácticos del asunto; la comparecencia, previa instrucción o autorización de la sala, en relación con cuestiones específicas; la presentación de conclusiones, previa instrucción o autorización de la sala, en particular antes de la presentación de las solicitudes de participación de las víctimas en el procedimiento o cuando aún no se haya designado un representante legal; actuar como representante legal designado por la sala en determinados casos; incluso representar a una o más víctimas durante todo el procedimiento, cuando el interés de la justicia lo justifique.

Por otra parte, el derecho garantizado a los acusados y a las víctimas a contar con la asistencia de un abogado incluye la posibilidad, para los que no puedan pagarle, de que se les asigne un abogado a expensas de la Corte. Este mecanismo de justicia gratuita (o *legal aid*), basado en el derecho imperativo a la igualdad de armas, ha sido objeto de fuertes críticas en cuanto a su aplicación, de modo que a principios de 2019 se inició un proyecto de reforma. El acceso a la asistencia letrada no afecta a la libertad de elección del abogado: por ejemplo, una persona con derecho a asistencia letrada puede elegir libremente a su defensor o representante legal en la Lista de Abogados (o incluso designar a otro abogado que cumpla los requisitos y acepte ser incluido en la lista).

En julio de 2016, los consejos de la CPI crearon la Asociación de Abogados de la Corte Penal Internacional (ABCPI) una asociación independiente y profesional que represente los intereses de todos los consejos que comparecen ante la CPI y de su personal de apoyo. Reconocida por la Asamblea de los Estados partes en noviembre de 2016, la ABCPI habla colectivamente en nombre de sus miembros en el marco de negociaciones y debates con los órganos de la Corte, pone a disposición de sus miembros un conjunto de servicios y recursos y constituye un foro de intercambio y debate para todas las cuestiones relativas a la representación de clientes (acusados, víctimas, testigos y Estados) ante la CPI.

2. *El plaidoyer conseil ante la Corte Penal Internacional*

Si el alegato *contentieux* es la vía natural por la cual los abogados pueden llevar la voz de sus clientes en el ámbito judicial, otros mecanismos están abiertos a aquellos —abogados o no— que deseen hacer valer una posición ante la CPI. De este modo, pueden adoptar una posición más cercana al *conseil*, ya sea ante la fiscalía, antes de la apertura de una investigación, o ante los jueces cuando se está examinando una causa.

2.1. *Las comunicaciones al fiscal*

En virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma: «[l]e Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu de renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour». El artículo 42 precisa que la Oficina del Fiscal «est chargé de recevoir les communications et tout renseignement dûment étayé concernant les crimes relevant de la compétence de la Cour, de les examiner, de conduire les enquêtes et de soutenir l'accusation devant la Cour».

Así, si el mecanismo de *dépôt de plainte* no existe ante la CPI, las víctimas o testigos de un crimen que entra en el ámbito de competencia de la Corte pueden transmitir información a la fiscalía por medio de estas *communications*. En virtud del artículo 15.2, el fiscal *vérifie le sérieux des renseignements reçus*, si procede, solicitando información adicional a otras fuentes. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 15, «[s]il conclut qu'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête, le Procureur présente à la Chambre préliminaire une demande d'autorisation en ce sens». Las víctimas pueden entonces estar representadas en esta audiencia preliminar.

Los abogados de las víctimas y las organizaciones no gubernamentales han aprovechado esta oportunidad y están presentando cada vez más comunicaciones a la Oficina del Fiscal con el fin de iniciar investigaciones. Algunas organizaciones no gubernamentales desarrollan incluso

una verdadera experiencia en esta esfera, ya que la comunicación de información a la Fiscalía se convierte en una verdadera herramienta de promoción para alertar a la Corte Penal Internacional –y a la opinión pública– de violaciones graves del Derecho internacional.

Por otra parte, si bien ni el Estatuto de Roma ni el Reglamento del Personal recomiendan la forma que deben adoptar esas comunicaciones o la información que deben contener, la Oficina del Fiscal tiende a descartar las comunicaciones demasiado generales o poco detalladas, si no se dispone de elementos suficientes para apreciar su pertinencia y fiabilidad. La Oficina del Fiscal también conserva un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la información que se le proporciona y a la conveniencia de solicitar oficialmente a la Sala de Cuestiones Preliminares autorización para iniciar una investigación sobre territorio dado. Sin embargo, en 2009, la Oficina del Fiscal aprobó un reglamento en el que se detallan, entre otras cosas, el tratamiento y el análisis de la información y las pruebas presentadas en virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma.

Por ejemplo, en 2019, la fiscalía solicitó una investigación sobre la situación en Myanmar y Bangladesh, basada, entre otras cosas, en 56 comunicaciones enviadas a la Oficina de conformidad con el artículo 15 (*Situation in the People's Republic of Bangladesh / Republic of the Union of Myanmar, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, 4 juillet 2019, ICC-01/19-7*). Las solicitudes del Fiscal de iniciar investigaciones sobre la situación en Burundi y en Georgia también se basan en comunicaciones de víctimas de delitos cometidos en ambos Estados (*Situation in Burundi, Public redacted version of «Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15», 6 de setiembre 2017, 15 november 2017, ICC-01/17-5; Situation in Georgia, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, 13 de octubre 2015, ICC-01/15-4*).

2.2. *Los amicus curiae*

De conformidad con la Regla 103(1) del RPP, al examinar una causa los jueces pueden invitar a Estados, organizaciones no gubernamentales, profesionales del Derecho y/o expertos de cualquier otra disciplina a presentar sus observaciones sobre una cuestión técnica que pueda tener consecuencias importantes para el desarrollo del procedimiento y el resultado del expediente. Las personas cuya opinión se solicita se denominan entonces *amicus curiae* (en plural *amici curiae*, literalmente *amis de la cour*).

La posibilidad de presentar observaciones en calidad de *amicus curiae* permite, en particular, a algunas organizaciones no gubernamentales plantear causas o interpretaciones de los textos estatutarios de la CPI en un ejercicio de promoción.

A título de ejemplo, antes de dictar su orden de reparación en el asunto *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* relativo a la destrucción de los mausoleos de Tombuctú, declarados patrimonio de la humanidad, la Sala de Primera Instancia VIII recogió las observaciones de varios *amici curiae*, entre ellos la Unesco, que subrayó la importancia del patrimonio cultural así atacado para las comunidades (*Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, orden de reparación, 17 de agosto de 2017, ICC-01/12-01/15-236).

En particular, las salas suelen solicitar observaciones del *amicus curiae* cuando se enfrentan a cuestiones jurídicas complejas o nuevas. Así ocurrió recientemente cuando la Sala de Cuestiones Preliminares I tuvo que pronunciarse sobre la competencia territorial de la Corte en la situación en Palestina, autorizando a tal efecto a más de 40 Estados, organizaciones no gubernamentales y particulares que presenten observaciones en calidad de *amicus curiae* (*Situation dans l'Etat de Palestine, Décision relative aux demandes d'autorisation de présenter des observations en vertu de la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve*, 20 de febrero 2020, ICC-01/18-63).

Muy recientemente, la sala de apelaciones en el caso *Le Procureur c. Dominique Ongwen* solicitó observaciones *amicus curiae* sobre diversas cuestiones jurídicas, en particular sobre la determinación de la responsabilidad penal de una persona con trastornos mentales, la definición jurídica de los delitos de matrimonio forzado, esclavitud sexual y embarazo forzado, y las normas probatorias aplicables a la violencia sexual (*Le Procureur c. Dominique Ongwen*, Decision on the requests for leave to file observations pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, 24 de noviembre 2021, ICC-02/04-01/15-1914).

De conformidad con la Regla 103(2) de la RPP, el fiscal y la defensa tienen la oportunidad de responder a las observaciones de *amici curiae*.

En total, se desarrollan ante la CPI nuevas prácticas y usos de la defensa, tanto por los actores tradicionales del proceso penal (los abogados y sus clientes) como por actores tradicionalmente más alejados de los órganos judiciales (Estados y organizaciones no gubernamentales). Se crea así una nueva cultura jurídica, propia de la CPI, pero que puede, a su vez, nutrir y enriquecer las prácticas nacionales.

*Autora: Clara Gérard-Rodríguez
(Abogada del Colegio de Abogados de París)*

AMNISTÍA

La amnistía consiste en la condonación de toda responsabilidad penal que pueda haber surgido de un delito o crimen declarado en virtud de una sentencia firme. Supone, de hecho, la inexistencia de tal delito o crimen y, por ello, en los ordenamientos jurídicos nacionales implica la cancelación de esa responsabilidad penal en cualquier registro de antecedentes penales que pudiera existir.

1. Introducción

Pese a que el origen de la concesión de amnistías se remota a la civilización griega, en los últimos dos siglos su uso en las relaciones internacionales se ha incrementado notablemente con unos peculiares objetivos políticos. Con el objetivo de adelantar el final de un conflicto armado interno o guerra civil que se ha prolongado durante años, junto o alternativamente a la intención de consolidar la paz al término del conflicto, la concesión de amnistías a los autores de graves violaciones de los derechos humanos y de las normas del Derecho internacional humanitario se ha convertido en uno de los mecanismos más recurrente de la denominada «justicia transicional».

Con la creación de tribunales internacionales penales y el consiguiente desarrollo del Derecho internacional penal en la década de los años noventa del siglo pasado comenzó a criticarse seriamente, con argumentos jurídicos, éticos y políticos, el uso de las amnistías para lograr la impunidad de los autores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Existen, incluso, importantes estudios que demuestran que el uso y la eficacia de las amnistías en los conflictos armados internos sucedidos en todo el mundo desde 1970 no han tenido ningún impacto demostrable en la consecución de la paz y de la seguridad, añadiendo que lo más que se ha conseguido con la concesión de amnistías es la desmovilización de algunos combatientes individuales y, muy excepcionalmente, de todo un grupo armado.

Muchos Estados cuando terminan un conflicto armado de carácter no internacional e inician una transición hacia la paz se enfrentan a pocas opciones a la hora de exigir responsabilidades penales individuales por la comisión de atrocidades en el pasado inmediato. Algunos Estados, como Mozambique, optaron por conceder una amnistía incondicional. Otros Estados, como Sudáfrica, crearon una comisión de la reconciliación y de la verdad, al mismo tiempo que concedieron una amnistía limitada; mientras que otros Estados, como Ruanda, juzgaron a los prin-

cipales responsables del genocidio, de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad.

En este trabajo persigo, partiendo del análisis del Derecho internacional y de la jurisprudencia de los tribunales penales, internacionales y nacionales, analizar la validez y el alcance de la concesión de amnistías en nombre de la denominada justicia transicional, es decir, de determinar si al final de un conflicto armado de naturaleza no internacional se puede otorgar amnistías de conformidad con el Derecho internacional contemporáneo y, en caso de respuesta afirmativa, el alcance que deben tener estas amnistías.

2. El Protocolo adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949

El marco jurídico internacional a este respecto está representado por el Protocolo Adicional II de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como por las normas consuetudinarias del Derecho Internacional humanitario.

El artículo 6.5 del Protocolo Adicional II de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, tiene el siguiente tenor literal:

A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Una interpretación literal de esta norma fácilmente lleva a la conclusión de que esta disposición ni permite ni mucho menos obliga a la concesión de amnistías de alcance total, denominadas en ocasiones como amnistías generales, al término de las hostilidades armadas. Queda muy claro que la expresión «procurarán conceder» es distinta de «concederán», al igual que «la amnistía más amplia posible» es una expresión distinta de la «am-

nistía total» o «amnistía general». Esta disposición está redactada pensando que deben existir algunos límites a la concesión de amnistías, es decir que no todos los comportamientos realizados durante un conflicto armado de carácter interno son susceptibles de ser perdonados o amnistados.

Esta interpretación está corroborada por el propio Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). En sus comentarios a esta disposición, el CICR señaló: «el objeto de este apartado es alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido». La expresión «alentar un gesto de reconciliación» es distinta de tener que dar obligatoriamente una amnistía a los principales responsables de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario al final de un conflicto armado no internacional.

3. *Las normas consuetudinarias del Derecho internacional humanitario*

Existe un sector doctrinal importante que considera que las amnistías «totales» o «generales» están prohibidas en el Derecho internacional contemporáneo, ya sea en virtud de normas consuetudinarias internacionales, ya sea por el carácter de *ius cogens* internacional de las normas que establecen los crímenes internacionales. No obstante, me parece conveniente destacar el gran papel que ha desempeñado el CICR a la hora de pronunciarse sistemáticamente y con gran precisión sobre la concesión de amnistías cuando ha analizado las normas consuetudinarias del Derecho internacional humanitario. El CICR ha tratado este problema principalmente al examinar dos normas consuetudinarias que forman parte del Derecho internacional humanitario y que analizo a continuación.

3.1. *La obligación de investigar y procesar a los presuntos responsables de crímenes internacionales o de violaciones graves de los derechos humanos*

El CICR realizó una primera mención a las amnistías en el comentario de la norma consuetudinaria identificada con el número 158, que afirma lo siguiente:

Norma 158. Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados.

Al comentar esta norma consuetudinaria, el CICR recordó que los cuatro convenios de Ginebra de 1949 exigen a los Estados que busquen a las personas que presuntamente hayan cometido, u ordenado cometer infracciones graves y que a los presuntos responsables los procesen o extraditen. La obligación de investigar y procesar a las personas que presuntamente hayan cometido crímenes conforme al Derecho internacional figura igualmente en varios tratados internacionales que se aplican a los actos cometidos tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales.

La norma consuetudinaria que establece que los Estados deben investigar los crímenes de guerra y procesar a los presuntos culpables se expresa en numerosos manuales militares nacionales con respecto a las infracciones graves de los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales. La mayoría de los Estados cumplen en la práctica la obligación de investigar los crímenes de guerra y de procesar a los presuntos responsables, estableciendo para ello la jurisdicción universal para esta clase de crímenes en su legislación nacional.

La creación, desde la última década del siglo pasado, de diversos tribunales penales, internacionales o internacionalizados ha contribuido a la consolidación de esta norma consuetudinaria internacional. Los Estados

pueden también respetar su obligación de investigar la comisión de crímenes internacionales y, en su caso, enjuiciar a los presuntos responsables mediante la creación de tribunales penales internacionales o internacionalizados. El Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU) estableció los tribunales internacionales penales para la antigua Yugoslavia (TIPY) y Ruanda (TIPR). El Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) y las salas especiales de los tribunales de Camboya para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática se establecieron mediante la celebración de un tratado internacional entre la ONU y Sierra Leona y Camboya, respectivamente. La Corte Penal Internacional (CPI) es el primer tribunal internacional de carácter penal que se estableció mediante la celebración de un tratado internacional, el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, que tiene jurisdicción para juzgar todos los crímenes internacionales, sin estar vinculado a una situación concreta de conflicto. Todos estos tribunales penales, internacionales o internacionalizados han demostrado ya, y lo siguen haciendo, que son medidas jurídicas apropiadas para luchar contra la impunidad de los máximos responsables de cometer crímenes internacionales allí donde la jurisdicción nacional no ha sido capaz de llegar. De hecho, el TESL, en su Decisión (acumulada) de la Sala de Apelaciones de 13 marzo 2004, párr. 88, afirmó que las amnistías concedidas por un Estado tenían un efecto muy limitado, ya que:

Cualesquiera que sean los efectos que la amnistía concedida en Lomé pueda tener sobre el enjuiciamiento de crímenes como los contenidos en los artículos 2 a 4 [del Estatuto del TESL, es decir, los crímenes internacionales] en los tribunales nacionales de Sierra Leona, esa amnistía no es capaz de remover la jurisdicción universal para juzgar a personas por esos crímenes que otros Estados tengan debido a la naturaleza de tales crímenes. Tampoco es capaz de privar de jurisdicción a un tribunal internacional, como lo es el TESL.

Una práctica similar también han seguido, en la ONU, el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, la Secretaría General, la Comisión de Derechos Humanos o el Consejo de Derechos Humanos, entre otros.

3.2. *La recomendación de conceder una amnistía amplia al cese de las hostilidades en un conflicto armado no internacional, salvo a las personas que hayan cometido crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos*

La práctica de los Estados también establece esta regla como una norma consuetudinaria del Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales. De hecho, el CICR la ha identificado como la norma consuetudinaria del Derecho internacional humanitario número 159 y la ha formulado del siguiente modo:

Norma 159. Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello.

3.2.1. *La recomendación de conceder amnistías*

La obligación de las autoridades en el poder de esforzarse por conceder la amnistía más amplia posible tras el cese de las hostilidades en un conflicto armado no internacional se establece en el Protocolo Adicional II. Desde su aprobación, muchos Estados han proclamado o concedido amnistías a personas que han participado en los conflictos armados no internacionales mediante un tratado internacional específico, mediante diversos instrumentos normativos nacionales u otros actos unilaterales.

La ONU, a través de su Consejo de Seguridad, ha fomentado la concesión de amnistías, por ejemplo, en relación con la lucha contra el *apartheid* en Sudáfrica y en los conflictos de Angola, Croacia y Sierra Leona. De manera similar, también la Asamblea General ha aprobado resoluciones en las que alentaba la concesión de amnistías en relación con los conflictos de Afganistán y Kosovo. Para reafirmar el carácter universal de esta norma consuetudinaria conviene señalar que las resoluciones

aprobadas por la ONU guardaban relación con Estados que no eran Estados parte en el Protocolo Adicional II (Sudáfrica, que no ratificó el Protocolo hasta 1995, Afganistán, Angola y Sudán), y que no todos los países que votaron a favor de estas resoluciones eran Estados parte en el Protocolo Adicional II. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU también ha promovido la adopción de leyes de amnistía, habiendo aprobado resoluciones en las que «pid[ió] a la República Srpska y a la Federación de Bosnia y Herzegovina que aprueben leyes de amnistía» y «acogi[ó] con satisfacción el anuncio hecho el 23 de agosto de 1995 por el Gobierno de Sudán de una amnistía nacional y de la puesta en libertad de presos políticos».

Las resoluciones aprobadas por la ONU promueven la concesión de amnistías o la aprobación de las amnistías concedidas lo más amplias posibles. Ello significa que las autoridades estatales no están obligadas en absoluto a conceder una amnistía al final de las hostilidades en el contexto de un conflicto armado no internacional, sino que lo que se le pide es que lo consideren detenidamente y se esfuercen por concederlas.

3.2.2. *La prohibición de conceder amnistías a las personas que hayan cometido crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos*

El carácter exhortatorio de esta norma consuetudinaria del Derecho internacional humanitario tiene una excepción o límite importante. Cuando se aprobó el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo Adicional II, la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas declaró, en su explicación de voto, que no podía interpretarse esta disposición en el sentido de permitir a los criminales de guerra u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad la posibilidad de eludir un castigo severo. El CICR ha afirmado que también coincide con esta interpretación. En una declaración formulada en 1995, el CICR manifestó que teniendo en cuenta los trabajos preparatorios y su contexto, el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II no podía invocarse en favor de la impunidad de los

criminales de guerra, dado que esta disposición solo se aplicaba al procesamiento por la mera participación en las hostilidades. En una carta de 1997, el director de la División Jurídica del CICR afirmó:

Los trabajos preparatorios del artículo 6 (5) [PA II] indican que esta disposición pretende fomentar la amnistía, es decir, una especie de liberación al final de las hostilidades. No pretende una amnistía para quienes hayan violado el Derecho internacional humanitario [...] De todos modos, los Estados no aceptaron ninguna norma del Protocolo II que les obligara a criminalizar sus violaciones [...] A la inversa, tampoco se puede afirmar que el Derecho internacional humanitario excluya absolutamente cualquier amnistía que incluya a las personas que hayan cometido violaciones del Derecho internacional humanitario, mientras no se vacíe de contenido el principio de que quienes hayan cometido infracciones graves deben ser procesados o extraditados.

Estas amnistías serían, además, incompatibles con la norma consuetudinaria del Derecho internacional humanitario, comentada anteriormente, que obliga a los Estados a investigar y, en su caso, enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos.

La mayoría de las amnistías proclamadas o concedidas excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a los sospechosos de haber cometido u ordenado cometer crímenes de guerra u otros crímenes específicamente delimitados en el Derecho internacional, así como violaciones graves de los derechos humanos.

También los tribunales nacionales confirman esta aseveración. En el asunto Videla, en su Sentencia del 26/09/1994, la Corte de Apelaciones de Santiago (Chile) sostuvo que los delitos que estaba examinando constituían infracciones graves de los convenios de Ginebra que no admitían amnistías y añadió que la concesión de amnistías no es la manera apropiada de extinguir la responsabilidad criminal de quienes violan los derechos humanos y las leyes de la guerra. En el asunto Mengistu y otros, en 1995, en el que se juzgaba al coronel Mengistu Haile Mariam y a otros

antiguos miembros del Derg acusados de haber cometido genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra durante el anterior régimen político en Etiopía entre los años 1974 y 1991, el fiscal especial de Etiopía declaró que era «una costumbre y una creencia bien establecidas que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de amnistía». La Sentencia de la Audiencia Nacional española de 15/11/1998, en el asunto Pinochet, afirmó que el Decreto-Ley chileno 2.191 de 1978 de amnistía general no excluye el ejercicio de la jurisdicción universal de los tribunales penales españoles. En el asunto Cavallo, el juez federal de Argentina, en una decisión del 02/05/2001, confirmó que no caben las amnistías con respecto a las violaciones graves de los derechos humanos y a los crímenes de lesa humanidad. En esta decisión, el juez federal argentino anuló dos leyes de 1987 que habían amnistiado a cientos de oficiales militares por las violaciones de los derechos humanos cometidas durante los años 1976 a 1983 de la dictadura. El juez declaró que estas leyes de amnistía no respetaban las obligaciones del Estado argentino conforme al Derecho internacional de investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos y de los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en el asunto Azapo en 1996, relativo a la legalidad del establecimiento de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica interpretó que el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo Adicional II contenía una excepción a la norma absoluta que prohíbe una amnistía en relación con los crímenes de lesa humanidad. No obstante, cabe señalar que la labor de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica no contempló la concesión de amnistías generales ya que, conforme al artículo 3.1 de la ley sudafricana de reconciliación y promoción de la unidad nacional de 26/07/1995, tenía la obligación de divulgar todos los hechos pertinentes. En la sentencia del Tribunal Constitucional colombiano del 18/05/2006, en el asunto C-370/06, el pleno del alto tribunal consideró que las amnistías no son posibles respecto de los crímenes contra la humanidad y respecto de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. El 02/03/2007, la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú afirmó en el asunto Santiago Enri-

que Martín Rivas que las amnistías no son posibles cuando contraríen obligaciones internacionales dimanantes de tratados de derechos humanos y en casos de crímenes contra la humanidad, etc. La misma práctica han seguido los órganos de las Naciones Unidas y los tribunales regionales de derechos humanos.

Autor: Valentín Bou Franch

*(Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Valencia, España)*

ORCID Id.: <https://orcid.org/0000-0002-4046-6337>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BOU FRANCH, Valentín. «Los límites jurídicos a la concesión de amnistías». En *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, vol. 29, pp. 314-343; BOU, Valentin. «The existence of limits to the granting of amnesties for serious human right violations. The American contribution to the formation and consecration of customary international norms». En *Confluências. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, 2021, vol. 23/2, pp. 15-35; HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (directores). *El Derecho internacional humanitario consuetudinario, vol. 1: Normas*, CICR. Ginebra: CICR, 2007, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/publication/pcustom.htm>

ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES

El *Diccionario de la lengua española* (DLE) remite directamente al verbo *armonizar*, el cual se define como ‘poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin’. Aplicada al marco de la Unión Europea, podría entenderse que *unas cosas con otras* son los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, mientras que la *correspondiente proporción* consistiría, si bien no en eliminar, al menos sí en limar o difuminar las diferencias existentes en los sistemas jurídicos nacionales.

En lo que al Derecho penal sustantivo se refiere, la armonización se reconoce en el artículo 83 TFUE. En apartado 1º se indica que el Parlamento Europeo y el Consejo tienen la potestad para establecer, a través de directivas adoptadas conforme al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza.

Asimismo, este precepto fija expresa y claramente qué materias van a ser susceptibles de ser armonizadas vía directiva: terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada.

Estos nueve ámbitos delictivos pueden ampliarse si el Consejo por unanimidad y el PE así lo deciden. Dicha ampliación tendrá que fundamentarse bien en la aparición de nuevas formas graves de criminalidad, bien en la dimensión transfronteriza de la delincuencia.

1. Requisitos

El hecho de que la UE tenga competencias para armonizar en materia penal no significa que estas sean ilimitadas. El artículo 83.1 TFUE alude a la necesidad de que los delitos objeto de armonización revistan un carácter especialmente grave, por un lado, y que tengan una dimensión transfronteriza. Esta dimensión transnacional de la criminalidad se deduce, indica también el precepto, a partir de la naturaleza o repercusiones de dichas infracciones o de la necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Se trata de una condición de eficacia muy vinculada al principio de subsidiariedad del artículo 5.3 TUE: si el Derecho y las autoridades nacionales son suficientes para hacer frente al problema, entonces no será necesaria ninguna acción a nivel europeo.

El carácter y repercusión de la infracción guarda relación con los conflictos de jurisdicción que ocasionan las conductas delictivas que tienen como *locus delicti* distintos países, de tal forma que es muy difícil fijar qué Estado se encuentra en una posición más adecuada para proceder al enjuiciamiento. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del blanqueo de capitales, el tráfico de seres humanos, de drogas o armas. El tercer indicador, necesidad particular de combartilas según criterios comunes, está relacionada con la mejora de la cooperación judicial en materia penal o evitar el *forum shopping*, es decir que los delincuentes elijan para la realización de sus actividades aquel Estado cuyo ordenamiento jurídico sea más beneficioso.

Se ha criticado que dichos criterios no sirvan en realidad para delimitar la competencia, sino todo lo contrario. Y es que no resulta muy complicado detectar aspectos transnacionales en la gran mayoría de actividades comunitarias por tres razones. La primera, porque la abolición de las fronteras interiores en la UE junto a la globalización de los mercados y de las comunicaciones ha facilitado el tráfico ilícito de la criminalidad organizada, no así la actividad de investigación y enjuiciamiento en el marco de la Unión. Ante esta situación predominan los grupos criminales que operan en una pluralidad de Estados, siendo precisamente ese carácter transnacional lo que lleva a catalogar prácticamente *ipso facto* que cualquier medida preventivo-represiva a escala nacional está condenada al fracaso. La segunda, porque la libre circulación de bienes en Europa (alimentos, medicamentos, productos industriales, etc.) incorpora también ese rasgo de transnacionalidad, pues los daños causados por productos defectuosos y nocivos se manifiestan igualmente en Estados distintos a los que el bien ha sido producido.

2. *Concepto de norma mínima*

Otra cuestión relevante es la intensidad de la armonización, es decir, qué debe entenderse por *norma mínima*. Una lectura de las decisiones marco y nuevas directivas revela que tanto la norma de conducta como la de

sanción son cada vez más detalladas. No solo se establecen tipos básicos, sino también agravados y privilegiados. Respecto a las sanciones, no hay duda de que la UE puede obligar a los EEMM tanto a establecer una determinada pena (prisión, multa, etc.) como un determinado umbral. A este respecto, debe resaltarse que desde Maastrich o incluso antes se ha pasado de una armonización de mínimos en la que se dejaba en manos del legislador nacional el tipo de sanción penal a imponer, a una armonización más incisiva que oscila entre la fijación de un límite mínimo de la sanción máxima (por ejemplo, «sanción máxima de al menos cuatro años» o «sanción máxima entre al menos 1 y 3 años») a una armonización que obligaría a un castigo mínimo del límite mínimo de la pena (por ejemplo, «sanción mínima de al menos 2 años»). Así aparecía esta posibilidad en el Propuesta de Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. Sin embargo, las reacciones por parte de aquellos Estados que no reconocen los límites mínimos de pena (por ejemplo, los Países Bajos), llevó a descartar este tipo de armonización.

Lo que se ha excluido del concepto de norma mínima por la doctrina y, en la práctica, así ha ocurrido también a nivel normativo, es la armonización de los institutos de la Parte General. Es cierto que las directivas penales obligan a castigar la tentativa, la inducción y la complicidad, pero nunca se han atrevido a definir qué ha de entenderse por tentativa, inducción o complicidad. En el mismo sentido, las antiguas decisiones marco y actuales directivas podrían obligar a los EEMM a castigar un comportamiento a título doloso o imprudente, pero nunca podrían definir los elementos subjetivos de la infracción. No obstante, y aunque no está clara su catalogación como una cuestión de Parte General material, se ha procedido recientemente a armonizar los plazos de prescripción para garantizar una investigación y enjuiciamiento eficaz del fraude que afecte a los intereses financieros de la UE (artículo 12 de la Directiva 2017/1371/UE del PE y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal).

El concepto de *norma mínima* también implica que los EEMM deben criminalizar mínimamente el comportamiento descrito en la directiva, si bien pueden ir más allá y castigar otros comportamientos distintos a los previstos en la directiva y/o castigarlos con penas más elevadas. En consecuencia, el hecho de que puedan ir más allá implica que los EEMM sean más represivos. Se observa incluso cómo los Estados utilizan la directiva para justificar reformas penales más represivas de lo que realmente les obliga la norma europea. Son ejemplificativas las reformas españolas en materia de trata de seres humanos en las que el exceso punitivo en las penas se imputó a la norma europea cuando en realidad la decisión marco no obligaba a la introducción de penas de prisión tan elevadas.

3. *La armonización accesorio (artículo 83.2 TFUE)*

Junto a la base competencial básica de la armonización penal anteriormente comentada, el apartado 2º del artículo 83 TFUE reconoce la denominada competencia accesorio ya que se ha de recurrir a ella cuando sea necesario garantizar la ejecución eficaz de una política comunitaria en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización. En realidad, esta disposición no es sino el reconocimiento positivo de la jurisprudencia del TJUE vertida en *Comisión vs. Consejo (2005)* (STJUE, de 13 de junio de 2005, Asunto C-176/03) e interpretada más restrictivamente en 2007 (STJUE, de 23 de octubre de 2006, C-440/05, asunto *Comisión c. Consejo*), cuando la materia penal todavía se regía por las reglas del Tercer Pilar y la directiva no era el instrumento jurídico utilizado para armonizar el Derecho penal.

A diferencia de la competencia autónoma que lleva a la adopción de directivas penales siempre a través del procedimiento legislativo ordinario garantizándose así una participación equitativa entre el PE y el Consejo, una directiva penal adoptada conforme al artículo 83.2 TFUE no tiene por qué seguir dicho procedimiento. En efecto, el precepto indica que estas directivas «se adoptarán con arreglo a un procedimiento legis-

lativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión» (énfasis añadido). Así, por ejemplo, si se trata de armonizar el Derecho penal en materia medioambiental, el procedimiento legislativo para la adopción de la directiva penal podrá ser el ordinario o especial en función del procedimiento que se haya seguido previamente para armonizar el ámbito correspondiente (artículos 191 y 192 TFUE). No seguir el procedimiento legislativo ordinario plantea problemas de legitimación democrática al vetar la participación del PE como colegislador.

Por otro lado, el precepto establece dos condiciones. La primera es que se trate de garantizar la eficacia de una política en un *ámbito previamente armonizado*. La doctrina discute la intensidad de dicha armonización previa: si basta con una mínima armonización o si, por el contrario, es necesaria una armonización más severa, lo cual irá más en consonancia con el principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Esta postura, además, vincula con el segundo requisito que establece el precepto: las medidas de armonización penal han de ser *indispensables* para la eficacia de una política comunitaria. Se trata así de una competencia meramente funcional.

Otra de las cuestiones que se han discutido es si el recurso a la competencia anexa requiere también el cumplimiento de los requisitos previstos para la armonización autónoma, esto es, que se trate de un ámbito delictivo de especial gravedad y que tenga una dimensión transfronteriza. Quizás se trate más de una discusión teórica más que práctica, pues aunque no aparezcan expresamente estas condiciones, el principio de subsidiariedad (artículo 5.3 TUE) es de aplicación. La Comisión al presentar sus propuestas normativas y valorar que se cumple dicho principio ha tenido en cuenta precisamente —desde antes incluso del Tratado de Lisboa— los criterios de gravedad y transnacionalidad.

Otra duda que arroja la competencia anexa es si cabe armonizar por esta vía la Parte General del Derecho penal. *A priori*, sería posible si se demuestra que la armonización de la tentativa, inducción, instigación y

complicidad es necesaria para garantizar la ejecución eficaz del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (política de la Unión) en un ámbito (cualquier de los mencionados en el artículo 83.1 TFUE) previamente armonizado (vía directiva). No obstante, la doctrina se muestra muy reacia a admitir una armonización de la Parte General. Alegan que sería una interpretación muy amplia del precepto e inaceptable.

Hasta la fecha solo se han adoptado dos directivas utilizando la competencia accesorio. La primera fue la Directiva 2014/57/UE del PE y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado. Esta norma obliga a los EEMM a castigar penalmente la comunicación ilícita de información privilegiada y determinadas conductas de manipulación del mercado (por ejemplo, la difusión de información falsa). La segunda norma adoptada fue la Directiva 2017/1371/UE del PE y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

*Autora: Marta Muñoz de Morales Romero
(Profesora titular de Derecho Penal,
Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Universidad de Castilla-La Mancha)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ASP, P. «The Substantive Criminal Law Competence of the EU». En *Skrifter Utgivna Av Juridiska Fakulteten Vid Stockholms Universitet*, 2016, n.º 79, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2728241); HECKER, B. *Europäisches Strafrecht*. Ed. Springer, 2015; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*. Thomson-Reuters, 2011; PEERS, S. *EU Justice and Home Affairs Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011; SATZGER H. *International and European Criminal Law*. Beck, 2018; VOGEL, J. «Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83,

86 und 325 AEUV». En AMBOS, K. (ed.): *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*. Göttingen, 2011.

ASISTENCIA CONSULAR

Conforme al *Diccionario panhispánico del español jurídico*, asistencia consular es un:

Conjunto de funciones ejercidas por el cónsul del Estado acreditante, conforme al Derecho internacional, en favor de sus connacionales que se encuentren en dificultades en el Estado receptor, prestándoles auxilio material y ayuda administrativa y judicial.

Asistencia y protección consular son términos cercanos, aunque responden a funciones diferentes, por lo que remitimos al examen también del término «protección consular».

La asistencia a los nacionales en el extranjero es una de las funciones clásicas y primigenias de la institución consular. La esencia misma de la institución consular es, a diferencia de la diplomática centrada en las relaciones Estado a Estado, la atención de los ciudadanos nacionales o extranjeros en el exterior. La regulación de la asistencia consular se encuentra fundamentalmente en normas internacionales convencionales, sean estas universales o regionales (1). La regulación nacional del alcance y condiciones específicas que la asistencia consular comprende es piedra angular para definir su naturaleza (2). Finalmente, la jurisprudencia internacional en relación con la asistencia consular es de relevancia progresiva en el mundo contemporáneo y, especialmente, en relación con la asistencia a personas detenidas en el extranjero en el marco de procesos penales que comportan posibles sanciones muy graves, como la pena de muerte (3).

1. Origen histórico

La institución consular «tiene desde sus orígenes un carácter permanente, precede en buen número de siglos a la aparición de la diplomacia permanente, siendo así la primera institución estable en el exterior» (VILARIÑO PINTOS, 2018, p. 83). No obstante, las múltiples manifestaciones históricas de la institución consular en la Antigüedad y en la Edad Media, la concepción moderna de la misma como órgano del Estado que se establece, para actuar en su nombre, no solo directamente ante los connacionales, sino también para su asistencia y protección ante las autoridades locales de residencia se desarrolla entre los siglos XIV y XV.

2. Regulación jurídica

Aunque por su antigüedad pudiera pensarse que la institución consular ha estado tradicionalmente regulada por normas consuetudinarias, la realidad ha sido siempre el predominio de las normas convencionales, básicamente bilaterales. Los primeros intentos de codificación proceden del ámbito privado: Bluntschli (1868), Field (1876) o Fiore (1890) recogieron en sus respectivas codificaciones artículos consagrados a la institución consular. Con posterioridad, tanto el Instituto de Derecho Internacional (1888-1896 y, nuevamente en 1927), como el Instituto Americano de Derecho Internacional (1925), la Asociación de Derecho Internacional (1926 y 1928) o la Harvard Law School (1928), desarrollaron aspectos codificadores del Derecho consular. A partir de estos trabajos comenzaron los intentos codificadores intergubernamentales. Los primeros esfuerzos de este tipo se produjeron en ámbitos regionales como el latinoamericano, en el que se aprobó el 18 de julio de 1911 la Convención de Caracas, firmada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Posteriormente, la Comisión Interamericana de Juristas, en su reunión de Río de Janeiro de 1927, preparó un proyecto de tratado de 26 artículos. Mucho más completo que el anterior, sirvió de base a la Sexta Comisión panamericana para elaborar una convención de 25 artículos en su reunión de La Habana de 1928. Firmado el tratado el 20 de

febrero de 1928 por todos los países americanos, en diciembre de 1932 había sido ratificado por Brasil, Colombia, República Dominicana, México, Nicaragua, Panamá y Estados Unidos de América.

En el ámbito universal, en 1926 el Comité de Expertos para la codificación progresiva del Derecho internacional lo incluyó en una primera lista de siete temas apropiados para su codificación aprobada por la Sociedad de las Naciones. Sin embargo, no llegó a realizarse conferencia al respecto. Así, el tema del régimen consular —incluida la cuestión de las funciones de asistencia consular— constituyó una de las catorce materias cuya codificación constituyó la agenda inicial de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en 1949, bajo el título de «relaciones e inmunidades consulares». El estudio del tema no comenzó hasta 1955, con Zourek como relator especial. Tras tres informes, el segundo de los cuales contenía un proyecto de artículos provisional, el texto fue adoptado por la Comisión en 1961. La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su Resolución 1685 (XVI) decidió convocar una Conferencia en Viena que debía comenzar en marzo de 1963. Los trabajos de la conferencia terminaron el 22 de abril de 1963: dos días después, el 24 de abril, se adoptó por unanimidad la Convención de Viena de Relaciones Consulares (Doc. Of. A/Conf. 25/16, Add. 1, vol. II, pp. 179-192), compuesta por 73 artículos y dos Protocolos facultativos, así como tres resoluciones. La mayor parte de la doctrina ha afirmado que este tratado «en razón de su formación y origen de las normas del Derecho consular, tiene más de desarrollo progresivo que de codificación estricta». En la actualidad (enero de 2023), este convenio tiene 182 Estados parte.

2.1. *La regulación universal*

Actualmente y en el ámbito de los convenios multilaterales universales, la asistencia consular se encuentra recogida como una de las funciones propias de la oficina consular en el artículo 5.e) de la Convención de

Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261), que establece:

Las funciones consulares consistirán en:

[...]

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas.

Se trata de una función de carácter asistencial y prestacional, cuyos destinatarios son los nacionales del Estado. De manera instrumental, la asistencia consular queda facilitada por las prerrogativas de comunicación con los nacionales conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Convención. Conforme a este artículo:

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

[...]

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

Igualmente, las autoridades consulares gozan para el ejercicio de la asistencia consular de otras prerrogativas generalmente establecidas en la Convención, como el derecho de comunicación con las autoridades competentes regulado en el artículo 38 de la misma.

Los funcionarios consulares podrán dirigirse en el ejercicio de sus funciones:

- a) a las autoridades locales competentes de su circunscripción consular;
- b) a las autoridades centrales competentes del Estado receptor, siempre que sea posible y en la medida que lo permitan sus leyes, reglamentos y usos y los acuerdos internacionales correspondientes.

Dentro de la función general de asistencia consular, cobra especial relieve en relación con la temática de esta obra, la asistencia que puede prestarse a los nacionales que son objeto de cualquier forma de detención, arresto o prisión preventiva en el extranjero. De un lado, conviene subrayar que de los trabajos preparatorios de la Convención queda claro que los términos de la asistencia establecida son para toda forma de detención, incluidas las no penales, como los internamientos en centros psiquiátricos o los internamientos en centros de extranjeros.

De otro lado, la regulación precisa de la asistencia consular a detenidos fue objeto de negociación hasta el último día de la conferencia, con varias posibles redacciones, adoptándose al final la redacción actual del artículo 36.1.b y c, que sigue:

- b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;
- c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía

que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando este se oponga expresamente a ello.

Este artículo establece una estructura de derechos interrelacionados del Estado que envía y del nacional detenido, en el que la prestación de la asistencia consular (letra c) está condicionada a la solicitud del mismo (letra b) y a su no oposición posterior (letra c in fine). El sistema se basa en la obligación del Estado receptor de informar al detenido de su derecho a contactar con las autoridades consulares. Por tanto, conforme a la Convención de Viena de 1963, la asistencia consular en casos de detención en el extranjero es una función del Estado, pero un derecho del nacional. La función no puede ser ejercida en contra de la voluntad del individuo beneficiario.

2.2. *La regulación regional y bilateral*

En el ámbito regional del Consejo de Europa, el 11 de diciembre de 1967 se adoptó en París el Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares. A fecha actual (enero de 2023), cuenta tan solo con 5 Estados parte: Georgia, Grecia, Noruega, Portugal y España (BOE n.º 84, de 8 de abril de 2011), para los que entró en vigor el 9 de junio de 2011. Este Convenio diseña un modelo diferente en relación con la asistencia consular en caso de detención.

El artículo 4 del Convenio establece la asistencia consular como un derecho del funcionario consular, y no como un derecho del nacional, a diferencia de la Convención universal de 1963. En concreto,

Para la protección de los derechos e intereses de los nacionales del Estado que envía, los funcionarios consulares tendrán el derecho:

a) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, a establecer contacto con dichos nacionales, comunicarse y entrevistarse con ellos y aconsejarles;

- b) a informarse acerca de cualquier incidente que afecte a los intereses de dichos nacionales;
- c) a prestarles asistencia en sus relaciones con las autoridades administrativas mencionadas en el artículo 3;
- d) a prestarles ayuda, cuando las leyes y reglamentos del Estado que recibe no se opongan a ello, en los procedimientos en que intervengan, ante las autoridades judiciales mencionadas en el artículo 3;
- e) a asegurarles, si a ello hubiere lugar, la asistencia de un hombre de leyes;
- f) a proponer un intérprete para que preste asistencia a sus nacionales ante las autoridades a que se refiere el artículo 3 o, con el consentimiento de dichas autoridades, a actuar en calidad de intérprete por cuenta de dichos nacionales.

No obstante, el Convenio permite la formulación de reservas a ciertas disposiciones y, en concreto, permite según el anexo I.1:

no reconocer la obligación de informar a los funcionarios consulares prevista en el párrafo 1 del artículo 6 si el interesado, después de haberse informado sin demora de sus derechos, no lo solicita; y no permitir el ejercicio del derecho de visita a que se refieren los párrafos 2 y 3 del artículo 6 a menos que el interesado no se oponga a ello.

Hasta el presente, tan solo España ha depositado una reserva en tal sentido en el momento de la ratificación. Los demás Estados parte tienen, por tanto, obligaciones potencialmente conflictivas según apliquen el Convenio universal o el regional a la asistencia a los detenidos.

Este mismo modelo de «notificación consular obligatoria» de la detención, con independencia de la voluntad del individuo, se recoge en variados convenios bilaterales celebrados por algunos Estados (véase, por ejemplo, 8 CFR (Code of Federal Regulations) de los Estados Unidos

de América, 236.1.e), que incluye una lista de tratados concluidos por este país y que prevén la notificación obligatoria).

En cambio, en la Unión Europea (en adelante, UE) se ha regulado la asistencia consular en el marco del denominado paquete de garantías procesales comunes aplicables en procesos penales y a la llamada orden de detención y entrega (FAGGIANI). Así, considera como derecho individual, derivado del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales que reconoce las garantías del debido proceso, tanto el derecho a ser informado de la posible asistencia consular (Directiva 2012/13 del Parlamento y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, DO L 142, de 01/06/2012) como el derecho a la asistencia consular (Directiva 2013/48) del Parlamento y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad). Más allá de una función estatal-consular, se reconoce como un derecho individual y fundamental en el marco del proceso penal.

2.4. La regulación nacional

Configurada la asistencia consular en las normas internacionales citadas como una función estatal o un derecho del Estado a prestar la misma, depende de cada ordenamiento nacional la precisa regulación de qué comprende dicha asistencia: acceso a letrado, beneficio de justicia gratuita, intérprete, contacto con los familiares. Igualmente depende del Derecho interno la configuración de la asistencia como un derecho del particular exigible incluso judicialmente o como una prestación graciosa de la Administración del Estado.

En el caso español, la regulación ha sido tradicionalmente muy fragmentaria. Puede citarse, por ejemplo, Orden AUC/456/2019, de 11 de abril,

por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a instituciones asistenciales que prestan ayuda y asistencia a los detenidos españoles que cumplen condena en las prisiones extranjeras (*BOE* n.º 94, de 19 de abril de 2019), adoptada sobre la base de la ya derogada Orden AEX/1059/2002, de 25 de abril, de bases reguladoras de las ayudas de protección y asistencia consulares en el extranjero, actualizada por medio de Orden AEC /3119/2005, de 26 de septiembre (*BOE* n.º 242, de 10 de octubre de 2005). Asimismo, puede hacerse referencia a la Orden Circular 3/2003, de 15 de julio, sobre españoles detenidos y presos en el extranjero, que, junto con la Instrucción de Servicio que la desarrolla, establece que al menos una vez cada seis meses se deberá visitar a los detenidos.

Sin embargo, a partir de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior (*BOE* n.º 299, de 15 de diciembre de 2006), su artículo 5, se ha establecido la obligación de los poderes públicos de crear las medidas necesarias: «para que las Oficinas Consulares [...] cuenten con los medios personales, materiales y técnicos precisos para prestar la debida asistencia, protección y asesoramiento a la ciudadanía española en el exterior», prestando especial atención a «aquellos que se encuentren en situaciones de necesidad y a los privados de libertad, fundamentalmente a los condenados a la pena capital o cadena perpetua, así como a la ciudadanía española que haya sido víctima de delitos de lesa humanidad en procesos de represión política». En particular, establece la obligación de determinar «los supuestos en que la ciudadanía española residente en el exterior que carezca de recursos económicos podrá acceder a la asistencia jurídica gratuita cuando este beneficio no exista en el país de residencia».

El primer desarrollo reglamentario fue la prestación por necesidad, configurándola como un derecho individual (Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, *BOE* n.º 21, de 24 de enero de 2008). Muy recientemente, se ha adoptado Orden

AUC/154/2022, de 21 de febrero, por la que se regulan las ayudas de protección y asistencia consulares en el extranjero (BOE n.º 56 de 7 de marzo de 2022), y que deroga la ya citada Orden AEC /3119/2005.

En el ámbito europeo, en 2010 se llevó a cabo un estudio en relación con los Estados miembros de la UE. Dicho estudio señaló la dispar situación de los Estados, unos con regulación precisa y otros sin ninguna (CARE Project Report, Consular and Diplomatic Protection Legal Framework in the EU Member States, December 2010). Dicho estudio no ha sido actualizado con posterioridad. Sin embargo, tras la regulación mediante directivas citadas en el apartado 2.3, se hubieran debido incluir cambios normativos a nivel nacional para la transposición de las Directivas citadas, aunque no parece existir aún un panorama claro en relación con la naturaleza del «derecho a la asistencia» ni su contenido. En todo caso, la normativa española no distingue claramente la asistencia y protección consular (*vid.* este otro vocablo).

3. Otros documentos y jurisprudencia

La asistencia consular, en especial, la asistencia consular a los detenidos en el extranjero ha sido objeto de atención de un número significativo de casos contenciosos, tanto ante la CIJ como desde el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, en tanto que se empieza a considerar como una garantía procesal y, por tanto, como un derecho del individuo, más allá de su consideración de potestad o derecho del Estado.

La CIJ —y antes que ella la CPJI— se ha ocupado de cuestiones consulares en varios casos desde la perspectiva del contencioso interestatal. Con relación a la asistencia consular a detenidos, en concreto, ha conocido de los casos *Breard* (Paraguay c Estados Unidos, aunque Paraguay retiró la demanda en 1998, tras la ejecución del Sr. Breard), *Lagrand* (Alemania c Estados Unidos, sentencia de 27 de junio de 2001), *Avena* y otros (México c. Estados Unidos, sentencia de 31 de marzo de 2004),

Jadhav (India c. Pakistán, sentencia de 17 de julio de 2019). En esta larga serie de casos la CIJ ha desarrollado la teoría de interrelación entre los derechos individuales y estatales recogidos por el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, así como la necesidad de recursos de revisión y reconsideración de las sentencias y condenas dictadas en vulneración del citado artículo.

De otro lado, y desde la perspectiva de los derechos humanos, la asistencia consular ha sido recogida en documentos de diverso valor jurídico: la Declaración de los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que vive (A/Res. 40/144, de 13 de diciembre de 1985, artículo 10); el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (A/RES/437173, de 9 de diciembre de 1988, principio 16); y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (adoptada mediante A/RES/45/158, de 18 de diciembre de 1990, artículo 16). El Comité de Derechos Humanos ha incluido el derecho individual a la asistencia consular en su Observación General 35 (2014, CCPR/C/GC/35), sobre el derecho a la libertad y seguridad de las personas y en su Observación General 36 (2018, CCPR/C/GC/36). sobre el derecho a la vida. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Resolución 2005/59, de 20 de abril de 2005, sobre la pena capital, instó a los Estados a:

observar las salvaguardias para garantizar a protección de los derechos de los condenados a muerte y cumplir plenamente sus obligaciones internacionales, en particular las contraídas en virtud del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y especialmente el derecho a recibir información sobre la asistencia consular en el contexto de un procedimiento jurídicos, según afirma la Corte Internacional de Justicia y se confirma en las sentencias recientes pertinentes.

El actual Consejo de Derechos Humanos ha dado ya un paso más al adoptar la Resolución 48/9, de 8 de octubre de 2021, adoptada por 29

votos a favor, incluidos Estados Unidos, España y Alemania; y 12 en contra (A/HRC/RES/48/9). En ella recuerda a los Estados la obligación de cumplir con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de tal manera que la pena de muerte impuesta a extranjeros sin haber respetado las obligaciones de notificación consular, base de la asistencia consular que puede prestar el Estado si el detenido así lo requiere, probablemente vulnera el derecho a la vida (dispositivo séptimo).

La Corte Interamericana se ha ocupado de la asistencia consular como garantía procesal en el marco de la imposición de pena de muerte en una opinión consultiva solicitada por México (antes de plantear la demanda ante la CIJ por el caso Avena y otros), la OC-16, de 1 de octubre de 1999, relativa al «derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal». Su planteamiento —relacionando el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (garantías del proceso)— ha sido luego recogido en diversos casos contentiosos: *Acosta Calderón vs. Ecuador* (2005), *Bueno Alves vs. Argentina* (2007), *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007) y *Vélez Lóor vs. Panamá* (2010), al menos. El 6 de junio de 2021, la Comisión Interamericana ha presentado una demanda ante la Corte en el caso *Thomas Scot Cochran vs. Costa Rica*. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la información sobre la asistencia consular de Thomas Scot Cochran, nacional de Estados Unidos, en el marco del proceso penal seguido en su contra. De las varias violaciones de derechos alegadas por el demandante ante la Comisión, esta solo consideró vulnerado el derecho a la información sobre la asistencia consular con relación a los artículos 7.4 (información requerida en caso de detención) y 8.2 (derechos del acusado en el proceso penal) de la Convención Americana y de las obligaciones del Estado en virtud del artículo 1.1.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, se ha ocupado de manera incidental de la asistencia consular en relación con diversos derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida y garantías del juicio justo (*Öcalan vs. Turquía*, 2005); la prohibición de la tortura (*Azzolina y otros vs. Italia*, 2017); el derecho a la libertad y seguridad (*El Masri vs. antigua República Yugoslava de Macedonia*, 2012; *Kim vs. Rusia*, 2014); o el derecho a la vida privada y de familia (*Lebois vs. Bulgaria*, 2017).

Estos desarrollos normativos —*soft* y *hard law*— y jurisprudenciales —universales y regionales— confirman una avanzada e innegable interrelación entre la función consular de asistencia a cargo del Estado y los derechos individuales (fundamentales) de los nacionales.

Autora: Eulalia W. Petit de Gabriel

*(Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Sevilla)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AHMAD, Mohammed Ali. *L'institution consulaire et le droit international*. París, L.G.D.J., 1973; FAGGIANI, Valentina. *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal: técnicas de armonización*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017; MARESCA, Adolfo. *Relazioni consolari*. Madrid: Aguilar, 1974; NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús. *La función consular en el Derecho español*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 1980; PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. «Los “derechos consulares” de los extranjeros detenidos: ¿nuevas cartas en la baraja de los derechos fundamentales?». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2017, n.º 33; PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. «Intertwining Consular and Human Rights Law: a European Contribution to the Humanisation of International Law». En *Espaço Jurídico Journal of Law*, 2021, vol. 22, n.º 1; TORROBA SACRISTÁN, José. *Derecho consular: guía práctica de los consulados de España*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993; VILARIÑO PINTOS, Eduardo. *Curso de Derecho diplomático y consular*. Madrid: Tecnos, sexta

edición, 2018; YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho diplomático y consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Colección Escuela Diplomática, 2015.

ASISTENCIA LETRADA

1. Concepto y naturaleza de la asistencia letrada

La asistencia letrada es la garantía constitucional que hace efectivo el derecho a la defensa en juicio y al debido proceso legal. En el ámbito del Derecho internacional público, se encuentra contemplada en diversos textos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo artículo 14 reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a «disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección», así como el derecho a «defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo». En términos muy similares, se pronuncia el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6.3 apartados b) y c), insertando el derecho a la defensa letrada como contenido mínimo del más amplio derecho a un proceso equitativo.

Este derecho fundamental se materializa en el asesoramiento y asistencia a la persona detenida o investigada por parte de un abogado en las diligencias policiales y judiciales, profesional que ha de velar por que el encausado sea adecuadamente informado de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten, sin que en ningún caso puedan producirse situaciones de indefensión. En este sentido, la asistencia letrada

constituye un derecho fundamental según expresión constitucional o un derecho público subjetivo (JELLINEK).

Ahora bien, la asistencia letrada no constituye únicamente una garantía para el encausado, sino que se erige asimismo en auténtica garantía del correcto desarrollo del juicio (GIMENO SENDRA) y, por lo tanto, cumple la función de actuar como mecanismo de autoprotección del sistema procesal penal (MORENO CATENA).

No hay auténtico proceso sin derecho de defensa, ya que como correlato de la imputación o de la acusación dirigida frente a la parte pasiva del proceso penal, esta ha de poder defenderse, repeliendo el ataque de la contraparte. Esa dualidad de partes y los esenciales principios de contradicción e igualdad de armas son esenciales al proceso. Además, dado el carácter técnico del proceso, para que el derecho de defensa sea real y efectivo es preciso que sea un técnico en la materia quien asista al encausado en su estrategia defensiva. De ahí la importancia de la asistencia letrada, esto es, de la asistencia técnico-jurídica por parte de un profesional del Derecho, que conozca tanto el ordenamiento jurídico material y procesal, como la práctica forense.

2. La asistencia letrada en la normativa supranacional y europea

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) no prevé de forma autónoma el derecho a la asistencia letrada, aunque este se entiende incorporado en el derecho a un juicio justo previsto en el artículo 11.1 del citado texto, según el cual «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

El CEDH (1950), por su parte, reconoce el derecho de asistencia letrada o defensa técnica como parte del contenido del derecho a un proceso equitativo, consistente en el derecho del acusado a ser asistido por un

defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan (artículo 6.3 c) CEDH). En una línea similar, el PIDCP (1966) recoge el derecho de toda persona acusada a ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo (artículo 14.3 d) PIDCP).

Por su parte, la Unión Europea, a través de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad* vino establecer un contenido mínimo respecto del derecho de asistencia letrada que todos los Estados miembros de la Unión Europea han de respetar.

De acuerdo con la norma europea, los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva (artículo 3.1 Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013). Esto implica que el derecho de asistencia letrada deberá de ser reconocido a todo sospechoso o acusado en un proceso penal desde el momento en que se le comunique su condición de sospechoso, y con independencia de si se encuentra o no privado de libertad. Además, el derecho se aplica hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si el sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso (artículo 2 Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013). El referido ámbito de aplicación del derecho resulta criticable en tanto que

deja fuera la intervención del abogado en la fase de ejecución de la sentencia y hasta el total cumplimiento de la pena.

3. Asistencia letrada como garantía del derecho a un proceso justo

La asistencia letrada es parte esencial y nuclear del más amplio derecho a la defensa, el cual incluye dos facetas bien diferenciadas. La primera es la autodefensa, integrada por las posibilidades de actuación del propio investigado o acusado para oponerse a la acusación formulada frente a él (por ej. a través del ejercicio del derecho a no declarar, a través de sus declaraciones o del ejercicio del derecho a la última palabra). La segunda faceta, que es la que aquí interesa, es la asistencia letrada o defensa técnica, que implica el ejercicio del derecho fundamental a la defensa a través de la asistencia de un defensor con conocimientos jurídicos, es decir, a través de un abogado.

El derecho de asistencia letrada encuentra su razón de ser en el carácter técnico del Derecho y del proceso judicial, así como en la necesidad de igualar las posibilidades de ataque y defensa de la contienda procesal. En este sentido, la asistencia letrada del encausado es garantía del principio de igualdad de armas. Y es que, de no reconocerse esta garantía al encausado, incluso gratuitamente en los casos en que no pueda satisfacer los honorarios del letrado, tal denegación supondría, en la mayor parte de los casos, un grave desequilibrio entre la posición del encausado, lego en Derecho y sin experiencia forense, frente a la posición del Ministerio Fiscal, encargado del ejercicio de la acusación pública, que es técnico especialista en Derecho.

La vinculación de la defensa letrada con el principio de igualdad de armas y el hecho de que sea condición indispensable para la efectividad del derecho de defensa, junto con la dimensión pública de este derecho, justifican que, en la mayor parte de los procesos penales, la defensa técnica sea irrenunciable para el encausado. Y por las mismas razones, se considera que el derecho de asistencia de abogado constituye un presu-

puesto indispensable del proceso penal, lo que conduce a una verdadera obligación de los poderes públicos que han de velar por su efectividad (*vid.* entre otras muchas, STEDH de 9 de octubre de 1979 y SSTC 37/1988, de 3 de marzo y 54/1990, de 26 de marzo). En este sentido, la presencia del defensor en el proceso satisface el interés público general de asegurar el *due process of law*, que se cumple solo si la contradicción es efectiva y la igualdad de armas es real (Denti).

4. *Contenido del derecho de asistencia letrada*

La defensa letrada consiste básicamente en el derecho del encausado, desde el momento en que es detenido o desde que se le atribuye un hecho punible, de nombrar un abogado de su confianza para que le asista y le asesore en el proceso; así como en el derecho de que se le nombre un abogado de oficio, incluso gratuitamente, para el caso de que no pueda satisfacer los honorarios de un abogado de confianza libremente designado por el interesado.

Pero este derecho no se satisface únicamente con el nombramiento de un letrado, sino que el derecho exige una asistencia efectiva. En este sentido, el abogado designado deberá ejercer su función de asistencia, por medio del consejo y la defensa de los derechos de su cliente, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia (cfr. artículo 1.1 Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.)

Precisamente, para garantizar la efectividad de la asistencia letrada, los poderes públicos tienen la obligación de informar a los sospechosos o acusados de tal derecho, de forma puntual, clara y comprensible. Por lo tanto, toda persona sospechosa de haber cometido un delito, y por supuesto el detenido, deberá de ser inmediatamente informada de su derecho a designar letrado, del procedimiento para solicitar la designación

de abogado de oficio, así como del contenido concreto del derecho de asistencia letrada.

De acuerdo con el artículo 3.3 de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, el derecho a la asistencia letrada implicará, cuando menos, lo siguiente: a) derecho del sospechoso o acusado a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales; b) derecho del sospechoso o acusado a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen; c) derecho a que el letrado esté presente, al menos, en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, siempre que la normativa nacional exija o permita la presencia del sospechoso o acusado en las mismas: rueda de reconocimiento, careo y reconstrucción de hechos.

Téngase en cuenta que, en circunstancias excepcionales (por ej. ante la necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o ante la necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal), algunos de los referidos derechos pueden ser temporalmente limitados o suspendidos (artículo 3.6 de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013). Así, concurriendo las referidas circunstancias, sería posible, por ejemplo, impedir al encausado designar abogado de confianza, debiendo, en tal caso, designársele un abogado de oficio.

*Autora: Ana María Neira Pena
(Profesora contratada de Derecho Procesal,
Universidade da Coruña)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DENTI, Vittorio. «La difesa come diritto e come garanzia». En Grevi, Vittorio (coordinador). *Il pro-*

blema dell'autodifesa nel processo penale, Bolonia: Zanichelli, 1977; FERREIRO BAAMONDE, X. «Tema 7. El investigado. Presencia y ausencia del investigado: la rebeldía. El responsbale civil, Representación y defensa de las partes: persona física y persona jurídica. Defensa de oficio y beneficio de justicia gratuita». En PÉREZ-CRUZ Martín, A. J. (coordinador) *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del Derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981; JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milán: Società Editrice Libreria, 1912; MORENO CATENA, Víctor. *La defensa en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 1982.

AUT DEDERE AUT JUDICARE

La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) puede definirse como la cláusula procesal en virtud de la cual un Estado que encuentre en su territorio a un presunto delincuente, se ve en la obligación de optar por una de las siguientes alternativas: o bien lo extradita a otro Estado que tenga jurisdicción para conocer del delito en cuestión, o bien abre un procedimiento penal con la finalidad de que sus tribunales investiguen y enjuicien los hechos.

Si bien se trata de una definición exhaustiva, requiere algunas matizaciones: por un lado, conviene tener presente que la obligación de extraditar o juzgar, tanto históricamente como en la actualidad, se aplica solo en el ámbito de los más graves crímenes internacionales. Por otro lado, es preciso subrayar que la presencia del sospechoso en el territorio del Estado representa una condición necesaria para su activación.

1. Historia

El origen de esta cláusula puede retrotraerse a 1625 y ya desde su primera versión formulada por el jurista holandés Hugo Grocio, se concibe como circunscrita a los más graves crímenes internacionales: «Mas, no

soliendo permitir las ciudades que otra ciudad armada penetre en su territorio a título de exigir una pena, ni convenga esto, síguese que la ciudad en la cual mora el que es convicto de culpa debe hacer una de las dos cosas, o castigar, requerida ella, al delincuente, según su mérito, o permitir que se le castigue al arbitrio del interpelante; esto último es entregar, lo cual frecuentísimamente ocurre en las historias» (Grocio, 1925 [1625]: 160).

El *aut dedere aut judicare*, en su versión moderna y por tanto reconocedora de la presunción de inocencia, volvió a estar de actualidad tras la Segunda Guerra Mundial a través de su inclusión en numerosos tratados internacionales como instrumento para luchar contra la impunidad en el ámbito de los más graves crímenes internacionales (Convenios de Ginebra de 1949, Convenio sobre el Tráfico de Personas, 1950, Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, entre otros).

A la luz de las significativas variaciones entre las fórmulas utilizadas en los distintos instrumentos convencionales, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), a través de un Relator Especial y un Grupo de Trabajo que, entre 2005 y 2014, examinó la naturaleza jurídica de la cláusula, ha clasificado las posibles relaciones entre las dos partículas que componen la cláusula (extradición y enjuiciamiento) en dos grupos: 1) cláusulas que imponen la obligación de juzgar cuando el presunto delincuente se halle en el territorio del Estado, de la que puede eximirse concediendo la extradición; y 2) cláusulas en virtud de las cuales la obligación de juzgar se activa solamente después de denegar la entrega del presunto delincuente tras una solicitud de extradición.

2. *Fundamento*

La razón de ser de esta cláusula es doble: por un lado, su correcta aplicación es una garantía de seguridad jurídica, un modo de asegurar el respeto de los derechos de procesado encauzando cualquier indicio de

grave crimen internacional hacia un proceso judicial llevado a cabo por un tribunal competente con todas las garantías inherentes al mismo. Por otro lado, la finalidad principal de esta obligación alternativa es evitar que las más graves violaciones de derechos humanos queden impunes.

2.1. *Garantía de seguridad jurídica*

Se parte del presupuesto de que los derechos de un sospechoso o acusado solo pueden garantizarse si los hechos que se le imputan son examinados por parte de un tribunal competente que respete y aplique el Derecho internacional de los derechos humanos, y por tanto los derechos de seguridad jurídica. Esta exigencia jurídica se entiende aplicable tanto al proceso judicial como al proceso de extradición. En este sentido, es preciso aludir a los cuatro riesgos principales que resultan de la exposición a procedimientos de entrega no oficiales, cuyos efectos negativos se podrían evitar aplicando de manera efectiva *el aut dedere aut judicare*.

2.2. *Herramienta contra la impunidad*

El hecho de que la cláusula objeto de análisis sea aplicable exclusivamente a los más graves crímenes internacionales agrava el riesgo de impunidad debido a que es frecuente que sus responsables pertenezcan a la clase política del Estado y que, por lo tanto, tengan acceso a un nivel de poder que les permita eludir la aplicación de la ley. En este sentido, en el ámbito del Derecho penal internacional, las leyes de amnistía y la inmunidad de jurisdicción (véase la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo c. Bélgica) representan dos obstáculos importantes a la hora de erradicar la impunidad para los más graves crímenes internacionales.

3. *Relación con la jurisdicción de la Corte Penal Internacional*

La relevancia de la cláusula *aut dedere aut judicare* en el ámbito de los más graves crímenes internacionales resulta aún más evidente a la luz del alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. En primer lugar, es preciso subrayar que la jurisdicción de este órgano está basada en el principio de complementariedad (artículos 17.1., 18 y 20 del Estatuto de Roma), por lo que ejercerá su jurisdicción solo cuando los tribunales nacionales competentes no puedan o no quieran conocer del asunto. A ello hay que añadir las limitaciones inherentes a la naturaleza convencional del Estatuto de Roma, a la limitación temporal de su jurisdicción (solo sobre delitos cometidos después del 2002), la cuestionada independencia de este órgano como consecuencia del poder que tiene el Consejo de Seguridad para iniciar y suspender procesos ante la Corte (artículos 13.b y 16 del Estatuto de Roma) y las dificultades prácticas para actuar ante un Tribunal Internacional situado normalmente muy lejos del lugar de los hechos.

4. *Naturaleza jurídica*

La eficacia de la obligación de extraditar o juzgar, en tanto que herramienta procesal de lucha contra la impunidad, requiere determinar si la misma ha cristalizado como derecho consuetudinario o si se trata de una obligación puramente convencional y vinculante solo para los Estados parte en los instrumentos que la recogen (entre ellos, a modo de ejemplo, cabe citar los Convenios de Ginebra de 1949 reguladores de los crímenes de guerra y su Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, la Convención contra la Tortura de 1984 o la Convención para la Protección contra Desapariciones Forzadas del 2006).

En este sentido, es preciso subrayar que la CDI ha rechazado pronunciarse sobre este aspecto, notándose que en el borrador de artículos que

componen el resultado final de su investigación, no se alude a la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar.

A nivel doctrinal, el *aut dedere aut judicare* ha sido abordado de manera general por algunos autores (Bassioni, Wise o Mitchell), pero no se han identificado trabajos concluyentes sobre la naturaleza jurídica de la referida cláusula procesal.

En este sentido, la tesis doctoral de la que escribe estas líneas ha llegado a la conclusión de que, con relación al crimen de lesa humanidad, se puede afirmar que la obligación de extraditar o juzgar ha cristalizado como derecho consuetudinario. A tal fin se ha llevado a cabo un análisis exhaustivo y sistemático de las siguientes fuentes: las resoluciones de la Asamblea General, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, las manifestaciones de los Estados en contextos internacionales, la legislación doméstica y la jurisprudencia nacional.

En este estado de cosas, y a la luz de la tendencia generalizada hacia la revocación del principio de jurisdicción universal incluso en las jurisdicciones que más han abogado por la importancia de este principio como mecanismo de lucha contra la impunidad (Bélgica, España), quizás sea oportuno reflexionar sobre las palabras de Gómez Benítez que sostiene que «el Derecho internacional desarrolló el principio *aut dedere aut judicare* como expresión razonable de la jurisdicción universal».

*Autora: Marta Sosa Navarro
(Profesora de Derecho Internacional,
Universidad degli Studi di Milano-Bicocca)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BASSIOUNI, Cherif y WISE, Edward. *Aut dedere aut judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht; 1995; MITCHELL, Claire. *Aut Dedere aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, 2009, disponible en <http://books.openedition.org/iheid/24>;

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. «Complementariedad de la Corte Penal Internacional y Jurisdicción Universal de los Tribunales Nacionales». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2006, vol. 27, n.º 82, pp. 35-62; SADAT, Leila. «Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law». En *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, n.º 37, pp. 309-342; SCHARF, Michael. «Aut dedere aut judicare». En *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2011, disponible en <http://www.mpepil.com>; SOSA NAVARRO, Marta. *Aut dedere aut judicare: crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria», 2016; COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Informe final del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar («aut dedere aut judicare»)*. 66.º periodo de sesiones, 5 de junio 2014, Doc. A/CN.4/L.844.

AUTORIDAD CENTRAL

Una autoridad central es una institución oficial técnica designada por un Estado para servir de punto de contacto y canal de transmisión con otros Estados para implementar un tratado de cooperación jurídica internacional o que contenga disposiciones sobre mecanismos de cooperación jurídica internacional. Típicamente, una autoridad central recibe solicitudes de asistencia jurídica internacional emanadas de una autoridad judicial o fiscal extranjera, examina el cumplimiento de sus recaudos formales y las remite a una autoridad judicial o fiscal doméstica para su cumplimiento. Desde esta perspectiva, los requerimientos comúnmente se denominan solicitudes de asistencia jurídica internacional pasivas. En el circuito inverso, es decir, en las solicitudes de asistencia jurídica internacional activas, la autoridad central suele ser también la encargada de remitir a otras autoridades centrales las solicitudes de asistencia jurídica internacional emanadas de las autoridades judiciales o fiscales de su propio Estado. Además, existen convenios que prevén roles aún más activos para las autoridades centrales, incluso delegando en ellas la ejecución misma de la asistencia jurídica requerida.

1. De la tradicional vía diplomática a la autoridad central

El Derecho internacional general prescribe que toda comunicación entre dos Estados debe realizarse exclusivamente por canales diplomáticos. Es decir, las comunicaciones referentes a cualquier asunto oficial deben efectuarse, en principio, entre la misión diplomática del Estado acreditante y el Ministerio de Relaciones Exteriores (o su equivalente) del Estado receptor. Se trata de una cuestión lógica: se supone que los canales diplomáticos son los más apropiados para llevar adelante cualquier asunto que involucre ambos Estados, pues los funcionarios diplomáticos están embebidos del conocimiento del vínculo bilateral y de asuntos de política exterior.

Esta tradicional regla consuetudinaria fue recogida por la Convención de La Habana sobre Funcionarios Diplomáticos de 1928, en su artículo 13:

Los funcionarios diplomáticos deberán dirigirse en sus comunicaciones oficiales al Ministro de Relaciones Exteriores o Secretario de Estado del país ante el cual estén acreditados. Las comunicaciones a las demás autoridades se harán también por medio de dicho Ministro o Secretario.

Y luego también por la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas de 1961, en su artículo 42, párr. 1: «Todos los asuntos oficiales de que la misión esté encargada por el Estado acreditante han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor por conducto de él, o con el Ministerio que se haya convenido».

Sin embargo, tal como se desprende del texto antecitado, esta regla no es absoluta. Es decir que los Estados pueden convenir llevar adelante sus asuntos oficiales por otras vías en casos en que puedan aprovecharse canales más técnicos, informales y eficientes para la comunicación. La Autoridad Central se plantea, precisamente, como una importante excepción a la regla general cementada en el artículo 42.1 de la Convención de Viena.

Tradicionalmente, toda solicitud de asistencia jurídica internacional, instrumentada como exhorto, comisión rogatoria o carta rogatoria (expresiones sinónimas), tramitaba por la vía diplomática o consular. Es decir, luego de ser librada por una autoridad judicial, era transmitida al Ministerio de Relaciones Exteriores local para ser enviada mediante correo diplomático a su misión diplomática u oficina consular en el Estado requerido que, a su vez, la remitía al Ministerio de Relaciones Exteriores de ese Estado. Este ministerio debía procurar la radicación de la solicitud ante una autoridad judicial de su Estado para que, una vez cumplida la diligencia, el resultado vuelva por el mismo camino. En este sentido, el artículo 5, inciso j de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 dispone como función consular:

Comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor.

El primer antecedente de la Autoridad Central apareció en el Convenio de La Haya sobre Procedimiento Civil de 1896 (cuando aún requería la intervención consular), y fue proliferando y desarrollándose en décadas posteriores. Justamente, fue en otro instrumento de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado —el Convenio de 1965 sobre Notificación de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial— que el término «autoridad central» fue utilizado por primera vez y la figura cobró forma moderna. La vía de la autoridad central permite que una institución especializada concentre la recepción y transmisión de las solicitudes de asistencia jurídica internacional, suprimiendo etapas en el proceso. Hoy en día, centenares de tratados bilaterales, regionales (por ejemplo, en el ámbito europeo y el interamericano) y de alcance global (aquellos de la Conferencia de La Haya y de las Naciones Unidas) prevén el mecanismo de la autoridad central.

De todas maneras, es necesario poner de relieve que la tradicional vía diplomática no ha quedado en desuso. Es aún la forma prevalente de

transmisión de solicitudes de detención preventiva y extradición, y es la única forma de transmitir cualquier tipo de solicitud entre dos Estados que tramiten sus solicitudes a título de reciprocidad, es decir, sin estar vinculados por un tratado aplicable de cooperación jurídica internacional. Por otra parte, en el área penal tienen gran importancia los mecanismos de cooperación policial a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), cuyos efectos están sujetos a la legislación doméstica de cada Estado.

Por último, es necesario señalar que hay tratados de cooperación jurídica internacional que prevén la cooperación directa entre autoridades judiciales de distintos países, sin ningún tipo de intermediación. Dado que este tipo de cooperación requiere que las autoridades judiciales conozcan profundamente la organización y distribución material y territorial de los tribunales extranjeros, esta clase de arreglos son muy poco frecuentes, excepto en casos de localidades fronterizas contiguas (como en el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares de 1994) o espacios integrados (como en la Unión Europea).

2. Instituciones que pueden ejercer el rol de autoridad central

Los tratados en materia de cooperación jurídica internacional requieren que cada Estado designe una autoridad central al momento de ratificar o adherirse al instrumento, pero no suelen imponer ningún tipo de preferencia en cuanto a qué institución oficial puede ser designada autoridad central. El rol de la autoridad central suele ser desempeñado por el Ministerio de Justicia (o equivalente) del Estado o por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de manera que se concentren en una misma institución las solicitudes que vayan a tramitar por la vía de autoridad central y las que requieran de la vía diplomática.

Otros Estados optan por designar al tribunal supremo de su Poder Judicial o a determinados órganos fiscales de su Ministerio Público como autoridad central para algunos trámites. Estas elecciones suelen respon-

der a la distribución de competencias definida por la legislación interna del Estado. Algunos Estados optan por designaciones aún más exóticas, como órganos policiales. Notablemente, el gobierno de los Estados Unidos de América decidió delegar ciertas funciones de autoridad central en un contratista privado, en materia de notificaciones en causas civiles.

Por otra parte, no es poco frecuente que un Estado designe a diferentes instituciones como autoridades centrales para diferentes tratados de cooperación jurídica internacional, especialmente si los tratados versan sobre diferentes materias y/o diversas clases de medidas procesales. Esto no suele ser visto como una buena práctica por la doctrina especializada.

En los tratados multilaterales de cooperación jurídica internacional suele preverse que las partes designen a su autoridad central en ocasión del depósito de instrumento de ratificación o adhesión. Las partes pueden cambiar su autoridad central en cualquier momento, para lo cual solo tendrán que notificar dicha circunstancia al depositario, que circulará la noticia entre los demás contratantes. En los tratados bilaterales, puede utilizarse un mecanismo análogo, en que se disponga que las partes se comuniquen entre ellas por vía diplomática la designación o cambio de autoridad central. No obstante, en este tipo de tratados suele ser más habitual que las partes designen a sus autoridades centrales en el texto mismo del tratado. Este esquema tiene la desventaja de que, si alguna de las partes quisiera cambiar su autoridad central, deberían enmendar conjuntamente el tratado, salvo que este disponga algo distinto.

Es propicio señalar también que algunos tratados de cooperación jurídica internacional permiten que los Estados con regímenes federales y/o que cuenten con entidades territoriales dependientes designen autoridades descentralizadas que cumplan la función de recepción de solicitudes de asistencia jurídica internacional dirigidas a un área correspondiente a su jurisdicción. Esto se da, por ejemplo, en las convenciones de cooperación jurídica de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacio-

nal Privado. Nuevamente, la lógica detrás de este esquema es volver más eficiente a la cooperación y agilizar la tramitación de las solicitudes, de manera que estas puedan ser recibidas directamente por una autoridad local, más cercana al lugar de ejecución de la diligencia. La existencia de autoridades descentralizadas no es incompatible con la de una autoridad central; ambos sistemas pueden convivir.

3. Funciones de la autoridad central

Como se ha explicado *ut supra*, la función esencial de la autoridad central es concentrar la recepción de las solicitudes de asistencia jurídica internacional provenientes de autoridades extranjeras. Luego de recibir una solicitud, la autoridad central realiza un examen del instrumento, que normalmente se limita a cuestiones formales (el examen de aspectos sustantivos suele recaer en el órgano judicial), aunque podría incluir causales de denegación. Si encontrara defectos de forma que imposibilitaran su diligenciamiento, puede devolver la solicitud a la autoridad requirente y/o requerir información adicional. Caso contrario, remitirá el pedido, por la vía que corresponde, a la autoridad judicial local que resulte competente de acuerdo con su Derecho interno para ejecutar la diligencia. Una vez que la autoridad judicial comunique el resultado, la autoridad central deberá remitir las actuaciones a la autoridad requirente.

La autoridad central también cumple un rol importante en lo atinente a velar por el rápido y adecuado cumplimiento de la solicitud por parte de las autoridades competentes de su Estado, lo que incluye llevar registro y hacerles seguimiento, cursar solicitudes reiterativas y requerir informes de estado de trámite. Esta función puede estar prevista normativamente en el tratado aplicable (por ejemplo, en el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional), aunque es considerada una buena práctica universalmente esperada.

En lo relativo al egreso de solicitudes de asistencia jurídica internacional, la cuestión varía de acuerdo con el tratado aplicable y la legislación in-

terna. Algunos tratados prevén que las autoridades centrales solo pueden recibir solicitudes de asistencia jurídica internacional transmitidas a través de otras autoridades centrales, mientras que otros tratados permiten que las autoridades requirentes (o incluso los particulares interesados) giren sus solicitudes directamente a las autoridades centrales extranjeras. Típicamente, los países latinoamericanos prefieren concentrar tanto la entrada como la salida de solicitudes a través de sus autoridades centrales, mientras que los europeos optan por permitir que sus autoridades requirentes o los particulares remitan las solicitudes directamente.

Hasta hace pocos años, en ausencia de un arreglo específico, toda solicitud de asistencia jurídica internacional era tramitada en formato físico con firma manuscrita y remitida por medios postales (aunque desde hace décadas se practican comunicaciones y el adelanto de las solicitudes vía facsímil, correo electrónico o plataformas digitales como las de la Red Judicial Europea, Eurojust e IberRed). Sin embargo, a raíz del advenimiento de la pandemia de COVID-19 en el año 2020 y las medidas de confinamiento adoptadas en respuesta alrededor del mundo, se generalizó la práctica de que las solicitudes se transmitieran por medios electrónicos, aún a falta de acuerdos que prevean comunicaciones electrónicas entre Autoridades Centrales. La situación podría regularizarse, en el ámbito iberoamericano, con la entrada en vigor del Tratado relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales firmado en julio de 2019 en Medellín en el marco de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (Comjib). Este convenio se enmarca en los tratados de cooperación jurídica existentes para facilitar la transmisión electrónica de las solicitudes mediante una plataforma digital administrada por la Comjib llamada Iber@, para que las comunicaciones puedan darse formalmente en un entorno con garantías de seguridad y validez. Sin embargo, por el momento, solo ha cosechado tres ratificaciones.

En cuanto al contenido de la solicitud, podría tratarse de cualquier clase de diligencia, en materia civil y comercial, pero también penal. Las me-

didadas más sencillas consisten en meras notificaciones, solicitudes de informes o provisión de normativa extranjera, mientras que las medidas más complejas incluyen diligencias probatorias más dificultosas, como declaraciones testimoniales e indagatorias, absoluciones de posiciones, peritajes, tasaciones, inventarios, constataciones de hechos, e incluso allanamientos, interceptación de comunicaciones, vigilancia electrónica, conformación de equipos conjuntos de investigación o entregas controladas de estupefacientes. Niveles de cooperación más intensos permiten la ejecución de medidas cautelares tales como el embargo preventivo, la inhibición general de bienes o la fijación de alimentos provisorios, así como también la provisión de información espontánea en causas penales. Por último, la cooperación puede abarcar el reconocimiento y ejecución de sentencias civiles y, en materia penal, el decomiso de los bienes producto del delito y la detención preventiva y extradición de personas. Pese a que, habitualmente, la autoridad central es planteada como un intermediario pasivo entre las autoridades judiciales, muchas veces desempeña un rol crucial en el impulso de las actuaciones y en la coordinación interjurisdiccional, imprescindibles para el éxito de las diligencias.

Existen también algunas materias donde los instrumentos pertinentes prevén un rol predominantemente dinámico para la autoridad central en la ejecución de una diligencia. En este campo, se destacan la Convención de Nueva York sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero de 1956, el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, el Convenio de La Haya de 1993 sobre la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional y la Convención de La Haya de 1996 sobre la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Tratándose estos instrumentos de temas relacionados con el Derecho de familia, las autoridades centrales están dotadas de un abanico de facultades amplias para involucrarse más activamente en la pro-

visión de la asistencia requerida para dar mejor protección a los menores implicados.

También en la esfera penal existen regímenes donde la autoridad central tiene facultades que exceden lo reseñado anteriormente para casos típicos. Por ejemplo, en el Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados parte del Mercosur y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación del año 2010, se dispone un rol activo para las autoridades centrales en la coordinación de las autoridades competentes para la creación de equipos conjuntos de investigación.

Una importantísima función de la autoridad central, que no suele estar prevista normativamente, es la de asesoramiento a las autoridades judiciales y a los letrados de su jurisdicción y del extranjero. Debido a su rol altamente especializado, los funcionarios de la autoridad central conforman un «centro de conocimiento» de cooperación jurídica internacional, dado que suelen estar más familiarizados con aspectos técnicos del tópico que normalmente escapan a los magistrados y abogados no habituados a lidiar en su ejercicio profesional con casos que requieran de asistencia jurídica extranjera. Por lo tanto, los expertos de las autoridades centrales evacúan constantemente consultas acerca de diversas cuestiones relacionadas con los diferentes regímenes convencionales de cooperación jurídica internacional y orientan a los operadores jurídicos para la confección de las solicitudes.

Por último, las autoridades centrales también tienden a cumplir un valioso papel institucional. En tal sentido, los funcionarios de las autoridades centrales participan en foros internacionales, reuniones de expertos y grupos de trabajo con sus pares de otros países, negocian nuevos tratados en coordinación con los funcionarios diplomáticos, organizan capacitaciones y actividades de difusión y promueven reformas legislativas para armonizar la normativa local con los requerimientos de la cooperación jurídica internacional. Además, muchos tratados de cooperación suelen prever que, ante desacuerdos en su interpretación o aplicación,

las autoridades centrales celebren consultas entre sí antes de involucrar los mecanismos diplomáticos de resolución pacífica de controversias.

*Autores: Tomás Mariano Guisado Litterio
(Magíster en Relaciones Internacionales por la UBA - Argentina,
docente de Derecho Internacional Público de la UBA - Argentina)*

*Aldana Robr
(Magíster en Relaciones Internacionales por la UBA - Argentina,
profesora de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías de la
UBA - Argentina)*

*Las opiniones de los autores en esta contribución al Diccionario son a título personal
y no comprometen a organismo o institución alguna donde se desempeñan.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. «El papel de la “autoridad central”: los convenios de La Haya y España». En *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993, vol. 45, n.º 1, pp. 63-79; DENZA, Eileen. *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Oxford: Oxford University Press, 2016; FEUILLADE, Milton C. *Cooperación jurisdiccional internacional*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2011; NOODT TAQUELA, María B. *Relaciones entre tratados de Derecho internacional privado en materia de cooperación judicial internacional*. Buenos Aires: Eudeba, 2018; OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*. Viena: Naciones Unidas, 2012; SCOTTI, Luciana B. «Inciden-
cias de las nuevas tecnologías en el Derecho internacional privado». En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2020, Universidad Nacional de La Plata, año 17, n.º 50, pp. 409-441; TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. «Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del Mercosur». En *XXXIV Curso de Derecho Internacional (2007)*. Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2007, pp. 211-260.

B

BLANQUEO DE CAPITALES (LUCHA CONTRA)

La lucha contra el blanqueo de capitales se aborda en la escena internacional, sobre todo, en el marco de las distintas actividades que integran el crimen organizado o delincuencia organizada. En la práctica se utilizan de manera indistinta diversos términos a la hora de calificar el comportamiento que implica el blanqueo de capitales, a pesar de que cupiera hacer algunas precisiones al respecto y entre los que se podrían citar: blanqueo de dinero, lavado de dinero o lavado de activos. En todo caso, se puede sostener que, aunque el blanqueo de capitales tenga autonomía conceptual y normativa forma parte, sin duda, del conjunto de actividades que integran el crimen organizado. Esto significa que, por una parte, su análisis podría hacerse en relación con la figura delictiva de la delincuencia organizada; y que, por otra parte, el blanqueo de capitales gozaría de la suficiente autonomía para que pudiera recibir un tratamiento específico, tanto en términos doctrinales como de regulación jurídica. Con todo, se podría definir el blanqueo de capitales, en perspectiva de Derecho internacional y, en tal sentido, es probable que lo más acertado fuera acudir a la amplia definición que incorpora la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en Palermo en el 2000.

En el artículo 6 de la citada Convención, al abordar lo que se denomina «penalización del blanqueo del producto del delito», se establece textualmente en el párrafo 1 que:

Cada Estado parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su Derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

Una definición detallada que debe acompañarse con los postulados que se sostengan por los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados. En realidad, el Convenio de Palermo describe un conjunto de conductas que deben ser, sin embargo, tipificadas y explicitadas específicamente por estos ordenamientos.

De ahí, que no se pueda contar con una definición universal y generalmente aceptada del blanqueo de capitales en el Derecho internacional. No obstante, este ordenamiento proporciona los componentes esenciales que permiten catalogar y clasificar una determinada conducta dentro del delito del blanqueo de capitales. Es verdad que, en cualquier caso, habrá que acudir a lo que determinen, con mayor precisión, los ordenamientos jurídicos internos. En esencia, la descripción acordada en la Convención de Palermo es una base fundamental para conocer los aspectos que definen el delito de blanqueo de capitales en el Derecho internacional. Por esto no debe extrañar que la Convención de Naciones Unidas sobre la corrupción, adoptada en Mérida (México) en el 2003, reproduzca literalmente, en su artículo 23, lo que indica la Convención de Palermo. En definitiva, lo que aporta el Convenio de Palermo es la

definición más general que ha sido elaborada en relación con el blanqueo de capitales y que está destinada a facilitar la prevención y persecución de este delito en la esfera internacional. A pesar de todo, se podría realizar también una aproximación más general al blanqueo de capitales tal y como lo hace la UE en su glosario de síntesis en el que define esta figura delictiva, indicando simplemente que «el blanqueo de capitales es el proceso a través del cual los delincuentes encubren el origen ilícito de sus bienes o su renta».¹ Una definición o descripción de este tipo resulta bastante útil para comprender los elementos centrales que perfilan el blanqueo de capitales en la escena internacional.

Con este prisma, lo más relevante será el estudio de la regulación jurídica de la lucha contra el blanqueo de capitales que realiza en el orden internacional y, para ello, es conveniente centrar la atención en tres ámbitos jurídicos distintos, aunque puedan resultar complementarios. Se trataría de la labor que han realizado las Naciones Unidas para combatir el blanqueo de capitales y, en esta línea, el análisis de los acuerdos y otros instrumentos jurídicos que se han adoptado al respecto; las tareas de la Unión Europea (UE) en esta materia y que han tenido importantes plasmaciones normativas; y los avances que se han producido en la regulación para acabar con el blanqueo de capitales en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y que hayan tenido plasmaciones de carácter normativo. El análisis de estos tres «espacios jurídicos» es suficiente, desde luego, para conocer los aspectos prioritarios que definen, sistematizan y regulan la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales en el orden jurídico internacional.

1. El blanqueo de capitales en la normativa de Naciones Unidas

En el plano universal, se han adoptado distintos instrumentos jurídicos que están orientados a combatir el blanqueo de capitales. En tal sentido, existen normas tanto de carácter vinculante como recomendatorias. Sin

¹ UE: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/money_laundering.html?locale=es

embargo, no es posible hallar un texto jurídico vinculante que esté destinado exclusivamente a la lucha contra el blanqueo de capitales y que, por lo tanto, aborde normativamente esta cuestión con un carácter singular. Lo más sería recordar que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1998 una Declaración Política y un Plan de Acción en esta materia. En consecuencia, las normas y las indicaciones normativas que regulan el blanqueo de capitales en perspectiva internacional y en el plano universal se deben buscar en instrumentos jurídicos que se encargan de reglamentar otras cuestiones que están cercanas al blanqueo de capitales tanto en términos regulatorios como en relación con los tipos de delito que tienen un significado transnacional.

En particular, para descubrir la normativa general sobre el blanqueo de capitales habría que atender principalmente a lo siguiente: primero, a lo que establece la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, adoptada en 1988 en Viena, que únicamente se refiere al blanqueo de capitales de una manera indirecta o, en todo caso, este delito no es el objeto principal de la citada Convención; segundo, a lo que se dispone con más detalle en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En este caso, como se dice en la Resolución 55/25 de la Asamblea General del 2000, por la que se aprueba la citada Convención, esta «constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero [...]». Por ello, se define aquello que se entiende jurídicamente por blanqueo de capitales en el orden internacional y, asimismo, se anima a los Estados a calificar como delito en sus ordenamientos jurídicos internos los comportamientos que entren en la categoría de blanqueo de capitales según lo que determina y precisa esta Convención. Por último, a lo que estipula la citada Convención contra la Corrupción que aborda el blanqueo de capitales y llega a la conclusión de que existe una estrecha vinculación entre los delitos de corrupción y el blanqueo de dinero. Por lo que se determinan también medidas específicas que deben adoptar los Estados para combatir el

blanqueo de dinero y que, a la postre, es uno de los principales resultados que se derivan de los comportamientos de corrupción.

Más allá, se debería prestar una especial atención a las indicaciones que proceden del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que tiene como función esencial: «fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional».²

En este caso, merece la pena recordar que el GAFI adoptó, en 2012, cuarenta recomendaciones bajo el título «Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación» que han sido actualizadas en 2020. La lectura detenida de estas recomendaciones proporciona un panorama bastante completo del comportamiento que deben seguir los Estados de la comunidad internacional con el fin de prevenir, combatir y sancionar el blanqueo de capitales.

2. La lucha contra el blanqueo de capitales en la UE

Esta Organización ha guiado su comportamiento en la lucha contra el blanqueo de capitales tomando como base las reglas que han sido adoptadas por el GAFI. En cualquier caso, la UE dispone de normas específicas que pretenden combatir el blanqueo de capitales en el espacio europeo y que complementan y dan sustancia y contenido a lo que determina el citado grupo. En esta línea, cabe resaltar fundamentalmente las siguientes normas aprobadas por las instituciones comunitarias europeas: Por un lado, la Directiva (UE) 2018/843 que tiene como objetivo principal «luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, mediante la prevención de la utilización fraudulenta del sis-

² <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

tema financiero para estos fines» y que actualiza anteriores Directivas en esta materia.³ Por otro lado, se viene señalando la importancia que tiene en este campo la Directiva (UE) 2018/1673 en la que se tipifica «como delito el blanqueo de capitales cuando sea intencionado y con el conocimiento de que los bienes proceden de la actividad delictiva». Pero que, también, esta Directiva especifica cuáles son las infracciones penales que se cometen y cuáles son las sanciones que corresponden en relación con el blanqueo de capitales.⁴ En resumen, esta Directiva aborda de manera muy completa el fenómeno del blanqueo de capitales y dispone de reglas precisas que deben ser aplicadas por los Estados miembros de la UE.

Por lo demás, la UE continúa trabajando en la elaboración de normas y el establecimiento de políticas que tienden a prevenir y a erradicar el blanqueo de capitales. Así, cabría recordar particularmente que en 2020 la Comisión europea aprobó un plan de acción de la UE para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por lo que resulta innegable que esta organización internacional está decidida a acabar con las prácticas que impliquen delitos de este tipo y, asimismo, explicita las sanciones que corresponden en el caso de incumplimiento de las reglas comunitarias en el terreno de la lucha contra el blanqueo de capitales. En definitiva, como se ha dicho, «la UE está reforzando continuamente su lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo».⁵

3. La labor de la OEA en la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales

La Organización americana ha venido estableciendo un contexto político-normativo en el que se aborda la lucha contra el blanqueo de capitales que, en realidad, se entiende en el espacio americano como una

³ https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/money_laundering.html

⁴ https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/money_laundering.html

⁵ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/fight-against-terrorist-financing/>

expresión privilegiada y específica del crimen organizado. Por de pronto, la Declaración sobre Seguridad en las Américas, México, 2003, menciona esta práctica y la considera como una de las nuevas amenazas a la seguridad a las que se deben enfrentar los Estados de la región. Pero, lo más importante es que los Estados americanos estiman que «el lavado de activos erosiona la integridad, probidad y funcionamiento transparente de las instituciones financieras, públicas y privadas, y traspasa sus efectos nocivos hacia otros sectores de la sociedad» (OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003). En esencia, el blanqueo de capitales se concibe en las Américas como un comportamiento que, relacionado con otros delitos, amenaza a la seguridad hemisférica y que debe ser combatido por los Estados de la Organización regional por lo que estos deben acrecentar y robustece la cooperación en esta materia.

No es fácil encontrar, sin embargo, una normativa específica y singular sobre el lavado de activos para el conjunto de los Estados hemisféricos. Desde luego, existen referencias al lavado de activos cuando se aborda la erradicación de la delincuencia organizada y la lucha contra las drogas, por lo que habrá que examinar las distintas recomendaciones y planes de acción que la OEA ha venido aprobando en estos campos. Ahora bien, a través de la labor que desarrollan la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (Cicad) y el Departamento contra la Delincuencia Organizada (DDOT) se han elaborado algunas reglas o, al menos, orientaciones e indicaciones con significado normativo que están orientadas a proveer a los Estados de herramientas y mecanismos para combatir el lavado de activos y asegurar la cooperación internacional en este campo. Sin entrar en detalles, se debería recordar por lo menos: el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves, de 1992 que es un documento útil para la elaboración de reglas en los ordenamientos jurídicos internos o, como se ha dicho, «es una guía en forma de texto legal

para aquellos Estados que establecen o modifican normas jurídicas en materia de control de lavado de activos».⁶

Pero, también, se debe destacar la labor que desempeña el Grupo de Expertos denominado Gelavex que se constituye como un foro hemisférico que tiene como función principal recomendar las líneas de actuación que han de seguir los Estados de la región en la lucha contra el lavado de activos.

En resumen, aunque el lavado de activos preocupa en la región americana, los Estados de la región a través de la acción de la OEA y de otros foros regionales y subregionales se han limitado en la mayoría de los casos a seguir las pautas y reglas que se establecen, con carácter general, en la lucha contra el lavado de activos por parte de la comunidad internacional, es decir, se aceptan las indicaciones que se contienen en los acuerdos internacionales en esta materia. Pero, en todo caso, se ha abordado también, de manera un tanto específica, el fenómeno del lavado de activos en la región americana como sucedió en la Conferencia Ministerial de la Cumbre de las Américas relativa al lavado del dinero e instrumentos del delito, en la que se adoptó el denominado Plan de Acción de Buenos Aires sobre la prevención de la utilización del sistema bancario para fines de reciclaje de fondos derivados de actividades ilegales, en 1995. Eso sin contar con las alusiones que se han hecho en algunas de las Cumbres de las Américas al fenómeno del lavado de activos en el espacio hemisférico. Así se recogía una primera alusión en la Cumbre de Miami, de 1994, al recordar «los efectos nocivos que generan el crimen organizado y las drogas ilícitas sobre nuestras economías y valores éticos, y sobre la salud pública y la estructura social» por lo que los Estados americanos expresaron su convicción de unirse «en la lucha contra el consumo, la producción, el tráfico y la distribución de narcóticos, así como en contra del lavado de dinero y el tráfico ilícito de armas y de sustancias químicas precursoras». A tal efecto, se asumió el compromiso

⁶ http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/lavado_activos/default_spa.asp

en el Plan de Acción de convertir «en delito el lavado del producto de cualquier delito grave» y de promulgar «leyes que permitan el congelamiento y la incautación del producto de operaciones de lavado de dinero».⁷

Autora: Elena C. Díaz Galán
(Profesora contratada Doctor en Derecho Internacioal Publico,
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis doctoral dirigida por José Manuel Lorenzo Salgado, Universidade de Santiago de Compostela, 2001; AMBOS, Kai. «Internacionalización del Derecho penal: el ejemplo del lavado de dinero». En ABEL SOUTO, Miguel. y Sánchez Stewart, Nielson (coordinadores). *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Ponencias y conclusiones del congreso internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 181-205; JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas en un Derecho internacional global*. Granada: Albolote, Comares, 2015; JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. «Blanqueo de capitales y Derecho internacional». En *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, n.º 10, pp. 216-230.

⁷ Cumbre de las Américas: http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html

C

COMISIÓN ROGATORIA INTERNACIONAL

1. *¿Qué es una comisión rogatoria?*

La comisión rogatoria internacional (*letter rogatory* o *letter of request* en inglés; *commission rogatoire* en francés) es uno de los principales instrumentos procesales en el ámbito de la cooperación judicial internacional entre órganos judiciales de distintos países. Se trata de una solicitud de auxilio judicial que realiza un órgano judicial de un determinado país a las autoridades competentes extranjeras de otro país con el objetivo de obtener pruebas o información de otro país, ya sea sobre una persona física o jurídica en relación con el objeto de un determinado procedimiento judicial.

Y si los procedimientos de extradición y la ejecución de sentencias firmes en materia penal son los recursos de cooperación judicial por excelencia, las comisiones rogatorias internacionales conforman el denominado «auxilio judicial secundario» pero no por ello menos importante, fundamentalmente en encaminado a la obtención de información y documentación en el extranjero en el curso de una investigación penal.

Las comisiones rogatorias son especialmente utilizadas en procedimientos penales de cierta complejidad, con connotaciones transfronterizas, o con muchas partes involucradas, respecto de las que, o bien su residencia actual, o bien sus bienes, se encuentran en el extranjero. Este instrumento puede utilizarse entre Estados durante la fase de instrucción de un procedimiento judicial para coordinar entre diferentes órganos de emisión y de ejecución una diligencia probatoria.

Normalmente, la actividad jurisdiccional se desarrolla dentro del ámbito territorial y competencial de cada órgano jurisdiccional. No obstante, ante la imposibilidad de que un órgano judicial nacional lleve a cabo diligencias fuera del territorio del respectivo país, por falta de jurisdicción o competencia específica, medios o información, se recurre a la remisión de comisiones rogatorias a fin de solicitar auxilio judicial internacional. Así, la cooperación judicial internacional reviste especial trascendencia frente a las nuevas formas de delincuencia transfronteriza, cada vez más sofisticada y global.

2. *¿Cuáles son las principales funciones de las comisiones rogatorias?*

Entre las principales funciones de una comisión rogatoria encontramos las siguientes:

- Realizar actos de comunicación (*tales como la notificación y traslado de documentos procesales y resoluciones judiciales, citaciones, órdenes y requerimientos*).
- Aseguramiento de pruebas (*consiste en la petición del Estado requirente al Estado requerido para que ocupe y custodie cualquier elemento material o virtual, mueble o inmueble, que, estando en el extranjero, precise el primero para probar extremos referentes al proceso penal en curso*).
- Diligencias de investigación y probatorias (*pueden consistir en la práctica de declaraciones de investigados, testigos, requerimientos a autoridades competentes e instituciones a fin de obtener información, etc.*).
- Intercambios espontáneos de información.

No obstante, los recursos más comunes que se solicitan mediante comisiones rogatorias son la notificación y la obtención de pruebas.

En cuanto a la notificación de resoluciones judiciales (providencias, autos, sentencias), mediante la comisión rogatoria se logra no solo dar traslado físico de las mismas una vez traducidas al idioma del país al que se solicita el auxilio judicial, sino también trasladar citaciones, emplazamientos, requerimientos que quedan fuera del ámbito jurisdiccional del órgano requirente y para cuya realización este solicita que el Estado requerido actúe como intermediario y fedatario del acto de comunicación.

Estas comisiones rogatorias suelen ser menos complejas en su contenido, el cual básicamente se limita a dar los datos más importantes sobre el procedimiento y una breve descripción de la petición de auxilio realizada.

En cuanto a la actividad para la obtención de pruebas en el extranjero, las comisiones rogatorias a través de las cuales se canalizan estas peticiones suelen ser más complejas y, en general, requieren una mayor fundamentación y explicación del objeto del procedimiento y la razón por la que se solicita la diligencia concreta. Así, normalmente contendrán una descripción pormenorizada del objeto del procedimiento, la finalidad con la que se pretenden obtener las pruebas y la forma de hacerlo.

Las diligencias cuya práctica se solicita pueden consistir, por ejemplo, en responder a preguntas relevantes para la determinación de una cuestión de hecho, o para la divulgación de documentos, o simplemente para ser citado a acudir ante el tribunal competente. Los tribunales suelen tener la facultad de citar a los testigos solo desde la jurisdicción, a menos que cuenten con la ayuda de un órgano jurisdiccional extranjero, a cuyos efectos recurren a la emisión de una comisión rogatoria al órgano jurisdiccional del país en el que pretenden practicar la diligencia. A estos efectos es importante señalar que la diferencia fundamental entre la práctica de una diligencia de declaración de testigos y de una persona presuntamente responsable de los hechos penales investigados (imputados o acusados) es la exigencia contenida en la mayoría de los instru-

mentos internacionales de asegurar la presencia de un letrado defensor para el caso de recabar declaración de un investigado.

3. ¿Dónde se regulan las comisiones rogatorias?

En cuanto a la regulación positiva de las comisiones rogatorias, las peticiones de cooperación internacional se tramitan de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales (convenios internacionales, acuerdos bilaterales), las normas de la Unión Europea (en el caso de que los países involucrados sean Estados miembros de la Unión Europea) y las leyes nacionales de cada país involucrado que resulten de aplicación. De esta forma, habrá que acudir en primer lugar a la existencia de un convenio o tratado internacional.

En materia de peticiones de cooperación internacional tiene primordial importancia en el ámbito del Consejo de Europa el Convenio Europeo de Asistencia Penal hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 (Convenio Europeo de 1959). Es el instrumento básico para el desarrollo de la cooperación penal en Europa, complementado por otras normas de Derecho internacional. Ha sido firmado y ratificado por todos los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, además, por Israel, Chile y Corea.

El Convenio Europeo de 1959 se inspira en el principio de máxima cooperación entre los Estados que lo han ratificado al señalar en su artículo 1 que:

Las partes contratantes se comprometen a prestarse mutuamente, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio, la asistencia judicial más amplia posible en los procedimientos relativos a infracciones cuya represión, en el momento de pedir la asistencia, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente.

El Convenio establece con carácter general el sistema de comunicación y transmisión de solicitud de auxilio judicial vía autoridades centrales, en

concreto, del Ministerio de Justicia del Estado requirente al Ministerio de Justicia del Estado requerido, dejando así la vía diplomática relegada por los órganos centrales. Sin embargo, también prevé varios supuestos de transmisión de información y comunicación directa entre la autoridad judicial que solicita la asistencia judicial y aquella que ha de llevarla a la práctica, en casos de urgencia, para los supuestos de traslado de información sobre antecedentes penales, etc.

Aunque sea el referente en la materia en el ámbito geográfico europeo, este convenio no es el único de aplicación ya que sus disposiciones se ven complementadas por:

- El Protocolo al mismo, de 17 de marzo de 1978, que sigue siendo la norma de obligada referencia en lo relativo a asistencia judicial penal y la norma de base para los sucesivos instrumentos al respecto.
- El Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 29 de mayo de 2000.
- El Acuerdo de Aplicación del Convenio de Schengen (cuyo objetivo es facilitar la aplicación del Convenio Europeo de 1959 ampliando su ámbito de aplicación al incluir también a infracciones administrativas, a procedimientos de indemnización por medidas de instrucción o condenas injustificadas, a procedimientos de gracia, infracciones fiscales y aduaneras, entre otras).

Además, existen tratados específicos en función de la materia que complementan toda esta regulación. Así, en el ámbito de la Unión Europea existe una norma muy específica que regula el traslado de información sobre antecedentes penales, esto es, la Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros. Otros convenios de coopera-

ción judicial en materias específicas, entre muchos otros, son los siguientes:

- Convenio de la ONU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988.
- Convenio de Tokio, de 1963, sobre piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, completado por las de La Haya, de 1970, y Montreal, de 1971, sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil.
- Convenio de la ONU para la represión de la financiación del terrorismo de 9 de diciembre de 1999.
- Convenio de la ONU contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003.

4. *¿Cuál es el contenido mínimo de una comisión rogatoria?*

El artículo 6.1.1º del Convenio Europeo de 1959 prevé que las solicitudes de asistencia judicial se efectuarán por escrito, o por cualesquiera medios que puedan dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado miembro receptor establecer su autenticidad. Por otra parte, las solicitudes de asistencia judicial deberán contener las siguientes indicaciones: (i) autoridad que formula la solicitud; (ii) objeto y motivo de la solicitud; (iii) en la medida de lo posible, identidad y nacionalidad de la persona de que se trate; y, (iv) nombre y dirección del destinatario, cuando proceda.

5. *¿Cuáles son los supuestos en los que puede denegarse la ejecución de una comisión rogatoria?*

Por último, aun en el caso de que exista un instrumento internacional que regule la emisión de comisiones rogatorias, es habitual que cada Es-

tado, en el ejercicio de su soberanía nacional, regule a nivel nacional las causas por las que dicho Estado pueda negarse a cooperar con otro país.

En este sentido, el artículo 2 del Convenio Europeo de 1959 regula los supuestos en los que la asistencia judicial internacional podría ser denegada. Estos supuestos son los siguientes:

- a) si la solicitud se refiere a infracciones que la parte requerida considere como infracciones de carácter político, o infracciones relacionadas con infracciones de carácter político, o como infracciones fiscales;
- b) si la parte requerida estima que la ejecución de la solicitud podría causar perjuicio a la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales de su país.

En líneas generales, la regulación que las legislaciones nacionales suelen replicar o se aproximan bastante a estas causas de denegación, que suelen ser excepcionales. Algunos de los motivos más habituales de denegación de una solicitud de cooperación judicial internacional son: (i) cuando el objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público; (ii) cuando el proceso de que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción del Estado requerido; (iii) cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial requerida, en cuyo caso, se remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente; (iv) cuando la solicitud de cooperación internacional no reúna el contenido y requisitos mínimos exigidos por las leyes para su tramitación.

*Autor: Sonia Trendafilova
(Abogada, Clifford Chance LLP, Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PÉREZ GIL, Julio. «El Convenio de Asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?». En *La Ley*,

n.º 6208, sección «Doctrina», 11 de marzo de 2005, Ref. D-60; VELASCO NÚÑEZ, Eloy. «Cooperación judicial internacional en materia penal». En *La Ley*, 14601/2010. Esta doctrina forma parte del libro de RODRÍGUEZ GONZÁLEZ DEL REAL, Concepción. *Extranjería y cooperación judicial internacional*. Madrid: CISS, 2010; BAHAMONDE BLANCO, Miriam. «Vías de comunicación en el auxilio judicial penal». En *La Ley Penal*, marzo-abril 2017, n.º 125, sección «Derecho Procesal Penal»; MINISTERIO DE JUSTICIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA. *Compendio de guías prácticas para asuntos de auxilio judicial internacional con Estados Unidos*, Rev. 2, publicado en www.fiscal.es; UNDOC. *Manual on Mutual Legal Assistance and Extradition*. Viena, 2001, publicado en www.undoc.org; VOGEL, J. «Cooperación penal: cinco propuestas para una acción futura». En ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán y MUÑOZ DE MORALES Romero, Marta (coordinadores). *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007; PARRA GARCÍA, Javier. «El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal». En *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2003, n.º 13; Instrucciones de la Fiscalía 3/2001, de 28 de junio, sobre los actuales mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en material penal y 2/2003, de 11 de julio, sobre actuación y organización de las Fiscalías en materia de cooperación judicial internacional.

COMPETENCIA PENAL INTERNACIONAL (DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES)

La competencia determina las materias de las que puede conocer un concreto órgano judicial. Así, la competencia penal internacional de los tribunales españoles atenderá a unos límites objetivos —relativos a las materias atribuidas al orden jurisdiccional penal—, a unos territoriales —en función de su extensión nacional o internacional— y a unos subjetivos —relativos a las partes— (GIMENO SENDRA).

La materia objeto del orden penal es, de acuerdo con el artículo 9.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar». En un sentido similar se pronuncia el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española: «corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los casos reservados por las leyes al Senado, a los Tribunales de Guerra y Marina y a las Autoridades administrativas o de policía».

En relación con los límites territoriales, los órganos judiciales españoles extienden su competencia a los delitos que se cometen dentro del territorio español, con independencia de la nacionalidad de los autores del delito o de las víctimas. Así, el primer apartado del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que:

en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

Ello, no obstante, esta competencia territorial se amplía al conocimiento de delitos cometidos fuera del territorio nacional en tres supuestos: cuando el autor sea español, cuando se afecte a la tutela estatal o en casos de jurisdicción universal.

En este sentido, en primer lugar, el apartado 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que:

también conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organiza-

ción internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los tribunales españoles. Este requisito se considerará cumplido en relación con los delitos competencia de la Fiscalía Europea cuando esta ejercite efectivamente su competencia.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

En segundo lugar, la Ley Orgánica del Poder Judicial también atribuye competencia penal a los órganos judiciales españoles para el conocimiento de delitos que afectan a la tutela estatal, previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal:

conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

i) Los relativos al control de cambios.

Y, en tercer lugar, la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce la jurisdicción universal para que los tribunales penales españoles conozcan del enjuiciamiento de delitos que lesionan bienes jurídicos que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, independientemente de la nacionalidad del delincuente o de la víctima y del lugar de comisión, previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal. Así lo reconoce expresamente el apartado cuarto del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo;

3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;

5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:

1.º el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,

2.º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
- 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,
- 3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

m) Trata de seres humanos, siempre que:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,

5.º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.

Si bien, estos delitos no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala

2.^a del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el juez o tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Finalmente, en relación con los límites subjetivos, cabe destacar la inviolabilidad que la legislación española y las normas de Derecho internacional público reconoce a determinadas personas (artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En todo caso, la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene una aplicación subsidiaria respecto de Convenios internacionales, multilaterales o bilaterales, o reglamentos europeos, por lo que solo serán aplicable en defecto de texto supranacional o cuando este remita a la normativa interna.

Autora: Paloma Arrabal

(Profesora de Derecho Procesal, Universidad Miguel Hernández de Elche)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho procesal*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2017; GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2015; NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal I. Introducción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; ASECIO MELLADO, José (director) y FUENTES SORIANO, Olga (coordinadora). *Introducción a Derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN PENAL (EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL)

El conflicto de jurisdicción se define como la situación que se produce o se puede producir cuando dos o más tribunales aplican o pueden aplicar su ley penal para conocer de los mismos hechos delictivos. La doctrina suele distinguir entre el conflicto de jurisdicción *positivo* y el *negativo*. Este último surgiría por la ausencia total de ejercicio de jurisdicción, al no declararse competente al menos un tribunal. Cuando la concurrencia de jurisdicciones se produce entre tribunales de Estados soberanos, la doctrina suele denominarlos *conflictos de jurisdicción horizontales*. Por el contrario, cuando se producen entre aquellos y tribunales internacionales suelen denominarse *conflictos de jurisdicción verticales*.

En el ámbito nacional, el conflicto de jurisdicción puede darse entre un órgano de la jurisdicción ordinaria y otro de la castrense. Así, por ejemplo, un conflicto de jurisdicción provocado entre el orden jurisdiccional

penal y el militar en el ordenamiento jurídico español se resolvería mediante la aplicación de lo previsto en la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, por la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo español (Ley 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales).

En los ámbitos internacionales y supranacionales los conflictos de jurisdicción más frecuentes son los positivos. Estos conflictos suelen surgir por la concurrencia de la jurisdicción de, al menos, dos tribunales nacionales o de un tribunal nacional y otro internacional. El conflicto pone de manifiesto la existencia de obligaciones *concurrentes* de perseguir la comisión de delitos, debido a la expansión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados soberanos o a la existencia de órganos jurisdiccionales supranacionales o internacionales. Una vez nacido el conflicto, será necesario determinar quién ejerce o debe ejercer esa jurisdicción de manera preferente.

En el ámbito internacional podemos identificar dos tipos de conflictos jurisdiccionales. El primero de ellos es el que puede surgir entre los tribunales de dos o más Estados soberanos con respecto al enjuiciamiento de los llamados delitos internacionales *puros* (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desapariciones forzadas y tortura) y aquellos otros tipos penales denominados *transfronterizos* (tráfico de drogas, terrorismo, blanqueo de capitales, navegación aérea, etc.). Los primeros se caracterizan por estar o haber estado sujetos a regímenes de persecución más amplios en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados soberanos (España, Bélgica, Alemania y Reino Unido, entre otros). En esos casos, los conflictos de jurisdicciones suelen surgir por la aplicación del principio de *jurisdicción universal* a hechos cometidos en el territorio de otro Estado soberano.

Los conflictos de jurisdicción surgidos de las situaciones descritas se producen porque, como ya advertiera Bassiouni, la jurisdicción universal es un criterio de atribución de la jurisdicción basado exclusivamente en

la naturaleza del delito. Junto al *principio de nacionalidad activa, pasiva y principio de protección*, la *jurisdicción universal* viene a completar el decálogo de criterios que permiten a los tribunales de los Estados soberanos ejercer su jurisdicción sobre hechos delictivos cometidos fuera de su territorio. También porque, como manifestó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto Lotus en 1927, «la territorialidad del Derecho penal no es un principio absoluto del Derecho internacional» (CPJI, Lotus, Francia c. Turquía). Ejemplos de esos conflictos jurisdiccionales pueden observarse en procedimientos seguidos por la Audiencia Nacional española en los conocidos como caso Scilingo, Guatemala y Couso, entre otros.

Por lo que respecta a la segunda categoría de delitos (*transfronterizos*), el mayor interés de los Estados en su persecución facilita la adopción de criterios de resolución de los potenciales conflictos jurisdiccionales. La mayoría de los convenios o tratados Internacionales de esas materias establecen la adopción obligatoria de criterios de persecución territorial de los delitos. Junto a ello, se articulan criterios de persecución extraterritorial que suelen ser, en la mayoría de los casos, de adopción potestativa. Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena de 20 de diciembre de 1988, permite a los Estados establecer el ejercicio de su jurisdicción de acuerdo con su Derecho interno. No obstante, fija unos criterios obligatorios de «mínimos» (*adoptarán*) y otros potestativos de «máximos» (*podrán*). En este instrumento, las obligaciones de establecer la jurisdicción de los tribunales estatales se concentran en la persecución de los delitos cometidos en su *territorio* (*principio de territorialidad*) y son reflejo de las obligaciones derivadas del principio de soberanía estatal. La persecución extraterritorial de los delitos es potestativa, con la salvedad de la obligación derivada del *aut dedere aut indicare*, que busca evitar espacios de impunidad derivados del ejercicio de la soberanía estatal. Así, el artículo 4.1 a) de la Convención de Viena de 1988 establece que, las partes *adoptarán* las medidas que sean necesarias para declararse competentes cuando los delitos se hayan cometido (i) en su territorio; y,

(ii) cuando se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito.

Los conflictos de jurisdicción también pueden crearse de manera voluntaria en algunos instrumentos jurídicos de naturaleza supranacional. La finalidad que se persigue con ello es garantizar la persecución de las conductas mediante la creación de *jurisdicciones concurrentes*. Así lo hace el Acuerdo del Consejo de Europa de 31 de enero de 1995, sobre el tráfico marítimo de drogas ilícitas. Este acuerdo supranacional, que desarrolla el artículo 17 (mecanismos de cooperación) del Convenio de Viena de 1988, establece el *derecho de intervención* como una acción específica en materia de cooperación, tal y como determina el artículo 9.i c) del texto. Ese derecho de intervención concurre con la jurisdicción del Estado del pabellón que es *preferente y excluyente*, de conformidad con el acuerdo y las disposiciones del Derecho internacional del mar. El conflicto de jurisdicción surgido se resolverá atendiendo a las disposiciones establecidas en el propio Acuerdo de 1995.

El segundo conflicto de jurisdicción es el que se puede producir entre un tribunal de un Estado soberano y un tribunal de naturaleza internacional. Ejemplos de estos conflictos serían los surgidos entre los tribunales penales internacionales de Nuremberg y Tokio, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Penal Internacional para el Líbano. También podrían incluirse los planteados por la concurrencia con la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Por lo que respecta a los Tribunales Penales de Nuremberg y Tokio, el posible o potencial conflicto de jurisdicción con otras jurisdicciones nacionales se resolvía a favor de los primeros, de acuerdo con lo establecido en las Cartas de Londres (1945) y de Tokio (1946). Del mismo modo ocurrió con los Tribunales Penales Internacionales constituidos mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

para la Antigua Yugoslavia (S/RES/827, de 25 de marzo de 1993) y para Ruanda (S/RES/955, de 8 de noviembre de 1994). Sus textos fundacionales establecieron la jurisdicción preferente de los órganos internacionales por los delitos comprendidos en su articulado en caso de jurisdicción concurrente de los tribunales de los Estados miembros. Por lo que respecta al conflicto jurisdiccional que pudiera surgir entre los Estados parte de la Corte Penal Internacional y esta, habrá de estarse a la jurisdicción subsidiaria y complementaria de la Corte proclamada en el Preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 y materializada en los artículos 1, 17 y 19 del texto. Igualmente, se atenderá al contenido de las leyes de cooperación aprobadas al efecto por los Estados parte.

Finalmente, y también en el ámbito supranacional, los conflictos de jurisdicción pueden darse entre dos o más Estados. En esta categoría se pueden incluir los que se plantean en la Unión Europea por la concurrencia de jurisdicciones de los tribunales de dos o más Estados miembros.

El desarrollo del Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia Europea pone de manifiesto la preocupación de la Unión Europea por prevenir y perseguir determinados delitos de naturaleza transfronteriza. Para ello, los artículos 82 y 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) exigen la armonización de determinados tipos penales. No obstante, actualmente no se cuenta con un marco normativo de resolución de los posibles jurisdiccionales que pudieran surgir al efecto. Como instrumentos orientativos en la resolución se prevé un procedimiento específico de consultas a Eurojust (artículo 85 TFUE) para reforzar la coordinación de las autoridades nacionales en la materia. También se dispone de las reglas de cooperación contenidas en la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009, sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en los procesos penales. En ella se establece la obligación de las autoridades de entablar comunicaciones para confirmar la existencia de procesos penales paralelos sobre los mismos hechos y las mismas personas y también sobre el inter-

cambio de información entre las autoridades de dos o más Estados miembros a fin de evitar las consecuencias adversas derivada de la existencia de esos procesos.

En el ámbito académico, instituciones y grupos de trabajo especializados han elaborado propuestas de resolución esos conflictos de jurisdicción. Entre ellas destaca la realizada por el European Law Institute en 2017 y denominada Draft Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union. En este documento, los autores ofrecen tres propuestas legislativas para prevenir y resolver conflictos de jurisdicción penal en la Unión Europea. El primero de ellos, un mecanismo llamado *horizontal* basado en la cooperación de las autoridades nacionales. El segundo, denominado *vertical*, que resolvería el conflicto mediante decisiones supranacionales de naturaleza vinculante. El tercero y último, mecanismo de *asignación* (*allocation*), abogaría por el establecimiento de unas normas de europeas de atribución o asignación de la jurisdicción penal en el Espacio Común de Seguridad, Libertad y Justicia Europea.

Autora: Amparo Martínez Guerra
(Profesora titular, Universidad Complutense de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: REBROOKSON-MORRIS, Kate. «Conflicts of Criminal Jurisdiction». En *The International and Comparative Law Quarterly*, 2007, vol. 56, n.º 3, pp. 659-666; AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. «Draft Convention on Jurisdiction with respect to crime». En *American Journal of International Law*, 1935, vol. 29, issue S1, pp. 439-442. MARTÍN DÍZ, Fernando. «Prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales: comentario a la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009». En *Revista de Derecho Europeo*, 2010, n.º 21; COFFEY, Gerard. «Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings: Interpreting Ne Bis in Idem in Conjunction with the Principle of Complementarity». En *New Journal of European Criminal Law*, 2013, vol. 4, issues 1-2, pp. 59-

81; ZIMMERMANN, Frank. «Conflicts of Criminal Jurisdiction in the European Union». En *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, vol. 3, issue 1, pp. 1-21; DE LA CUESTA, José Luis y ESSER, Albin. «Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”». En *Reveu Internationale de Droit Pénale*, 2001, vol. 72, n.º 3-4, pp. 753-764; KLIP, André; LIGETI, Katalin; ROBINSON, Gavin y VERVAELE, John, A. E. *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law: A European Law Institute instrument*. Oxford: Oxford University Press, 2018; MACEDO, Stephen. *Universal Jurisdiction. National Courts and the prosecution of serious crimes under International Law*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2004; MARIN, Luisa y MONTALDO, Stephano (editores). *The fight against impunity in EU law*. Oxford: Hart Publishing, 2020; MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009; THORHAUER, Nathalie Isabelle. «Conflicts of Jurisdiction in Cross-Border Criminal Cases in the Area of Freedom, Security, and Justice». En *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, n.º 1, pp. 78-101; WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian. *Tratado de Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, tercera edición.

NORMATIVA Y OTROS DOCUMENTOS: COUNCIL OF EUROPE. *Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Strasbourg, 31/01/1995; Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos en el ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. European Law Institute, *Draft Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*, Viena, 2017.

COOPERACIÓN (JUDICIAL) JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL

El *Diccionario panhispánico del español jurídico* define a la *cooperación judicial* como la ‘asistencia o ayuda que un tribunal presta a otro a efectos de hacer factible el ejercicio de sus atribuciones o la cumplimentación de sus decisiones’. Y la cooperación judicial penal en Europa como el «ámbito competencial de la UE en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) destinado a proveer a la Unión de las normas y procedimientos necesarios para garantizar el reconocimiento de sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas, así como la prevención y resolución de los conflictos de jurisdicción mediante la cooperación de las autoridades judiciales de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de sus resoluciones».

Partiendo de las anteriores definiciones, es menester precisar que, con respecto a la *cooperación judicial internacional en materia penal*, en la jerga jurídica se utilizan indistintamente las frases *cooperación jurídica* o *cooperación judicial* como sinónimos. Sin embargo, en algunos países, en particular en Latinoamérica, el término judicial puede entenderse como excluyente de algunos actores relevantes de la cooperación penal internacional, restringiéndolo a la actuación de los jueces, y quedarían por fuera del vocablo, por ejemplo, fiscales y autoridades administrativas, estas últimas en su condición de autoridad central. Mientras en el ámbito de la Unión Europea todos los documentos traducidos al idioma español se refieren a la cooperación judicial internacional.

Por lo expuesto, precisamos que, vamos a utilizar el concepto cooperación jurídica internacional en materia penal, bajo la premisa según la cual intentamos abarcar, de la forma más extensa posible, la cooperación penal internacional.

Los principales mecanismos de cooperación jurídica internacional en materia penal son la extradición, la asistencia legal mutua y el traslado de personas condenadas.

A partir de estos mecanismos tradicionales encontramos institutos más avanzados basados en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones penales, en particular en el ámbito de la Unión Europea, como lo son, por ejemplo y sin ser exhaustivos, la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) conocida como la «euroorden», la Orden Europea de Investigación, y la constitución de Equipos Conjuntos de Investigación. Institutos que inspiran a otras regiones del mundo, en mayor o menor medida, y que pueden encontrarse algunas versiones, adaptadas a las circunstancias regionales y sistemas jurídicos, en ámbitos regionales tales como en el Mercosur, el iberoamericano y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), entre otros.

En el ámbito de la Unión Europea, para la cooperación jurídico penal, opera entre los Estados miembro el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, cuyo fundamento jurídico lo encontramos en los artículos 82 a 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se trata de un principio creado en el seno de la Unión y aplicable a los Estados miembro para la creación y fortalecimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia mediante la armonización de mínimos normativos, en particular, en los aspectos transnacionales.

El traslado de personas condenadas, merece especial mención por tratarse de una figura especializada del Derecho internacional público y basada en consideraciones humanitarias, tomando en cuenta las dificultades de comunicación por las barreras del idioma y/o la ausencia de contacto con familiares que pueden tener efectos perjudiciales para una persona encarcelada en un país extranjero. Por tanto, su finalidad es que el condenado extranjero en un Estado pueda ser repatriado a su país de origen, si esa es su voluntad, para terminar de cumplir la condena impuesta. Este mecanismo se basa en el reconocimiento de la sentencia

y de la pena impuesta para su cumplimiento en otro Estado. Su aplicación se basa en tratados entre los Estados concernidos de carácter bilateral o multilateral en la materia.

De especial mención es la Convención sobre traslado de personas condenadas del Consejo de Europa, hecha en Estrasburgo en 1983. Tiene dos protocolos adicionales de 1997 y el segundo de 2017 que modifica y moderniza el primer protocolo.

En general, la cooperación jurídica internacional en materia penal es la asistencia que prestan las autoridades de un Estado a otro en las diversas etapas del proceso penal, para realizar diligencias o actuaciones, que exceden las competencias de las autoridades judiciales nacionales en razón del territorio y por tanto requieren del auxilio de las autoridades del otro Estado para llevarlas a cabo.

Desde la perspectiva del trámite nacional, la cooperación jurídica internacional se lleva a cabo en dos bandas, la pasiva y la activa. Es cooperación pasiva desde la perspectiva del Estado cuando presta la cooperación (requerido) con respecto al Estado peticionario. Y, activa, desde la perspectiva del Estado cuando solicita tal asistencia, en su condición de requirente, a otro Estado.

En la asistencia legal mutua como en la extradición se utilizan los conceptos de requerimientos activos y pasivos en la relación existente entre los Estados cooperantes.

En el ámbito de la asistencia legal mutua, esta se materializa mediante la comisión rogatoria, el exhorto o la solicitud de asistencia internacional, según sea el caso y la regulación en el ordenamiento jurídico de cada Estado o del tratado en que se fundamente el requerimiento. Por ejemplo, en España la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 193 y 194 hace referencia al exhorto, cuando el requerimiento se remita a un tribunal extranjero para la práctica de una diligencia judicial.

En principio los tres términos aluden a solicitudes dirigidas a autoridades extranjeras para la práctica de actuaciones en el marco de un proceso judicial, en todas sus etapas. El exhorto y la comisión rogatoria, aluden en muchos casos al trámite nacional, a la autoridad que emite el requerimiento, en referencia a un juez o tribunal. Mientras que, la solicitud de asistencia internacional, es más amplia y puede ser emitida por otra autoridad como la fiscalía. En otros países, el exhorto o comisión rogatoria también hace referencia al mecanismo de tramitación por vía diplomática. Lo importante a tener en cuenta es que, indistintamente de la denominación que se utilice, los tres hacen referencia a solicitudes de cooperación jurídica internacional.

La cooperación jurídica internacional en materia penal se desarrolla de manera prioritaria con base en acuerdos o tratados, bilaterales o multilaterales, suscritos entre los Estados concernidos. No obstante, a falta de tratado es aún posible que diversos ordenamientos jurídicos y de manera extendida apliquen los principios de reciprocidad o, más moderno, de solidaridad y de confianza mutua. Incluso los Estados suelen tener una ley especial sobre asistencia jurídica internacional en materia penal que regula la cooperación activa y pasiva. Es el caso de la República Argentina y es una tarea pendiente en España, en cuanto a una ley especial que regule la cooperación penal con terceros países.

El principio de reciprocidad es el más antiguo, se basa en la posibilidad de que un Estado brinde auxilio jurídico a otro, siempre y cuando, el Estado requirente se comprometa a ofrecer el mismo auxilio en una situación similar al Estado requerido. Al respecto el artículo 13.3 de la Constitución Española establece: «La extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad». En el caso de España en la extradición, aún y cuando exista un tratado vigente entre los Estados parte, se atenderá al principio de reciprocidad como medida disuasoria para el cumplimiento pleno del tratado, abriendo la vía denegatoria de la extradición por incumplimiento del Estado requerido en casos anteriores similares en los que

España fue requirente y su solicitud fue denegada de manera indebida, según interpretación de las autoridades españolas.

Mientras que, los principios de solidaridad y confianza mutua, como se cita en el Memento Cooperación Jurídica Penal Internacional «buscan un objetivo común, cual es evitar la impunidad y en aras de ese objetivo se brindan [los Estados] la más amplia cooperación jurídica internacional, sin necesidad de rígidos compromisos que lejos de facilitar la cooperación la puedan entorpecer de manera egoísta y sin tener en cuenta el bienestar público y la seguridad común» (§7758, p. 700). Como ya lo hemos mencionado este principio tiene su origen en la Unión Europea.

Sin embargo, hay otros ejemplos fuera de la Unión que, si bien expresamente no lo indican se puede inferir, incluso en textos normativos de vieja data. Es el caso, a manera de ejemplo, de la Ley de Extradición de Costa Rica 4795 de 16/07/1971, que se basa en el principio de solidaridad y confianza mutua, porque no supedita la concesión de la extradición al principio de reciprocidad sino a la propia ley especial nacional. Ninguno de sus artículos supedita la extradición a la verificación del principio de reciprocidad, y establece en el artículo 1 que «A falta de tratados, tanto las condiciones como el procedimiento y los efectos de la extradición, estarán determinados por la presente ley, que se aplicará también a los aspectos que no hayan sido previstos por los tratados». De esta forma, ante una solicitud de extradición las autoridades judiciales costarricenses no están obligadas a verificar las actuaciones, en casos previos y similares, del Estado requirente, con respecto a los casos en los que Costa Rica solicitó una extradición y esta fue denegada, por ejemplo, por no existir base jurídica por falta de tratado en vigor entre las partes.

Otro ejemplo, en el que se aplica de manera bastante extendida el principio de reciprocidad es en casos de extradición de nacionales. En la actualidad, aún muchos países sus textos constitucionales no permiten la extradición de nacionales, razón por la que, aquellos países que sí la

autorizan, en su mayoría, la supeditan al principio de reciprocidad internacional.

En general, existen tres vías para la tramitación internacional de una solicitud de cooperación jurídica penal internacional:

1. La vía diplomática

Es la vía más antigua consistente en la intervención de los ministerios de relaciones exteriores y las misiones diplomáticas acreditadas en cada uno de los Estados involucrados. Se utiliza esta vía por mandato de la legislación nacional del país requirente; porque así se advierte en el tratado, bilateral o multilateral, marco entre los países concernidos; o, a falta de tratado, por aplicación del principio de reciprocidad internacional.

2. Transmisión directa entre autoridades centrales

En la cooperación jurídica internacional fuera de la Unión Europea, los tratados, bilaterales y multilaterales, más modernos establecen como vía preferente la utilización de esta vía. En particular, el primer tratado multilateral en materia penal que hace mención a la designación de autoridades centrales es la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

Esta vía es actualmente la más expedita para aquellos países que no son parte de la Unión Europea, o que, siendo parte, solicitan la cooperación a terceros países. La eficacia dependerá en buena parte si la autoridad que se designa por el Estado tiene las competencias y herramientas suficientes para cumplir eficiente y eficazmente con su cometido. En el mismo sentido, es recomendable que la autoridad designada tenga competencias en la ejecución de los requerimientos, como en el caso del sistema acusatorio, cuando la designación de autoridad central recae en la propia fiscalía. De esta manera evitar replicar el trámite de la vía diplo-

mática o establecer mayores pasos que sugieran dilaciones innecesarias en los pedidos internacionales.

3. Comunicación directa entre autoridades judiciales competentes

Es actualmente la aspiración de la cooperación jurídica penal internacional y es el modelo que se sigue entre los Estados miembro de la UE. En particular, establecida en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea conocido como el Convenio 2000, que vino a complementar el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y otros Convenios vigentes en ese ámbito. En su artículo 6 dispone que las «solicitudes se efectuarán directamente entre las autoridades judiciales que tengan competencia jurisdiccional para formularlas y ejecutarlas, y se responderán del mismo modo, salvo que en el presente artículo se disponga lo contrario». En particular, el Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001, faculta la transmisión directa entre autoridades judiciales sin supeditarla a los casos de urgencia.

Hemos repasado la cooperación jurídica internacional en materia penal de carácter formal, pero existe otra cooperación posible y necesaria denominada no formal y conocida como cooperación jurídica internacional «informal».

La cooperación no formal es aquella que se realiza de manera complementaria a la formal. Previo a concretar un pedido de cooperación jurídica internacional, las autoridades del Estado requirente contactan por cualquier vía útil y pertinente a sus contrapartes en el otro Estado para allanar el camino de la solicitud formal, adelantándose a posibles obstáculos, coordinando y previendo soluciones. Sin embargo, sus funciones no se limitan a la parte preparatoria, sino que incluye la coordinación en la fase de ejecución y remisión de resultados del requerimiento. También sirve como vía para el adelantamiento de solicitudes de cooperación

cuando deba tramitarse por la vía diplomática o entre autoridades centrales, mientras esa vía formal se cumplimenta.

El mecanismo idóneo para el ejercicio de la cooperación no formal es mediante el trabajo en redes de operadores jurídicos.

La primera y más exitosa experiencia en red nació en la Unión Europea, es la Red Judicial Europea en materia penal conocida como EJN por sus siglas en inglés (European Judicial Network).

La EJN está conformada por jueces, fiscales y otros funcionarios expertos en cooperación jurídica internacional en materia penal de los 27 Estados miembros de la UE y designados por cada uno de los Estados, como puntos de contacto de la red, con la finalidad de facilitar la cooperación judicial.

A través de la página web de la EJN los puntos de contacto acceden a una serie de herramientas. Algunas de estas herramientas son: el Atlas Judicial de acceso restringido y securizado que permite la identificación de la autoridad de ejecución competente en el otro Estado facilitando todos los datos de contacto. Las *Fiches Belges*, de acceso no restringido, contienen información concisa y legal operativa sobre las diversas medidas de cooperación jurídica internacional en cada uno de los Estados miembro de la UE, disponible en el siguiente enlace:

https://www.ejncrimjust.europa.eu/ejn/EJN_FichesBelges/ES/-1/260/273

Otras funciones de los puntos de contacto de la EJN son, sin ser exhaustivos:

- a) facilitar información más detallada sobre los requisitos legales establecidos por la legislación del Estado miembro requerido o debatir los trámites especiales para la ejecución de la solicitud;

- b) facilitar información jurídica y práctica sobre el instrumento jurídico de la UE que aplica a un caso concreto;
- c) intercambiar información complementaria para la correcta ejecución de la solicitud;
- d) comprobar el estado de ejecución de una solicitud y contribuir a su agilización cuando sea oportuno.

Por otro lado, tenemos la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed). Creada bajo el liderazgo de España y acompañamiento de Portugal, por consenso de la Cumbre Judicial Iberoamericana, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos y la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos que mediante el consenso decidieron crear IberRed en octubre de 2004. Inspirada en la experiencia acumulada en la EJN y versionada según la realidad regional iberoamericana. Está compuesta por puntos de contactos de los ministerios de justicia, fiscalías, cortes y consejos de la magistratura, y de enlaces de las autoridades centrales de la región, con las mismas funcionalidades descritas para los puntos de contacto de la EJN.

La herramienta más potente con la que cuenta IberRed es su sistema seguro de comunicación Iber@ que actualmente cuenta con dos funcionalidades. Una funcionalidad es para la cooperación formal entre autoridades centrales y la tramitación electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional mediante un sistema de certificación y firma electrónica con base en el Tratado de transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales, también conocido como Tratado de Medellín. Y otra funcionalidad para la cooperación jurídica internacional no formal de los puntos de contacto de la red.

Existen otras redes, que es relevante mencionar porque son de mucha utilidad para la recuperación de activos, nos referimos a la Red de Recu-

peración de Activos de Camden (Carin, por sus siglas en inglés) y la Red de Recuperación de Activos de Gafilat (RRAG), esta última basada en el modelo de la primera.

Carin es una red informal institucional compuesta por representantes judiciales y policiales expertos en el rastreo, congelamiento, incautación y decomiso de activos. Actualmente cuenta con representantes de 54 miembros registrados, incluidos los 27 Estados miembros de la UE y nueve organizaciones internacionales. También está vinculada a las otras cinco redes inter agencial de recuperación de activos regionales de recuperación de activos (Asset Recovery Interagency Network —ARIN, por sus siglas en inglés—) en todo el mundo.

El objetivo de la Red Carin es aumentar la efectividad de sus miembros para la recuperación de activos producto de la criminalidad organizada y sus ganancias ilícitas.

La RRAG está compuesta de puntos de contacto de cada país miembro que representan a las autoridades policiales, fiscales o ministerios públicos, unidades de inteligencia financiera y otras autoridades centrales competentes en la materia. Cuenta con representantes de España y Francia, como países observadores ante el Gafilat. La RRAG realiza el intercambio de información por medio de una plataforma electrónica que asegura la protección y seguridad de las solicitudes y respuestas. Dicha plataforma está ubicada y mantenida en la Unidad de Inteligencia Financiera de Costa Rica.

Actualmente, el principal reto para la cooperación jurídica internacional en materia penal, en el ámbito de la Unión Europea, es la efectiva protección de los datos personales de conformidad con la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones pe-

nales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos. Y en particular, el mayor reto será con respecto al cumplimiento de esta normativa en lo que toca a la cooperación con terceros países.

Autora: Andrea Murillo Fallas

(Abogada del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, especializada en Derecho penal y cooperación jurídica internacional. Consultora internacional)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario panhispánico del español jurídico* (DPEJ) [en línea], <https://dpej.rae.es/> [Fecha de la consulta: 11/10/2021]; LEFEBVRE, Francis. *Memento. Cooperación jurídica penal internacional*. Madrid: Lefebvre - El Derecho, 2016.

CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES INTERNACIONALES

1. Justificación, génesis y evolución de la incriminación de estas conductas

Aunque no hay una definición acordada internacionalmente sobre *corrupción*, la incriminación de la actuación sobornadora de algunas empresas multinacionales —como *Lockheed*—, que, con su gran poder económico, pretendían la adjudicación de contratos por parte de Estados extranjeros, surge a comienzos de la década de los setenta impulsada por The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) USA 1977, coincidiendo con la expansión del comercio internacional.

Desde entonces, se ha multiplicado el número de empresas que utilizan la táctica del soborno para doblegar la voluntad de quienes tienen poder público de decisión. En este contexto el Derecho penal se enfrenta a la transnacionalización del delito de corrupción.

Para frenar este fenómeno, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) aprobó el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (París, 17/12/1997). Basado sobre sus Principios Rectores Aplicables a las Empresas Multinacionales de 1976 y precedida de una serie de instrumentos de *soft law* dictados por la propia organización internacional —cuyo contenido también incorpora—, el Convenio no es el único documento internacional sobre la materia, pero sí el de mayor proyección. A ello deben añadirse, por su relevancia, dos instrumentos: la primera Convención Europea Penal sobre la Corrupción, número 173 del Consejo de Europa (1999) y, en el marco de la ONU, la Convención contra la Corrupción (2003).

El mencionado Convenio OCDE 1997 supuso un punto de inflexión en la concienciación de que las prácticas corruptas de utilizar dinero de las empresas para sobornar (en este caso a funcionarios) eran delictivas, pues anteriormente estos pagos eran considerados gastos «útiles» susceptibles de deducción fiscal. Por tanto, fomentó una forma de hacer coactivos los códigos de buenas intenciones por parte de las empresas, recomendando a los Estados la incorporación de un tipo penal de corrupción de agente público extranjero en transacciones comerciales internacionales.

El Convenio fue ratificado por España el 14/01/2000, introduciéndose este delito en nuestro Código Penal, que se ha ido modificando consecutivamente haciéndose eco de las deficiencias puestas de manifiesto por las Recomendaciones OCDE con motivo de las sucesivas fases de evaluación a España sobre el cumplimiento del Convenio. Así, mediante la LO 5/2010, se dio una nueva configuración a este tipo penal para incorporar, en primer lugar, una interpretación auténtica de *funcionario público extranjero*. En segundo lugar, se previeron penas privativas de libertad para que al menos los casos graves pudieran dar lugar a la extradición. Y, en tercer lugar, se consideró conveniente establecer una regulación concreta de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que inter-

viniera en esa clase de hechos. Por su parte, el Informe OCDE realizado a España en diciembre 2012 insta a nuestro Gobierno a reforzar la legislación penal endureciendo las penas por soborno a funcionarios en el extranjero sin diferenciar si el funcionario implicado es ciudadano de la UE o no (en cumplimiento del Convenio CDE 173), e incluyendo la confiscación de bienes de las personas jurídicas, compromiso adquirido por España mediante la modificación del precepto a través de la LO 1/2015. Como medida auxiliar a la eficacia de este delito se modifica asimismo el artículo 31 bis del CP, estableciendo la responsabilidad penal de las empresas en caso de corroborarse un incumplimiento de los deberes de vigilancia lo que fomenta un modelo no solo represivo sino también preventivo, disuadiendo del posible delito mediante el incremento por parte de las empresas de su nivel de gestión, organización y control.

Así las cosas, hoy queda tipificado este delito en el artículo 286 ter del CP, construido como una especialidad agravada del cohecho activo y cuyo bien jurídico se concreta en la competencia equitativa y leal (que pretende preservar en último término la gobernanza), en la medida en que el núcleo de las conductas típicas, se sitúa, precisamente, en la obtención o intento de obtención, mediante soborno, de contratos, negocios o cualquier otra ventaja competitiva en las relaciones comerciales internacionales.

Incluso no constatándose un perjuicio pecuniario específico y evaluable para los hipotéticos competidores, esta corrupción perjudica al conjunto de la sociedad al distorsionarse la disciplina del mercado. Prueba de ello es el hecho de que su persecución se realice de oficio. Ahora bien, solo cuando se aprecie esta perturbación grave en el funcionamiento concurrencial del mercado podrá fundamentarse la incriminación de estas conductas.

2. *Ámbito de incriminación*

2.1. *Conducta típica*

En el artículo 286 ter se distinguen tres formas de cohecho activo, castigando a quienes corrompan a agentes públicos, intenten corromperlos y a quienes atiendan las solicitudes de soborno de tales funcionarios. Es decir, este tipo de corrupción puede cometerse por iniciativa del particular, o bien a instancia del propio funcionario. Estas tres modalidades se corresponden con las previstas en el artículo 1.1 del Convenio de la OCDE —en el que se contempla la promesa, la oferta y la entrega de sobornos—. Trata así de equipararse punitivamente al que corrompe y a quien tan solo lo intenta, pudiendo modularse la diferente gravedad de estas conductas dentro del amplio marco penal previsto.

El acuerdo debe tener como finalidad *conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva (aunque no sea «irregular») en la realización de actividades económicas internacionales*. En consecuencia, se puede castigar a la empresa que soborna para que el funcionario realice un acto propio del cargo. Con esta regulación el Legislador español actúa de acuerdo a los Comentarios al Convenio (21-11-1997), donde se mantiene que debe incriminarse el cohecho activo, aunque el licitador fuera el mejor cualificado o el contrato le hubiera sido atribuido legítimamente por cualquier otro motivo. Ello significa, *a sensu contrario*, que se excluyen del ámbito del soborno punible los pagos realizados en consideración al cargo o como recompensa del acto ya realizado (cohecho subsiguiente). En suma, quedan excluidos todos aquellos sobornos que no condicionan la voluntad del funcionario.

En cuanto al caso concreto de los *pagos de facilitación* (para agilizar trámites burocráticos), en los Comentarios al Convenio (párrafo 9) se aclara que no constituyen delito, por lo que deben atacarse mediante otros recursos, como el apoyo a los programas de buena gobernanza. Sin embargo, en la Recomendación VI del Consejo (2009) para Fortalecer la

Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, se alienta a las empresas para que prohíban su uso. Es cierto que todo pago de facilitación lleva consigo la realización de un acto contrario a los deberes del cargo, pero en el ámbito del cohecho en los negocios internacionales debe persistir la atipicidad, por varios motivos, en primer lugar, por el hecho de que la Recomendación de 2009 es precisamente una «recomendación» sin carácter vinculante; en segundo lugar, porque supondría una sanción desproporcionada (cuya pena mínima se sitúa en 3 años de prisión), no acorde al escaso desvalor de estas conductas; en tercer lugar, y fundamentalmente, porque la mera agilización del procedimiento que pretenden los pagos de facilitación no condiciona la integridad de las normas de competencia que rigen las relaciones comerciales internacionales resultando indemne el bien jurídico protegido. Aunque suponga un riesgo para la gobernanza deben combatirse a través de los controles internos de la compañía, las medidas o programas de ética y cumplimiento. De hecho, la FCPA, origen de la incriminación de estas conductas, declara la licitud de los pagos de «engrase».

2.2. *Objeto material*

Consiste en «el ofrecimiento, promesa, o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase» con los que se compra la voluntad del funcionario. Por tanto, pueden o no tener contenido patrimonial (p. ej., favores de naturaleza sexual). Con ello nuestra norma se ajusta a lo previsto en el artículo 1.1 del Convenio de la OCDE. En todo caso, deben superar los usos sociales, que en el ámbito internacional lo habitual es que sobrepasen el umbral del valor de los regalos realizados en el ámbito interno.

2.3. *Sujetos de la relación corrupta*

Solo se castiga al corruptor y al intermediario. Comenzando por el corruptor, resulta inimaginable encontrar casos de adjudicación de contra-

tos internacionales mediante el soborno a funcionarios en los que no se actúe en nombre de una empresa, por lo que es imprescindible la previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica para este delito. Cumpliendo con lo exigido en el artículo 1.1 del Convenio, el artículo 286 ter también castiga los casos en los que el particular se vale de personas interpuestas para sobornar al funcionario. Resulta una técnica imprescindible dada la sofisticación de este tipo de negocios para cuyo éxito la persona cercana al funcionario y al mismo tiempo conocedora del proceso local de adjudicación es una pieza clave del sistema. En este contexto, de no incluir esta previsión de la figura del intermediario como autor, podría dar lugar a la impunidad del que sería un partícipe de una conducta de soborno que, realizada en el extranjero, no podría inculparse en España por carecer de jurisdicción. En consecuencia, en los casos habituales en los que la persona interpuesta sea la que prometa conceda o atienda la solicitud del funcionario, estaremos ante un supuesto de coautoría siempre que se pruebe el dolo del intermediario.

3. Penalidad

Nuestro ordenamiento cumple la obligación establecida en el artículo 3.1 *in fine* del Convenio, según el cual ha de imponerse en todo caso, «la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición» (esto es, pena privativa de libertad superior a un año, conforme al artículo 2 de la Ley de Extradición Pasiva 4/1985 para países no pertenecientes a la Unión Europea, mientras que en el ámbito comunitario no figura tal limitación en virtud de la transposición de la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la Orden de Detención Europea y a los Procedimientos de Entrega entre los Estados miembros). Así, se contempla la pena de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, además de la imposición al responsable de la prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar

de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de 7 a 12 años. Esta norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código Penal.

Se prevén, asimismo, agravaciones específicas cuando los hechos revisieren especial gravedad y finalmente, se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que abarca desde la suspensión de sus actividades hasta la auténtica «pena de muerte» empresarial: la disolución de la persona jurídica. Esta previsión sigue las directrices de las líneas político criminales de la Unión Europea y resulta adecuada a la naturaleza económica de este delito.

Junto a las penas de prisión y de multa, el artículo 3.3 del Convenio de la OCDE determina que «deberán quedar sujetos a embargo y confiscación» las dádivas o presentes constitutivos del soborno, así como los beneficios económicos derivados del mismo. Se cumple el propósito del Convenio a través del artículo 127 CP, al prever con carácter general el decomiso de las ganancias provenientes del delito. El legislador penal de 2015 añade además de forma expresa *ex* artículo 127 bis, el comiso ampliado —en cumplimiento de la Directiva Europea 2014/42/UE— en relación con este tipo de conductas, referido a otras actividades ilícitas del condenado, que, si bien no han sido probadas plenamente, vienen avaladas por indicios, siempre que sean fundados y objetivos.

4. Perseguibilidad

La actuación en el extranjero del sujeto corruptor es perseguible en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal (23.6 LOPJ) y siempre que el procedimiento se dirija contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o en relación con personas jurídicas con sede o domicilio social en España el (artículo 23.4.n LOPJ). Este último precepto debería someterse a re-

visión para flexibilizar el principio de personalidad activa derivado de la nacionalidad/sede del corruptor, y condicionar esa perseguibilidad a otro tipo de criterios, como el lugar donde la empresa corruptora tiene el principal centro de actividad o adoptar el modelo de culpabilidad por defecto de organización de la empresa, lo que permite perseguir el comportamiento corrupto realizado en un país fuera de España siempre que esa falta de diligencia se haya ocasionado en el Estado donde la empresa despliega principalmente sus negocios.

Por su parte, la conducta del funcionario corrompido, a pesar de que incumpla su compromiso internacional asumido en este ámbito, no se incrimina a través de este tipo penal, lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que la conducta suele desarrollarse fuera de las propias fronteras, lo que implicaría una injerencia en los asuntos internos de otro Estado. No obstante, le será aplicable la normativa interna del Estado al que pertenezca. A pesar de ello, la equiparación —desde la LO 1/2015— a efectos de este delito entre el funcionario nacional y el extranjero permite incriminar a este funcionario conforme a la normativa interna del cohecho en el caso sumamente improbable de que lo cometiera en territorio español (principio de territorialidad: artículo 23.1 LOPJ). Por el contrario, para perseguir la conducta de cohecho del funcionario extranjero que actúa fuera de España y siempre que no ostente inmunidad de jurisdicción de la que gozan algunos de estos sujetos corrompidos (Convenio de la ONU sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados, de 2004, ratificado por España y acogido en la normativa interna mediante la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, artículos 22 y 23) solo cabe acudir a los mecanismos de cooperación internacional como la extradición (aunque es altamente improbable que el Estado al que pertenezca el funcionario la conceda) o la Orden europea de detención y entrega (Ley 23/2014, de 20 de noviembre, artículos 34 a 62).

5. *Balance de la aplicación de este delito*

Este delito introducido en nuestro Código Penal en el año 2000 solo ha originado hasta la fecha una única sentencia condenatoria (SAN 3/2017, 23-2, por el abono de 70.000 € a altas autoridades de Guinea Ecuatorial para el aseguramiento de una serie de contratos de edición de libros de texto), lo que indica que nos hallamos ante otro ejemplo del Derecho penal simbólico. Si el Derecho penal no funciona en el ámbito de la corrupción nacional, menos aún en el ámbito internacional. Tal vez pueda deberse a las dificultades de una tipicidad que encuentra difícil acomodo en el marco de un sistema todavía basado en los dogmas tradicionales, apegados al principio de soberanía, difíciles de conciliar con el contexto global que caracteriza estas conductas; a las dificultades, asimismo, de perseguibilidad —enunciadas anteriormente— cuando los hechos, como es lo habitual, se realizan en el extranjero; a la complejidad de estos procedimientos con multitud de piezas separadas de muy difícil probanza y de muy difícil conexión, cuya obtención definitiva de la prueba tarda muchos años en lograrse; y finalmente, a la aplicación extraterritorial de la FCPA USA 1977, a cualquier empresa —aunque sea extranjera— que cotice en Estados Unidos o esté obligada a facilitar información a la Securities Exchange Commission (SEC).

Teniendo en cuenta que la mayoría de las multinacionales que corrompen a funcionarios extranjeros cotizan en Wall Street, la rápida aplicación de la FCPA está comportando cuantiosas multas para eludir la posible responsabilidad penal en ese país y, aunque ello no suponga un obstáculo para que el Ministerio Fiscal español emprendiera acciones legales en nuestro país en los términos de la LOPJ anteriormente mencionados, subyace la seria sospecha de infracción del principio *non bis in idem* si ello tuviera lugar, lo que también puede ser un motivo que esté frenando el enjuiciamiento de estos delitos en España. Tal ha sido el caso de la filial en España de Fresenius Medical Care, que realizó prácticas corruptas en España, a la que se le ha aplicado la FCPA, y, sin embargo, no ha sido enjuiciada en nuestro país.

Al mismo tiempo, esta desmesurada aplicación extraterritorial de las leyes anticorrupción en transacciones internacionales, fundamentalmente de la FCPA, ahonda en la brecha de la desigualdad entre los Estados, pues no olvidemos que, en este caso, la multa se paga a Estados Unidos mientras que las víctimas de esta corrupción (si pensamos en el cohecho pasivo) son los países en vías de desarrollo, por lo que quien impone y recibe el abono de las multas no son realmente los damnificados por la corrupción.

Por eso es importante presionar a los gobiernos para que respalden y ratifiquen los convenios internacionales anticorrupción a efectos de reforzar el castigo del cohecho pasivo y abogar por un Derecho penal internacional armonizado a estos efectos, para que tenga también jurisdicción el Estado al que pertenece el autor de este delito.

6. *Mecanismos coadyuvantes*

La globalización de la estrategia anticorrupción exige complementar la anterior previsión con el refuerzo de los mecanismos de prevención de la corrupción en las empresas multinacionales, en primer lugar, haciendo hincapié en la detección de las falsedades en la información contable (para sancionar la famosa caja B con la que se pagan los sobornos); en segundo lugar, contando con su colaboración a través del cumplimiento de los programas de *compliance* que descansan en el modelo fundamentado en la culpabilidad por defecto de organización: si una empresa se organiza internamente para prevenir y descubrir infracciones o, simplemente, colabora con la justicia delatando al empleado que cometió una determinada infracción, le será aplicada una importante rebaja de la pena que puede llegar incluso hasta su condonación. El CP español prevé, a estos efectos, la exención de responsabilidad en las condiciones previstas en el artículo 31 bis 4 CP (si antes de la comisión, del delito la persona jurídica «ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de

su comisión»); en tercer lugar, establecer obligaciones homogéneas por parte de los Estados de transparencia sobre información no financiera para garantizar unas condiciones de competencia equitativas —*vid.*, Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021 (TA-9-2021-0073_ES) sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa que hará más coercitivas la exigencias contenidas en la Directiva 2014/95/UE sobre información no financiera—, lo que mejorará el funcionamiento de dicho mercado; en cuarto lugar, debe asociarse el fenómeno de la corrupción a la noción genérica de delincuencia organizada. En efecto, la corrupción suele contar con redes estables y con estructuras societarias complejas que sirven para blanquear las amplias cantidades de dinero y para colocarlas posteriormente en paraísos fiscales. En consecuencia, de tenerse en cuenta: 1. el delito de blanqueo, cuya regulación se ha acomodado a las Directivas europeas (artículo 301 y ss. CP), destacándose al respecto dos cuestiones: el artículo 301.4 señala que: «el culpable será castigado, aunque el delito del que provienen los bienes hubiese sido cometido total o parcialmente en el extranjero», y se agravan las penas cuando se blanquean ganancias provenientes de un delito relacionado con la corrupción; 2. el delito de fraude fiscal (artículos 305 a 310 bis); 3. es necesario impulsar la recuperación de activos (instrumentos para facilitar la recuperación de fondos transferidos ilícitamente al extranjero, obligando a las instituciones financieras a un estricto control de clientes, fondos, divulgación de la información financiera, cooperación entre Estados, etc.). En España se ocupa de ello la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) que auxilia a los órganos judiciales y fiscalías en la localización, recuperación, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal y en el de los delitos económicos más graves, en concreto los relacionados con el artículo 127 bis del Código Penal —la corrupción transnacional—, con vistas a su futuro decomiso. La dimensión global de la corrupción requiere, en fin, una respuesta multidisciplinar.

*Autora: Pilar Otero González
(Catedrática de Derecho Penal,
Universidad Carlos III de Madrid, España)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARVELO RODRÍGUEZ, Pablo. «La aportación del marco penal español para erradicar la corrupción transnacional: una doble vía inacabada». En *Eunomía*, 2019, n.º 17, pp. 135-165; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. «Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo». En *Estudios de Deusto*, enero-junio 2015, vol. 63, n.º 1, pp. 205-228; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; FARALDO CABANA, Patricia. «¿Se adecua el Derecho penal español al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales? Avance de resultados de la evaluación en fase 3». En *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2012, 2148, pp. 1-20; NIETO MARTÍN, Adán. «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)». En *Revista Penal*, 2003, n.º 12, pp. 3-26; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. «Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los artículos 286 bis y 286 ter CP)». En *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 451-496; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. «Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza (¿por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?)». En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, octubre 2022-marzo 2023, n.º 23, pp. 65-92.

CRÍMENES DE GUERRA

El término genérico «crímenes de guerra» hace referencia a uno de los crímenes considerados como centrales (*core crimes*) entre los que suscitan la responsabilidad internacional penal de los individuos, y mediante el cual se tipifican como criminales toda una serie de conductas que pueden producirse en el marco de un conflicto armado, considerándolas como contrarias al *ius in bello* (las leyes y usos de la guerra y el conocido como Derecho de La Haya) y/o al actual Derecho internacional humanitario (compuesto por los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977).

La responsabilidad por su comisión ha ido avanzando de la mano del propio Derecho internacional humanitario. Así, aunque las primeras codificaciones sobre las Leyes y Usos de la Guerra no contenían provisiones sobre la responsabilidad penal de los infractores, la necesidad de su regulación se impuso tras la Primera Guerra Mundial, dando lugar a un *corpus iuris* extenso y fragmentando. Hoy en día tal categoría engloba no solo las violaciones graves que se producen en el marco de los conflictos armados internacionales, sino también las producidas en los conflictos armados internos.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 dedicados a la reglamentación del Derecho internacional humanitario incluyeron un título entre sus provisiones dedicado a la «represión de los abusos y de las infracciones» vertebrado a través de dos obligaciones clave de los Estados parte: (i) desarrollar la legislación nacional con el fin de determinar las adecuadas sanciones penales aplicables para los casos de comisión de las infracciones graves; y (ii) la aplicabilidad de los principios de jurisdicción universal y la obligación de *aut dedere aut iudicare* (persecución y enjuiciamiento, o extradición).

Las infracciones graves contenidas en los cuatro convenios (artículo 50 del Convenio I; artículo 51 Convenio II; artículo 130 Convenio III; y

artículo 147 del Convenio IV) son la fundación de los crímenes de guerra considerados por el Derecho internacional penal. Los cuatro artículos comparten las siguientes conductas prohibidas siempre que se cometan contra las personas o bienes protegidos por cada uno de los Convenios:

- el homicidio intencional;
- la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atacar gravemente contra la integridad física o la salud;
- la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

El Convenio III, dedicado a la protección de los prisioneros de guerra, añade al listado de las infracciones graves:

- el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga;
- el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del Convenio.

Mientras que el Convenio IV, dedicado a la protección de la Población Civil, añade a las infracciones graves:

- la deportación o el traslado ilegal;
- la detención ilegal;

- el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga;
- el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del Convenio;
- la toma de rehenes.

Las previsiones de los cuatro convenios fueron posteriormente ampliadas por dos Protocolos Adicionales de 1977: el Protocolo Adicional I dedicado a los conflictos armados de carácter internacional y el Protocolo Adicional II dedicado a los conflictos armados de carácter no internacional.

El Protocolo Adicional I añadirá las siguientes infracciones graves (artículos 11 y 85):

- la puesta en peligro, mediante acción u omisión injustificada, de la salud o integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma;
- someter a las personas en poder de la parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas. En particular se prohíbe, aunque medie consentimiento: las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, y las extracciones de tejidos u órganos para transplantes;
- los actos que causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud, a través de: ataques a la población civil o a las personas civiles; ataques indiscriminados contra la población

civil o bienes de carácter civil a sabiendas de que se producirá tales muertes o daños, y se consideren excesivos; el lanzamiento de ataques contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos; hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el Protocolo;

- el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio;
- la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;
- las prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal;
- el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la parte adversa del apartado b) del artículo 53 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de

arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares; y,

- el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o a las personas en poder de la parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.

Originariamente, el regimen de «infracciones graves» no se extendía a las violaciones producidas en el marco de los conflictos armados de carácter no internacional, regulados en el artículo 3 común a los Convenios (ampliado por el posterior Protocolo Adicional II de 1977). Sin embargo, y a pesar de considerarse que siguen sin dar lugar a las dos principales obligaciones referidas, sí que actualmente se considera que la violación de sus previsiones se considerarán entre las figuras tipificadas como crímenes de guerra en el marco de tales conflictos.

Así, pues, se consideran crímenes de guerra en el marco de conflictos armados no internacionales:

- los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- la toma de rehenes;
- los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Por lo que se refiere al Protocolo Adicional II, no se encuentra referencia alguna a «infracciones graves» pero de sus previsiones se deducen las siguientes prohibiciones adicionales:

- ordenar que no haya supervivientes;
- los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;
- los castigos colectivos;
- la toma de rehenes;
- los actos de terrorismo;
- la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
- la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;
- el pillaje;
- las amenazas de realizar los actos mencionados;
- el reclutamiento de los menores de 15 años en las fuerzas o grupos armados y su participación en las hostilidades;
- se prohíbe someter a las personas detenidas o privadas de libertad a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad;

- no se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad, con el cumplimiento de los principios de responsabilidad penal individual, *ne bis in idem*, in dubio pro reo, respeto a la presunción de inocencia, respeto al derecho a estar presente en el juicio, a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable, y a ser informada sobre los recursos existentes.

Los requisitos generales de producción de los crímenes de guerra derivados del regimen de infracciones graves contenidas en los cuatro convenios se refieren a la existencia de un conflicto armado de tipo internacional, el nexo entre la conducta delictiva y el conflicto armado, y la clase de víctima protegida por cada figura.

Por otro lado, para que pueda existir una violación grave del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y/o del Protocolo Adicional II, en un asunto en concreto, deberán concurrir cinco requisitos que conforman el llamado test de aplicabilidad, desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para Ruanda en asuntos tales como el Fiscal contra el Sr. Clément Kayishema y el Sr. Obed Ruzindana. Tal test supone la confluencia de cinco requisitos:

1. El carácter no internacional del conflicto armado.
2. La existencia de un nexo entre el acusado y las fuerzas armadas.
3. El requisito *ratione loci*.
4. La clase de víctimas.
5. La existencia de un nexo entre la conducta delictiva y el conflicto armado.

Por lo que se refiere al primer requisito, la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional, debemos tener en cuenta que existe una diferencia entre los conflictos armados de carácter no internacional del artículo 3 común y los conflictos armados de carácter no internacional del Protocolo Adicional II. En este sentido, el artículo 3 común supone, como se ha afirmado en numerosas ocasiones, el mínimo de protección humanitaria, mientras que el Protocolo Adicional II extiende esta protección a otro nivel, completando y suplementando la norma, pero sin modificar ninguna de sus condiciones de aplicabilidad.

La diferencia entre uno y otro estará en la intensidad del conflicto. Según ha señalado el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, el artículo 3 común se aplica «en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional», mientras que el Protocolo Adicional II se aplicará «a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 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 internacionales (Protocolo Adicional I) y que se desarrollen en el territorio de una alta parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo» (artículo 1 del Protocolo Adicional II). En todo caso, la competencia para determinar la intensidad del conflicto no reside en las partes involucradas en el mismo, sino que se trata de una aseveración objetiva, que se realizará teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto.

La definición de lo que supone un conflicto armado no internacional del artículo 3 común por parte de las salas de primera instancia se ha remitido a las consideraciones realizadas por la Sala de Apelación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el conocido como asunto Tadic y a los Comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el artículo 3 común. De ambos, se deducen ciertos criterios

sobre la intensidad del conflicto y la organización de las partes en el mismo, que debieran aplicarse para determinar si existe o no un conflicto armado interno:

1. La parte que se rebela contra el Gobierno *de iure* debe poseer una fuerza militar organizada, una autoridad responsable por sus actos, que actúe en un territorio determinado y tenga los medios para respetar y asegurar el respeto de los Convenios de Ginebra.
2. El Gobierno *de iure* debe estar obligado a recurrir a sus fuerzas armadas regulares contra los insurgentes organizados en un ejército y que controlan parte del territorio nacional.
3. Debe existir:
 - un reconocimiento por parte del Gobierno *de iure* de los insurgentes como beligerantes, o - Una declaración del Gobierno *de iure* de su propia condición de beligerante; o
 - un acuerdo otorgando la condición de beligerantes a los insurgentes por el solo propósito de estos Convenios; o
 - una admisión del conflicto en la agenda del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o como un acto de agresión.

Estos mismos criterios se aplican en el supuesto de un conflicto armado interno del Protocolo Adicional II, pero además será necesario probar, según afirman las salas, que:

1. El conflicto armado se desarrolla en el territorio de una alta parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados.

2. Las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados organizados se encuentran bajo la dirección de un mando responsable.
3. Las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados organizados son capaces de ejercer un control tal sobre una parte del territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y
4. Las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados organizados deben ser capaces de aplicar el Protocolo Adicional II.

Con relación al requisito de la existencia de un nexo entre el acusado y las fuerzas armadas, en un primer momento, la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* consideró que debía existir tal nexo limitando pues el sujeto activo de los crímenes de guerra a los individuos pertenecientes a las fuerzas armadas bajo el mando militar de cualquiera de las partes beligerantes, o a los individuos con un mandato legítimo que, como funcionarios o agentes públicos o personas que ejercen de otro modo la autoridad pública o que representan *de facto* al Gobierno, apoyaran o cumplieran los esfuerzos de guerra. Esta limitación establecida se mantuvo hasta la Sentencia en apelación de 1 de junio de 2001, en el asunto el Fiscal contra el Sr. Jean Paul Akayesu, que modificó las consideraciones de la Sala de Primera Instancia respecto al requisito del nexo entre las fuerzas armadas y el perpetrador de la violación, afirmando que no es necesaria tal conexión especial con cualquiera de las partes del conflicto.

Por lo que se refiere al requisito territorial, no existe una limitación con respecto al territorio de la alta parte contratante, ya que el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II se aplicarán en todo su territorio, sin limitarse al frente de guerra o al lugar donde se están produciendo los combates.

El cuarto requisito material de aplicabilidad se refiere a la clase de víctimas. Tanto el artículo 3 común como el Protocolo Adicional II están diseñados para otorgar protección a «las 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». La existencia de elementos no civiles entre la población no supondrá que esta no mantenga el carácter de civil, sino que este únicamente se pierde cuando se participe directamente en las hostilidades.

El último requisito se refiere a la necesidad de que exista un nexo entre la conducta delictiva y el conflicto armado. La conducta delictiva debe estar relacionada o cometerse en relación con las hostilidades que configuran el conflicto armado. No se trata, sin embargo, de un nexo en abstracto, sino que su existencia real deberá ser probada por el fiscal más allá de la duda razonable.

Considerados imprescriptibles tras la firma de la Convención de 1968, hoy en día se encuentran recogidos en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional el cual divide las tipologías de los crímenes de guerra según la división clásica de conflictos armados de carácter internacional de los Convenios y del Protocolo Adicional I, y conflictos armados de carácter no internacional del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II. El Estatuto ha añadido un requisito jurisdiccional para su persecución en tal sede, a saber, que se «cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes». Pero tal requisito no se incluye entre los elementos que consuetudinariamente integran la figura de los crímenes de guerra.

En cualquier caso, la prohibición de comisión de los mismos forma parte del Derecho internacional consuetudinario.

*Autor: María Torres Pérez
(Profesora contratada en la Universitat de València, Facultad de Derecho,
Departamento de Derecho Internacional «Adolfo Miaja de la Muela»)*

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad son, junto al genocidio, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, uno de los cuatro crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya (Holanda). Como es sabido, la Corte Penal Internacional (CPI) entró en vigor el 1 de julio de 2002 al alcanzarse las 60 ratificaciones exigidas por su tratado fundacional, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). No obstante, y a diferencia del genocidio o los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad no han sido definidos por una convención internacional, siendo su definición más remota la ofrecida por el artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg; en ella se condicionaba la persecución de los crímenes de lesa humanidad a que estuviesen vinculados con los crímenes de guerra o con los crímenes contra la paz, actual crimen de agresión. Su redacción actual es fruto de una larga evolución desde su desarrollo inicial en la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, y después de la tipificación y praxis de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

La Corte Penal Internacional es una institución judicial permanente, facultada para juzgar a personas físicas, mayores de edad, por la comisión de los crímenes más graves de transcendencia internacional cometidos después del 1 de julio de 2002, o después de la entrada en vigor para el país firmante. En todo caso, la jurisdicción de la CPI tiene un carácter *complementario* al de las jurisdicciones penales nacionales, y esta podrá ejercer su competencia judicial cuando el Estado parte no quiera juzgar o no pueda realmente hacerlo (artículo 17 ECPI).

Los crímenes internacionales nucleares o los llamados *core international crimes* forman parte del Derecho penal internacional actual, y su fenomenología habitual viene caracterizada por la implicación del Estado en el crimen en cuestión o, al menos, por su anuencia o incapacidad de perseguirlos judicialmente, cuando estos son causados por agentes no esta-

tales o paraestatales (grupos insurgentes, señores de la guerra, cárteles de la droga, etc.). La tipificación de los crímenes internacionales, tanto en su dimensión procesal como sustantiva, ha encontrado su razón de ser en la idea de evitación de la impunidad, y se explica por la implicación activa del Estado en el crimen, o, como mínimo, en su tolerancia o aquiescencia intencional.

Los crímenes internacionales nucleares son los más graves de trascendencia para la humanidad y contemplan conductas de la máxima gravedad respecto a violaciones elementales de derechos humanos, de ahí que se les conozca también como *crímenes de atrocidad* (*atrocities crimes*). A diferencia de los delitos internacionales transfronterizos (como la trata de seres humanos, el blanqueo, o el tráfico de drogas) los delitos genuinos o nucleares de Derecho penal internacional forman parte de las normas imperativas de Derecho internacional (*ius cogens*), y generan la responsabilidad penal internacional directa de quienes los cometen, con independencia de las normas penales internas.

El artículo 7 del ECPI tipifica expresamente los crímenes de lesa humanidad, dotándolos de plena autonomía frente al crimen de genocidio y los crímenes de guerra. No obstante, la definición de los crímenes de lesa humanidad difiere de una legislación penal nacional a otra, y en ocasiones con respecto al marco normativo común establecido en el artículo 7 ECPI, como ocurre en el caso de España en el artículo 607 bis CP.

Desde la perspectiva del Derecho penal internacional, los crímenes de lesa humanidad se definen en el artículo 7 ECPI, como cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un «ataque generalizado o sistemático contra una población civil», siguiendo la «política de un Estado o una organización», y con conocimiento de dicho ataque. Los actos o conductas subyacentes enumerados taxativamente son los siguientes:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de *apartheid*; y
- 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.

Los crímenes contra la humanidad se componen, así pues, de cuatro elementos esenciales:

Por un lado, un *elemento de contexto* referido a la existencia de un «ataque contra la población civil» que debe ser de carácter sistemático o genera-

lizado, y que, a su vez, debe obedecer —como establece el propio artículo 7.2 a) ECPI— a «la política de un Estado o de una organización».

Por otro lado, el ataque debe materializarse en múltiples *conductas típicas subyacentes*, enumeradas en el artículo 7 ECPI, que consisten en gravísimos ataques contra bienes jurídicos individuales de la máxima importancia (vida, integridad física y moral, libertad y libertad sexual) para cuya interpretación me remito a los Elementos de los Crímenes. En todo caso, es preciso acreditar el vínculo o nexo entre la conducta típica subyacente (por ejemplo, la tortura o las detenciones ilegales) y el contexto que trasciende, y que se materializa en el ataque planificado contra los civiles por parte del Estado o de la organización.

Un *elemento subjetivo* referido a que el sujeto activo conozca que su comportamiento se inserta en un ataque contra la población civil de carácter sistemático o generalizado. A este respecto, los Elementos de los Crímenes, que complementan la definición ofrecida en el Estatuto de la CPI, establecen expresamente que dicho conocimiento del ataque «no debe interpretarse en el sentido de que se requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de *todas las características* del ataque, ni de los *detalles precisos del plan o la política* del Estado o la organización». Lo importante a este respecto resulta, pues, que el autor de la conducta dolosa (artículo 30 ECPI) conozca que está realizando la misma en el contexto de un ataque contra la población civil (*dolus specialis*), bastando con que dicho contexto sea conocido de forma general, a pesar de que los detalles y las características concretas del mismo sean difusas para el agente.

El *elemento de contexto*, que consiste en la comisión de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, es el elemento objetivo esencial de los crímenes de lesa humanidad, que permite distinguirlo de otros crímenes internacionales y de los delitos comunes.

De conformidad con los Elementos de los Crímenes, por «ataque contra la población civil» debe entenderse una línea de conducta que implique

la comisión *múltiple* de los actos contra civiles (v. gr. múltiples homicidios de un grupo determinado de civiles opositores, o múltiples homicidios, detenciones ilegales y torturas de disidentes políticos o manifestantes) para cumplir o promover «la política de un Estado o de una organización» de cometer ese ataque. A tenor de lo expuesto en los Elementos de los Crímenes, dicho ataque no tiene que constituir un «ataque de carácter militar» y, por tanto, puede ser de naturaleza propiamente civil, producirse en el seno de un conflicto armado o en tiempos de paz (Katanga, Trial Judgment, párrs. 1105-1105; Werle/Jessberger, 2017, 557).

Dicho ataque contra civiles tiene que satisfacer alternativamente dos notas esenciales. Así pues, el ataque debe tener *carácter sistemático*, es decir, debe ser un ataque de carácter organizado, continuado o recurrente de conformidad con un plan o patrón de conducta (aspecto cualitativo), o, alternativamente, debe tratarse de un ataque *de carácter generalizado*, a gran escala contra civiles, afectando, en varios o en un único acto, a una pluralidad de víctimas (aspecto cuantitativo).

La selección del grupo de población civil afectado por el crimen de lesa humanidad suele obedecer a algún criterio o parámetro determinado, y normalmente se trata de opositores políticos, disidentes, o grupos de civiles de etnias o grupos diferentes. No obstante, el artículo 7 ECPI alude genéricamente a la población civil y no efectúa —como ocurre en el genocidio— una selección o delimitación de grupos determinados. En todo caso, lo esencial es que no sea un ataque incidental o esporádico contra civiles, sino organizado y planificado. Si el ataque se dirige expresamente contra las fuerzas armadas o contra combatientes legítimos conforme al DIH, podrá tratarse eventualmente de crímenes de guerra, regulados en el artículo 8 ECPI, aunque el hecho de que en el ataque a civiles se cometan actos tangenciales sobre fuerzas armadas, no elimina la posibilidad de calificar los hechos como crímenes contra la humanidad (Werle/Jessberger, 2017, 557; Feijóo Sánchez, 2021, p. 2220).

Adicionalmente —y como se mencionó anteriormente— el ataque contra la población civil debe satisfacer el *elemento típico de carácter político* que el artículo 7.2 ECPI establece. Dicho elemento va referido a que el ataque contra la población civil obedezca necesariamente a la política, activa u omisiva, de un Estado o de una organización. Dicha política puede no tener un carácter formalizado y expreso (Katanga, Trial Judgment, párrs. 1109-1110; Bemba Gombo, Trial Judgment, para. 160; Werle/Jessberger, 2017, 568).

Por su parte, los Elementos de los Crímenes determinan que el ataque contra población civil deberá «cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque». Dicha política requiere que el Estado o la organización «promueva o aliente activamente» un ataque contra civiles, aunque se añade en una nota al pie que «esa política, en *circunstancias excepcionales*, podría ejecutarse por medio de una *omisión deliberada* de actuar y que apuntase *conscientemente* a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la *falta de acción* del gobierno o la organización».

En relación con esa política por omisión de un Estado/organización, como indica Alicia Gil Gil (DPI, 2019, p. 428) la mera incapacidad de actuar o la mera negligencia por parte del Gobierno o de la organización no basta para acreditar la concurrencia de una *política por omisión*, pues esta debe tratarse de un supuesto de tolerancia o aquiescencia intencional o deliberada con respecto a la validación de la actividad delictiva de un tercero; máxime si tenemos en cuenta que los funcionarios del Estado, concretamente las Fuerzas Armadas y los cuerpos de seguridad del Estado, son los garantes primigenios de la vida e indemnidad de la población civil en su territorio.

A este respecto, en los casos de política estatal omisiva, puede ocurrir que el ataque provenga de un grupo determinado de agentes estatales (p. ej. escuadrón de la muerte compuesto por funcionarios del Ministerio

del Interior), o de un grupo paraestatal que actúe al margen del Gobierno. En esos supuestos excepcionales, el ataque delictivo (generalizado o sistemático) de ese grupo es tolerado por el Gobierno, cuando este no lo evita, dolosamente, pudiendo y debiendo hacerlo. En esos casos, la tolerancia o aquiescencia intencional del Gobierno acredita la existencia de una «política estatal por omisión» que, desde la perspectiva normativa, tiene un idéntico desvalor que cuando la política estatal es efectivamente diseñada de forma activa por el Gobierno, pues el Estado no solo no debe establecer políticas delictivas contra sus civiles, sino que tampoco debe dejar la suerte de su población civil a merced de terceros dispuestos a delinquir. En esos casos, la omisa evitación de los crímenes, pudiendo y debiendo evitarlos por parte de las Fuerzas de Seguridad del Estado, permite imputar al Gobierno la comisión de crímenes de lesa humanidad, cumplidos, por lo demás, los requisitos objetivos y subjetivos que requieren la comisión por omisión, la responsabilidad del mando *ex* artículos 25 y 28 ECPI, y los elementos típicos de los crímenes contra la humanidad recogidos en el artículo 7 ECPI. En este caso, nótese como el criterio de atribución de la responsabilidad o de imputación se yuxtapone con el «elemento político» que contiene el tipo penal de los crímenes de lesa humanidad *ex* artículo 7 ECPI.

Por «política de una organización» debe interpretarse todo plan intencional que conlleve la realización de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil instaurada por una agrupación o asociación de personas. La «organización» es una asociación de personas con propósitos delictivos, y para que tenga potencial lesivo deberá tratarse de una organización de cierta envergadura, estabilidad y estructura. De hecho, la jurisprudencia de la CPI ha subrayado que la organización «debe disponer de medios suficientes (*sufficient means*) para promover o alentar el atentado, sin que sea necesario ningún otro requisito», destacando que no es preciso que se trate de organizaciones semejantes en fuerza y poder al Estado (Katanga, Trial Judgment, para.1119; Bemba Gombo, Trial Judgment, para. 159; en la doctrina Werle/Jessberger, 2017, 571-572). De ese modo, basta con que se trate de una organización con cierta

envergadura y capacidad de ataque, acompasándose así la definición típica del artículo 7 ECPI a la fenomenología actual de la criminalidad masiva de carácter asimétrico a través de organizaciones no estatales, paramilitares, rebeldes, señores de la guerra, terroristas, etc.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la calificación de una conducta como crimen contra la humanidad exige acreditar, de un lado, la concurrencia de un ataque sistemático (planificado y organizado) o generalizado (multiplicidad de víctimas o comisión a gran escala) contra la población civil (elemento de contexto), y que, de otro lado, ese ataque no sea esporádico o aislado, sino que obedezca a la política —activa u omisiva— de un ente colectivo estatal o de una organización (elemento político). Asimismo, los autores del hecho deben conocer que su acción forma parte de una política trascendente de ataque a la población civil (elemento subjetivo específico).

Todos esos requisitos restringen convenientemente el ámbito típico de los crímenes de lesa humanidad, dejándose al margen del tipo patrones de conducta delictiva atentatorias contra los derechos humanos que no obedecen a políticas estatales o paraestatales, y que no alcanzan las notas de sistematicidad o generalidad en el ataque a la población civil. El desvalor añadido de los crímenes de lesa humanidad con respecto a delitos comunes de homicidio, tortura, detenciones ilegales, etc. se cifra en ese elemento de contexto y de política estatal o paraestatal de ataque contra la población civil. El injusto adicional de los crímenes de lesa humanidad con respecto a delitos comunes de índole estrictamente individual, radica precisamente en ese contexto de masividad o planificación a gran escala del ataque contra civiles, y por ello precisamente el dolo del agente debe acreditarse con respecto a ese contexto, por ser este el que permite añadir un plus adicional de injusto a estos crímenes con respecto a la criminalidad común.

Autora: Ana M. Garrocho Salcedo

*(Profesora de Derecho Penal, Departamento de Derecho Penal,
Procesal e Historia del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GIL GIL, Alicia. «Crímenes contra la humanidad». En GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena (directoras). *Derecho penal internacional*. Madrid: Dykinson, 2019, segunda edición, pp. 421-442; WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian. *Tratado de Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, tercera edición; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. «Delitos contra la comunidad internacional». En MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (director). *Memento práctico Francis Lefebvre: Penal 2021*. Madrid: Francis Lefebvre, 2020, pp. 2197-2244.

CRIMINALIDAD ORGANIZADA / DELINCUENCIA ORGANIZADA / GRUPO DELICTIVO ORGANIZADO / ORGANIZACIÓN DELICTIVA

Diferentes vocablos se usan para referirse a la criminalidad organizada, puede ser también delincuencia organizada, grupo delictivo organizado u organización delictiva. Indistintamente de la denominación utilizada debemos atender a los elementos que conforman la figura. Los académicos aún no logran el consenso sobre una definición, razón por la que habrá que partir de lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC, en lo sucesivo).

Por ejemplo, en el Libro Blanco sobre el Crimen Organizado Transnacional del Consejo de Europa se explica que, el principal problema con relación a la delincuencia organizada transnacional es acordar que se entiende por el término crimen organizado, por esta razón a los efectos de dicha publicación parten de la propia definición de «grupo criminal organizado» contenida en la Recomendación del Consejo de Europa Rec(2001)11 referida a los principios rectores de la definición de la UNTOC (p. 9).

En la página web (<https://www.unodc.org/ropan/es/organized-crime.html>) de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito —UNODC— se explica que la UNTOC no contiene una definición precisa del término «crimen transnacional organizado» ni incluye una lista de los tipos de delitos que podrían constituirlo. Esta ausencia de definición fue pensada para permitir una aplicación más amplia de la UNTOC a los nuevos tipos de delito que emergen constantemente, a medida que las condiciones locales, regionales y globales se modifican en el tiempo.

Sin embargo, la UNTOC sí ofrece a los Estados parte una definición de «grupo delictivo organizado» estructurada con una serie de elementos que la componen de la siguiente manera:

- *un grupo estructurado, no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito (se entenderá creada por un tiempo determinado) y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada (esta definición no requiere como elemento esencial que se demuestre una jerarquía ni la repartición de tareas o roles en la organización);*
- *integrado por tres o más personas;*
- *que exista durante cierto tiempo;*
- *actuando concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, entendidos estos como aquellos delitos cuya conducta sea punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o superior, o delitos tipificados con arreglo a la UNTOC;*
- *con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.*

Mientras, la UNTOC la diferencia del «grupo estructurado» del cual se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Entre otras finalidades, de conformidad con el considerando 6 de la Decisión Marco (DM) 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, el Consejo de la Unión Europea adoptó esta DM para completar la labor de la UNTOC.

En la referida DM se establecen las siguientes definiciones:

- organización delictiva: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
- asociación estructurada: una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada.

Por su parte, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* define el crimen organizado como la:

[d]elincuencia desarrollada por tres o más personas, unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permite a sus dirigentes obtener beneficios o controlar territorios o mercados, nacionales o extranjeros,

mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto al servicio de la actividad delictiva como con fines de infiltrarse en la economía legítima.

Esta definición difiere de la definición de la UNTOC, en aspectos importantes. Requiere como elemento esencial la comprobación de una estructura jerárquica o de relación personal. La jerarquía implica una determinación de roles o tareas. Incluye como elemento esencial la finalidad de obtener beneficios, sin embargo, no especifica de cuál tipo, pero agrega que, también podría ser considerada como tal si controla territorios o mercados nacionales o extranjeros, en este último caso, la consideración de mercado introduce un concepto económico.

También introduce esta definición el elemento del uso de la violencia, intimidación o corrupción al servicio de la actividad delictiva o para infiltrarse en la economía legítima, como podría ser mediante la figura del blanqueo de capitales, empresas o sociedades «pantalla», testaferros, etc. connotación que lo relaciona a un factor económico.

Esta definición nos sirve de ejemplo para demostrar la diversidad de definiciones y la dificultad internacional para acordar un concepto uniforme de criminalidad organizada. Por tanto, la única definición internacional que cuenta con mayor consenso es la dispuesta en la UNTOC, convención que al día de hoy ha sido ratificada por 190 Estados.

Tal y como se afirma en el Preámbulo, párrafo XXVIII, de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español, los pronunciamientos jurisprudenciales demostraron la incapacidad del delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales porque estas «no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia

jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad».

Esta reforma también incorporó el concepto de agrupación o grupo criminal para diferenciarla de la organización criminal, en particular para regular «fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales», en contraposición a aquellas estructuras con vocación de permanencia propias de las organizaciones criminales.

El bien jurídico tutelado es el del orden público como protección de valores fundamentales en una sociedad. Como también se expresa en el Preámbulo de la LO 5/2010 como «inequívocamente, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia» (p.12) razón por la cual el capítulo «De las organizaciones y grupos criminales» se ubicó dentro del título XXII «Delitos contra el orden público», capítulo VI.

A partir de lo expuesto, en el Código Penal español, artículo 570 bis se define como organización criminal «la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos».

Mientras que, el artículo 570 ter in fine prescribe que:

[a] los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

La Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales de la Fiscalía General del Estado establece que «el concierto o coordinación entre los integrantes de la organización supone una cierta

estructura organizativa adecuada para la comisión de los fines propuestos, de modo que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones o roles estará vinculada a un esquema preestablecido, en muchas ocasiones, de carácter jerárquico» (p. 6).

Como mencionamos, la definición que brinda la UNTOC de grupo delictivo organizado establece los elementos mínimos, en este sentido el legislador español fue más genérico y eludió en la figura base que esa agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que la finalidad de la organización sea de carácter económico o material.

La sentencia del Tribunal Supremo n.º 1035/2013, 9 de enero de 2014 recuerda que:

[e]n las SSTS 899/2004, de 8 de julio , 1167/2004, de 22 de octubre, 323/2006, de 22 de marzo , 16/2009, de 27 de enero , y 883/2010, de 4 de octubre, se sintetizan los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación; f) debe tener, finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido.

Y, al mismo tiempo, matiza «la pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación; la intervención de personas, aun coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto un aliud y un plus, frente a la mera codelinquencia» (SSTS 706/2011, de 27-6; 940/2011, de 27-9; y 1115/2011, de 17-11).

Al respecto, la SSTS 309/2013, de 1 de abril impone que, en el supuesto de pluralidad de sujetos activos se establece la diferenciación entre codelinquencia, grupo criminal y organización criminal (STS 239/2012). De tal suerte que, la organización criminal se caracterizará por la agru-

pación de más de dos personas, con la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada con aquella finalidad. Por su parte el grupo criminal no requiere de las características relacionadas con la estabilidad y el reparto de tareas, propias de la organización criminal, razón por la que esta tiene un mayor reproche penal que se refleja en la imposición de penas. Mientras que, el Tribunal Supremo mediante una interpretación integradora del concepto dispuesto en la UNTOC de la codelinuencia, según la cual «se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito».

Continuando con la STS 1035/2013:

[s]egún la doctrina por «jefe» debe entenderse la persona que da órdenes a los otros miembros de la organización; «administrador» es el sujeto al que se le confía la gestión económica de la organización y «encargado» es la persona que tiene a su cuidado cierta cosa o la persona que dirige un negocio en representación del dueño del mismo. Cuando el legislador ha querido dar una relevancia agravatoria a los grupos que se estructuran de manera jerárquica o simplemente organizada, con distribución de funciones, está pensando en un ente que de alguna manera se ha formado con la pretensión de dedicarse al tráfico de estupefacientes y este es el objetivo común que es conocido por todos los integrantes, que se suman a la organización y que admiten y se comprometen a desempeñar los respectivos papeles adjudicados. Por ello el Código, con lógica, establece la diferencia penológica entre jefes, administradores o encargados y los que se supone meros auxiliares o colaboradores, que, por supuesto, no reúnen las notas distintivas de los otros y no tienen ni capacidad de decisión ni de administración ni, por supuesto, son encargados en el sentido jurídico natural de esta expresión (STS n.º 1671/2003, de 15 de diciembre). Así, son jefes «aquellos que dentro de la más o menos marcada jerarquización existente en el grupo organizado, destaquen por dar instrucciones, facilitar medios, preparar alojamientos, o en suma impartir órdenes o dirigir las actuaciones de otros». Puede, por tanto, haber en una organización o asociación más de una sola persona que ejerza la je-

fatura, sea administrador o gestor de la misma o, *de facto*, se encargue de tales cometidos, compartiendo roles directivos con otros (STS n.º 808/2005 de 23 de junio).

Autora: Andrea Murillo Fallas

(Abogada del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, especializada en Derecho penal y cooperación jurídica internacional. Consultora internacional)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CONSEJO DE EUROPA. *White paper on transnational organised crime*. Diciembre 2014, disponible en: <https://rm.coe.int/168070afb4>; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario panhispánico del español jurídico* (DPEJ) [en línea], <https://dpej.rae.es/> [Fecha de la consulta: 24/11/2021]; sentencia Sala Segunda del Tribunal Supremo de España 1035/2013, 9 de enero de 2014, disponible en: <https://vlex.es/vid/-494105230>

CUESTIÓN PREJUDICIAL

La cuestión prejudicial es el instrumento utilizado por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea para establecer el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales. Configurada como un incidente procesal, la finalidad que se persigue con esta cooperación prejudicial es que todos los Estados miembros interpreten y apliquen de manera uniforme el Derecho de la Unión.

1. Regulación de la cuestión prejudicial e instrumentos para su adecuada comprensión

El Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) prevé que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) se pronunciará, entre otros, «con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o

sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones» (artículo 19.3.b del TUE). Con mayor detalle, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), regula el TJUE en la sección quinta de su capítulo destinado a las instituciones. Como parte de las funciones asignadas a este órgano jurisdiccional, el artículo 267 prevé la competencia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación y la validez del Derecho de la Unión Europea.

Estas disposiciones de los tratados se desarrollan en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (DOUE, C 337, de 6 de noviembre de 2012), en cuyos artículos 93 a 118 se abordan los aspectos relativos a las cuestiones prejudiciales. Adicionalmente, para una completa comprensión de este incidente procesal, debe tenerse en cuenta el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (versión consolidada del Protocolo 3, anejo a los Tratados, DOUE, C 203, de 7 de junio de 2016), en especial, sus artículos 19 y ss., relativos al procedimiento que se sigue ante el mismo; las Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DOUE, C 380, de 8 de noviembre de 2019); así como la jurisprudencia del propio TJUE por la que se concretan diferentes extremos relativos a la cuestión prejudicial.

2. Tipos de cuestión prejudicial y efectos de la sentencia que resuelve cada una de ellas

El artículo 267 del TFUE se refiere expresamente a los dos tipos de dudas de carácter prejudicial que pueden plantearse ante los jueces de Luxemburgo (ciudad donde se ubica la institución jurisdiccional de la Unión Europea). Así, de una parte, reconoce que el TJUE tiene competencia para pronunciarse sobre la interpretación de los tratados. De otra parte, lo considera competente para dictaminar sobre la validez y sobre la interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden elevar al TJUE cuestiones prejudiciales interpretati-

vas o de validez, siendo distinto tanto el objeto de cada tipo cuestión como los efectos que se derivan de la sentencia por la que el TJUE solucione la duda.

La *cuestión prejudicial interpretativa* se plantea con el propósito de que el TJUE se pronuncie sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea. El objeto de este tipo de cuestión prejudicial es amplio, por cuanto puede referirse no solo al modo en que deben interpretarse normas de derecho originario (los tratados constitutivos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) o normas de derecho derivado (reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones, etc.), sino también a los principios generales del Derecho de la Unión, los tratados internacionales firmados por la Unión Europea con terceros o la jurisprudencia del propio TJUE. Cuando el TJUE responde a este tipo de cuestiones prejudiciales se limita a interpretar el Derecho de la Unión; con ello, proporciona al órgano jurisdiccional nacional que elevó la duda los elementos necesarios para aplicar correctamente la norma que ha sido interpretada y resolver conforme a esta el litigio principal en cuyo marco se planteó la cuestión. Ahora bien, los efectos de la sentencia del TJUE por la que se da respuesta a una cuestión prejudicial interpretativa no se limitan al caso concreto, sino que tienen alcance general, en otras palabras, la interpretación de la norma de Derecho de la Unión Europea realizada por el TJUE es vinculante para cualquier órgano jurisdiccional de cualquier Estado miembro que deba aplicarla en un asunto sometido ante el mismo.

La *cuestión prejudicial de validez* se plantea con el propósito de que el TJUE se pronuncie sobre si una norma de derecho derivado es conforme al derecho originario de la Unión Europea (en otras palabras, si respeta las disposiciones de los tratados y/o de la carta). Por tanto, su objeto es más reducido que el de la cuestión prejudicial interpretativa, en cuanto se limita a los actos que proceden de las propias instituciones, órganos u organismos de la Unión. En su respuesta a las cuestiones prejudiciales de validez, el TJUE puede considerar que la disposición de derecho de-

rivado es contraria a lo previsto en las normas de derecho originario, reconociéndola como inválida y declarando su nulidad. En consecuencia, los efectos de la sentencia del TJUE por la que se da respuesta a una cuestión prejudicial de validez han de hacerse extensivos a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, quienes no podrán aplicar esta norma que habrá de considerarse nula desde el momento de su adopción (esto es, el pronunciamiento del TJUE tendrá efectos *erga omnes* y *ex tunc*).

3. *El órgano jurisdiccional nacional que puede o debe elevar cuestión prejudicial y los criterios que han de tenerse en cuenta para su planteamiento*

En función del grado en que resuelva el órgano jurisdiccional nacional que duda sobre la interpretación o sobre la validez de una norma de Derecho de la Unión Europea, el artículo 267 del TFUE delimita el carácter obligatorio o potestativo de elevar cuestión prejudicial. Así, si la duda se plantea en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional frente a cuyas decisiones no quepa ulterior recurso judicial (en otras palabras, con el que se agote la vía interna), este queda obligado a elevar la cuestión prejudicial al TJUE. En cambio, en el resto de los supuestos, es decir, cuando sea posible presentar posterior recurso judicial contra la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional nacional ante el que surge la duda, este queda facultado para elevar la cuestión prejudicial al TJUE, no siendo obligatorio su planteamiento.

Las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los distintos Estados miembros han llevado al TJUE a matizar en su jurisprudencia qué debe entenderse por *órgano jurisdiccional nacional* a efectos de estar legitimado para presentar cuestión prejudicial ante los jueces de Luxemburgo. De este modo, para considerar que un órgano jurisdiccional nacional puede incluirse en el concepto autónomo de Derecho de la Unión previsto en el artículo 267 del TFUE, el TJUE exige la concurrencia acumulativa de una serie de requisitos, a saber (1) que se trate de un órgano expresamente previsto en la ley; (2) que sea obligatoria su juris-

dicción o competencia; (3) que resuelva conforme a derecho, es decir, aplicando normas jurídicas; (4) que se respete el principio de contradicción en el procedimiento ante el mismo; (5) que sea independiente; y, (6) que tenga carácter permanente.

También con base en la jurisprudencia del TJUE deben matizarse dos extremos a propósito del órgano jurisdiccional nacional que puede o debe plantear la cuestión prejudicial. El primero es que ha de tratarse del órgano que conoce del litigio principal en el marco del cual surge la duda (por cuanto conoce directamente tanto el asunto como la necesidad de que el TJUE se pronuncie prejudicialmente para resolverlo). El segundo extremo es que nada excluye que las partes del litigio principal soliciten al órgano jurisdiccional nacional el planteamiento de cuestión prejudicial, no obstante, este puede negarse a elevar la duda al TJUE siempre que ofrezca a quien lo pidió una respuesta suficientemente motivada.

Con el propósito de concretar el margen de apreciación del órgano jurisdiccional nacional al decidir sobre si eleva o no cuestión prejudicial, el TJUE ha utilizado como criterio la necesaria existencia de una «duda razonable» sobre la interpretación o la validez de la norma de Derecho de la Unión que debe aplicar para resolver el litigio principal. Lo anterior implica que no será obligado elevar cuestión prejudicial cuando se trate de un acto aclarado (en palabras del TJUE: «cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo») o de un acto claro (en palabras del TJUE: «la correcta aplicación del Derecho de la Unión puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada») [en ambos casos, S.T.J.C.E., CILFIT, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, puntos 13 y 16].

En la misma línea, el TJUE también ha considerado inadmisibles las cuestiones prejudiciales de carácter hipotético o cuya respuesta no fuera determinante para resolver el litigio principal. Superados estos aspectos,

el planteamiento de cuestión prejudicial no debe verse impedido por el hecho de que la norma haya sido aplicada con anterioridad, sin cuestionar su compatibilidad con el Derecho de la Unión, por un órgano superior jerárquicamente al que tiene la duda, ni por el hecho de que el propio TJUE se haya pronunciado previamente sobre la norma cuya interpretación o validez se cuestiona en el litigio principal.

4. El procedimiento para la resolución de la cuestión prejudicial ante el TJUE

El procedimiento para la resolución de la cuestión prejudicial se inicia cuando el TJUE recibe la resolución del órgano jurisdiccional nacional donde se formula la duda. El artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia detalla que la petición de decisión prejudicial deberá contener (1) las preguntas formuladas sobre la interpretación y/o la validez del Derecho de la Unión Europea; (2) la exposición del objeto del litigio principal y de los hechos en que se basan las cuestiones; (3) las disposiciones nacionales aplicables al caso (y, si procede, también la jurisprudencia nacional sobre las mismas); y, (4) las razones por las que se plantea esas dudas prejudiciales y la relación entre las normas de Derecho de la Unión sobre las que se pide pronunciamiento prejudicial y la normativa nacional que ha de aplicar al asunto concreto.

Las normas que regulan este incidente procesal no determinan el momento del litigio principal en que el órgano jurisdiccional nacional ha de plantear la duda, pudiendo, con ello, formularla en cualquier momento del proceso. Sin embargo, en los puntos 12 y 13 de sus recomendaciones relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, el TJUE establece que, si bien las mismas pueden elevarse tan pronto como el órgano jurisdiccional nacional considere que para resolver el litigio principal precisa de la respuesta de los jueces de Luxemburgo, parece más oportuno plantearlas en un estado avanzado del proceso y tras un debate contradictorio, pues de ese modo el remitente podrá concretar con precisión los distintos elementos que interesa conocer al TJUE para pronunciarse sobre las dudas prejudiciales. En cualquier caso, planteada la cuestión

prejudicial, el litigio principal ante el órgano jurisdiccional nacional queda suspendido a la espera de la sentencia del TJUE.

En el procedimiento prejudicial seguido ante el TJUE tienen la posibilidad de presentar sus observaciones distintos actores (pudiendo, todos ellos, intervenir en la fase escrita y/o en la fase oral). Con carácter general, están autorizados para participar los Estados miembros, la Comisión, la institución, órgano u organismo de la Unión Europea que haya adoptado el acto cuestionado y las partes del litigio principal (estas últimas pueden solicitar asistencia jurídica gratuita para hacer frente a los gastos del proceso [conforme al régimen previsto en los artículos 115 a 118 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia]). En cambio, quien no participa ni de forma escrita ni de forma oral ante el TJUE es el órgano jurisdiccional nacional que elevó la duda.

Asimismo, cuando la cuestión prejudicial afecte al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, tanto los Estados parte que no sean miembros de la Unión como el Órgano de Vigilancia de la AELC, también están autorizados a presentar sus observaciones; idéntica autorización puede preverse en favor de terceros Estados respecto de acuerdos celebrados por el Consejo cuando la cuestión prejudicial ante el TJUE sea relativa al ámbito de aplicación de dicho acuerdo. En todos los supuestos indicados, el plazo para presentar las observaciones escritas es de dos meses a contar desde que se les notifica la petición de decisión prejudicial (artículo 96 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

La lengua utilizada en el procedimiento ante el TJUE para la resolución de la cuestión prejudicial será la del órgano jurisdiccional nacional que remitió la duda a Luxemburgo (artículo 37.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia). Sin embargo, durante el desarrollo de este procedimiento, los distintos actores autorizados para participar pueden hacer uso de cualquiera de las veinticuatro lenguas oficiales de la

Unión Europea (a saber, alemán, búlgaro, checo, croata, danés, eslovaco, esloveno, español, estonio, finés, francés, griego, húngaro, inglés, irlandés, italiano, letón, lituano, maltés, neerlandés, polaco, portugués, rumano y sueco [artículo 36 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia]), encargándose el Secretario de que se realice la traducción a la lengua de procedimiento (artículo 39 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia).

El procedimiento que se sigue ante el TJUE para la resolución de las cuestiones prejudiciales se caracteriza por su naturaleza mixta, descomponiéndose el mismo en una primera fase escrita y una segunda fase oral (para algunas excepciones justificadas a esta regla general *vid.*, el punto 31 de las Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales). Cuando en respuesta a una duda prejudicial se siga el *procedimiento general* —el utilizado en la mayoría de las ocasiones—, los distintos actores facultados para formular sus observaciones deberán presentarlas por escrito en un plazo de dos meses desde que se les notifica el asunto; estos actores podrán participar en Luxemburgo ante los jueces del TJUE, quienes les darán audiencia. Terminada la vista, el Abogado General presentará sus conclusiones si se considera que el asunto plantea alguna cuestión de derecho nueva (artículos 23 y 20, respectivamente, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

5. *Las particularidades del procedimiento simplificado, el procedimiento acelerado y el procedimiento prejudicial de urgencia*

El procedimiento general para la resolución de cuestiones prejudiciales expuesto en el apartado anterior puede verse modificado, dando lugar a tres procedimientos con características que difieren ligeramente del original. El primero es el denominado *procedimiento simplificado*; el cual permite que, en lugar de responder mediante una sentencia, el TJUE resuelva la cuestión con un auto motivado en aquellos supuestos en que

la duda sea idéntica a otra sobre la que ya se haya pronunciado, la respuesta a la cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de su jurisprudencia o la pregunta prejudicial planteada no suscite en realidad una duda razonable; lo anterior podrá decidirlo el TJUE en cualquier momento, a propuesta del juez ponente y tras dar audiencia al abogado general (artículo 99 Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia).

El segundo y el tercero son, respectivamente, el *procedimiento acelerado* y el *procedimiento prejudicial de urgencia*. El artículo 267 *in fine* del TFUE obliga al TJUE a pronunciarse con la mayor brevedad cuando la cuestión prejudicial se plantee en relación con una persona privada de libertad. Esto se concreta en el artículo 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde se matiza que el plazo para presentar las observaciones escritas será más reducido que el previsto para el procedimiento general, así como que será posible prescindir de las conclusiones del abogado general.

Regulado en los artículos 105 y 106 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el *procedimiento acelerado* puede utilizarse cuando la propia naturaleza del asunto exija su resolución en un plazo breve; si bien esto puede solicitarse por el órgano jurisdiccional nacional que plantea la duda o acordarse de oficio por el TJUE, la decisión habrá de adoptarse, en todo caso, tras dar audiencia al juez ponente y al abogado general. La tramitación acelerada se materializa, primero, reduciendo el plazo para que los actores presenten sus observaciones —el cual nunca podrá ser inferior a quince días—; y, segundo, fijando de inmediato la fecha de la vista y comunicándola a los actores en la misma notificación del asunto.

Por su parte, el *procedimiento prejudicial de urgencia* se regula en los artículos 107 a 114 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. El ámbito de aplicación del mismo se reduce a las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, siendo el órgano ju-

risdiccional remitente quien ha de pedir la tramitación siguiendo este cauce —exponiendo, en su solicitud, las circunstancias de derecho y de hecho que acrediten la urgencia y justifiquen su aplicación, así como la respuesta que este proponga a las dudas planteadas—. Si el recurso al procedimiento de urgencia no es solicitado por quien elevó la cuestión prejudicial, solo excepcionalmente podrá el TJUE acordar de oficio seguir los trámites urgentes para resolver la duda planteada. En el procedimiento prejudicial de urgencia los plazos para presentar las observaciones escritas pueden reducirse y la fecha de celebración de la vista será comunicada tan pronto como sea posible; adicionalmente, podrá restringirse la facultad de presentar observaciones escritas a los actores enumerados en el apartado anterior e, incluso, omitirse la fase escrita del procedimiento en casos de extrema urgencia.

Autora: Patricia Llopis Nadal
(Profesora contratada doctora de Derecho Procesal,
Universitat de València)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LLOPIS NADAL, Patricia. «La cuestión prejudicial como instrumento para interpretar derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2019, vol. 1, n.º 23, pp. 111-141; MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego, J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2016, novena edición, pp. 482 a 490.

D

DEPORTACIÓN O EXPULSIÓN

En el ámbito del Derecho penal y el Derecho administrativo, la deportación o expulsión se refiere al acto jurídico de un Estado que consiste en obligar a una persona extranjera, que haya vulnerado la ley o que no tenga derecho a residir o a encontrarse en un determinado país, a abandonarlo, o bien al hecho de ejecutar forzosamente este acto.

En el ámbito del Derecho internacional humanitario «el término “deportación” hace referencia al desplazamiento forzado de civiles, prohibido en tiempos de ocupación y de conflicto armado no internacional, salvo cuando sea necesario en aras de la seguridad de dichos civiles o por razones militares imperiosas» (OIM, 2019).

Esta entrada del diccionario se va a referir al término deportación o expulsión en el ámbito penal y administrativo, relacionado con las migraciones. Para ello se inicia con unas aclaraciones terminológicas y sigue con la descripción de las principales tipologías de expulsión en el ámbito de la Unión Europea (UE) y su finalidad. A continuación, se presta especial atención a los aspectos comunes de la repatriación en la normativa europea e internacional y a las peculiaridades de la ejecución de esta medida, y finalmente, como ejemplo de la concreción de sus tipologías, se ofrece un breve resumen de las formas de expulsión previstas por el Derecho español.

1. Aclaraciones terminológicas

Existen distintas expresiones para referirse a esta figura jurídica: deportación, expulsión, devolución, repatriación forzada, retorno, extraña-

miento, etc. y su utilización a nivel nacional e internacional no es uniforme. El uso de los distintos términos depende de las definiciones normativas nacionales y supranacionales, así como de las tradiciones jurídicas y lingüísticas de cada contexto.

Deportatio es una palabra latina que significa ‘el efecto de llevar’ (*portatio*) ‘lejos’ (*de-*) y que se utilizaba para referirse al destierro o extrañamiento de personas condenadas y a su confinamiento en lugares alejados. Según el diccionario de la RAE, deportar significa, ‘desterrar a alguien a un lugar, por lo regular extranjero, y confinarlo allí por razones políticas o como castigo’. Históricamente, el lugar de destierro fueron las colonias penales de algunos países europeos, por lo que con la descolonización se redujo el uso de esta forma de castigo. Actualmente, en los países anglosajones se continúa utilizando la expresión deportación, pero para referirse a la expulsión de ciudadanos extranjeros.

La normativa común europea sobre la materia (Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (directiva de retorno) define, en su artículo 3 «retorno», «decisión de retorno» y «expulsión», de la siguiente forma:

[...]

3) «retorno» [es a efecto de la mencionada directiva] el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país [es decir, no nacional de un país miembro de la UE], bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a:

- su país de origen, o
- un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u

- otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido;

4) «decisión de retorno» una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno;

5) «expulsión» la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro.

En un sentido distinto, en la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* se identifica la tendencia de denominar expulsión (*expulsion* en inglés) a la orden legal de abandonar el territorio de un Estado, y deportación (*deportation*) a la ejecución efectiva de dicha orden en caso de que la persona se oponga a cumplirla voluntariamente (KALIN, 2020). Sin embargo, en la legislación de los países de habla hispana lo más frecuente es el uso del término expulsión, ya sea para referirse a la orden de expulsión o a su ejecución.

2. Tipos y finalidad de la expulsión

En los países de la UE generalmente encontramos dos tipologías principales de expulsión: una basada en motivos penales o de orden público y otra fundamentada en el incumplimiento de la normativa de entrada o residencia en el país.

La Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, en su artículo 3 especifica que las decisiones de expulsión (*removal* en inglés) de un *nacional de un tercer país* pueden basarse en dos tipos de supuestos:

a) [...] en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales y adoptada en los casos siguientes:

- condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año;

- existencia de sospechas fundadas de que el nacional de un tercer país ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos en el territorio de un Estado miembro.

b) [...] en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia de extranjeros.

Estas dos tipologías de expulsión tienen una finalidad y naturaleza distintas. Por un lado, la primera es una medida penal o administrativa, habitualmente regulada en el Derecho interno de cada país, orientada por objetivos político-criminales. Por el otro, la finalidad principal de la segunda tipología es el control de fronteras y la gestión de las migraciones y su régimen jurídico es civil o administrativo. Como la política migratoria es competencia de la UE, existen varias normas de Derecho comunitario que inciden sobre los aspectos de estas medidas que deben formar parte de las legislaciones estatales. Los más importantes se presentan a continuación.

3. Aspectos comunes y límites de la repatriación en la normativa europea e internacional

En el Derecho de la UE, existen varias normas que regulan distintos aspectos en relación con la repatriación de nacionales extranjeros (no europeos) que se encuentren en situación de estancia o residencia irregular en el territorio de la UE; la más importante es la Directiva de Retorno, cuyo objetivo es armonizar las legislaciones nacionales en relación con los procedimientos y criterios que deben aplicar los Estados miembros que tengan que llevar a cabo una expulsión.

Con el objetivo de mejorar la eficacia de las repatriaciones y reducir la duración de los procedimientos de retorno, esta Directiva, aprobada en 2008, se encuentra en proceso de revisión desde 2018 (DÍAZ CREGO, 2021), pero hasta la fecha (enero de 2022) no se ha aprobado un nuevo texto.

Los ámbitos de aplicación subjetiva de la Directiva son todos los nacionales de terceros países que no cumplen o que han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro y que, por lo tanto, se encuentran en situación irregular. En cambio, no se aplica a «nacionales de terceros países que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición» (artículo 2). Tampoco se aplica a los nacionales de otros países de la UE o a sus familiares, beneficiarios del Derecho comunitario a la libre circulación (regulado en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (Directiva comunitaria).

Uno de los aspectos más importantes de esta Directiva es que establece la preferencia por el retorno voluntario ante el forzoso, por lo que los Estados deberán conceder un plazo para la salida voluntaria antes de proceder a la ejecución de la expulsión (artículo 7). Asimismo, permite la utilización de medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de las personas que incumplan la resolución, que deberán ser proporcionales y utilizarse solo como último recurso (artículo 8.4) y prevé la imposición de una prohibición de entrada en cualquier país de la UE para estos casos (artículo 11).

La normativa europea establece las garantías procedimentales que deben respetar los Estado en las decisiones de retorno, de prohibición de entrada y de expulsión (artículos 12, 13 y 14). De este modo, la Directiva

regula las condiciones comunes para las expulsiones o repatriaciones forzosas de los nacionales de terceros países en situación irregular «de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos» (artículo 1).

Los límites a la expulsión establecidas por la Directiva son el interés superior del niño, el respeto a la vida privada y vida familiar, el estado de salud del nacional del tercer país de que se trate, y el respeto al principio de no devolución (artículo 5).

El principio de no devolución (en francés, *non-refoulement*) es una garantía imprescindible para asegurar el derecho al asilo y la prohibición de la tortura y los tratos degradantes prevista por el Derecho internacional. En concreto, el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, establece que «ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia determinado grupo social, o de sus opiniones políticas».

Por su parte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes también prohíbe «la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura» (artículo 3.1).

Asimismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) establece en su artículo 3 que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes» y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos amplía esta prohibición como una prohibición absoluta respecto a la expulsión.

4. *Peculiaridades de la ejecución*

La expulsión es una medida que para ser aplicada requiere unas determinadas condiciones logísticas y diplomáticas que no siempre están al alcance de los países. La ejecución de una expulsión o repatriación requiere acuerdos diplomáticos de readmisión, la tramitación de salvoconductos, la disponibilidad de medios de transporte, etc. Por ello, depende de estos factores que las expulsiones se acaben implementando y que sean más o menos costosas.

En el ámbito de la UE existe una gran disparidad entre las órdenes de expulsión dictadas y aquellas ejecutadas, que en 2016 fueron el 45,8 % y en 2019 el 28,9 % (DÍAZ CREGO, 2021). Asimismo, a pesar de tratarse de una medida regulada por normativa comunitaria, su aplicación es muy dispar en los distintos Estados, ya que frecuentemente depende de la disponibilidad presupuestaria, de orientaciones políticas, presiones mediáticas o de otros factores contextuales.

En el caso de que las personas sujetas a una orden de salida o de expulsión no la cumplan voluntariamente, de acuerdo con la Directiva de Retorno es posible que se decrete su internamiento o detención por un máximo de 6 meses (artículo 15.5), ampliables hasta 18 (artículo 15.6) en unos centros específicos a tal efecto, distintos de las prisiones o al menos, en dependencias separadas de las de los presos (artículo 16.1), para preparar la repatriación y llevar a cabo la expulsión. De acuerdo con la normativa europea, esta medida tan solo se justifica en caso de que la aplicación de medidas menos coercitivas no sea suficiente (artículo 15.1).

5. *Tipologías de expulsión en el Derecho español*

En el Derecho español las tipologías de expulsión se concretan en la expulsión penal, o judicial, y la expulsión administrativa:

5.1. La *expulsión penal* es aquella impuesta por un tribunal en el marco de un procedimiento penal en que el imputado es una persona de nacionalidad extranjera, independientemente de su situación administrativa de estancia o residencia. Los ciudadanos de la UE tan solo pueden ser expulsados penalmente si concurren circunstancias excepcionales relacionadas con la peligrosidad y la gravedad del delito. Se trata de una pena sustitutiva de la condena a prisión superior a un año, que va acompañada de una prohibición de entrada de entre 5 y 10 años. A pesar de que la regla general es la sustitución de la totalidad de la condena, excepcionalmente, cuando el juez lo estime necesario, es posible el cumplimiento total o parcial de la pena. Esta forma de expulsión está prevista en el artículo 89 del Código Penal y no debe confundirse con la extradición, ni con el traslado de presos basado en el reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal a efectos de ejecución en la UE (Decisión Marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea).

La doctrina ha criticado que la sustitución de la condena por expulsión significa una desvinculación manifiesta de la orientación resocializadora que puede comprometer el principio de igualdad, y que independientemente de la naturaleza penal de esta medida, en la práctica su finalidad es la de favorecer los fines de la política migratoria (FERNÁNDEZ BESSA, 2021).

5.2. La *expulsión administrativa* es una medida aplicable a las personas de nacionalidad extranjera que no cumplen o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia de un Estado, pero también puede ser una forma de sanción especial por infracciones de orden público cometidas por extranjeros o, incluso, medidas preventivas establecidas con base en la peligrosidad de las personas no nacionales; por lo tanto, tiene una estrecha relación con aspectos penales. El Derecho español contempla en la ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11

de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social - LOEX), distintas formas de repatriación administrativa que se concretan en las figuras de expulsión, devolución y retorno por denegación de entrada:

a. La expulsión es una medida administrativa que puede ser:

- i. Una sanción por una infracción grave o muy grave contemplada por la LOEX, cometida por una persona extranjera no comunitaria. El motivo más común de infracción es la estancia en situación irregular. Es necesario destacar que en caso de que la persona inmersa en un procedimiento de expulsión se encuentre imputada o procesada penalmente (por delitos en que se establezca una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de diferente naturaleza), para la ejecución de la expulsión es necesaria la autorización judicial de renuncia del *ius puniendi* en favor de la expulsión (artículo 57.7 LOEX).
- ii. Una consecuencia accesoria o sanción suplementaria ligada a la comisión de un delito por parte de una persona extranjera, independientemente de su situación administrativa, que se aplica una vez cumplida la condena, ya que tener antecedentes penales vigentes constituye automáticamente un motivo de expulsión (artículo 57.2 LOEX).
- iii. Una restricción de la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios y asimilados (nacionales de países del EEE y sus familiares) prevista por el artículo 15 de la Directiva 2004/38/CE, cuando se den razones de orden público, seguridad pública o salud pública, limitadas por el principio de proporcionalidad.

b. La devolución es un procedimiento de carácter urgente en que se establece la salida obligatoria. Existen dos motivos de devolución:

1. el incumplimiento de una prohibición de entrada previamente impuesta junto a una expulsión; y,
2. la entrada o el intento de entrar ilegalmente al país, cuando la persona extranjera es interceptada en la frontera o en sus inmediaciones (artículo 58.3 LOEX).

c. El retorno no es propiamente una expulsión ni una salida forzosa. Tiene lugar en los puestos fronterizos habilitados y consiste en la denegación de entrada motivada por el incumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para entrar en el país (artículos 26.2 y 60 LOEX).

Todos los supuestos de expulsión administrativa pueden permitir el ingreso en un centro de internamiento por un máximo de 60 días (artículo 62 LOEX).

Autora: Cristina Fernández Bessa
(Investigadora posdoctoral Ramón y Cajal, Departamento de Derecho Público,
Área de Penal - Universidade da Coruña, España)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DÍAZ CREGO, María. *Briefing. EU Legislation in Progress. Recasting the Return Directive*. European Parliamentary Research Service, 2021; OIM (Organización Internacional para las Migraciones). *Glosario de la OIM sobre Migración*, 2019, disponible en <https://publications.iom.int/es/node/2407>; FERNÁNDEZ BESSA, Cristina. *Los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Una introducción desde las Ciencias Penales*. Madrid: Iustel, 2021; KÄLIN, Walter. «Aliens, Expulsion and Deportation». En WOLFRUM, Rüdiger (editor). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. New York: Oxford University Press, 2020.

DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

El derecho a la doble instancia se concibe en favor del imputado en un proceso penal, a fin de garantizarle la posibilidad de recurrir la sentencia que le ha resultado adversa. Más precisamente, se trata de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante un tribunal distinto, jerárquicamente superior e independiente.

Consecuentemente, tal y como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Estados deben asegurar el doble conforme y observar las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y del artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), a fin de afianzar la tutela judicial efectiva de toda persona sometida a un proceso penal.

Por su parte, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prescribe: «[...] toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley [...]».

A continuación, se articulará la definición del derecho a la doble instancia con un breve apunte respecto de su contenido y aplicación por parte de los Tribunales Regionales (i); su perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ii); y desde los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (iii).

i. Breve apunte respecto de su contenido y aplicación por parte de los tribunales regionales

Los tribunales regionales de protección de los derechos humanos tienen a su cargo la salvaguarda de los derechos esenciales del hombre entre los que converge, el derecho a la doble instancia.

En el ámbito americano, quién determina la interpretación y el alcance de la garantía del derecho a la doble instancia es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Al respecto, solo los Estados partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pueden someter casos a consideración de la Corte.

Por el contrario, en el espacio europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que no es una institución de la Unión Europea, faculta a que cualquier persona física o jurídica, Estados y ONG, puedan denunciar los Derechos reconocidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) entre los que se incluye, el derecho a la doble instancia.

Finalmente, en el entorno de la Unión Africana, coexiste la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, con el objeto de velar por el cumplimiento de los preceptos establecidos en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDH) que comprende el derecho a apelar las decisiones jurisdiccionales.

A propósito, la corte africana cuenta con una comisión similar a la concebida para el continente americano, que somete los casos a consideración de la Corte. De manera análoga, las víctimas de violaciones de los derechos humanos contemplados en la Carta no pueden presentar denuncias, directamente, ante la Corte.

Seguidamente, se referenciará el derecho a la doble instancia en las convenciones internacionales apuntadas y se comentará el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH, respectivamente.

- En el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el artículo 8 se lee lo siguiente:

[...] 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal será público salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia [...].

- En el marco del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), en su artículo 2 se aprecia lo siguiente:

[...] 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultados de un recurso contra su absolución [...].

- En el marco de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDH), el artículo 7 indica lo siguiente:

[...] 1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:

- a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes;
- b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia;
- c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección;
- d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial [...].

ii. En el contexto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Para empezar, vale reseñar que las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se potencian por la necesidad de que el recurso sea efectivo, sencillo y rápido, en los términos de los prescripto por el artículo 25 de la Convención.

Ciertamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* de 17 de noviembre de 2009, puso de relieve la necesidad de que los Estados aseguren el doble conforme. Así, se ha ido configurando la idea de que:

[...] la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado [...].

De igual manera, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de 2 de julio de 2004, la CIDH estableció que el derecho a recurrir el fallo resulta una garantía primordial, que debe respetarse en el marco del debido proceso legal.

Al respecto, la CIDH interpreta que el recurso al que se refiere el artículo 8.2.h de la Convención debe ser ordinario y eficaz, dando respuesta a la finalidad para la cual fue concebido. Naturalmente, se exige que sea accesible y que habilite un examen integral de la decisión recurrida, sin limitar la revisión a aspectos formales o legales.

En consecuencia, y con el fin de garantizar el recuso efectivo, frente a una situación no reglada expresamente por el ordenamiento procesal penal local, se debe optar por aquella interpretación más respetuosa del principio *pro homine*, garantizando el derecho al recurso que le asiste a toda persona inculpada por un delito.

En el mismo sentido, la Corte ha establecido que «[...] no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser eficaces [...]». En definitiva, se exige que el recurso interpuesto, otorgue respuestas al fin para el que ha sido concebido.

Por otra parte, la CIDH en el precedente *Petruzzi y otros vs. Perú*, de 30 de mayo de 1999, estableció que para que exista una verdadera revisión de la sentencia, será preciso que el Tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Evidentemente, si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él.

De igual manera, en el caso *Mohamed vs. Argentina*, de 23 de noviembre de 2012, la CIDH es conteste en afirmar que la Convención Americana no prevé excepciones al derecho a recurrir condenas penales, como las que contempla el Sistema Europeo, para las infracciones penales de menor gravedad, tal y como se evidenciará *infra*.

Concluyentemente, es dable constatar que la Corte Interamericana a través de su recorrido jurisprudencial ha ido dotando de contenido al derecho a la doble instancia que, para adecuarse a las exigencias estableci-

das por el artículo 8 la Convención deberá articularse mediante un recurso eficaz, accesible y sin restricciones que puedan tornar ilusorio ese derecho.

iii. En el contexto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Sobre el particular, la jurisprudencia reiterada del TEDH concibe que el derecho a la doble instancia, contenido en el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo, debe interpretarse a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 6 del Convenio Europeo. Así, el derecho a un proceso equitativo incluye la presunción de inocencia del acusado hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Expuesto el marco general, cabe resaltar que el Tribunal Europeo ha venido delineado una serie de criterios establecidos en el caso Engel y otros c. Países Bajos, de 8 de junio de 1976, a partir de los cuales, para determinar si ha existido una acusación penal, habrá que ponderar la calificación jurídica del delito con arreglo al Derecho interno; el carácter del delito y el nivel de gravedad del delito que el interesado corre riesgo de sufrir.

Consecuentemente, y a la luz de los criterios expuestos, tal y como se desprende del asunto Saquetti Iglesias c. España, de 20 de junio de 2020, lo primero que habrá que identificar, para aplicar el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio, es el carácter penal de la sanción impuesta. Seguidamente, habrá que garantizar la posibilidad de revisión de condena ante un órgano jurisdiccional superior.

Naturalmente, como lo expone el Tribunal, no importará que la sanción impuesta no implique la privación de la libertad del acusado. Con todo, la ausencia de pena privativa de libertad no es un factor decisivo, ni el único criterio que debe tenerse en consideración al ponderar la gravedad de la sanción.

En definitiva, los órganos jurisdiccionales domésticos se encuentran obligados a efectuar un examen de proporcionalidad de las medidas impugnadas, siempre que pretendan ampararse en las excepciones previstas para infracciones penales de menor gravedad, del artículo 2.2 del Protocolo 7.

Luego, habrá que determinar, en el caso concreto, si se ha permitido al acusado gozar, efectivamente, de un derecho doble instancia. A tal fin, resultará imprescindible la intervención de un Tribunal de naturaleza superior, independiente e imparcial. Por su parte, el apartado 17 del Informe Explicativo del Protocolo 7 del CEDH, señala que las autoridades «[...] que no sean tribunales en el sentido del artículo 6 del Convenio no pueden ser tenidas en cuenta como jurisdicciones [...]».

En otro orden de ideas, cabe poner de manifiesto que, pese a que la revisión por parte de los tribunales superiores se regula de manera disímil en cada uno de los Estados, la jurisprudencia del TEDH advierte que cualquier limitación del derecho a recurrir por parte del sancionado, a un tribunal superior, queda fuera del margen de apreciación del que gozan los Estados e infringen la esencia misma del derecho a la doble instancia.

En suma, nótese que, a través de la normativa y la jurisprudencia internacional apuntada, las cortes regionales revelan el derecho a la doble instancia, como un precepto vivo en favor de toda persona sometida a proceso a quién se le concede un recurso efectivo y sin restricciones, que permita revisar (integralmente) a un Tribunal jurisdiccional y jerárquicamente superior, las sanciones interpuestas por un órgano inferior.

Autor: Alejandro Olivera Iriarte
(Abogado en el Poder Judicial de la Nación Argentina.
Profesor, magíster y doctorando en Derecho penal)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 12: Debido Proceso*, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>; ZURITA, Raúl. *La doble instancia, «ultra garantía» contemplada en el art. 8 de la CADH. Reglas mínimas* (ponencia presentada por el Dr. Raúl Zurita en el Congreso Nacional sobre la Impugnación en el Proceso Penal, La Plata, 7 al 9 de octubre de 2010); PUERTA, Luis. «El derecho a la doble instancia penal. Contenido y límites: reflexiones a la vista de la legislación». En *Estudios de Derecho Judicial*, 2009, n.º 155, pp. 607-654; sitio web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Africana de Derechos Humanos.

DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

Conforme al *Diccionario panhispánico del español jurídico*, el derecho al debido proceso es:

Derecho de toda persona a un proceso en el que se respeten los principios y garantías de naturaleza procesal consagrados constitucionalmente: imparcialidad del juez, publicidad del proceso, posibilidad de asistencia de abogado, prohibición de las dilaciones indebidas y utilización de los medios de prueba pertinentes.

Originado en el constitucionalismo, irradia posteriormente al Derecho internacional de los derechos humanos (1). La diversidad de instrumentos convencionales que regulan este derecho, así como de órganos de derechos humanos que lo interpretan, resulta en una rica y compleja jurisprudencia, en la que no siempre es fácil distinguir entre el derecho a un recurso efectivo, los principios que rigen el proceso (penal) y las garantías procesales (2). En el ámbito de la Unión Europea, se ha armonizado para los 27 Estados miembros un conjunto de garantías procesales mínimas en el marco del proceso penal (3). En el supuesto específico de

la jurisdicción penal internacional, este derecho es una piedra angular que legitima cada proceso. A la par, en el marco de la noción de complementariedad se plantea la falta de respeto del debido proceso en el Derecho interno como potencial circunstancia de admisibilidad del asunto por la Corte Penal Internacional (4).

1. *El origen del concepto y su incorporación al Derecho internacional de los derechos humanos*

El derecho a un juicio con todas las garantías tiene su origen en la Magna Carta inglesa, que lo consagraba como derecho a un «juicio conforme a la ley» en la cláusula 39, que establecía ya en 1215 (el énfasis es nuestro):

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, *except by the lawful judgment of his equals* or by the law of the land.

Recogido en el artículo 7 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, se incorporaría a la Constitución de los Estados Unidos en 1791 a través de la V Enmienda, luego reiterada en la Enmienda XIV.1 de 1868. De allí irradiaría al constitucionalismo decimonónico. En el constitucionalismo español la primera declaración de este derecho se encuentra en el artículo 7 de la Constitución de 1837, pues la Constitución de 1812 no contenía declaración de derechos —sí de deberes—.

Estas normas nacionales históricas definían el *due process* como un «proceso conforme a la ley», pero sin especificar o identificar el conjunto de garantías que la ley debía procurar para considerar el proceso «adecuado». La elaboración del concepto de garantías procesales como contenido sustantivo del *due process* está, ligado a la protección internacional de los derechos humanos y a su desarrollo jurisprudencial.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948, aunque con carácter regional, recoge el derecho de acceso a la justicia para hacer valer sus derechos en su artículo XVIII. Además, reconoce el llamado «derecho a proceso regular», que incluye la presunción de inocencia, el derecho a ser oído «en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas».

Por su parte, y ya con carácter global, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, consagra tres artículos a aspectos relacionados con la administración de justicia: el derecho a un recurso efectivo (artículo 8), el derecho a ser oído públicamente ante un tribunal independiente e imparcial (artículo 10) y, en el ámbito penal, el derecho a la presunción de inocencia, un juicio público conforme a la ley en el que «se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa», así como el respeto de principio de legalidad e irretroactividad penal (artículo 11).

Con estos textos se abre la vía a la distinción entre el derecho a un recurso y las garantías en el marco del proceso judicial. Es esta segunda dimensión la que es abordada de forma contemporánea bajo la etiqueta de «garantías procesales» o «derecho a un proceso con las debidas garantías».

2. La regulación convencional de las garantías procesales

Los instrumentos internacionales más significativos en relación con los derechos procesales son básicamente cuatro, sin perjuicio de las normas específicas para colectivos determinados en la red de tratados internacionales especializados de protección de derechos humanos (menores, migrantes, mujeres, discapacitados, por enunciar algún ejemplo).

Los cuatro convenios a los que haremos referencia específica son: en el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

de 16 de diciembre de 1966 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171, en adelante, PIDCP). En el ámbito regional y por orden cronológico, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (ETS 005, en adelante, CEDH); la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (OEA, serie sobre tratados n.º 36, en adelante, CADH); y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981 (en adelante, CAfDH).

Estos tratados diferencian de un lado el derecho a un recurso con las «debidas garantías» o «debido proceso» en cualquier orden jurisdiccional, de otro lado, ciertos principios generales de la aplicación de la ley penal y, de forma muy específica, garantías procesales mínimas para los procedimientos penales.

En primer lugar, los convenios citados recogen el derecho a un recurso judicial en términos muy similares de un instrumento a otro, bien como el derecho a ser oído públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley y con las debidas garantías (artículo 14.1 PIDCP, artículo 6.1 CEDH; artículo 8.1 CADH; artículo 7.1.d CAfDH), bien como derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH). LA CADH establece además la obligación específica de los Estados de contar con un recurso judicial efectivo —sencillo y rápido, en principio— en caso de vulneración de los derechos fundamentales (artículo 25 CADH), aunque en la práctica judicial la Corte Interamericana examina a menudo conjuntamente la vulneración de los artículos 8 y 25 CADH.

En segundo lugar, estos tratados recogen en materia de ejercicio de la jurisdicción penal los principios de legalidad penal (artículo 15 PIDCP; artículo 7.1 CEDH; artículo 9 CADH; artículo 7 CAfDH), no retroactividad (artículo 15 PIDCP, artículo 7.1 CEDH, artículo 9 CADH), principio *non bis in idem* (artículo 14.7 PIDCP; artículo 4 Protocolo 7 CEDH —ratificado por 44 Estados—, artículo 8.4 CADH), presunción de inocencia (artículo 14.2 PIDCP; artículo 6.2 CEDH; artículo 8.2 CADH;

artículo 7.1.b CAfDH) y derecho a una vía de recurso (artículo 14.5 PIDCP; artículo 2 Protocolo 7 CEDH, artículo 8.2.e CADH).

En tercer y último lugar, estos convenios explicitan las garantías procesales en el ámbito penal, como derechos mínimos del acusado en el marco del proceso. En principio, están concebidas para procesos en el orden jurisdiccional penal, aunque la jurisprudencia ha extendido algunas de ellas al ámbito de las sanciones administrativas (artículo 14.3 PIDCP).

Los tratados citados siempre explicitan un listado mínimo de garantías, no exhaustivo (artículo 14. PIDCP; artículo 6.3 CEDH; artículo 8.2 CADH), abriendo así la posibilidad de un régimen de mayor protección en otros tratados o en el ordenamiento interno. La expresión más completa es la que encontramos en el PIDCP, por el que citamos (y entre paréntesis las correspondencias con los otros tres tratados). Así, el Pacto incluye el derecho de toda persona:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella (artículo 6.3.a CEDH; artículo 8.2.b CADH);
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (artículo 6.3.b CEDH; artículo 8.2.c CADH; artículo 7.1.c CAfDH);
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo (artículo 6.3.c CEDH; artículo 8.2.d y e CADH);

- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo (artículo 6.3.d CEDH; artículo 8.2.f CADH);
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal (artículo 6.3.e CEDH; artículo 8.2.a CADH);
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (artículo 8.2.g CADH).

En todo caso, la noción de garantías procesales o «debido proceso» debe analizarse a la luz de los desarrollos interpretativos y jurisprudenciales posteriores.

De un lado, deben tenerse en cuenta las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos, que explicitan y desarrollan el sentido de las garantías. Así, la Observación General 13, sobre la «Administración de justicia (artículo 14)», adoptada en 1984. En esta OG el Comité consideró que las garantías del debido proceso aplican a todo procedimiento judicial, no solo penal. El Comité entiende que el artículo 14 PIDCP en su apartado primero establece el proceso ante un juez imparcial con «las debidas garantías» con carácter general y sin determinar cuáles sean estas (OG 13, para 4). A la par, constata que el apartado tercero tan solo enuncia las que deben considerarse garantías «mínimas» para el proceso penal (OG 13, para 5). Igualmente, debe tenerse en cuenta la Observación General 32, sobre el «Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia», adoptada en 2007 (CCPR/C/GC/32). Esta OG viene a actualizar la precedente, aunque sin indicar expresamente que la sustituya. Aborda cuestiones muy relevantes en relación con las garantías procesales como la restricción de garantías en casos de terrorismo, los llamados «jueces sin rostro» o los tribunales «religiosos».

De otro lado, la comprensión de las garantías y de su aplicación requiere del examen jurisprudencial. Sin abordar *in extenso* la cuestión, remitimos a la labor de los departamentos de comunicación de los diversos tribunales regionales de derechos humanos. En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una guía jurisprudencial específica sobre las debidas garantías con relación al proceso civil y otra con relación al proceso penal, así como una específicamente dedicada a la jurisprudencia sobre el derecho a una vía de recurso efectivo y otra al principio *ne bis in idem*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha publicado diversos cuadernos de jurisprudencia en relación con este tema: el Cuadernillo 12 de 2017, sobre debido proceso, centrado en el artículo 8 CADH; el Cuadernillo 13 de 2018, sobre protección judicial, centrado en el artículo 25 CADH; el Cuadernillo 37 de 2022, sobre independencia judicial.

Aunque es necesario subrayar que este conjunto de disposiciones no están protegidas por la cláusula de inderogabilidad en casos de «emergencia» o peligro para la vida de la nación, el Comité de Derechos Humanos ha subrayado que dichas garantías deben ser respetadas en el supuesto de que el proceso afecte a uno de los derechos inderogables, como el caso de posible imposición de la pena de muerte (Observación General 29, del Comité de Derechos Humanos, sobre estados de emergencia (artículo 4), de 2001, para. 15 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11).

Sin duda, la comprensión y alcance de las garantías no está unívocamente desarrollada, como pone de manifiesto el diverso tratamiento de situaciones como el juicio *in absentia* o del derecho a defenderse uno mismo (PETIT DE GABRIEL, 2019). Ambos aspectos de las garantías judiciales han sido objeto de pronunciamientos contradictorios entre los distintos mecanismos y tribunales de protección de los derechos humanos.

En otro orden, el desarrollo progresivo del Derecho lleva a plantear si el derecho de asistencia consular se conforma como parte de las debidas garantías del proceso. Remitiendo a la entrada específica dedicada a la

«asistencia consular» en esta obra, subrayamos aquí la relevancia de la Opinión consultiva de la Corte Interamericana OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, relativa al «derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal». Su planteamiento —relacionando el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (garantías del proceso)— ha sido luego recogido en diversos casos contenciosos: *Acosta Calderón vs. Ecuador* (2005), *Bueno Alves vs. Argentina* (2007), *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007) y *Vélez Lóor vs. Panamá* (2010), al menos. El 6 de junio de 2021, la Comisión Interamericana ha presentado una demanda ante la Corte en el caso *Thomas Scot Cochran vs. Costa Rica*. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la información sobre la asistencia consular de Thomas Scot Cochran, nacional de Estados Unidos, en el marco del proceso penal seguido en su contra. De las varias violaciones de derechos alegadas por el demandante ante la Comisión, esta solo consideró vulnerado el derecho a la información sobre la asistencia consular con relación a los artículos 7.4 (información requerida en caso de detención) y 8.2 (derechos del acusado en el proceso penal) de la Convención Americana y de las obligaciones del Estado en virtud del artículo 1.1. El caso pende ante la Corte en el momento de escribir esta entrada.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, se ha ocupado de manera incidental de la asistencia consular en relación con diversos derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos: derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida y garantías del juicio justo (*Öcalan vs. Turquía*, 2005); prohibición de la tortura (*Azzolina y otros vs. Italia*, 2017); derecho a la libertad y seguridad (*El Masri vs. antigua República Yugoslava de Macedonia*, 2012; *Kim vs. Rusia*, 2014); derecho a la vida privada y de familia (*Lebois vs. Bulgaria*, 2017).

Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos sobre garantías procesales no lo recogen, aunque sí hacen referencia a la asis-

tencia consular como garantía necesaria en sus OG 35, de 2014, sobre el derecho a la libertad y seguridad de las personas (CCPR/C/GC/35) y su Observación General 36, de 2018, sobre el derecho a la vida (CCPR/C/GC/36), como garantía en los procesos que implican pena capital. Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Resolución 2005/59, de 20 de abril de 2005, sobre la pena capital, instó a los Estados a

observar las salvaguardias para garantizar a protección de los derechos de los condenados a muerte y cumplir plenamente sus obligaciones internacionales, en particular las contraídas en virtud del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y especialmente el derecho a recibir información sobre al asistencia consular en el contexto de un procedimiento jurídicos, según afirma la Corte Internacional de Justicia y se confirma en las sentencias recientes pertinentes.

El actual Consejo de Derechos Humanos ha dado ya un paso más al adoptar la Resolución 48/9, de 8 de octubre de 2021, adoptada por 29 votos a favor, incluidos Estados Unidos, España y Alemania; y 12 en contra (A/HRC/RES/48/9). En ella recuerda a los Estados la obligación de cumplir con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de tal manera que la pena de muerte impuesta a extranjeros sin haber respetado las obligaciones de notificación consular, base de la asistencia consular que puede prestar el Estado si el detenido así lo requiere, probablemente vulnera el derecho a la vida (dispositivo séptimo).

3. Las garantías procesales comunes en la Unión Europea

En paralelo a la implantación normativa de la ciudadanía europea, y para lograr el desarrollo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea, la Comisión consideró necesario elaborar en 2003 un Libro Verde para examinar la oportunidad y la necesidad de establecer en los Estados miembros de la Unión Europea normas mínimas comunes sobre las garantías procesales en el marco del proceso penal

(COM(2003) 75 final, de 19 de febrero de 2003, Libro Verde de la Comisión, Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea). El Libro Verde partía del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE), que especifica el «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», al que suma otras disposiciones de tratados internacionales como los artículos 5 y 6 CEDH o incluso la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (incluyendo la asistencia consular en su examen de garantías procesales). En todo caso, la Comisión evitó utilizar el término de derechos fundamentales recurriendo a la terminología de «derechos básicos» en el documento. En concreto afirmó que: «El presente Libro Verde no pretende crear nuevos derechos ni controlar el respeto de los derechos que existen en virtud del CEDH u otros instrumentos, sino, más bien, determinar qué derechos existentes la Comisión considera básicos e impulsar su visibilidad».

Teniendo en cuenta el Tratado de Amsterdam en vigor, la Comisión presentó en 2004 una propuesta de Decisión marco, sobre la base del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, referido a la cooperación judicial en materia penal. Tras haber sido discutida en el seno del Consejo durante 3 años sin alcanzar un acuerdo para su aprobación, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior decidió en junio de 2007 dejar abierta la posibilidad de que se lanzara una cooperación reforzada en la materia. Francia manifestó su interés en proceder a ello. Sin embargo, en vísperas de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y en lugar de esperar a la puesta en marcha de una cooperación reforzada, el Consejo adoptó en noviembre de 2009 el *Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales*, abordando cada una de las garantías de forma individual y sucesiva. Fruto de ello es el actual paquete de directivas de garantías procesales comunes integrado por:

- La Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al *derecho a interpretación y a traducción* en los procesos penales (DO L 280, de 26/10/2010).

- La Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al *derecho a la información* en los procesos penales (DO L 142, de 01/06/2012).
- La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el *derecho a la asistencia de letrado* en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el *derecho a que se informe a un tercero* en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DO L 294, de 06/11/2013).
- La Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la *presunción de inocencia* y el *derecho a estar presente en el juicio* (DO L 65, de 11/03/2016).
- La Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las *garantías procesales de los menores* sospechosos o acusados en los procesos penales (DO L 132, de 21/05/2016).
- La Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la *asistencia jurídica gratuita* a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DO L 297, de 04/11/2016).

4. *Garantías procesales y jurisdicción penal internacional*

La creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para Yugoslavia (S/RES/827, de 25 de mayo de 1993) y Ruanda (S/RES/955, de 8 de noviembre de 1994) comportaron el reconocimiento y plena aplicabilidad de las garantías procesales a los procedimientos penales interna-

cionales. Así, los respectivos estatutos recogen el principio *ne bis in idem* (artículo 10 TPY, artículo 9 TPR), los derechos del acusado (artículo 21 TPY, artículo 20 TPR), la posibilidad de apelación o doble instancia penal (artículo 25 TPY, artículo 24 TPR) y la posibilidad de revisión en caso de hecho nuevo (artículo 26 TPY, artículo 25 TPR).

En concreto, bajos los «derechos del acusado» se recoge la igualdad, la presunción de inocencia, el derecho a ser oído públicamente y las siguientes «garantías mínimas»:

- a) A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan;
- b) A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo; y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el Tribunal Internacional;
- g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

Por su parte, el estatuto de la Corte Penal Internacional recoge el principio *ne bis in idem* (artículo 20), el principio de legalidad penal (artículos 22 y 23), el principio de irretroactividad de la norma penal (artículo 24),

la presunción de inocencia (artículo 66) y un listado de derechos del acusado (artículo 67), que incluyen: el:

derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad:

- a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto;
- f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla;
- g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;

- h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; y
- i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas.

Si bien el respeto de las debidas garantías procesales está asentado en las jurisdicciones penales internacionales, resulta una cuestión controvertida si, en aplicación del principio de complementariedad, la CPI puede admitir un asunto en el que la investigación o enjuiciamiento nacional no haya respetado las debidas garantías procesales. El artículo 17.1 del Estatuto prevé como causa de inadmisibilidad que el Estado con jurisdicción sobre el asunto haya realizado una investigación que concluya con la improcedencia del enjuiciamiento o lo haya efectivamente enjuiciado, siempre que no se haya actuado para evitar un auténtico enjuiciamiento. Este apartado primero no hace referencia al respeto de las garantías procesales en esos procedimientos internos. En cambio, el apartado segundo de este mismo artículo, al establecer la competencia de la CPI para examinar si el Estado muestra «disposición a actuar» en un asunto, debe «tener en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional». Ello ha llevado a cierta doctrina (KELLER, 2006; CHAN, 2017) a discutir si la falta de respeto de las garantías procesales permitiría a la CPI no estimar una causa de inadmisibilidad basada en el apartado primero del artículo 17.

Inicialmente, la práctica de la CPI era conservadora, tal como afirmara el primer Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo: «we [the Court] ate not a system to monitor fair trials [...] we are a system to ensure impunity» (citado en TEITEL, 2012). Ciertamente, la fiscalía militaba entonces por la autocontención. Más allá de las posibles tensiones políticas entre la Corte y los Estados parte que otra posición pudiera generar, en el fondo, defendía la visión de que la CPI es una institución creada para juzgar la conducta de individuos y no el respeto de las obligaciones en materia de derechos humanos de los propios Estados.

Con posterioridad, sin embargo, parece que la Sala de Cuestiones Preliminares ha evolucionado hacia lo que Birnbaum (2015) ha denominado «predictive due process», quien aboga por que se ejerza tal control sobre las garantías procesales nacionales como ya hiciera previamente, por ejemplo, el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia.

Autora: Eulalia W. Petit de Gabriel

*(Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Sevilla)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BIRNBAUM, Samuel. «Predictive Due Process and the International Criminal Court (June 16, 2015)». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2015, vol. 48, n.º 2, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2619422>; CHAN, Caleb. «Due Process Checks in International Criminal Law». En *London School of Economics Law Review*, 2017, vol. 2, pp. 58-61; DE FRANCIA, Cristian. «Due Process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters». En *Virginia Law Review*, 2001, vol. 87, n.º 7, pp. 1381-439, <https://doi.org/10.2307/1073852>; FAGGIANI, Valentina. *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal: técnicas de armonización*. Aranzadi: Cizur Menor, 2017; GORDON, Gregory S. «Toward an International Criminal Procedure: Due Process Aspirations and Limitations», 7 de septiembre del 2006, Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=928908> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.928908>; HELLER, Kevin Jon. «The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process». En *Criminal Law Forum*, 2016, vol. 17, pp. 255-280; OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE. *Memorandum on the Application of International Standards of Due Process by the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, 2006, https://www.justiceinitiative.org/uploads/c7918f08-8474-4ab3-a297-02d4fca2b4ab/cambodia_20060401.pdf; PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. «Intertwining Consular and Human Rights Law: A European Contribution to the Humanisation of International Law». En *Espaço Jurídico Journal of Law*, 2021, vol. 22, n.º 1; PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. «¿Derecho

a la autodefensa o defendido por obligación?: (des)control del margen de apreciación y fragmentación entre sistemas de garantía de derechos humanos». En *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, 2019, n.º 19, pp. 211-290.

DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa es parte del Derecho internacional de los derechos humanos y es de enorme relevancia penal.

Desde una perspectiva procesal, el derecho de defensa se erige como uno de los derechos fundamentales más relevantes, sin cuya observancia no se puede garantizar una justicia propia de un Estado de derecho. En él se engarzan una serie de derechos y garantías procesales que configuran un estatus procesal que rodea a las partes en el proceso, y especialmente al «imputado» en el proceso penal. Su respeto y valor fundamental constituyen una de las premisas sobre las que se asienta el proceso en general, y el proceso penal en particular.

1. Protección constitucional

El reconocimiento constitucional del derecho de defensa se realiza en el artículo 24 de la Constitución española (CE), desde una doble perspectiva. De un lado, el primer apartado del precepto prohíbe la indefensión, y contempla el derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales cuando reclamen su protección. En este sentido se predica del demandante en el proceso civil, contencioso-administrativo o social, y del acusador en el proceso penal. Se trata con ello, de que el ordenamiento jurídico les proporcione un cauce adecuado para sostener su pretensión ante los tribunales de justicia. Tal y como afirma el Tribunal Constitucional (STC 94/2005, de 18 de abril):

[...] el artículo 24.1 CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, no solo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos, sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, entre las que se encuentra el adecuado ejercicio del derecho de defensa, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos.

De otro lado, el apartado segundo del precepto regula expresamente el derecho de defensa, que, si bien es de estricta observancia en todo proceso protegiendo a la parte pasiva o demandado, se diseña de forma más completa frente a la agresión que supone la imputación y la persecución en el seno del proceso penal.

En este sentido lo interpreta el Tribunal Constitucional (STC 102/1998, de 18 mayo), cuando considera que el derecho de defensa:

[...] alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego y los principios constitucionales que lo informan, pues no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal— y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más «sagrado» de sus derechos fundamentales.

2. *Delimitación de su contenido*

Es importante destacar el carácter poliédrico del derecho de defensa. Se trata de un derecho marco cuya eficacia exige la concurrencia de un conjunto de principios y derechos que constituyen los presupuestos básicos para su ejecución. Además, se integran también aquellos derechos que proporcionan a los ciudadanos una serie de instrumentos necesarios para su ejercicio. El principio de contradicción constituye el presupuesto básico del derecho de defensa, erigiéndose en el pilar sobre el que se construye todo el entramado que comprende este derecho fundamental. Junto a él, y como presupuesto también regulado constitucionalmente, se integra el derecho a ser informado de la acusación. Entre los instrumentos que hacen posible una defensa eficaz, ha de mencionarse necesariamente la asistencia letrada y el derecho a la prueba.

Precisamente, atendiendo a este carácter poliédrico del derecho de defensa, cabe un ejercicio pasivo del mismo, que se concreta en los derechos a no declarar contra sí mismo, o a no confesarse culpable, previstos también en el segundo apartado del artículo 24 CE. Los órganos jurisdiccionales han de informar al investigado sobre el contenido de estos derechos, ofreciendo la posibilidad de defenderse a través de la inactividad en la que se concretan.

2.1. *El principio de contradicción*

La contradicción, calificada como una de las garantías más importantes del proceso en un Estado de derecho, es consustancial a la idea misma de proceso, y constituye un principio general de justicia y, fundamentalmente de la justicia penal. Su efectividad supone que las partes puedan hacer valer sus pretensiones a través de la introducción de hechos y pruebas, conociendo el material obrante en el proceso, e interviniendo en su desarrollo con el ánimo de influir en la resolución judicial. Su ejercicio precisa de un justo equilibrio entre las partes, y por tanto exige el respeto al principio de igualdad de armas. En este sentido, la contradicción se identifica con la igualdad de las partes en el proceso, y con la facultad de reconocerles la posibilidad de oponerse a la pretensión del adversario. Se trata pues de facilitar la oposición, y el debate o discusión sobre la pretensión.

No hay en la Constitución una referencia expresa al principio de contradicción, pero su reconocimiento se entiende implícito en el artículo 24, tanto en su primer apartado, que al declarar el derecho a la tutela judicial efectiva prohíbe la indefensión, como en el segundo, al regular el derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías. Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional (STC 65/2007 de 27 marzo), se trata de un derecho esencial al desarrollo del proceso, integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías, y estrechamente vinculado al derecho de defensa, que puede considerarse, junto

con el derecho de audiencia, las dos manifestaciones que conforman el contenido esencial del principio de contradicción.

En este contexto, el derecho de defensa se configura como un elemento necesario del proceso justo, que garantiza la contradicción y la igualdad de armas, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales y en especial a los del orden penal, garantizar su ejercicio y respeto. Su vulneración afecta a los principios esenciales del Estado de derecho, por lo que resulta evidente que los tribunales deberán velar por su efectivo ejercicio, pudiendo reclamarse el amparo constitucional como instrumento de protección de todo derecho fundamental.

2.2. *El derecho a ser informado de la acusación*

El derecho a ser informado de la acusación obliga a todos los poderes públicos que en uno u otro momento intervienen en las diligencias policiales, o en la instrucción del proceso penal. Constituye el presupuesto básico para el ejercicio de la contradicción y de la defensa en el proceso penal. Como afirma el Tribunal Constitucional (STC 44/1983, de 24 de mayo), «el derecho a ser informado de la acusación es el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo el que no sabe de qué hechos se le acusa en concreto». Consiste sustancialmente en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan, y de los cargos que contra él se formulan.

Es necesario precisar que, si bien el precepto constitucional hace referencia a la información de la acusación, este término no debe interpretarse en sentido técnico. Así se desprende de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, en el artículo 118.1 a), exige que la información se realice desde la comunicación de la existencia de las actuaciones, o desde que se haya practicado la detención u otra medida cautelar, o bien se haya acordado el procesamiento.

Como ya han afirmado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, el derecho a ser informado de la acusación exige que el «acusado» tenga un conocimiento exacto y determinado de los hechos objeto del proceso penal, de las circunstancias que lo integran y que van a afectar a la pena que se solicite, de su calificación jurídica, y de la pena solicitada. Sin embargo, este conocimiento completo del objeto del proceso no se produce en la primera información, puesto que se va configurando a lo largo de la instrucción. Es obvio que al inicio de la fase de investigación el conocimiento que se tiene de los hechos suele ser superficial, constituyendo la *notitia criminis* que da inicio al proceso, por lo que la información que se traslada al sujeto también suele ser sucinta incluyendo una calificación jurídica «provisional». La acusación se concreta una vez concluida la instrucción, en el momento de presentar los escritos de calificación provisional o de acusación, debiendo en este momento facilitarse formalmente una información completa y detallada, que integrará la pretensión presentada por la acusación, y que constituirá el punto de referencia para el acusado cara a la conformación del escrito de defensa.

2.3. *El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*

Derechos previstos en el segundo apartado del artículo 24 CE, del que pueden derivarse tres manifestaciones, el derecho a no declarar o derecho al silencio, el derecho a no declarar contra sí mismo, y el derecho a no confesarse culpable.

El derecho al silencio, válido en todas las fases del proceso penal y en todos los actos en los que se pretenda tomar declaración al «imputado», puede ejercerse desde dos perspectivas diferentes; no dando respuesta a las preguntas que se le formulen, o bien, evitando responder sobre preguntas concretas, lo que se conoce como silencio parcial. Se recoge en la letra g) del primer apartado del artículo 118 LECrim, como un derecho del investigado. Como regla general, elija una u otra opción, no pueden derivarse consecuencias negativas del silencio, al impedirlo la pre-

sunción de inocencia. No cabe por tanto su valoración como indicio y mucho menos como prueba de culpabilidad. Una interpretación diferente incide directamente en el reconocimiento del derecho, puesto que el ejercicio legítimo de un derecho no puede acarrear consecuencias negativas para su titular. Sin embargo, sí podrá tenerse en cuenta como elemento complementario de otras pruebas practicadas en el juicio.

Es importante precisar que el derecho a no confesarse culpable, o a no declarar contra sí mismo, no ampara la falta de colaboración con la investigación cuando se trata de realizar pruebas sobre la persona del sujeto investigado, y concretamente no ampara la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de drogas tóxicas.

2.4. El derecho a la asistencia letrada

El derecho a la asistencia letrada se reconoce en los artículos 17.3 y 24.2 CE, en el artículo 6 CEDH y en el artículo 14 PIDCP. La doble proyección constitucional del derecho determina un ámbito de aplicación diferente, que se encuentra en estrecha relación con la situación procesal de la persona sujeta al proceso penal, o inmersa en otro proceso judicial. Como señala el Tribunal Constitucional (STC 196/1987 de 11 diciembre):

[...] el artículo 17.3 de la Constitución reconoce este derecho al «detenido» en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el n.º 1 del propio artículo, mientras que el artículo 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido.

En el proceso penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo recoge expresamente en su artículo 118, integrando en su contenido la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio. Incluso en su tercer apartado regula la obligatoriedad de la asistencia técnica. La asistencia letrada se garantiza por la norma procesal penal con anterioridad a que se reciba declaración por la policía, el

fiscal o la autoridad judicial, permitiendo la entrevista reservada con el abogado antes de la declaración, y exigiendo su presencia en todas las declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos.

En nuestro ordenamiento jurídico, es la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que regula la obligatoriedad de la asistencia técnica en el proceso penal, que a partir de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, se impone desde la detención, o desde la imputación. La reforma operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales, y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha modificado el artículo 118, regulando el derecho de la persona investigada por un hecho delictivo a la asistencia de letrado, pudiendo entrevistarse con el designado incluso antes de prestar declaración.

En el marco del proceso civil, la intervención obligatoria del abogado se recoge en el artículo 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la única excepción de los juicios verbales de cuantía inferior a dos mil euros, la petición inicial del procedimiento monitorio, y la petición de medidas urgentes con anterioridad al inicio del proceso.

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, recoge como contenido del derecho que regula, la asistencia de abogado al detenido, preso o imputado que no lo hubiera designado, para las primeras comparecencias policiales o judiciales, y la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador cuando su intervención sea preceptiva, o de no serlo, su intervención sea requerida por el órgano judicial.

La imposición de la asistencia del letrado en el proceso, y más concretamente en el proceso penal, ha de considerarse desde una doble perspectiva. Primero, como una apuesta por la garantía del derecho de defensa del individuo, que se ve inmerso en un proceso en el que rigen un conjunto de normas y técnicas especializadas que le son totalmente ajenas.

Y segundo, como una garantía para el normal desarrollo o desenvolvimiento del proceso, que, precisamente por esa complejidad técnica, se vería afectado si el tribunal no pudiera contar con interlocutores que conozcan la práctica forense.

El legislador considera que la especial relación que une al imputado con su abogado merece que se favorezca la designación del abogado de confianza, limitándolo solo en aquellos casos en que se procede a la comunicación del detenido o preso. Solo cuando el detenido o investigado no designe abogado de su confianza se procederá al nombramiento de un abogado de oficio. Por tanto, el nombramiento de abogado de oficio en el proceso penal es una exigencia legal que se torna obligatoria desde la imputación, y que guarda relación con la naturaleza del proceso y con el derecho a un proceso justo o debido, y se aleja de los condicionamientos económicos que son presupuesto de dicho nombramiento en otros procesos.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y la regulación de la Ley procesal penal, resulta evidente que, si la asistencia técnica del abogado se impone al «imputado» no admitiendo su renuncia, está claro que la intervención del letrado va más allá del asesoramiento al sujeto, respondiendo al interés del propio Estado en dar protección al sistema jurídico penal, garantizándose la observancia de las reglas de juego y el respeto a los principios de contradicción e igualdad de armas.

2.5. *El derecho a la prueba*

El Tribunal Constitucional ha considerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho de defensa. Resulta evidente que no es posible un ejercicio efectivo del derecho de defensa cuando se impide a alguna de las partes practicar pruebas sobre las alegaciones que conforman su pretensión, o aquellas que desvirtúan las alegaciones de la parte contraria. Se trata de un derecho de configuración

legal, que no comprende un derecho ilimitado, sino que ha ejercitarse dentro del marco legal que lo regula. En este sentido, no supone una vulneración del derecho y carece de relevancia constitucional toda irregularidad procesal en materia de prueba que no incida directamente en el resultado del proceso. Se requiere por tanto que la inadmisión o limitación probatoria afecte de forma concreta al resultado del pleito, dando lugar a la indefensión del sujeto.

Autora: Lourdes Noya
(Profesora titular de Derecho Procesal,
Universidad de Santiago de Compostela)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GIMENO SENDRA, Vicente. «El derecho de defensa». En *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos, 1988; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. «El derecho de defensa y la marca de Caín». En CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (directora). *Nuevos debates en torno a la justicia española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; MORENO CATENA, Víctor. *La defensa en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 1982; MORENO CATENA, Víctor. «Algunos problemas del derecho de defensa». En *Justicia*, 1990, n.º 3; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DERECHOS DE LA MUJER (DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL RELATIVO A)

Los derechos de la mujer son protegidos desde distintas áreas del Derecho. En lo internacional, se los protege desde el Derecho internacional de los derechos humanos, a través de declaraciones y convenciones, y sus respectivos órganos de control. Aquí se hace hincapié en la prohibición de la discriminación y la violencia contra la mujer, en distintos contextos (estatal, comunitario, laboral, doméstico). También el Derecho penal internacional ha cubierto un aspecto principalmente vinculado a

la violencia contra la mujer, sexual o de otra índole, a través de la previsión de tipos penales en instrumentos de tribunales penales internacionales.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, con entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, define lo que se entiende por discriminación de la mujer y los Estados asumen la obligación de poner fin a la discriminación contra las mujeres en el goce de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

También existe un marco normativo especial de protección de las mujeres en el ámbito del delito de trata de personas, en especial mujeres y niñas. El primer instrumento consolidado sobre el tema fue el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949, con entrada en vigor el 25 de julio de 1951. A su vez, en el año 2000, la Asamblea General adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Suplementarios: el Protocolo para Prevenir; Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. El primer protocolo nombrado, sobre trata de personas, es el conocido como Protocolo de Palermo, el cual aplica al tema y presenta una marcada evolución de conceptos desde la convención sobre trata de personas antes citada, a fin de proteger a mujeres y niñas.

El 20 de diciembre de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la cual identifica tres categorías de violencia contra las mujeres: física, sexual y psicológica.

Dice esta Declaración:

Artículo 1. A los efectos de la presente Declaración, por «violencia contra la mujer» se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Artículo 2. Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

Entonces, en el Derecho internacional de los derechos humanos, en el ámbito universal, no existe aún una convención (vinculante) que procure prevenir y eliminar las formas de violencia contra la mujer, en ninguno de sus aspectos, sino tan solo existe una *declaración* sobre violencia y una *convención* sobre discriminación de la mujer, aunque el Comité de la CEDAW extiende su competencia a casos de violencia porque considera a la violencia una forma de discriminación.

Ahora bien, en el ámbito regional sí existen dos convenciones específicas sobre violencia contra la mujer.

En el ámbito regional europeo, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 2011, establece:

Artículo 3 – Definiciones

A los efectos del presente Convenio:

a. por «violencia contra las mujeres» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que impliquen o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b. por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c. por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d. por «violencia contra las mujeres por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;

e. por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;

f. el término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años.

En el ámbito regional interamericano rige la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, adoptada en Belém do Pará,

Brasil, el 09/06/1994, con entrada en vigor el 05/03/1995. Esta Convención estipula en su artículo 1 que debe entenderse por violencia contra la mujer: «Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado».

Y en su artículo 2 especifica:

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

En el ámbito de Derecho penal internacional, se dio cierta lenta evolución. Recién a partir de 1998, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prevé una enumeración de agresiones sexuales como crímenes de lesa humanidad.

Anteriormente, las agresiones sexuales habían aparecido tipificadas tímidamente con una única figura de *violaciones* en los estatutos de los tribunales penales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia (TPIY, 1993) y para Ruanda (TPIR, 1994), y no existieron en los estatutos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg (1945) y Tokio (1946).

En algunos fallos del TPIY, se condenó por violencia contra la mujer en varias de sus formas, como en el caso Kunarac, Kovač y Vuković. El TPIR hizo lo propio en los casos Akayesu, Musema, Kayishema, Krstić, Kamuhanda, Stakic, Kajelijeli y Gacumbits.

Es entonces el Estatuto de Roma el que por primera vez tipifica esta conducta en varias de sus formas como crimen internacional.

El Estatuto prevé en su artículo 7.1.g): «la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable».

Al ser estos «crímenes de lesa humanidad», como tales, todos deben reunir ciertos elementos típicos específicos que trae la redacción de cada conducta, y además los elementos típicos que exige el elemento de contexto común a todos estos crímenes, es decir, que cada conducta, en particular, debe ser parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque.

En el artículo 7.1. aparece primero la violación, como crimen autónomo, ya no vinculado a las ideas de dignidad y honor de la mujer o de la familia como anteriormente aparecía por ejemplo en el DIH, lo cual constituye un gran avance que independiza al delito y lo coloca en la situación jurídica que le corresponde.

Los *elementos de los crímenes* definen la violación de una manera amplia y avanzada, siguiendo la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Así se exige:

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento [...].

Además, como sucederá en todos los casos, se exige que se dé el elemento de contexto común a todos los crímenes de lesa humanidad, el ataque, y sus caracteres.

En nota al pie se agrega que no es necesario probar un especial ánimo lascivo; que el sujeto pasivo de la violación puede ser tanto el hombre como la mujer, al utilizarse el término «invasión» en un sentido neutro; y, que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad, lo que convierte en violación todo acceso carnal con niños cuyo consentimiento no pueda considerarse válido, aunque no se concreta una edad, que deberá ser decidida por el tribunal, o incapaces cuyo consentimiento igualmente no pueda ser considerado válido.

Luego sigue la tipificación de la *esclavitud sexual*, como forma de esclavitud. El Estatuto define la «esclavitud» como «el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños». Y en los *elementos de los crímenes* se agrega:

Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.

Ahora bien, para interpretar esta privación de libertad, la nota 18 remite a la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de

1956, y aclara que además comprende en todo caso el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños. Pero se suma a ello el requisito «que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual [...]».

Sigue en tercer lugar la prostitución forzada, que ya estaba prohibida en algunos instrumentos de DIH, pero su tipificación como crimen contra la humanidad independiente se da por primera vez en el Estatuto de Roma. Se exige aquí lo siguiente:

que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

Y:

que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos [...].

Sigue el embarazo forzado, descrito en el artículo 7.2.f) como:

el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de Derecho interno relativas al embarazo.

La comisión de este delito presupone la comisión previa por el mismo u otro sujeto de un delito de violación que dé lugar a un embarazo. Y deben darse determinados móviles que restringen el tipo: la intención de modificar la composición étnica, u otros fines contrarios al Derecho in-

ternacional, como por ejemplo el mantenimiento forzado de un embarazo con el fin de utilizar los fetos o los niños en experimentos.

Debe aclararse que la conducta de embarazo forzado también puede ser calificada como genocidio si se realiza con la intención de destruir biológicamente al grupo.

Continúa la tipificación de la *esterilización forzada*. Esta conducta se recoge como constitutiva de crímenes contra la humanidad de manera expresa por primera vez en el Estatuto de Roma. Pero fue un crimen ya perpetrado por los nazis, para conseguir la llamada «limpieza étnica» y juzgado por los tribunales americanos de ocupación. En elementos de los crímenes se prevé como requisitos típicos: «que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica» y «que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento».

Luego de esta enumeración en el Estatuto de Roma, aparece una cláusula final donde se tipifica el artículo 7.1.g) in fine como crimen contra la humanidad: cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. En los *elementos de los crímenes* se aclara a qué apunta esta cláusula final y amplia del Estatuto de Roma. Se exige:

Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

Y:

que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7 1) g) del Estatuto.

De la misma manera que en la violación, el término «violencia» aquí se emplea en un sentido amplio, en sentido de violencia física, psíquica o moral, equivalente así a la falta de consentimiento. Esto incluye los actos de naturaleza sexual realizados sin uso ni amenaza de la fuerza en los que autor aprovecha la incapacidad de la víctima, bien sea por una minusvalía física o mental o por su edad.

Otro delito previsto en el Estatuto de Roma y conectado con nuestra temática es el delito de persecución por motivos de género, previsto en el artículo 7.1.h).

El crimen de persecución, como crimen contra la humanidad se regula en el apartado h) del artículo 7 del Estatuto de Roma:

Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

Y agrega el Estatuto:

g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

En la discusión del Estatuto algunos Estados confesionales y grupos religiosos se opusieron a la introducción de la perspectiva del género. Temían que este artículo abriera la puerta a la admisión de la homosexualidad, o bien lo consideraban contrario a la de la concepción mujer pro-

pia de sus ideologías. Esta oposición llevó a la definición expresa del término género a los efectos del Estatuto:

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.

Así, los derechos de la mujer son protegidos en distintos aspectos. Las previsiones penales buscan proteger la integridad personal de la mujer, su derecho a una vida libre de violencia y su dignidad misma.

Autora: Natalia Barbero
(Profesora, Universidad de Buenos Aires, Argentina)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARBERO, Natalia. «La violencia sexual contra mujeres en Derecho internacional, Su aplicación en Derecho interno, Casos y Recomendaciones». En CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS COLOMBIA. *Papeles ICLA, Edición n.º 3*, pp. 20-36; BARBERO, Natalia. «Crímenes de lesa humanidad. Especial referencia a las agresiones sexuales». En CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS COLOMBIA. *Papeles ICLA, Edición n.º 3*, pp. 37-65.

DERECHOS DEL ACUSADO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La primera cuestión que se plantea a la persona que trata de definir *les droits de l'accusé devant la Cour pénale internationale (CPI)* es la de saber cuándo una persona se convierte en *l'accusé* y comienza así a disfrutar de los derechos asociados a esa condición.

El sitio web de la CPI indica: «[a]vant le renvoi d'une affaire en première instance (au cours de la phase préliminaire), la personne mise en cause est qualifiée de suspect. Après le renvoi de l'affaire en première instance,

les charges ayant été confirmées à ce stade, la personne mise en cause est qualifiée d'accusé».

Sin embargo, la palabra *suspect* no aparece ni en el Estatuto de Roma ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la CPI.

En efecto, si bien estos textos ofrecen algunos derechos y garantías a las personas acusadas en el marco de una investigación realizada por la Fiscalía, antes de la confirmación de los cargos (1), la totalidad de los derechos de la defensa queda limitada a los *accusés* respecto de los cuales se confirmaron los cargos, que dieron lugar a su remisión a la Sala de Primera Instancia (2).

1. Derechos de la persona acusada durante la etapa de investigación

El artículo 19 del Estatuto de Roma permite a «la personne à l'encontre de laquelle a été délivré un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître» impugnar la admisibilidad de un caso o la competencia de la CPI para conocer de él.

De manera más general, el artículo 55(1) del Estatuto de Roma dispone que en el marco de una investigación todas las *personnes* gozarán de los siguientes derechos y garantías:

- El derecho a no declarar contra sí misma ni a declararse culpable.
- El derecho a no ser sometido a ninguna forma de coacción o amenaza, ni a tortura ni a ninguna otra forma de trato o pena cruel, inhumano o degradante.
- El derecho a beneficiarse gratuitamente de la ayuda de un intérprete competente y de traducciones en un idioma que comprenda y hable perfectamente.

- El derecho a no ser detenido o encarcelado arbitrariamente.

Estos derechos, sin embargo, no son específicos de los *suspects* o de las personas acusadas, sino que se aplican a todas las personas que pueden ser oídas por la fiscalía, incluidas las víctimas y los testigos.

No obstante, el artículo 55(2) del Estatuto de Roma establece garantías específicas que deben aplicarse en el interrogatorio de una persona de la que «des motifs de croire [qu'elle] a commis un crime relevant de la compétence de la Cour», de la Fiscalía o de las autoridades nacionales.

En tal contexto, la persona interrogada antes de ser interrogada deberá ser informada:

- De que hay razones para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte.
- De que se beneficie del derecho a guardar silencio, sin que este silencio sea tenido en cuenta para determinar su culpabilidad o inocencia.
- De que se beneficie del derecho a ser asistida por el defensor de su elección o, si no lo tiene, por un defensor de oficio siempre que lo exijan los intereses de la justicia, sin tener que pagar en este caso una remuneración si no dispone de medios.
- Que tiene derecho a ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a recibir asistencia letrada.

Sin embargo, los derechos de la persona en cuestión (o sospechosa) siguen siendo muy limitados en esta fase del procedimiento: no dispone de ningún acceso al expediente de la investigación penal ni de ninguna información sobre los elementos de la acusación que pueden imputarse, o incluso sobre el alcance exacto de la investigación realizada por la Ofi-

cina del Fiscal, le resulta especialmente difícil establecer una estrategia de defensa eficaz y protegerse contra el riesgo de autoincriminación. Tampoco dispone de los medios y recursos materiales que la CPI puede conceder a los *accusés* en una fase más avanzada del procedimiento.

De conformidad con el artículo 61 del Estatuto de Roma, solo en la fase de confirmación de los cargos se notifica al imputado los cargos que se le imputan y se le informa de las pruebas en las que el fiscal se propone basarse en la vista.

Por último, hay que tener en cuenta también que el procedimiento de arresto, detención y entrega a la CPI es muy a menudo llevado a cabo por las autoridades nacionales de los Estados partes, que no siempre ofrecen suficientes garantías procesales para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los sospechosos sometidos a la CPI. Corresponderá a la Sala de Cuestiones Preliminares velar por que se respeten los derechos de la persona que comparezca ante ella, de conformidad con las disposiciones del artículo 60 del Estatuto de Roma.

La Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional se ocupó de esta cuestión en el primer juicio ante la Corte, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*. En el presente caso, el acusado había alegado la incompetencia de la CPI debido a los malos tratos que había sufrido en manos de las autoridades congoleñas antes de su entrega. Si bien la Sala de Apelaciones, al igual que la Sala de Cuestiones Preliminares, desestimó la apelación por falta de pruebas que corroboraran las declaraciones del Sr. Lubanga Dyilo, sostuvo el principio: «[s]’il devenait impossible de tenir un procès équitable en raison de violations des droits fondamentaux du suspect ou de l’accusé par ses accusateurs, il serait contradictoire de dire que l’on traduit cette personne en justice. En effet, justice ne serait pas rendue. Un procès équitable est l’unique moyen de rendre la justice. Si aucun procès équitable ne peut être conduit, l’objet de la procédure judiciaire est mis en échec et il convient de mettre un terme à la procédure» (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia sobre el re-

curso interpuesto por Thomas Lubanga Dyilo contra la decisión de 3 de octubre de 2006 relativa a la excepción de incompetencia de la Corte planteada por la Defensa en virtud del artículo 19-2-a del Estatuto, 14 de diciembre de 2006, ICC-01/04-01/06-772, párr. 37).

Esta jurisprudencia ha sido confirmada y precisada desde entonces por las salas de la CPI, que han venido a afirmar «l'arrêt définitif de la procédure est une mesure exceptionnelle», que solo pueda pronunciarse cuando la violación de los derechos del sospechoso se refiera al proceso de llevarlo ante la CPI, «ce qui signifie que cette violation est soit i) commise directement par des personnes associées à la Cour soit ii) commise par des tiers en collusion avec la Cour» (Le Procureur c. Laurent Gbagbo, Decisión sobre la rectificación de la solicitud de incompetencia de la Corte Penal Internacional basada en los artículos 12.3, 19.2, 21.3, 55 y 59 del Estatuto de Roma presentada por la defensa del Presidente Gbagbo, 15 de agosto de 2012, ICC-02/11-01/11-212, párrafo. 91-92).

Esta jurisprudencia ha sido aplicada recientemente por la Sala de Primera Instancia X, a raíz de una petición del Sr. Al Hassan para que se ponga fin al procedimiento incoado contra él en relación con los actos de tortura, tratos inhumanos y degradantes y violaciones graves de los derechos humanos que afirmaba haber sufrido en Malí antes de su entrega a la CPI. En el presente caso, la Sala de Cuestiones Preliminares desestimó la solicitud presentada por el Sr. Al Hassan por considerar que los actos denunciados por la defensa no podían atribuirse a la Oficina del Fiscal ni a terceros que actuaran en connivencia con la Oficina del Fiscal. No obstante, la Sala de Primera Instancia recordó que el acusado disponía de otros recursos, en particular el recurso de inadmisibilidad de las pruebas obtenidas mediante tortura (Le Procureur v. Al Hassan, Public redacted version of «Decision on the Defence request to terminate the proceedings and related requests», 29 de octubre 2020, ICC-01/12-01/18-1009).

2. *Los derechos del acusado durante la fase del juicio*

Solo después de la audiencia de confirmación de los cargos —y solo si la Sala de Cuestiones Preliminares considera que «des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés», confirma los cargos y remite a la persona a una Sala de Primera Instancia para que sea juzgada, de conformidad con el artículo 61 del Estatuto de Roma— es que la persona en cuestión se convierte en *l'accusé* y disfruta de los derechos asociados a esta condición.

Los derechos del acusado son, en gran medida, similares a los exigidos por la jurisprudencia de los tribunales regionales de Derechos Humanos relativa al derecho a un juicio justo.

El artículo 66 del Estatuto de Roma garantiza el derecho a la presunción de inocencia y las garantías correspondientes en cuanto a la carga de la prueba y el nivel de prueba necesario para dictar sentencia condenatoria: «1. Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable. 2. Il incombe au Procureur de prouver la culpabilité de l'accusé. 3. Pour condamner l'accusé, la Cour doit être convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable».

El artículo 67(1) del Estatuto de Roma, titulado «droits de l'accusé» énonce le «droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, [...] équitablement et de façon impartiale» y enumera las garantías *minimales* del derecho a un juicio justo:

- El derecho a ser informado de la causa y del contenido de los cargos en un idioma que el acusado entienda y hable perfectamente.

- El derecho a disponer del tiempo y de los medios necesarios para preparar su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con el abogado de su elección.
- El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (sin embargo, este derecho debe entenderse en el contexto de la Corte Penal Internacional, en la que los juicios son a menudo mucho más largos que en nuestras jurisdicciones nacionales y pueden durar fácilmente una década).
- El derecho a estar presente en su juicio, a defenderse a sí mismo o a ser asistido por el defensor de su elección.
- El derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia y el interrogatorio de los testigos de descargo.
- El derecho a defenderse y a presentar otras pruebas.
- Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a recibir las traducciones necesarias para satisfacer las exigencias de la equidad.
- El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable, y a guardar silencio sin que se tenga en cuenta ese silencio para determinar su culpabilidad o inocencia.
- El derecho a hacer, sin juramento, una declaración escrita u oral para su defensa.
- El derecho a que no se le imponga la inversión de la carga de la prueba ni la carga de la refutación.

El derecho a la asistencia letrada incluye la posibilidad de que la Corte asigne un abogado de oficio a cada acusado, sin costo alguno, si no dispone de medios para pagarle. Este mecanismo de asistencia jurídica (o *legal aid*), basado en el derecho imperativo a la igualdad de armas, ha sido objeto de fuertes críticas en cuanto a su aplicación, de modo que a principios de 2019 se inició un proyecto de reforma. Las discusiones entre los diferentes actores movilizados (Asamblea de los Estados Partes, Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, Secretaría de la CPI, Asociación de Abogados ante la CPI) siguen en curso.

Por último, ante la Corte Penal Internacional, los derechos del acusado se derivan también de las obligaciones estatutarias de la Fiscalía y los jueces.

Así, además de que la carga de la prueba incumbe a la Oficina del Fiscal, el artículo 54(1) del Estatuto de Roma prevé que ésta investigue «tant à charge qu'à décharge». El artículo 67(2) del Estatuto de Roma (relativo a los derechos del acusado) dispone aún «le Procureur communique à la défense, dès que cela est possible, les éléments de preuve en sa possession ou à sa disposition dont il estime qu'ils disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge».

El cumplimiento efectivo de esta obligación ha sido a menudo objeto de críticas por parte de la defensa. En el caso *Le Procureur c. Lubanga*, el procedimiento se interrumpió durante varios meses debido al incumplimiento de la Fiscalía (*Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de los documentos de la defensa comprendidos en los acuerdos previstos en el artículo 54 3e del Estatuto, la solicitud de suspensión del proceso contra el acusado y otras cuestiones planteadas en la reunión con las partes celebrada el 10 de junio de 2008, 13 de junio de 2008, ICC-01/04-01/06-1401). Muy recientemente, la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Le Procureur c. Alfred Yekatom et Patrice-Edouard Ngaïssona*, consideró que el

Fiscal había incumplido sus obligaciones, pero sin pronunciar sanción (Le Procureur c. Alfred Yekatom et Patrice-Edouard Ngaïssona, Decision on the Yekatom Defence Request Concerning Disclosure Violation and Disclosure of Exculpatory Material, 22 de julio 2020, ICC-01/14-01/18-595).

Por otra parte, el artículo 40 del Estatuto de Roma, que prohíbe a los jueces ejercer cualquier «activité qui pourrait être incompatible avec leurs fonctions judiciaires ou faire douter de leur indépendance», garantiza «l'indépendance des juges» y el derecho del acusado a un juicio justo.

Si bien esta cuestión ha sido objeto de debate en varios casos, recientemente ha experimentado un resurgimiento de la actualidad más allá de los límites del tribunal. En efecto, el 7 de enero de 2019, la magistrada Kuniko Ozaki solicitó a la Presidencia de la CPI el derecho a dimitir de su cargo de juez a tiempo completo *pour des raisons personnelles*, mientras continuaba desempeñando su cargo en el asunto Le Procureur c. Bosco Ntaganda, cuya sentencia se estaba redactando. La Presidencia accedió a su petición. Sin embargo, poco después, el 18 de febrero de 2019, la magistrada Ozaki hizo público su nombramiento como Embajadora de Japón en Estonia, con efecto a partir del 3 de abril de 2019, por escrito: «Je suis fermement convaincue que ma nouvelle responsabilité n'interférera en aucune façon avec ma fonction judiciaire, qui se limite à l'affaire Ntaganda et à une courte période de temps [...]. Cela n'affectera pas non plus la confiance en mon indépendance conformément à l'article 40(2). Ma nouvelle responsabilité est limitée aux relations bilatérales entre l'Estonie et le Japon. Si jamais cela avait un quelconque lien avec l'affaire Ntaganda, je m'abstiendrai d'exercer mes fonctions à ce sujet ou en informerais immédiatement la Cour».

Si bien la mayoría de los magistrados de la Corte Penal Internacional consideró que las funciones diplomáticas de la magistrada Ozaki no eran contrarias a las garantías de independencia previstas en el artículo 40 del Estatuto de Roma, esta decidió dimitir de su función de Embajador, a la

vista de las vivas reacciones que había suscitado su anuncio (Decision of the Plenary of Judges on the Defence Request for the Disqualification of Judge Kuniko Ozaki from the case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, 20 de junio de 2019, ICC-01/04-02/06-2355-Anxi).

Por último, no se puede hablar de los derechos del acusado ante la CPI sin mencionar los derechos de los detenidos.

A este respecto, es particularmente notable que, aunque garantiza la presunción de inocencia, el Estatuto de Roma no prevé ningún límite al período de detención preventiva.

Las disposiciones del artículo 85 del Estatuto de Roma —que prevé un derecho a la reparación a las personas víctimas «d'une arrestation ou mise en détention illégales» o a las que han sufrido una pena por «une erreur judiciaire»— no se han aplicado en esta fase.

Con respecto a Jean-Pierre Bemba —detenido el 24 de mayo de 2008, trasladado a La Haya el 3 de julio de 2008 y puesto en libertad el 12 de junio de 2018, tras haber sido absuelto por la Sala de Apelaciones de los cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que se le imputaban (*NB*: Jean-Pierre Bemba, en cambio, fue condenado por delitos contra la administración de justicia)—, la Sala de Cuestiones Preliminares rechazó su solicitud de indemnización con arreglo al artículo 85, insistiendo en que:

[...] la référence à une erreur grave et manifeste d'administration de la justice n'a jamais été censée viser des situations relevant de la dynamique inhérente à l'évolution naturelle de la procédure pénale. Elle vise plutôt à englober des scénarios de nature exceptionnelle, qui diffèrent substantiellement de ceux qui sont typiques des phases procédurales d'un procès et pour lesquels il existe des possibilités spécifiques de révision. Le risque et la possibilité d'erreurs, qu'elles soient de fait ou de droit, sont au cœur des dispositions énonçant le droit de former appel. En tant que telle, la conclusion de la Chambre d'appel faisant droit à un

motif d'appel ne peut en soi être assimilée à une erreur judiciaire, et encore moins à une erreur judiciaire grave et manifeste, selon les termes de l'article 85(3). (Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on Mr Bemba's claim for compensation and damages, 18 de mayo 2020, ICC-01/05-01/08-3694, para. 33)

Teniendo en cuenta los sufrimientos inherentes a la detención, a menudo prolongada, de los acusados sometidos a la Corte Penal Internacional, la Sala de Cuestiones Preliminares aprovechó la oportunidad para hacer un llamamiento a los Estados partes para regular estatutariamente la duración de los procesos y/o el periodo de detención preventiva. Este llamamiento no parece haber sido escuchado todavía.

*Autora: Clara Gérard-Rodríguez
(Abogada del Colegio de Abogados de París)*

DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES (EN EL PROCESO PENAL)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prevé en su artículo 14 los derechos y garantías mínimos de todo proceso. Todos ellos están identificados en el apartado 1 de tal artículo. Se suman en los apartados 2 a 7, del mismo artículo, los derechos y garantías específicos del ámbito penal. Establece el PIDCP:

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo

exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

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

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

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

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Así, todos los derechos humanos fundamentales previstos en el artículo 14 del PIDCP deben ser respetados y garantizados por los Estados en un proceso penal.

Aparece primero, en el artículo 14.1, el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial.

El derecho a ser oído previsto exige ser oído por un juez o tribunal con determinadas condiciones y no se satisface con que exista un procedimiento judicial al que la persona pueda acceder, sino que es mucho más amplio. El Estado debe garantizar el derecho a ser oído de un modo extensivo y eficaz, esto es, que exista un procedimiento judicial a seguir (un «remedio judicial»), que dicho procedimiento se siga debidamente, que lo lleve adelante un juez o tribunal «competente, independiente e imparcial, establecido por la ley».

El juez debe ser, primero, *competente*. La competencia, como conjunto de atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico a un órgano estatal para el ejercicio de sus funciones, se relaciona con la «validez» de toda decisión que afecte los derechos de los ciudadanos. Los principios de atribución de competencia deben ser respetados en consonancia con la garantía del juez natural, que implica que el juez no solo debe ser competente según estipula la ley, sino que además debe ser adecuado para juzgar.

También el juez debe ser *independiente*. La independencia del juez y de los órganos del Estado radica en la separación de poderes y la autonomía que debe regir en cada órgano, así como en la inexistencia de intereses privados que puedan influir en las decisiones. Esta garantía se relaciona principalmente con el debido sistema de elección y destitución de jueces, en el caso del Poder Judicial, a fin de garantizar el «juez independiente», y también se aplica a otros funcionarios, como los fiscales.

El derecho a ser oído por juez competente e independiente se complementa, primeramente, con el derecho a ser oído por juez *imparcial*. La imparcialidad presupone la competencia del juez o del órgano encargado de tomar decisiones y, además, exige la inexistencia de prejuicios o intereses personales. Con esto se relaciona la imparcialidad. En este punto, primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso (cfr. Eur. Court. H. R., Case of Pabla KY v. Finlad, Judgment of 26 June, 2004, para. 27; y Eur. Court. H. R., Case of Morris v. the United Kingdom, Judgment of 26 February, 2002, para. 58).

Sigue en el artículo 14.2 del PIDCP, reconociendo la presunción de inocencia. Y al respecto es pertinente anotar la siguiente jurisprudencia:

El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa. (Corte IDH, caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004)

La presunción de inocencia es una garantía que rige durante todo el proceso, desde su inicio y hasta que se obtenga condena. Por tanto, al exigirse desde el mismo inicio del procedimiento, claramente debe regir al momento de determinar la prisión preventiva, por ello la prisión preventiva no es regla sino excepción, y su determinación no debe ser desproporcionada, porque aún no se sabe si la persona es inocente o culpable.

El documento de la ONU titulado *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* acompaña y recoge esta garantía, al establecer en su Principio 36.1:

Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.

Así, la presunción de inocencia rige desde el inicio del procedimiento, desde el arresto, la mera demora, la detención, hasta el momento de condena. Durante todo el transcurso del proceso la persona mantiene tal presunción, es inocente.

Con base en ello, la prisión preventiva, no debe ser la regla sino la excepción. Es aquí donde más palmariamente se aplica la presunción de inocencia. Solo en condiciones estrictamente determinadas por la ley y

según la evaluación de cada caso en particular y no de manera abstracta general, se podrá determinar la medida excepcional de prisión preventiva (Comisión IDH, Informe Peirano Basso vs. Uruguay, 2007).

En el artículo 14.3 del PIDCP, se estipulan las garantías mínimas del proceso penal que hacen al respeto de los derechos humanos fundamentales de las personas.

Primero, se prevé el *derecho a ser informado sin demora en idioma que comprenda*, lo que deriva en la posibilidad de conocer la imputación y el derecho al traductor público.

Segundo, se prevé *el derecho a tener tiempo para preparar la defensa y obtener medios para ello, así como comunicarse con el defensor*. Esto implica contar con un defensor y reunirse con él o ella libremente, sin intervención indebida del Estado.

Luego sigue el *derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas*. Esto es el «plazo razonable» del proceso penal. No hay estándar mínimo —al menos de modo unánime— a nivel internacional en cuanto a qué comprende un plazo razonable, no de manera predeterminada y precisa. Pero sí hay un concepto y una estimación. Se trata de un plazo máximo, a fin de evitar demoras injustificadas o dilaciones indebidas, así como un plazo mínimo, para que la parte ejercite su derecho a defenderse debidamente. Es un tiempo «equilibrado» para las partes, sin perjudicar a ninguna de ellas.

La Corte IDH ha dicho que el plazo razonable no se puede estipular en abstracto ni en forma previa por vía legislativa, sino que debe determinarse en cada caso en concreto. Así, son tres los criterios de la Corte IDH, que vienen del TEDH, utilizados para determinar la existencia de plazo razonable en el caso concreto:

1. la complejidad del caso;
2. la actividad procesal del interesado; y,
3. la conducta de las autoridades judiciales.

En el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sentencia de 29 de enero de 1997, la Corte IDH decidió seguir el criterio del TEDH en cuanto a la determinación del plazo razonable:

77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (ver entre otros, *Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A n.º 195-A, párr. 30*; *Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A n.º 262, párr. 30*) [...].

81. Adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, la Corte Europea ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama «análisis global del procedimiento». (*Motta*, párr. 24; *Eur. Court H.R., Vernillo judgment of 20 February 1991, Series A n.º 198* y *Eur. Court H.R., Unión Alimentaria Sanders S.A. judgment of 7 July 1989, Series A, n.º 157*).

Los criterios de la Corte IDH sobre el plazo razonable de aquel precedente fueron luego sostenidos por la propia Corte IDH en los casos *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 102; *Escué Zapata vs. Colombia*, Sentencia de 4 de julio de 2007, párr.

102; Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 97, entre otros.

La Corte IDH también se ha expedido en el sentido que el proceso judicial debe darse en plazo razonable a fin de evitar las dilaciones indebidas que se traducen en «privación o denegación de justicia». Se relaciona así el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas o en plazo razonable con la obligación del Estado de investigar las violaciones de derechos humanos, como también con la obligación de tutela judicial efectiva.

El derecho a la justicia implica y contiene la garantía de que toda controversia se resuelva en plazo razonable (Corte IDH, caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004; caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. Salvador, Sentencia de 1 de marzo de 2005; López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, entre otros). Porque la demora en la tramitación del procedimiento judicial constituye *per se* una violación al debido proceso (Corte IDH, caso Baldeón García vs. Perú, Sentencia de 6 de abril de 2006).

Sigue luego el *derecho a hallarse presente en el proceso y defenderse, incluso con defensor gratuito*, el derecho a *interrogar testigos, a ser asistido por intérprete* (que se conecta con el ya expuesto), y el *derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo*, lo cual tiene que ver no solo con la prohibición de la tortura y trato inhumano para obtener una confesión sino con una cláusula más general de no ser obligado, por ejemplo, a proveer o facilitar la obtención de prueba que a uno lo incrimine. El Estado deberá recurrir siempre a medios legítimos en la obtención de la prueba en proceso penal, lo cual es su tarea exclusiva.

Sigue el artículo 14.4 que tiene que ver con el respeto del menor de edad en el proceso penal y sus consecuencias (la pena), en atención a su especial condición de vulnerabilidad

Luego, el artículo 14.5 sobre el *derecho al recurso*. Este derecho implica el derecho a un recurso antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada; que debe ser resuelto en un plazo razonable; que debe ser un eficaz, es decir, debe dar resultados o respuestas; que debe ser accesible y sin mayores formalidades; y que debe llevar a una revisión que no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria.

Por último, en el artículo 14.6 aparece *el derecho a ser indemnizado en caso de condena basada en error judicial*, y en el artículo 14.7 el principio *ne bis in idem*, es decir, que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

Las garantías del proceso penal son la contracara de los derechos humanos fundamentales de las personas sometidas a tal, es decir, constituyen el modo en que los Estados cumplen con sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales de toda persona sometida a proceso penal.

Autora: Natalia Barbero
(Profesora de la Universidad de Buenos Aires - Argentina)

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS: BARBERO, Natalia. *Protección internacional de los derechos humanos*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, 2016, tomo IV, p. 211 y ss.

DERECHO PENITENCIARIO (EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y EUROPEO)

Tradicionalmente, el Derecho penitenciario regula el régimen de ejecución de las penas de encarcelamiento impuestas por una jurisdicción penal interna. No era un ámbito tratado por el Derecho internacional. En la actualidad, se ha internacionalizado y se está encuadrando para garantizar a los condenados un conjunto de garantías mínimas de sus dere-

chos ante las jurisdicciones penales e internacionales. El Derecho internacional penitenciario se aplica principalmente a los detenidos divididos en tres categorías de individuos: los criminales comunes condenados por los tribunales nacionales, los individuos capturados en las operaciones militares y los individuos condenados por las jurisdicciones penales internacionales. En otros términos, el Derecho penitenciario está comprendido en el Derecho internacional por dos prismas diferentes: el marco del Derecho penitenciario interno (1) y el marco de las situaciones penitenciarias del Derecho internacional (2).

1. El marco del Derecho penitenciario interno por las normas de protección internacional de los derechos del hombre

El Derecho penitenciario interno se rige por el Derecho regional de los derechos humanos (1.1) y, en menor medida, por el Derecho de las Naciones Unidas de protección de los derechos humanos (1.2).

1.1. El Derecho penitenciario contemplado en las convenciones regionales de derechos humanos

La influencia del Consejo de Europa en las legislaciones penitenciarias internas ha sido particularmente fuerte en sus Estados miembros. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales regula las condiciones de detención mediante sus artículos 3 y 5 que estipulan, respectivamente, la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes, y de la prisión arbitraria. El tribunal encargado del control de su aplicación precisa su alcance en materia penitenciaria. Ha establecido así una serie de prescripciones en cuanto a las condiciones de detención, como el derecho a un alojamiento y comida adecuada (CEDH, *Affaire Moisejevs c. Lettonie*, 15 juin 2006, 64846/01, par. 78).

Este Convenio no es la única fuente de protección en el conjunto normativo del Consejo de Europa. Institucionalmente, el Comité Europeo

de Colaboración Penológica del Consejo de Europa es el órgano del Consejo de Europa encargado de elaborar determinadas recomendaciones relativas a las condiciones de detención de las personas encarceladas. Algunas de estas normas constituyen, por otra parte, la prolongación de las contenidas en la Convención antes citada. Aunque estas normas penitenciarias no tienen valor vinculante para los Estados, tienen una autoridad moral cierta. Aprobadas por primera vez en 1973, revisadas en 1987 (Recommandation R. (87) 3 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 12 février 1987), las 108 normas penitenciarias europeas fueron revisadas de nuevo el 11 de enero de 2006 y en 2020. Se refieren a los derechos fundamentales de las personas encarceladas, el régimen de detención, la salud, el orden y la seguridad de los establecimientos penitenciarios y el personal de la administración penitenciaria. Entre ellas figuran: la exigencia de respeto de la dignidad humana (regla 18.1), de imparcialidad en su aplicación (regla 13), de preservación de la salud del detenido (regla 19.4). Sobre todo, el tratamiento del condenado debe tener como objetivo su reinserción en la sociedad (sexto principio fundamental). A primera vista, el Convenio de Estrasburgo sobre el traslado de personas condenadas de 1983 podría completar este *corpus juris* en materia penitenciaria. Sin embargo, no permite establecer una protección jurídica internacional general del detenido.

Otros mecanismos regionales de protección de los derechos humanos abordan de manera diferente las condiciones de detención, tanto provisional como definitiva. En la mayoría de los casos, los detenidos están protegidos contra la tortura (artículo 20 de la Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el islam), contra los trabajos forzados⁸ o contra la detención arbitraria. En cambio, pocos prevén el recurso específico de una persona privada de libertad contra una detención arbitraria. Por último, solo la Convención Europea para la Prevención de la

⁸ Artículo 6.2. de la CIADH. Sin embargo, v. artículo 6.3.a «No constituirá trabajo forzoso u obligatorio a los efectos del presente artículo: los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente».

Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, firmada en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 y ratificada por Francia en 1989, prevé visitas de control de las personas detenidas de manera provisional o definitiva (artículo 12).

1.2. El Derecho penitenciario previsto en las convenciones de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos

El conjunto normativo de derechos humanos de las Naciones Unidas es menos prolijo que las normas regionales cuando se trata del Derecho penitenciario. Ninguna convención de las Naciones Unidas se refiere especialmente a los detenidos, a los agentes encargados de su vigilancia o a los establecimientos interesados. La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, carente de efecto directo en los sistemas internos, interesa por principio al Derecho penitenciario. Prohíbe en su artículo 9 la detención arbitraria y en su artículo 5 la tortura y los tratos o penas crueles o degradantes. El carácter general de esta declaración en materia penitenciaria se explica por la creación de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que debía establecer un marco de protección para los prisioneros de guerra. Sin embargo, esta se disolvió en 1950. Desde entonces, se celebran cada 5 años periodos de sesiones del Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal en los que se abordan marginalmente las cuestiones relativas a las condiciones de detención. Sin embargo, de estas reflexiones de las Naciones Unidas sigue habiendo un conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas en 1955 y revisadas en 2015.

El conjunto normativo de las Naciones Unidas se ha desarrollado sin consagrar un régimen de protección particular. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, contiene disposiciones similares a las anteriores que prohíben la tortura y la detención arbitraria

(artículos 7 y 8b). En la actualidad, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, y el Comité correspondiente se consideran el mecanismo central de protección de los derechos de los detenidos. El carácter general de sus disposiciones permite modificar las políticas penitenciarias estatales a largo plazo. Sin embargo, este convenio protege a la «persona recluida» sin definirla (artículo 6.3a). Además, las decisiones del Comité, carentes de efecto vinculante en los ordenamientos jurídicos internos, tienen una influencia relativa. El *name and shame*, principio de funcionamiento de los comités de las Naciones Unidas consistente en designar y culpar a los Estados poco respetuosos de los derechos humanos, tiene dificultades para prosperar en materia penitenciaria, habida cuenta de su reconocimiento como esfera reservada del Estado.

2. *El marco de las situaciones penitenciarias de Derecho internacional*

El Derecho penitenciario, cuando es examinado por el Derecho internacional, regula también las situaciones de excepción, es decir, fuera del Derecho interno de la ejecución de las penas. El Derecho penitenciario humanitario ha permitido definir la situación jurídica de los prisioneros de guerra (2.1). Sin embargo, es difícil prever un régimen general de estas situaciones penitenciarias. Por lo tanto, el derecho penitenciario humanitario solo se ha aplicado parcialmente a los condenados por los tribunales penales internacionales (2.2).

2.1. *El Derecho penitenciario humanitario*

El Derecho penitenciario humanitario toma cuerpo en los reglamentos de 1907, la Convención de 1929 y, sobre todo, el Tercer Convenio de Ginebra de 1949, al establecer el estatuto de los prisioneros de guerra en los conflictos armados entre dos o más Estados (artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949). El conjunto de estos textos sigue siendo aplicables hoy en día, ya que los principios generales de 1907 completan la Convención de Ginebra en caso de carencia. Este conjunto

normativo se aplica en el contexto de un conflicto armado internacional. En caso de conflicto armado no internacional, el régimen de detención de las personas capturadas se rige por el Derecho interno (artículo 1 del Protocolo Adicional 2 a los Convenios de Ginebra de 1949).

El Derecho penitenciario humanitario ha podido establecer un estatuto general del prisionero de guerra. Este último, capturado por el poder enemigo, es retenido para evitar que siga luchando contra él. Este derecho organiza, pues, la detención y, en algunos casos, la detención por motivos disciplinarios y judiciales. Aunque la detención de la persona capturada no es una pena, los principios de la detención se aplican a la detención de los prisioneros de guerra. La detención disciplinaria no supone un régimen derogatorio de las principales disposiciones de la Convención. En caso de condena judicial, el Convenio confiere a los presos importantes garantías: un tratamiento humano (artículo 13), el respeto de los prisioneros (artículo 14) y la igualdad de trato (artículo 16). Se prohíben los abusos y los atentados contra el honor (artículo 87) y los tratos discriminatorios (artículo 88).

El detenido está sometido a la autoridad del oficial responsable del campamento que ejerce la disciplina. Por lo tanto, el prisionero no debe perjudicar a la potencia detenedora y obedecer las reglas establecidas por la potencia detenedora. Sin embargo, esta disciplina está sujeta a las restricciones que impone el trato mínimo del detenido establecido por el Derecho penitenciario humanitario: la atención médica, la salud y la higiene en general, el agua, los alimentos, la ropa y un techo gratuito. Además, la potencia detenedora no debe impedir el ejercicio del culto. Por último, los prisioneros de guerra pueden ser obligados a trabajar para mantener a los prisioneros en un buen estado de salud general. En términos más generales, la Convención de 1949 impone un trato humano a los presos desde el punto de vista físico y moral. Así pues, el derecho penitenciario humanitario prohíbe toda sanción disciplinaria «más que cuando tal medida sean necesaria para la protección de su salud» (ar-

título 21) y, en la medida de lo posible, los prisioneros deben ser evacuados de las zonas de combate.

Los prisioneros de guerra gozan de un derecho de denuncia tras una pena pronunciada (artículo 78), especie de recurso contencioso ante los representantes de las potencias protectoras. También tienen derecho de petición ante las autoridades militares, como recurso de gracia. También goza del derecho de defensa para que se revise su pena o incluso de recurso acompañado de una serie de garantías del debido proceso. Todos estos derechos, que no pueden ser sancionados, pueden ejercerse a través del hombre de confianza del campamento, sus representantes, que ellos mismos han elegido.

Si los presos no pueden ser encarcelados en las cárceles de derecho común, el régimen general supone un principio de equivalencia entre los centros de retención, de detención o los campamentos de tránsito permanentes. Los detenidos también están sujetos al principio de igualdad de trato, que ahora es fundamental para la protección internacional de los prisioneros de guerra y los detenidos civiles, por lo tanto, no pueden ser tratados más severamente. Por último, los detenidos como soldados se benefician de un principio de asimilación a las tropas de la potencia detenedora.

2.2. *El Derecho penitenciario de las jurisdicciones penales internacionales*

El caso particular de los detenidos autores de crímenes de Derecho internacional confirma la necesidad de una protección específica por parte del Derecho internacional. En efecto, estos detenidos no solo perturbaron el orden público de uno o varios Estados, sino que también pusieron en peligro los valores de la sociedad internacional. Es más probable que reciban un trato poco respetuoso de los derechos humanos que los presos del Derecho común.

La aparición de la justicia penal internacional podía presagiar la consagración de una protección específica de esos detenidos. Sin embargo, el conjunto de las jurisdicciones penales internacionales confía a los condenados a los «buenos» cuidados del Estado. Los condenados de los tribunales militares de Tokio y Núremberg han cumplido sus condenas en los establecimientos penitenciarios establecidos por las potencias de ocupación. La segunda ola de tribunales internacionales, los tribunales penales internacionales, fue la ocasión de reflexionar sobre el Derecho penitenciario aplicable como consecuencia irreductible del proceso penal internacional y, por consiguiente, como prerrogativa de la sociedad internacional. Aun cuando en los tribunales penales internacionales se haya establecido el sistema de doble consentimiento, es decir, la inclusión en una lista de Estados voluntarios con consentimiento caso por caso, los redactores de los estatutos de estas jurisdicciones también se basaron en los sistemas penitenciarios nacionales. Sin embargo, estos tenían características poco propicias para tal *laissez-faire*: en la antigua Yugoslavia, el Estado ya no existía; en Rwanda, el Estado sobrevivió, pero ya no estaba en condiciones de garantizar los derechos fundamentales de los detenidos. Las jurisdicciones internacionalizadas, habida cuenta de su conexión con el sistema penal estatal, también se «benefician» de los establecimientos penitenciarios locales, sujetos al derecho de ejecución de las penas del *corpus delicti* (Estado en cuyo territorio se cometió el delito). El derecho de la detención internacional sigue estando inextricablemente vinculado al Estado.

Los redactores del Estatuto de Roma han insistido en este enfoque. Este texto fundador de la Corte Penal Internacional (CPI) se limita a una simple mención de las normas «generalmente aceptadas» en materia de detención (artículo 106-2 del Estatuto de Roma). Aparte del Acuerdo celebrado entre la Corte Penal Internacional y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) el 29 de marzo de 2006, que prevé el control de la detención por el CICR, el régimen de detención de los condenados por la Corte Penal Internacional se rige por el Derecho interno del Estado de encarcelamiento. En efecto, la Dependencia de Detención de la pri-

sión de Scheveningen, cerca del Tribunal, acoge únicamente a los detenidos en prisión preventiva que presentan un carácter excepcional (CPI, Chambre de première instance, *Situation en République démocratique du Congo - Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, n.º ICC-01/04-01/06 ICC-01/04-01/06-T-314-FRA, par. 5). Esta detención previa se rige por el capítulo 5 del Reglamento de la Secretaría de la Corte, que reproducen el régimen establecido por el Tercer Convenio de Ginebra.

Aude Brejon

(Investigadora asociada del Centro de Investigación de los Derechos Humanos - CRDH, Université Paris 2, y del Cedin - Centro de Derecho Internacional de Nanterre, Université Paris Nanterre. Doctora en Derecho Internacional Público, Francia)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *Recommandation Rec(2006)2-rev du Comité des ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes; Résolution 415(V) de l'Assemblée générale du 1er décembre 1950; Convention interaméricaine des droits de l'homme, convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme Commentaire du CICR de 1960 de la troisième Convention de Genève. H. Abtahi, «Chapitre 75 - Exécution de la peine». En H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, (dirs.). *Droit international pénal*, Deuxième édition révisée, Éditions A. Pedone, 2012, p. 989.*

DERECHOS PROCESALES DE SOSPECHOSOS O ACUSADOS EN PROCESOS PENALES

Los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales son aquellas garantías o derechos fundamentales que protegen a las personas físicas y, en su caso jurídicas, aún sin ser estas últimas especialmente contempladas, que asumen la posición pasiva en calidad de imputado (o ahora «investigado» en España) en el proceso penal, por ello su nombre de «derechos procesales». De este modo constituyen un

catálogo de derechos que dotan de un estatuto jurídico particular a tales personas pasivas a lo largo de todas las fases que conforman el proceso penal y por ello la ambivalente terminología jurídica que se emplea para sus titulares: imputados, investigados, sospechosos, acusados, condenados. Se opta aquí por la terminología europea para este vocablo jurídico y así «derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales», por cuanto esta es la empleada en la Unión Europea a partir de la regulación emprendida en dicho ámbito. Si bien es evidente la intrínseca relación entre todas ellas, se diferencia esta voz del diccionario respecto de otras voces objeto de particular estudio como son las de «derecho a un proceso con todas las garantías», «derecho de defensa», «derechos humanos fundamentales (en el proceso penal)», por cuanto se aborda aquí exclusivamente la perspectiva desarrollada por la Unión Europea a tal fin.

1. Introducción

Tradicionalmente tales derechos o garantías procesales encuentran su acomodo en las normas constitucionales nacionales como es el caso de España y así el artículo 24 Constitución española 1978 (en adelante, CE) contempla sendos derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) y al debido proceso (artículo 24.2) dentro del catálogo de derechos fundamentales objeto de especial protección en España ante la jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional bajo la fórmula del recurso de amparo (artículo 53.2). De modo especial es dictada abundante jurisprudencia constitucional en interpretación de sendos derechos desarrollando un compendio de garantías procesales que van incluso más allá de las explícitamente reconocidas en el artículo 24.2 CE, por cuanto son igualmente adoptadas aquellas contempladas en normas internacionales en sintonía con la prescripción hecha en el artículo 10.2 CE; así, de forma particular para esta materia, los derechos contemplados en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH conforme la interpretación proporcionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

También este último texto europeo ha sido fuente de inspiración de la Unión Europea y así a partir de inicios del presente siglo se observa el inicio de propuestas legislativas en este ámbito como forma de contrapeso a la regulación europea desarrollada en materia de cooperación judicial penal bajo la adopción de instrumentos procesales ya conocidos como es, en particular, la orden de detención europea, también objeto de tratamiento en este diccionario con la voz «orden europea de detención (euroorden)». En efecto, ya explicitados tras la firma del Tratado de Lisboa (2007) sendos principios de reconocimiento mutuo y aproximación legislativa en el actual artículo 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) para la cooperación judicial en materia penal ha de decirse que uno y otro principio constituyen la base jurídica de la normativa europea desarrollada en el ámbito procesal penal. De modo concreto, mientras la orden de detención europea hace uso del principio de reconocimiento mutuo, esta aproximación legislativa es ahora la base jurídica de tales derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales. Así, si bien en un inicio de la primera regulación desarrollada desde la perspectiva del reconocimiento mutuo no parecía necesario llevar a cabo esta aproximación legislativa entre Estados miembros, el funcionamiento en la práctica judicial en cada uno de ellos de tales instrumentos procesales y de modo especial, la orden de detención europea ha hecho imprescindible emprender medidas de este tipo.

De modo concreto, y como presupuesto previo al estudio de la temática propuesta, ha de recordarse que el principio de reconocimiento mutuo, proclamado de forma oficial en el Consejo Europeo de Tampere (1999) a modo de «piedra angular», aplica de forma pragmática los principios del mercado interior propugnando la libre circulación de resoluciones judiciales (e incluso extrajudiciales en el ámbito civil), en la medida de lo posible, de forma automática; por ello y en principio, la indiferencia respecto de armonización o ahora aproximación legislativa de las normas procesales o procedimentales nacionales. Por su parte, el principio de aproximación legislativa, en una versión más *light* de la predicada inicial

armonización, procura la adopción de estándares mínimos (*minimum standards*) en el ámbito de la Unión Europea, los cuales han de ser respetados y observados como mínimo denominador común en las distintas legislaciones nacionales; de este modo se pretende lograr la confianza mutua en los diversos sistemas jurídicos nacionales por parte de juzgados y tribunales ordinarios en aplicación de los anteriores instrumentos procesales de reconocimiento mutuo (léase, orden de detención europea, orden europea de investigación, orden europea de protección y un largo etcétera). Dado su carácter de normas mínimas la regulación europea dictada en este ámbito adopta la forma de Directiva, norma que «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios» (artículo 288.III TFUE).

2. Origen y evolución

El primer texto del que se tiene conocimiento en esta materia por parte de la Unión Europea es el Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea, presentado en Bruselas el 19 de febrero de 2003, COM(2003) 75 final. Dicho texto resulta de la consulta pública remitida en 2002 a los Estados miembros respecto de «cuáles han de ser dichas normas mínimas comunes y en qué ámbitos estas pueden aplicarse», a partir de cuyas respuestas la Comisión definió como «ámbitos» o, en mejor medida, derechos susceptibles de regulación, los cinco siguientes: «acceso a la representación por abogado defensor, tanto antes como durante el juicio; acceso a la interpretación y a la traducción; comunicación a sospechosos e inculcados de sus derechos (“Carta de derechos”); garantía de una protección adecuada a sospechosos e inculcados vulnerables y asistencia consultar a detenidos extranjeros». En su elaboración la Comisión toma muy en cuenta diversos textos internacionales como, en concreto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o CDFUE así

como otros instrumentos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, etc.).

Resultado de dicho procedimiento de consulta y documento de reflexión como es el anterior Libro Verde, la comisión lanza la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, presentada en Bruselas el 28 de abril de 2004, COM(2004) 328 final. Como se indica en el primer párrafo de este texto normativo bajo la antaño fórmula de Decisión Marco, antecedente de la Directiva en la política de la Unión relativa al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) hasta la firma del Tratado de Lisboa, «esta propuesta de Decisión Marco aspira a establecer normas mínimas comunes sobre determinados derechos procesales aplicables a los procesos penales celebrados en la Unión Europea». En la línea indicada y así se explicita en sucesivos párrafos, la propuesta sigue muy de cerca textos normativos europeos como son el CEDH y la CDFUE además de la jurisprudencia dictada en este ámbito por parte del TEDH; de igual modo, su propósito es aquí también «facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo», cuya práctica judicial en los distintos Estados miembros —especialmente en algunos— ha permitido advertir las dificultades de su aplicación «automática» en sede penal. Finalmente aclara que la presente regulación, a modo de «normas mínimas comunes», de ninguna forma puede implicar un retroceso o «rebaja» de garantías procesales en aquellas legislaciones nacionales que otorguen (o deseen otorgar) un nivel de protección superior al aquí contemplado y así dicho texto normativo incorpora expresamente una cláusula de no regresión a este respecto (artículo 17), la cual va a estar vigente para todos y cada uno de los derechos procesales posteriormente objeto de regulación.

Así pues, la propuesta contempla de forma concreta un catálogo de derechos procesales a aplicar en cualesquiera procesos penales que se desarrollen en los Estados miembros de carácter nacional o transfronterizo, los cuales han de ser objeto de cumplimiento en todas las fases procesa-

les y así fase de instrucción, enjuiciamiento, sentencia e impugnación, sin contemplar, en cambio, parece la fase de ejecución. Ítem más y este fue uno de los principales escollos a su aprobación; derechos procesales a observar incluso en la fase preprocesal siempre que opere sospecha de comisión de delitos por parte de determinada persona (sospechoso) y así en el curso de la investigación policial. De forma expresa se indica que tales «derechos se aplicarán a cualquier persona sospechosa de haber cometido un delito (“persona sospechosa”) a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro le comuniquen que es sospechosa de haber cometido un delito y hasta que se le juzgue» (artículo 1.2). Por tanto, también en el curso de la aplicación de medidas cautelares penales personales provisionalísimas como es el caso de la detención y, en concreto, detención policial; así de forma concreta, por ejemplo, se prevé la aplicación de tales derechos con motivo del dictado de orden de detención europea, en suma, igualmente orden de detención objeto de adopción en su caso en fase preprocesal por las fuerzas y cuerpos de seguridad además en breve plazo.

En cuanto a los derechos procesales específicamente contemplados en tal propuesta legislativa se incluyen los cinco siguientes, en sintonía con los ámbitos identificados en anterior Libro Verde, a saber: derecho a la asistencia de abogado, además gratuita (artículos 2-5); derecho a la interpretación y traducción, también gratuita (artículos 6-9); derecho a atención específica (artículos 10-11); derecho a comunicarse (artículos 12-13) y derecho a la información de tales derechos procesales por escrito mediante la entrega de una Carta de derechos (artículo 14). De especial singularidad resulta este último exigiendo su traducción a todas las lenguas oficiales de la Unión así como entrega en las comisarías de policía nacionales con previsión de firma, tanto por parte del funcionario/a respectivo/a como de la persona sospechosa; ítem más, el texto normativo incluso ofrece un modelo de tal carta o acta de derechos en posterior anexo A. Finalmente, restante articulado realiza referencia a la evaluación y control de la aplicación de esta norma con recopilación de datos en los distintos Estados miembros así como establece la anterior cláu-

sula de no regresión; por último, fija el plazo de adaptación de dicha Decisión Marco en fecha de 1 de enero de 2006.

Sin embargo, dicho plazo nunca llegó a cumplirse, pues tal propuesta de Decisión Marco no entró en vigor. Tras las correspondientes enmiendas procedentes del Parlamento Europeo y las sucesivas negociaciones en el marco del Consejo de la Unión por parte de las delegaciones nacionales, debido a las reticencias de algunos Estados miembros (Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Malta, Polonia, Reino Unido, República Checa, etc.) el texto fracasó de pleno, ello a pesar de las «contrapropuestas» y así posteriores versiones del mismo texto legislativo elaboradas durante las presidencias austríaca, finlandesa y alemana de la Unión a lo largo de los años 2006 y 2007. Por ello el cambio de estrategia en el seno de la Unión por lo que respecta a esta materia concreta, cual es la previsión de un catálogo de garantías o derechos procesales aplicables en el proceso penal a modo de normas mínimas de obligado reconocimiento en las distintas legislaciones procesales nacionales. Así, en lugar de una regulación conjunta de los mismos en un único texto normativo como había tenido lugar hasta la fecha, se propone su regulación independiente con la idea de facilitar la negociación en el seno del Consejo por parte de las distintas delegaciones nacionales. De hecho, y como de inmediato será expuesto, dicha regulación singular y específica para cada uno de los derechos procesales dio inicio con aquellos en los que existía mayor consenso.

En efecto, tiene lugar a continuación el dictado de la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales (DOUE de 4 de diciembre de 2012, n.º C 295, pp. 1-3). En este caso no se adopta ninguna norma vinculante por parte de las instituciones europeas y de hecho tal resolución no encuentra acomodo dentro de las enumeradas en anterior artículo 288 TFUE, sino que lo que se trata es establecer un programa de actuación normativa; por ello que único destinatario de la misma es la Comisión Europea, a la que se invita

a presentar propuestas legislativas sobre las medidas incluidas en dicho plan de trabajo. Conviene, además, advertir y así se indica textualmente que dicho programa es «no exhaustivo», además del carácter «orientativo» que impregna el «orden» en que es adoptada la correspondiente normativa respecto de cada uno de los derechos procesales contemplados; de hecho, en la práctica y así se indicará oportunamente, ha sido fruto de dictado de normativa europea algún derecho o garantía procesal que no resulta explicitado en este plan de trabajo.

Así pues, en concreto, se proponen esta vez seis medidas concretas bajo la enumeración mediante letras A-F con incorporación de rúbrica y breve explicación respecto de cada uno de los derechos procesales previstos; explicaciones que, como se señala textualmente en el oportuno anexo, «solo tienen por objeto dar una indicación de la acción propuesta y no tienen por objetivo reglamentar por adelantado el alcance y el contenido precisos de las medidas correspondientes». De este modo, el mencionado plan de trabajo incorpora las medidas siguientes: *Medida A: Traducción e interpretación*; *Medida B: Información sobre derechos e información sobre los cargos*; *Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita*; *Medida D: Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares*; *Medida E: Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables*; *Medida F: Libro Verde sobre la detención provisional*.

2. Directivas reguladoras de derechos procesales en el proceso penal

Tras la promulgación de anterior Resolución del Consejo exponiendo el plan de trabajo a llevar a cabo en materia de derechos procesales, la Comisión Europea toma el guante y comienza a llevar a cabo la elaboración de las distintas propuestas legislativas bajo la rúbrica y norma en cuestión de Directiva ocupándose de las diversas medidas contempladas en el plan e incorporando incluso la regulación de alguna otra garantía o derecho no expresamente allí contemplado en la línea anticipada. Dichas directivas son conocidas de ordinario con la denominación de «directivas procesales» y como tal son —o deben ser— objeto de adaptación

por los distintos Estados miembros en sus respectivas legislaciones procesales reguladoras con carácter ordinario del proceso penal siendo además aplicable la famosa cláusula de no regresión objeto de inclusión en todas y cada una de ellas. En el caso de España las mismas son contenidas en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882 (en concreto y fundamentalmente, título V. Del derecho de defensa, a la asistencia jurídica gratuita y a la traducción e interpretación en los juicios criminales, artículos 118-127) a la espera de su sustitución por futuro texto normativo tras el anuncio de los correspondientes anteproyectos en 2011 y 2013; hoy día, a fecha en que se redactan estas líneas, es todavía una incógnita el devenir del último Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en Consejo de Ministros del 24 de noviembre de 2020 tras el cambio de titular del Ministerio de Justicia.

A continuación, se expone brevemente el contenido de cada una de estas directivas dando lugar a la regulación de los distintos derechos procesales existentes para sospechosos o acusados en el marco del proceso penal siguiendo el *iter* cronológico de su promulgación.

3.1. *Derecho de interpretación y traducción*

Sin duda es la *Medida A: Traducción e interpretación* la primera medida objeto de regulación europea con motivo del mayor consenso existente en este ámbito entre los distintos Estados miembros a diferencia de otros; con todo, el nivel de garantías previsto en la nueva directiva es bastante inferior al contemplado en su día en la inicial propuesta de Decisión Marco. Así sendos derechos de interpretación y traducción en el proceso penal son objeto de regulación bajo la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales (DOUE de 26 de octubre de 2010, n.º L 280, pp. 1-7). De este modo mediante dicha norma se contempla «el derecho a interpretación y traducción para aquellas personas que no hablan o no entienden la lengua del procedimiento» según se indica en la propia Exposición de Motivos (aptdo. 14). Dicha

asistencia lingüística ha de ser gratuita y se extiende también de forma concreta a los procedimientos de ejecución de orden de orden de detención europea imponiendo la obligación al Estado de ejecución de asumir los costes derivados de la misma.

En rigor, la norma europea distingue en puridad dos derechos dentro de esta asistencia lingüística y así el derecho a la interpretación por una parte (artículo 2) y el derecho a la traducción (artículo 3). Así, mientras el derecho a la interpretación ha de garantizarse «sin demora [...] en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias» (artículo 2.1) incluyendo incluso la comunicación del sospechoso/acusado con su abogado, el derecho a la traducción se circunscribe a «todos los documentos que resulten esenciales para garantizar que (el sospechoso o acusado) esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso» (artículo 2.1); no en vano el primer derecho se garantiza de forma oral y el segundo de forma escrita. La enumeración de tales «documentos esenciales» no resulta exhaustiva pues, además de «cualquier resolución que prive a una persona de libertad, escrito de acusación y sentencia» (artículo 3.2), se dispone a modo de norma en blanco que «las autoridades competentes decidirán si resulta esencial cualquier otro documento, en un caso determinado» mediante «solicitud motivada» del sospechoso/acusado o de su abogado (artículo 3.3).

Por último, dentro de este examen sumario de tales derechos, la norma asegura la financiación pública de tales gastos derivados de la prestación de servicios de interpretación y traducción «con independencia del resultado del proceso» (artículo 4) e incluye dentro de los servicios de interpretación aquellos relativos al lenguaje de signos para «aquellas personas con limitaciones auditivas o de expresión oral» (artículo 2.3). De idéntica forma se pretende asegurar la calidad de tales servicios de interpretación y traducción al igual que se recomienda (que no impone a la luz de la expresión «se esforzarán») a los Estados miembros la creación

de un registro o varios de intérpretes y/o traductores con carácter nacional y oficial, puesto «a disposición de los abogados y las autoridades pertinentes» (artículo 5.2) al igual que la confidencialidad de tales servicios así como la formación de los distintos operadores jurídicos —«jueces, fiscales y personal judicial que participen en procesos penales»— que interactúen con ellos (artículos 5.3 y 6 respectivamente). Finalmente se incorporan la tradicional cláusula de no regresión (artículo 8) así como plazo de adaptación de la Directiva en cuestión en Derecho interno (artículo 9).

3.2. *Derecho a la información*

A continuación, tiene lugar la regulación de la *Medida B: Información sobre derechos e información sobre los cargos* conforme al orden expuesto en el anterior plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales dispuesto por el Consejo de la Unión. En este caso ocupa el segundo lugar la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DOUE de 1 de junio de 2012, n.º L 142, pp. 1-10). La misma se propone «establecer normas mínimas comunes de aplicación en lo que se refiere a la información sobre los derechos y la acusación que se habrá de proporcionar a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido una infracción penal» (Exposición de Motivos, aptdo. 12). De igual incluye forma dentro de su ámbito de actuación los procedimientos de ejecución de una orden de detención europea (artículo 1) al tiempo que extiende su aplicación desde la formulación de imputación hasta la finalización de proceso mediante sentencia o, en su caso, condena e impugnación (artículo 2.1).

Aún sin recibir este nombre como era previsto en la propuesta inicial de Decisión Marco, tiene aquí lugar la articulación de una carta de derechos que ha de proporcionarse a toda persona sospechosa o acusada como contenido de dicho derecho a la información; es más, dicha carta de de-

rechos encuentra su modelo en el anexo I de la norma europea que describe todos y cada uno de los derechos sobre los que se ha de procurar dicha información, igualmente enumerados en el texto normativo. Así se impone la obligación a los Estados miembros de garantizar que:

las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca, como mínimo de los siguientes derechos procesales [...]:

- a) el derecho a tener acceso a un abogado;
- b) el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las eventuales condiciones para obtenerla;
- c) el derecho a ser informado de la acusación...;
- d) el derecho a interpretación y traducción; (y)
- e) el derecho a permanecer en silencio. (Artículo 3.1)

A mayor abundamiento, se exige que tal información «se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables» (artículo 3.2), supuesto este último que será objeto de tratamiento específico en ulterior normativa.

Una previsión particular se realiza para el caso de la detención, por cuanto, a los derechos objeto de anterior enumeración sobre los que ha de recibir información la persona sospechosa/acusada o ahora detenida, se suma otro elenco de derechos específicos, tales como: «a) el derecho de acceso a los materiales del expediente; b) el derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona; c) el derecho de acceso a atención médica; y, d) el máximo número de horas o días que una persona sospechosa o acusada pueda estar privada de libertad antes de ser llevada ante una autoridad judicial» (artículo 4.2). Precisamente, el primero de ellos ha sido objeto de especial reclamación en sede nacional, siquiera en nuestro país donde los profesionales de la abogacía llevaban desde an-

taño y de forma continuada reclamando ante juzgados y tribunales el acceso al atestado, derecho que es finalmente reconocido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, precisamente en aplicación de esta Directiva (SSTC 13/2017, de 30 de enero, 21/2018, de 5 de marzo y 181/2020, de 14 de diciembre).

Ulterior articulado de la Directiva desarrolla alguno de estos derechos relativos a la información que ha de procurarse el contexto de la norma europea, como en concreto, el derecho a recibir información sobre la acusación (artículo 6) así como el arriba discutido derecho de acceso a los materiales del expediente (artículo 7). De la misma forma e igualmente a anterior normativa, la Directiva contempla también la exigencia de formación a los operadores jurídicos (artículo 9), la cláusula de no regresión (artículo 10) y el plazo de adaptación al Derecho interno (artículo 11).

3.3. *Derecho a la asistencia letrada y a la comunicación*

La *Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita* es objeto de regulación fragmentada en sede europea y así, en concreto, desdobra su contenido en dos diferentes Directivas dictadas además con espacio temporal de tres años, a ello se suma alguna otra normativa europea de carácter no vinculante. A mayor abundamiento, la regulación que ahora se ofrece respecto de este derecho de asistencia letrada y así primera parte de dicha Medida C incorpora también la *Medida D: Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares*. Todo lo cual, en definitiva, si no introduce una cierta confusión, siquiera adolece de cierta sistemática.

En efecto, la primera Directiva promulgada en este sentido ya presenta, por de pronto, una rúbrica en exceso farragosa y así tuve ocasión de hacerlo constar en otro momento y lugar. Se trata de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado —por cierto, mucho más amable con el lenguaje inclusivo hubiera sido su traducción como

asistencia letrada— *en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad* (DOUE de 6 de noviembre de 2013, n.º L 294, pp. 1-12). Incorporando mismo ámbito de aplicación de anteriores directivas por lo que atañe al espacio temporal procesal que abarca al igual que el tipo de procedimientos incluidos, se suman aquí varios derechos como son, en suma: derecho a la asistencia letrada (artículo 3), derecho a que se informe de la privación de libertad a un tercero (artículo 5), derecho a la comunicación con terceros (artículo 6) y derecho a la comunicación con autoridades consulares (artículo 7).

Destaca, sin duda, el primero de estos derechos y así el derecho a la asistencia letrada, el cual habrá de garantizarse, no solo en sede judicial sino, aún más importante, en sede policial y así durante la práctica de diligencias preprocesales tales como el interrogatorio policial o cualesquiera actuaciones de investigación u obtención de fuentes de prueba a practicar en este momento; este fue, ha de reconocerse, uno de los principales escollos a la negociación en su día de la inicial propuesta de Decisión Marco, por cuanto no todos los Estados miembros garantizan en su legislación procesal nacional la asistencia letrada en esta fase preliminar del proceso penal, de naturaleza administrativa y no judicial. Del mismo modo, la Directiva contempla también la garantía de confidencialidad que ha de regir en la comunicación entre cliente y profesional de la abogacía exigiendo que dicha confidencialidad se respete y asegure por parte de los Estados miembros en comunicaciones tales como «las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional» (artículo 4).

Por su parte, restantes derechos pudieran ser agrupados bajo un derecho general a la comunicación, por cuanto tal derecho a la información de la privación de libertad a un tercero se acompaña a continuación del concreto derecho a la comunicación de la persona sospechosa y/o acusada

con dichos terceros y, en su caso, autoridades consulares. Por ello que este tercero o terceros (la normativa exige al menos comunicación con un tercero en singular) podrá ser el mismo en ambos casos; así, textualmente y a modo de ejemplo, «familiar» o «empleador» según se contempla para el supuesto del primer derecho a la información sin que sea prohibido para el segundo. En el caso de la condición de extranjero o extranjera de la persona sospechosa o acusada el derecho de comunicación se extiende a las autoridades consulares, quienes habrán de ser informadas de inmediato con carácter imperativo; por ello que en este caso el derecho a la comunicación con terceros se practicará en plural en cuando se trata este último de un derecho adicional con motivo de la condición de no nacional del Estado miembro en cuestión y el que, por tanto, añade el derecho a la información a tales autoridades consulares.

Finalmente, la norma europea incorpora la regulación clásica en tales directivas procesales relativa a la cláusula de no regresión (artículo 14) así como el plazo de transposición (artículo 15). No obstante, y de forma singular, añade especial mención a situaciones o, más aún, derechos que serán objeto de regulación específica en ulteriores directivas como es el supuesto de la asistencia jurídica gratuita (artículo 11) y la atención a personas sospechosas y/o acusadas vulnerables (artículo 13).

3.4. *Derecho a la asistencia jurídica gratuita*

Este derecho, si bien objeto del segundo apartado de la *Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita*, sin embargo, da lugar a dictado de normativa específica que bien hubiera podido ahorrarse dada la extensión de la misma única y exclusivamente al supuesto de asistencia letrada; por ello creo innecesaria la regulación independiente de este derecho de asistencia jurídica gratuita pudiendo haber sido objeto de previsión conjunta en la Directiva existente en materia de asistencia letrada («para este viaje no hacía falta alforjas»). En efecto, tras la promulgación de anterior Directiva relativa al derecho de asistencia letrada tiene lugar la adopción de una norma no vinculante como es, en concreto, la Recomendación de la

Comisión, de 27 de noviembre de 2013, sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los sospechosos o acusados en los procesos penales (DOUE de 24 de diciembre de 2013, n.º C 378, pp. 11-14), cuyo primer párrafo del Preámbulo ya indica su propósito de acompañamiento a la anterior Directiva. Igualmente, en el seno del mismo preámbulo se indica textualmente el significado de dicha asistencia jurídica gratuita y así «la financiación y la ayuda que presta el Estado miembro para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia de letrado» (aptdo. 6). A continuación, se disponen los consejos y recomendaciones dirigidos a los Estados miembros para lograr dicha finalidad siendo reiterado el carácter disponible y no imperativo de tales prescripciones.

Por su parte, este derecho a la asistencia jurídica gratuita con idéntico contenido y extensión es objeto ya de regulación mediante normativa de carácter vinculante a partir de la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DOUE 4 de noviembre de 2016, n.º L 297, pp. 1-8). Igualmente, la nueva norma circunscribe su contenido al derecho de asistencia letrada siendo indicando textualmente en su Preámbulo como «la asistencia jurídica gratuita debe cubrir los costes de la defensa de los sospechosos o acusados y de las personas buscadas» (Preámbulo, aptdo. 8) en virtud de orden de detención europea; aún de forma más concreta se observa dicha vinculación entre ambas directivas en la definición proporcionada en su articulado y así «se entenderá por «asistencia jurídica gratuita» la financiación por un Estado miembro de la asistencia de un letrado, que permita el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado» (artículo 3).

Finalmente, la norma europea deja como es lógico a consideración de los Estados miembros la evaluación de los respectivos medios económicos y de méritos susceptibles de consideración para el reconocimiento de este derecho de asistencia jurídica gratuita; ello si bien se permite in-

cluir ciertos factores a tomar en consideración, siquiera con carácter ejemplificativo, tanto de unos como de otros. Así entre los primeros propone considerar dentro de tales medios económicos factores como son «los ingresos, el patrimonio y la situación familiar del interesado, así como el coste de la asistencia de un letrado y el nivel de vida de dicho Estado miembro» (artículo 4.3); entre los segundos y así la evaluación de méritos, se propone tener en cuenta «la gravedad de la infracción penal, la complejidad de la causa y la severidad de la posible sanción» (artículo 4.4).

Por último, en cuanto a restante articulado, se realiza referencia a la exigencia de calidad en la prestación de tal asistencia jurídica gratuita, así como la formación de los respectivos profesionales (artículo 7) además de la mención que se hace a la atención de personas sospechosas y/o acusadas vulnerables (artículo 9) junto con la clásica cláusula de no regresión (artículo 11) y la obligación de transposición al Derecho interno (artículo 12).

3.5. *Derecho a la presunción de inocencia y a estar presente en juicio*

A diferencia de anteriores derechos procesales objeto de regulación en la correspondiente normativa, el o los aquí contemplados no encuentra expresión en ninguna de las medidas previstas en el plan de trabajo dispuesto por el Consejo de la Unión para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales; ya en su momento se indicó el carácter orientativo y no exhaustivo del mismo por lo que no es de extrañar la previsión en este sentido. De este modo es dictada la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DOUE de 11 de marzo de 2016, n.º L 65, pp. 1-11).

Aquí es también objeto de regulación en sentido estricto dos derechos diferentes y así, por una parte, el derecho a la presunción de inocencia

y, por otra, el derecho a estar presente en el juicio. A diferencia de otras directivas procesales, se añade aquí la previsión específica de su aplicación a las «personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales» (artículo 2), igualmente aplicable todas las fases procesales; en concreto habrá de garantizarse la observancia de ambos derechos «desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiere firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión» (artículo 2). A continuación, se procede a regular de forma independiente ambos derechos.

Por lo que respecta al primer derecho, cual es el derecho a la presunción de inocencia en particular, la norma europea establece previsiones con carácter general y específico dirigidas a los Estados miembros. Así, por una parte, impone la obligación de adoptar:

medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable. (Artículo 4.1)

Pero, por otra, refiere de forma concreta que igualmente los Estados miembros habrán de adoptar «medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física» a salvo de aquellos imprescindibles para evitar su fuga o contacto con terceras personas (artículos 5.1 y 2). Del mismo modo traslada a la acusación la carga probatoria respecto de los hechos en cuestión exigiendo además a los órganos jurisdiccionales la aplicación de la máxima *in dubio pro reo*, aún ausente esta nomenclatura (artículo 6). Finalmente, se contemplan dos derechos ínsitos a dicha presunción de inocencia, cuales son el derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo (artículo 7) en consonancia con los postulados internacionales.

Por lo que respecta al segundo derecho y así el derecho a estar presente en el juicio, ha de advertirse que el mismo no impide la celebración de juicios *in absentia*, pero sí impone determinados presupuestos para que estos tengan lugar, en concreto que: «a) el sospechoso o acusado haya sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de la incomparecencia, o b) el sospechoso o acusado, tras haber sido informado del juicio, esté formalmente defendido por un letrado designado o bien por el sospechoso o acusado o bien por el Estado» (artículo 8.2), presupuestos que, a pesar de su redacción con carácter alternativo, en realidad han de entenderse cumulativos. En todo caso y para el supuesto de que sea otra la legislación nacional aplicable, ha de asegurarse por su parte el «derecho a un nuevo juicio, u otras vías de recurso, que permita una nueva apreciación del fondo del asunto, incluido el examen de nuevas pruebas, y pueda desembocar en la revocación de la resolución original» (artículo 9).

Finalmente, y como todas las directivas procesales examinadas, se contempla la cláusula de no regresión (artículo 13) así como la transposición en sede estatal (artículo 14).

3.6. *Derechos procesales de personas vulnerables y menores*

Se atiende aquí, por último, a la *Medida E: Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables*. En este sentido y al igual que para el anterior derecho a la asistencia jurídica gratuita, esta medida es objeto de doble regulación con carácter no vinculante y ya propiamente vinculante; ello si bien esta segunda resulta ser de carácter más restrictiva que la primera, por cuanto no puede estimarse abarque al completo el contenido de esta media en cuestión. En efecto, es inicialmente promulgada la Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (DOUE de 24 de diciembre de 2013, n.º C 378, pp. 8-10), la cual, según indica su Preámbulo, atiende a todas las personas sospechosas o acusadas «que no puedan comprender y partici-

par eficazmente en un proceso penal debido a su edad, condición mental o física o sus discapacidades» (aptdo. 1). Sin embargo, esta vulnerabilidad que aquí se reproduce en sintonía con la entonces redacción de la Medida E proporcionada por la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 en propuesta de su plan de trabajo es restringida a un ámbito específico en la oportuna directiva procesal, cuya regulación atiende únicamente al supuesto de minoría de edad.

En efecto, la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (DOUE de 21 de mayo de 2016, n.º L 132, pp. 1-20) ya define claramente en su rúbrica el ámbito de su aplicación, cual es además indicado de forma expresa en el primer párrafo del correspondiente Preámbulo, así «los menores, es decir, las personas de menos de 18 años, sospechosos o acusados en procesos penales»; al tiempo expone el objetivo de la atención a esta especial vulnerabilidad, en suma, «permitirles ejercer su derecho a un juicio justo, prevenir su reincidencia y fomentar su inserción social» (aptdo. 1). Al igual que en otros casos, además del proceso penal ordinario, la Directiva se extiende a los procedimientos de ejecución de orden de detención europea, así como a todas las fases de los primeros hasta «resolución *definitiva*» que aquí ha de entenderse equiparable a resolución *firme*, por cuanto se incluye, textualmente, «la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso» (artículo 2.1).

A continuación, la Directiva contempla los derechos que han de asistir a tales menores, así como la forma en que ha de tener lugar el aseguramiento de todos y cada uno de ellos estableciendo especiales condiciones para su garantía. Entre estos de forma concreta la Directiva enumera los siguientes: derecho a la información, tanto de los cargos como de los derechos que les asiste (artículo 4), derecho a que el titular de la patria potestad sea informado igualmente tanto de los cargos como de los derechos que asiste al menos (artículo 5), derecho a la asistencia letrada (artículo 6), derecho a una evaluación individual «en materia de protec-

ción, educación, formación e inserción social» (artículo 7), derecho a un reconocimiento médico «sin dilación indebida, con objeto de evaluar, en particular, su estado físico y mental general» (artículo 8), derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso (artículo 15), derecho a estar presente y participar en el juicio (artículo 16) y derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 18). Así también se contemplan previsiones particulares respecto de la grabación audiovisual de los interrogatorios (artículo 9) y tramitación «rápida y diligente de los asuntos» (artículo 13) al igual que, especialmente, respecto de la privación de libertad si esta tuviera lugar (artículos 10 y 12). Finalmente, y entre otras, se añaden las clásicas disposiciones relativas a la formación de operadores jurídicos (artículo 20), cláusula de no regresión (artículo 23) y la obligada adaptación al Derecho interno (artículo 24).

4. Reflexión final

Por último, solo resta una breve conclusión agotado ya el espacio dispuesto para la presente voz en este diccionario y la que pudiera recordar a la fecha el trabajo pendiente en esta materia relativa a los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales llevados a cabo en el ámbito geográfico de la Unión Europea. Dicho trabajo y aquí la presenta reflexión han de realizar referencia a dos cuestiones que entiendo fundamentales; así, por una parte, la transposición en el respectivo Derecho interno y, en concreto, legislación procesal penal, del conjunto de los Estados miembros de las distintas Directivas dictadas en materia de derechos procesales objeto de examen y, por otra, las medidas todavía necesitadas de regulación dentro de aquellas contenidas en el plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales adoptado por el Consejo de la Unión mediante su Resolución de 30 de noviembre de 2009.

Por lo que respecta así a la primera cuestión, lógicamente, es imposible abordar aquí ni tampoco es por mi parte conocido todos los cambios legislativos emprendidos en las distintas legislaciones procesales estata-

les, más allá de la nuestra claro está; eso sí, puede afirmarse que ha de estimarse ya precluído a la fecha el plazo de transposición dispuesto en las mismas. En este sentido y en el momento en que se redactan estas líneas puede afirmarse que han sido objeto de transposición explícita en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal las siguientes Directivas: la Directiva relativa al derecho y traducción así como la Directiva relativa al derecho a la información mediante Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril (*BOE* de 28 de abril de 2015, n.º 101, pp. 36559-36568); la Directiva relativa a los derecho de asistencia letrada y comunicación mediante Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre (*BOE* de 6 de octubre de 2015, n.º 239, pp. 90192-90219).

Alguna de estas Directivas procesales junto con otras restantes ha encontrado acomodo en otra legislación específica como es aquella reguladora del procedimiento relativo a la orden de detención europea. Es el caso de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación (*BOE* de 12 de junio de 2018, n.º 142, pp. 60161-60206); dicha norma incorpora también en la mencionada Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, tanto la Directiva en materia de asistencia letrada así como las Directivas relativas a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados y el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Esta última Directiva es, lógicamente, también objeto de transposición en legislación específica en la materia como es la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita a partir de la modificación emprendida por parte de esta misma norma. Por el contrario, al menos a la fecha no se conoce transposición expresa de la Directiva dictada en materia de presunción de inocencia efectuada en nuestro país.

Finalmente, respecto de aquellas medidas aún necesitadas de regulación desde la Unión Europea dentro de aquellas contempladas en plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados

en los procesos penales adoptado por el Consejo sirva recordar —también con el carácter provisional que exige todo estudio en materia de Derecho de la Unión Europea— la pendencia de la provisión de la *Medida F: Libro Verde sobre la detención provisional*. En efecto y dejando clara la defectuosa traducción jurídica que de ordinario tiene lugar en los textos españoles respecto de la institución de la prisión provisional por influencia de otros idiomas (*pre-trial detention* en inglés, *détention provisoire* en francés, *detenzione preventiva* en italiano), hay que decir que también el cometido del plan de trabajo ha sido cumplido y así la adopción del *Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención* presentado por la Comisión Europea en Bruselas el 14 de junio de 2011, COM(2011) 327 final, sin que hasta la fecha se tenga conocimiento de propuesta legislativa en este ámbito a pesar del interés mostrado desde distintas organizaciones no gubernamentales ocupadas en la defensa de derechos procesales en el marco del proceso penal (a modo de ejemplo, campaña de *Fair Trials* en enlace <https://www.fairtrials.org/campaign/pre-trial-detention>).

*Autora: Mar Jimeno Bulnes
(Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Burgos)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALLEGREZZA, Silvia y COVOLO, Valentina. *Effective defence rights in criminal proceedings. A European and comparative study on judicial remedies*. Milano: Cedam, 2018; ARANGÜENA FANEGO, Coral (coordinadora). *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*. Valladolid: Lex Nova, 2008; ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat (directoras) y VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña (coordinador). *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat (directoras) y HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro (coordinador). *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi,

2020; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza; SIMITH, Roger y SPRONKEN, Taru. *Effective criminal defence in Europe*. Antwerp - Oxford - Portland: Intersentia, 2010; FAGGIANI, Valentina. *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017; FREIXES, Teresa (coordinadora). *Garantías del proceso debido y Unión Europea. Implicaciones para los ordenamientos internos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020; JIMENO-BULNES, Mar. «The Proposal for a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union». En *Security versus justice? Police and judicial cooperation in the European Union*. Aldershot - Burlington: Ashgate, 2008, pp. 171-202; JIMENO-BULNES, Mar. «The EU roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings». En *Eu crim*, 2009, n.º 4, pp. 157-161; JIMENO-BULNES, Mar. *Towards common standard son rights of suspected and accused persons in criminal proceedings in the EU?*, febrero del 2010, <https://www.ceps.eu/ceps-publications/towards-common-standards-rights-suspected-and-accused-persons-criminal-proceedings-eu/>; JIMENO-BULNES, Mar. *Un proceso europeo para el siglo XXI*. Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2011; JIMENO-BULNES, Mar (directora) y MIGUEL BARRIO, Rodrigo (coordinador). *Espacio judicial europeo y proceso penal*. Madrid: Tecnos, 2018; NEIRA PENA, Ana. «La armonización de las garantías procesales de investigados y acusados en la UE. Compromisos de transposición pendientes en el ordenamiento jurídico español». En *Reformas penales en la península ibérica: a «jängada de pedra»?* Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 187-210; VALBUENA GONZÁLEZ, Félix. «La propuesta de decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea». En *La Ley*, 2006, n.º 4, pp. 1740-1746; VALBUENA GONZÁLEZ, Félix. «El estatuto procesal del sospechoso y acusado en la Unión Europea». En *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2020, n.º 12, pp. 165-182.

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La desaparición forzada de personas (DFP) es un *ilícito complejo de carácter autónomo*, cuyo proceso ejecutivo comienza con la privación ilegítima de libertad de una persona, seguida de su ocultamiento (secuestro) en un lugar clandestino, su muerte (en la gran mayoría de los casos) y la negativa a proporcionar todo dato sobre la misma. Este último elemento —ha dicho la jurisprudencia— puede tener por propósito generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, provocar intimidación y suprimir sus derechos (cfr. Corte IDH, caso Rodríguez Vera y otros —Desaparecidos del Palacio de Justicia—, 2014, p. 366).

En la década del 70, algunos pronunciamientos de Naciones Unidas relativos a graves violaciones a los derechos humanos comenzaron a utilizar nociones como *Persons unaccounted for* para referir aquellos casos de personas detenidas sin registro (UN, Resolution 3448 [XXX], Protection of human rights in Chile) o *missing persons* (UN, Resolution 3450 [XXX], Missing persons in Cyprus). En la actualidad, el término que se utiliza es desaparición forzada/*enforced disappearance* (terminología convencional).

La normativa internacional —sea del ámbito universal o regional— y las resoluciones de los órganos de protección han señalado: (1) que la DFP posee naturaleza pluriofensiva y continuada o permanente; (2) que se pone en cabeza de los Estados una serie de deberes de prevención, castigo y reparación; (3) que la DFP es además un delito internacional y (4) que ha adquirido el rango de norma imperativa de *jus cogens*.

1. Marco normativo internacional específico en relación con la DFP

Los primeros instrumentos internacionales de tipo convencional sobre derechos humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos) no regularon expresamente la DFP, razón por la cual los primeros avances jurídicos en la materia fue-

ron de tipo pretoriano. A modo de ejemplo, la Corte Interamericana señaló en 1988 que «La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar» (Corte IDH, caso Velázquez Rodríguez, 1988).

La DFP pasó a ser una violación explícita al Derecho internacional al firmarse la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas (Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas —Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992—). Este instrumento señala que esa práctica constituye un ultraje a la dignidad humana que debe ser condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave a la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 1); que ningún Estado cometerá, autorizará ni tolerará las desapariciones forzadas (artículo 2.1) debiendo los mismos adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para prevenir o erradicar los actos de desapariciones forzadas en cualquier territorio sometido a su jurisdicción (artículo 3).

La primera Convención específica en la materia se adoptó en Belém do Pará (Brasil), el 9 de junio de 1994. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) considera a la DFP como una privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes (artículo II).

En el ámbito universal, el 20 de diciembre de 2006, se firmó en París la Convención internacional para la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas (CED —abreviatura oficial en inglés—).

Este tratado define a la DFP como el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley (artículo 2).

Del marco normativo pueden desprenderse que la DFP requiere: a) una privación de libertad; b) una intervención estatal directa o indirecta y; c) la negativa a informar el paradero de la persona detenida.

2. Los derechos afectados por la DFP (características según la práctica de los órganos internacionales de protección)

La DFP es pluriofensiva (por la cantidad de derechos afectados) y continuada o permanente (en razón de que sus efectos pueden prolongarse hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima o por tiempo indefinido en aquellos casos en los que no se ubica a la víctima).

La jurisprudencia internacional en su casuística describe los derechos afectados. Así, por ejemplo, podemos mencionar: a) la libertad. Su privación —sea o no realizada conforme a la legislación— suele ser condición necesaria para la desaparición forzada (Corte IDH, Godínez Cruz, 1988; TEDH, Kurt, 1998); b) el derecho a la vida, tanto cuando se consumó la ejecución extrajudicial como así también por el hecho de no proporcionar información sobre esa situación a las familias (Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, 1988; TEDH, Timurtas, 2000); c) el derecho a la integridad personal, en razón de que el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva representa un tratamiento cruel e inhumano, a lo que debe sumarse —en determinados contextos— los casos de tortura (Corte IDH, caso Gomes Lund y otros [«Guerrilha do Araguaia»], 2010, TEDH, El-Masri, 2012); d) el derecho al re-

conocimiento a la personalidad jurídica, toda vez que la DFP genera una situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado (Corte IDH, caso Anzualdo Castro, 2009); e) el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas de DFP, cuando no existe una investigación diligente (Corte IDH, caso Radilla Pacheco, 2009; TEDH, Khadzhaliyev y otros vs. Rusia, 2009); y, f) otros derechos como a libertad de expresión o de asociación, cuando la DFP tiene como objetivo impedir el ejercicio legítimo de esos otros derechos (Corte IDH, García y Familiares, 2021), o el derecho a la vida privada y familiar (TEDH, Orhan, 2002).

Para comprender la gravedad y complejidad de la DFP, no se deben analizar los hechos y afectaciones de derecho por separado; al contrario, el enfoque debe ser conjunto en cuanto a los hechos que se presentan en el caso (Gudiel Álvarez y otros [«Diario Militar»], 2012) Solo de este modo el análisis legal de la DFP es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que esta conlleva, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias (Corte IDH, Osorio Rivera, 2013).

3. Deberes de los Estados

Del marco normativo y de las decisiones de los órganos de supervisión internacional, surge que los Estados parte se obligan internacionalmente a: a) no permitir ni tolerar la práctica de la DFP (CED —artículo 1— y CIDFP —artículo I—); b) investigar las DFP y sancionar a sus responsables (CED —artículo 3— y CIDFP —artículo I—); c) no derogar la prohibición de la DFP en estados de emergencia pública (CED —artículo 1— y CIDFP —artículo X—); d) no permitir la prescripción ni aplicar amnistías o perdones oficiales a los responsables de DFP (CIDFP —artículos VII y VIII—); e) tipificar —en el ámbito interno— el delito de desaparición forzada (CED —artículo 4— y CIDFP —artículo III—).

4. *La desaparición forzada de personas como crimen internacional*

En el año 1983, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos señaló que la DFP es una afrenta a la dignidad humana y constituye un delito de lesa humanidad (AG/RES 666 —XIII-0/83—). Años después, en el ámbito de la Corte Penal Internacional, incorporó a la DFP en el catálogo de delitos de lesa humanidad, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (artículo 7.I.i). Los tribunales internacionales *ad hoc*, establecidos con anterioridad para la investigación de violaciones graves al Derecho internacional humanitario no habían receptado a la DFP específicamente como delito de lesa humanidad; en estos casos se los subsumía en la categoría «otros actos inhumanos» (ver a modo de ejemplo, artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia).

El estatuto de Roma define a la DFP como la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política o con autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de la libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado (artículo 7.II.I).

Tiempo después, la CED insiste con esta idea al entender que «La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el Derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el Derecho internacional aplicable» (artículo 5).

5. *La desaparición forzada de personas como norma imperativa de jus cogens*

Los delitos de lesa humanidad en general y la DFP en especial son considerados como normas imperativas de *jus cogens*.

Esto ha sido, además, receptado jurisprudencialmente. Así, la Corte Interamericana ha señalado que la DFP, por la naturaleza de los derechos lesionados, constituye una violación de una norma *jus cogens* especialmente grave por haber sido cometida como parte de una práctica sistemática de «terrorismo de Estado» a nivel interestatal (Corte IDH, Gelman, 2011). Esta referencia impacta principalmente en el deber de investigación de las desapariciones forzadas. En ese sentido, ese mismo Tribunal señaló que el deber de tipificar la DFP y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens* (Corte IDH, Goiburú, 2012).

Autores: Dante Marcelo Vega

*(Fiscal general - Ministerio Público de la Nación - Argentina,
titular de la Oficina Fiscal de Asistencia en causas por violaciones a los Derechos
Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado en Mendoza, doctor en
Derecho,
profesor de Derecho Penal - UNCuyo y UC - Argentina)*

Andrés Rousset Siri

*(Ministerio Público de la Nación - Argentina,
integrante de la Oficina Fiscal de Asistencia en causas por violaciones a los Derechos
Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado en Mendoza,
doctor en Derecho, profesor de Derechos Humanos - UNCuyo y UC - Argentina)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ABELLO-GALVIS, Ricardo. «La jerarquía normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: evolución jurisprudencial del *jus cogens* (1993-2012)». En: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 2012, vol. 12, n.º 12; CALVET MARTINEZ, Elisenda. *Enforced Disappearances in International Law*. Oxford Bibliographies in International Law. New York: Oxford University Press, 2019; COMISIÓN NACIONAL SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS. *Nunca más*. Buenos Aires: 1984; CORTE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 6: Desaparición forzada*. San José de

Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ), 2020; GROSSMAN, Claudio. *Disappearances*. Max Plank Encyclopedia of International Law [MPIL]; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María; FLORES, Rogelio y PADILLA CORDERO, Jorge. *Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance, impacto y desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020; LAVADO, Diego Jorge. «La desaparición forzada de personas como ilícito internacional. Elementos típicos y las obligaciones estatales». En CAMARILLO GOVEA, Laura Alicia y ROUSSET, Andrés (coordinadores). *Proteger y reparar. Aportes de la jurisdicción interamericana (libro homenaje al profesor emérito Sergio García Ramírez)*. Tijuana: UABC, 2021; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Folleto informativo n.º 6/Rev. 3*, 2009; VEGA, Dante Marcelo. *Democracia y terrorismo de Estado en Argentina*. Mendoza: Qellqasqa, 2022.

DILIGENCIA DE REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO

Esta modalidad de diligencia de investigación surge con la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y supone, junto con otras diligencias de investigación (como pueden ser la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales por dispositivos electrónicos, los dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen o el registro remoto sobre equipos informáticos), una importante novedad en el panorama procesal penal, novedad que ha permitido al proceso penal adaptarse a los tiempos modernos incorporando una serie de diligencias de investigación basadas en la tecnología, lo que no solamente supone un avance en la realización de las diligencias de investigación

sino también una importante evolución para la persecución de los delitos tecnológicos.

1. Qué se entiende por dispositivos de almacenamiento masivo

Esta ley enumera como dispositivos de almacenamiento masivo los «ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos» (artículo 588 *sexies* a). La Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos (en adelante, Circular 5/2019) precisa que comprende no solo los dispositivos como tales (con capacidad de escribir, conservar, leer y recuperar los datos), sino también los soportes de almacenamiento (que carecen de funcionalidad sin los dispositivos correspondientes).

Dentro de esta clasificación podemos incluir lo que serían dispositivos de USB, tarjetas de memoria, discos duros portátiles, discos de CD, DVD o Blu Ray, cámaras de fotos digitales, pequeños electrodomésticos y los teléfonos móviles inteligentes o *smartphones*, entre otros.

Al respecto de estos últimos, los smartphones, junto con el almacenamiento masivo de información pueden realizar infinidad de funciones, que van desde la captación de imágenes y sonidos (pueden actuar como cámaras de video, foto y como grabadoras de voz), localización (a través de GPS), comunicación (ya sea por escrito mediante sistemas como el correo electrónico u otros más instantáneos como SMS o WhatsApp, o bien de viva voz, como sería una comunicación telefónica), sistemas de pago, etc. Esta peculiaridad conlleva que pueden verse afectados derechos diferentes, como pueden ser el derecho a la intimidad, entendida como privacidad, del artículo 18.1 de la Constitución española (como bien señala la STC 173/2011, de 7 de noviembre), o el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución española. En una primera aproximación ello puede suponer, del mismo modo, que

sean necesarias diligencias diferentes: por un lado, la que se está analizando en estos momentos, esto es, la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo y, por otro lado, la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, siendo también posible que se viera afectada la diligencia de seguimiento y localización. La necesidad de una u otra diligencia de investigación vendría motivada por el tipo de contenido al cual se pretende acceder, como ya señaló en su momento la Circular 1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, señalando que: «lo determinante para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 18.1 y 18.3 CE no es el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada ni el hecho de que la agenda sea una aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter de la información a la que se accede».

Sin embargo, la solución al problema vino dada, según la Circular 5/2019, por el nacimiento del concepto de derecho al entorno virtual (creado por la STS 324/2013, de 17 de abril) que sería un derecho mayor que los anteriores derechos considerados de manera aislada, de modo que si se habilita la diligencia para acceder a todo el entorno virtual se evitarían todos estos problemas ya que no sería necesario plantear si se vulnera el derecho a la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones. De este modo, aplicando únicamente la regulación contenida para la diligencia de investigación consistente en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo se salvarían ambas intromisiones a los derechos fundamentales (del artículo 18.1 y 18.3 CE), si bien tal vez se hecha en falta una regulación un tanto más detallada para evitar problemas interpretativos relativos al alcance de la medida, sobre todo en relación con determinados delitos (ya que el ámbito para el cual se plantea esta diligencia no queda delimitado por la Ley). Al respecto, la Circular 5/2019 añade que las exigencias que debe incorporar la autorización judicial se verán incrementadas según la intensidad o la existencia de varios derechos fundamentales concurrentes, pero no habría estado de más

acotar un poco el ámbito de aplicación como sucede por ejemplo con la diligencia de interceptación de comunicaciones.

2. Regulación legal y principios rectores

Esta diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo se integra en el libro II, título VIII, capítulo IV, artículos 588 sexies a hasta el artículo 588 sexies c de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). Además, esta diligencia también estaría sujeta a las disposiciones comunes que se recogen en los artículos 588 bis a hasta el 588 bis k.

Entre estas disposiciones comunes hay que hacer especial referencia a los principios rectores (recogidos en el artículo 588 bis a), que se resumirían en el hecho de disponer de una autorización judicial sujeta a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Es muy importante el cumplimiento de estos principios rectores porque son los que van a marcar los límites en cuanto al contenido al que se va a acceder en el registro de los dispositivos de almacenamiento masivo, tal y como ha indicado la Circular 5/2019, sobre todo en el sentido de que al no existir un catálogo de delitos tasado estableciendo unos delitos con una gravedad mínima para la adopción de esta medida, como se ha mencionado anteriormente, habrá que prestar especial atención al principio de proporcionalidad en el sentido de tener en cuenta en la autorización judicial la importancia de la intromisión de los derechos fundamentales en atención a la gravedad del delito investigado para establecer si las exigencias de justificación son mayores para acceder a una mayor parte del contenido almacenado en el dispositivo.

La proporcionalidad también se concreta, en el caso de la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo, en que se evitará la incautación de estos dispositivos si la misma provoca graves perjuicios a sus titulares o propietarios, siempre que se pueda obtener una copia íntegra y auténtica (evidentemente, salvo que existan otras razones que

justifiquen la incautación o bien los dispositivos constituyan el objeto/instrumento del delito, artículo 588 *sexies* c).

3. *Autorización judicial*

En cuanto a la autorización judicial, se podrá adoptar de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la policía judicial (artículo 588 bis b), debiendo contener la solicitud una «descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos sean conocidos», así como las razones por las cuales se justifica la necesidad de la medida conforme a los principios rectores antes mencionados, los datos de identificación del investigado/encausado, el contenido y extensión de la medida (aquí es donde tendrá que valorarse la amplitud del derecho al entorno virtual junto con el principio de proporcionalidad), la unidad de la policía judicial que realizará la medida, así como la forma de ejecución, duración y el sujeto obligado a llevarla a cabo.

Conforme el artículo 588 bis c la resolución judicial que autoriza o deniega la medida deberá adoptar la forma de auto judicial motivado, que deberá dictarse en el plazo máximo de 24 horas desde que se solicita, siendo posible requerir por parte del juez una ampliación o aclaración de la mencionada solicitud. En concreto, la resolución debe contener como mínimo:

- a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde la medida.
- b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido;
- c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.

d) La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

e) La duración de la medida.

f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.

g) La finalidad perseguida con la medida.

h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

Al respecto, el artículo 588 bis d establece el secreto de la solicitud y las actuaciones posteriores sin necesidad de acordar expresamente el secreto de la causa.

En concreto, para la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo se requiere la existencia de auto judicial motivado cuando a raíz de la realización de una diligencia de registro domiciliario se prevea la aprehensión de dispositivos de almacenamiento masivo de información, debiendo extenderse la motivación no solamente a la aprehensión sino también al acceso a su contenido (artículo 588 sexies a), así como cuando se incauten fuera del domicilio (artículo 588 sexies b). De hecho, la Circular 5/2019 considera que, si los dispositivos son incautados con motivo de un registro domiciliario, su incautación está prevista dentro de la resolución judicial habilitante de la entrada y registro, siendo la resolución judicial específica aquella que autoriza el acceso a los dispositivos que, por lo tanto, debe tener un contenido propio e independiente. Esta posibilidad de incautación sin autorización judicial específica no podía ser de otro modo, puesto que, como dice GÓMEZ COLOMER, antes de la reforma esta diligencia se reconducía a la de entrada y registro e incluso al registro de libros y papeles, siendo la finalidad la misma: recoger la documentación objeto del delito o que sirva para esclarecer el

mismo. En el mismo sentido, VELASCO NÚÑEZ indica que la diligencia de entrada y registro habilita al investigador a confiscar u ocupar los elementos de convicción y fuentes probatorias como archivos, ficheros, etc. En el caso de que la incautación se produjera fuera del domicilio, la autorización puede ser previa o posterior, ya que la incautación quedaría incluida dentro de las obligaciones de la Policía Judicial contenidas en el artículo 282 LECrim («recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito»).

A pesar de la exigencia de autorización judicial, también es posible adoptar la medida por la Policía Judicial y acceder a todo el contenido amparado por el derecho al entorno virtual siempre que se cumplan los requisitos de urgencia, interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida, comunicación motivada al juez inmediatamente o en el plazo máximo de 24 horas y convalidación judicial motivada en un plazo máximo de 72 horas (artículo 588 *sexies* c apartado 4).

En cuanto al contenido del auto judicial, el artículo 588 *sexies* c señala que deberá fijar los términos y el alcance del registro, así como la realización de copias de los datos obtenidos, asegurando su integridad y garantías de preservación. Estos términos contendrán la proyección subjetiva y objetiva de la medida, que deberá atender a los principios rectores anteriormente mencionados. En cuando a las copias podrán realizarse a modo espejo (con un clonado o volcado de datos, garantizando su integridad por mecanismos de firma digital) o bien copia de tipo selectiva (la denominada copia lógica de determinados datos, que debería realizarse ante el letrado de la administración de justicia a modo de garantía, tal y como señala la Circular 5/2019).

Hay que recordar que estas previsiones serán menos exigentes siempre que hablemos del registro de un USB o un disco duro portátil, por ejemplo, pero que si queremos acceder al contenido de un *smartphone* o de un ordenador, en los cuales pueden converger varios derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad o el derecho al secreto de las co-

municaciones), así como adoptar una mayor intensidad (por tratarse de la esfera íntima de la persona investigada), para acceder a toda la información contenida en ese dispositivo se debería de motivar de una manera mucho más exhaustiva y justificar de una forma razonada teniendo en cuenta los principios rectores en todo momento (especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad) a la hora de marcar los límites subjetivos (sujetos afectados) y objetivos (datos afectados) del registro, bajo el riesgo de considerar el mismo excesivo o injustificado, como sucedió en la SETDH de 3 de julio de 2012, caso Robathin contra Austria, tal y como se menciona en la Circular 5/2019. Esto es porque ese derecho al entorno virtual puede tener una amplitud mayor o menor, como se ha ido comentando.

Al respecto, se debería justificar exhaustivamente la proporcionalidad de la medida más incluso que en otras diligencias como la de interceptación de las comunicaciones, no tan solo por la amplitud de derechos afectados sino también porque los requisitos genéricos de la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo no establecen un ámbito tasado de delitos como sí puede suceder con la diligencia de interceptación de comunicaciones (que únicamente cabe en los delitos del artículo 579 LECrim, esto es, delitos dolosos castigados con pena máxima de al menos 3 años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo, así como los cometidos por soportes informáticos). En todo caso, el alcance y los términos del registro también se podrán ampliar con una nueva resolución. Ello es así porque, como ya se ha mencionado, la Circular 5/2019 considera que la multifuncionalidad de los datos almacenados, que conlleva la afectación de derechos fundamentales diferentes, es la esencia de la fundamentación que se debe contener, valorando el alcance, la naturaleza de los datos, el grado de afectación de los derechos e incrementando la justificación cuando se presuma la limitación de diversos derechos fundamentales.

La Circular 5/2019 continúa matizando que esta autorización no es necesaria en caso de consentimiento del afectado, a pesar de que no existe previsión expresa de la Ley, puesto que la eficacia del consentimiento sobre el derecho a la intimidad se ha resuelto en la STC 173/2011, de 7 de noviembre, siempre que exista la capacidad para prestarlo, sea libre y no viciado, ya sea un consentimiento expreso o tácito (siempre que no se limite a la simple falta de oposición), y pudiendo revocarse en cualquier momento.

4. Otros aspectos: en especial, el acceso a los repositorios telemáticos de datos

Por lo que respecta a la duración de la medida, la misma se establece por el tiempo imprescindible para averiguar los hechos, aunque según las disposiciones comunes también cabe prórroga (artículo 588 bis e y bis f). De todos modos, debido a la naturaleza de esta medida, no se prevé una duración determinada para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo, dado que el acceso al contenido se realizaría en un momento específico del tiempo, no siendo necesario extenderse en el mismo (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con una diligencia de intervención de comunicaciones), y no siendo necesario hablar de prórroga.

La medida será sometida a un control por parte del juez (artículo 588 bis g) y cesará cuando desaparezcan las circunstancias que la motivaron, cuando no ofrezca los resultados deseados o cuando expire el plazo para el cual fue concedida (artículo 588 bis k), debiendo destruirse los registros originales una vez finalizado el procedimiento por resolución firme, así como las copias transcurridos cinco años desde la ejecución de la pena, cuando la pena o el delito hayan prescrito, cuando se decrete sobreseimiento libre o cuando recaiga sentencia firme absolutoria (siempre que no sean necesarias a juicio del Tribunal). En este caso concreto, es difícil entender que la medida de registro de dispositivos de almacenamiento masivo pueda «cesar» cuando no es una medida de realización continuada ni sujeta a plazo, ahora bien, sí es trascendente la mención a

la destrucción de las copias que se puedan haber realizado durante el registro.

Para finalizar con este análisis, es interesante remarcar el artículo 588 *sexies* c, apartado 3, que indica que si existe justificación para el acceso a los datos almacenados en otro sistema informático se puede ampliar el registro si esos datos son lícitamente accesibles o se encuentran disponibles desde el sistema inicial, siempre que medie autorización judicial o aunque se carezca de la misma si concurren razones de urgencia (con los mismos requisitos que se regulan en el apartado siguiente para los casos de actuación por motivos de urgencia de la Policía Judicial, a la que ya se ha hecho referencia).

Este apartado tiene especial relevancia porque hace referencia a los repositorios telemáticos de datos, en donde el acceso a la información no se encuentra en el propio dispositivo sino en la nube (*cloud computing*). Estos repositorios telemáticos son dispositivos de almacenamiento masivo a los que se tiene acceso de forma telemática, estén ubicados en un sistema informático propio o diferente, de su propiedad o ajenos, tal y como indica la Circular 5/2019. Para acceder se tendría que justificar suficientemente en la resolución judicial, dentro del alcance y términos del registro, pudiendo de este modo acceder a sistemas ajenos, puesto que no aparece especificado lo contrario en la LECrim, siempre que el acceso sea lícito y disponible desde el sistema inicial. Según la Circular 5/2019, que sea un acceso lícito significa que la obtención de las claves no derive de una vulneración de derechos fundamentales, salvando en este caso los problemas de jurisdicción (con aquellos servidores que se encuentran fuera de España) sin necesidad de acudir a la cooperación jurídica internacional, ya que la misma no sería compatible con el contenido de la investigación.

En todo caso, quedaría el problema de qué sucede si las aplicaciones que dan acceso a esos repositorios telemáticos de datos se encuentran con la sesión abierta y la clave introducida. ¿Consideramos que se ha obtenido

la clave lícitamente? Evidentemente, es una situación que no se corresponde con una investigación policial previa al registro ni con una revelación voluntaria (salvo que se haya consentido voluntariamente al registro del dispositivo de almacenamiento masivo, puesto que en este caso si se consiente a sabiendas de que las aplicaciones tienen la sesión iniciada podría entenderse el consentimiento ampliado a la revelación voluntaria de las claves), pero tal vez podría entenderse como obtención de las claves con motivo del registro lícito de los dispositivos, que sería una de las formas lícitas de acceder a los repositorios remotos según la Circular 5/2019.

Parecería de este modo que se estaría cumpliendo con las previsiones del artículo 19.2 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (*BOE* de 17 de septiembre de 2010, en adelante, el Convenio), que indica que:

Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para asegurar que, cuando sus autoridades procedan al registro o tengan acceso de una forma similar a un sistema informático específico o a una parte del mismo [...] y tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo situado en su territorio, y dichos datos sean lícitamente accesibles a través del sistema inicial o estén disponibles para este, dichas autoridades puedan ampliar rápidamente el registro o la forma de acceso similar al otro sistema.

Sin embargo, la Circular 5/2019 considera que no es de aplicación el Convenio debido a que en el informe explicativo del artículo 19.2 indicaba que la norma no permitía el registro de sistemas ubicados fuera de las fronteras nacionales propias, siendo necesaria en este caso la cooperación judicial internacional. De todas formas, se podría entender en algunos casos que la actuación está amparada dentro del artículo 32 del Convenio, el cual permite el acceso transfronterizo a datos almacenados con consentimiento o cuando estén a disposición del público (fuente abierta), aunque una sesión iniciada en un dispositivo no pueda conside-

rarse en realidad una fuente abierta y no siempre existirá el consentimiento, de modo que no acabaría de estar justificado el acceso a los datos remotos conforme el Convenio. Sin embargo, la justificación de la Circular 5/2019 para acceder a estos datos se basa en la consideración de los repositorios telemáticos como una parte más del sistema de modo que lo relevante no es dónde se encuentran los datos sino desde dónde se accede lícitamente a ellos, justificación que no carece de lógica pero que sigue siendo de dudosa aceptación conforme al Convenio.

Autora: M.^a Belén Aige Mut
(Profesora contratada de Derecho Procesal,
Universidad de las Islas Baleares)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; VELASCO NÚÑEZ, Eloy. «Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas, etc.: la prueba tecnológica». En *Diario La Ley*, n.º 8183/2013, Nov. 2013, versión digital.

DOBLE INCRIMINACIÓN

1. *Concepto*

Es un principio jurídico que se refiere a la exigencia de que un hecho constituya delito en las legislaciones de dos Estados. Arraigado tradicionalmente a la institución o instrumento de la extradición, en el sentido de configurarse como una exigencia para la entrega de un sujeto que es solicitado de un Estado a otro Estado, para juzgarle o para ejecutar una sentencia penal sobre el mismo ya dictada, en la mayor parte de los países. De tal manera, que en la totalidad de los tratados de extradición se exige, para conceder la entrega de un sujeto a efectos de ejecutar una condena o de someterle a un procedimiento penal en el Estado requiriente, por parte del Estado requerido que el hecho por el que se le ha

condenado o por el que se le quiere juzgar (en el Estado requirente) sea constitutivo de delito, tanto según la legislación del Estado requerido como según la del Estado requirente, según la ley vigente en el momento de cometerse los hechos, así como la ley vigente en el momento de la solicitud o de la entrega (aunque hay voces discrepantes en el sentido de requerir la doble incriminación en el momento de la solicitud o de la entrega). El argumento que defiende la exigencia de la doble incriminación según también la ley vigente en el momento de la solicitud o de la entrega se justifica por el principio de irretroactividad desfavorable de la ley penal y la retroactividad favorable.

La doble incriminación no requiere una identidad total de normas, según opinión mayoritaria, sino que basta con una identidad objetiva y subjetiva (cuestión controvertida en la doctrina), sin exigir tampoco la misma denominación, ni igualdad o coincidencia exacta de tipos entre las dos legislaciones (TC español en ATC 412/2004, de 2 de noviembre y STC 102/1997, f. j. 6.). En definitiva, lo que se trata es de comprobar que el hecho objeto de la solicitud de extradición sea subsumible en un delito de la legislación del Estado requerido y de la del Estado requirente.

La siguiente cuestión es delimitar cuando un hecho se considera delito según ambas legislaciones a efectos extradicionales. Mayoritariamente se defiende la exigencia de punibilidad en concreto y no en abstracto, entendiendo por delito, a estos efectos, acción, típica y antijurídica: no exigiéndose la culpabilidad, pues también pueden ser objeto de extradición los sujetos no culpables para someterles a medidas de seguridad. En la práctica esta es una cuestión compleja debido a la diversidad existente entre las distintas legislaciones penales de todos los Estados. También satisfará el principio de doble incriminación y por tanto será extraditables las conductas de complicidad, de tentativa y de conductas imprudentes (cuando cumplan el mínimo punitivo).

En definitiva, se puede afirmar que el principio de doble incriminación constituye una plasmación del principio de legalidad en el ámbito extra-

ditorio, aunque no se identifica con el mismo. El principio de doble incriminación delimita las conductas susceptibles de extradición en la medida en que sean subsumibles en un tipo penal (tipicidad y antijuridicidad) en ambas legislaciones (la del Estado requerido y la de requirente); pero el principio de legalidad, exige, a su vez, que la conducta típica esté incluida entre aquellas que pueden fundamentar la entrega, es decir, el principio de doble incriminación es la primera plasmación del principio de legalidad, pero no se agota en el mismo.

2. Fundamento

La razón de su exigencia en la totalidad de los tratados de extradición parece obvia: si el hecho no es delictivo en el Estado requirente, no hay razón para que este pida a un sujeto en extradición y juzgarle por un delito o ejecutar una condena en su país; si el hecho no es delictivo en el Estado requerido, además de no obstaculizar la convivencia social, dicho Estado no podría proceder a detener en su territorio a un sujeto sin mediar causa de delito, sería una detención ilegal y contrario al Estado de derecho. Además, la no exigencia de la doble incriminación podría vulnerar principios constitucionales como el principio de igualdad, ya que supondría tratar de distinta forma a personas que hayan cometido el mismo hecho: a los que han sido solicitado en extradición, se les detendría y entregaría a otro Estado para someterles a un procedimiento o condena, pero a los que no lo hayan sido se les dejaría en libertad (pues no media causa de delito para proceder a su detención).

3. Regulación

Este principio ha ganado protagonismo en los tratados de extradición desde que fue reemplazado el sistema de lista cerrada de delitos extraditables, seguido en los convenios de extradición más antiguos, por la cláusula de doble incriminación en los convenios más modernos. Principio recogido también en las legislaciones internas (como en la Ley de extradición pasiva de 1985 española), de tal manera que para entregar a un

sujeto a otro Estado se exige que el hecho por el que se sustenta la petición sea delito, tanto según la legislación del Estado requerido como según la del Estado requirente.

Sin embargo, no en todos los tratados y regulaciones se recoge el principio de doble incriminación con la misma formulación. Como ya se apuntó los tratados de extradición más antiguos (por ejemplo, el Tratado con Mónaco de 1882) son de lista cerrada, en los que se contempla la posibilidad de entregar a los acusados de tentativa o complicidad de los hechos recogidos en una lista de delitos, cuando estas conductas estén penadas en las legislaciones de ambos países, aunque también hay algún tratado remoto (como el Tratado entre España y Colombia de 1892) que no hacen mención al principio; en segundo lugar, los tratados más modernos recogen el principio de doble incriminación, como una cláusula genérica de los delitos extraditables, exigiendo que lo sean según la legislación de ambos Estados y, además, requiriendo un mínimo de gravedad (estaríamos ante otro de los principios también muy arraigados en la extradición como es el de mínima gravedad) en la penalidad prevista en alguna de las legislaciones o en las dos. De esta forma, el Convenio Europeo de Extradición de 1957 se inserta entre los tratados más modernos que regulan el principio de doble incriminación a través del sistema de *numerus apertus* y con la exigencia de la mínima gravedad en el artículo 2.

No obstante, dicho principio también es exigido en otros ámbitos jurídicos como el referente a la aplicación de la ley penal en el espacio. Tal es el caso español, que, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en su artículo 24.2, relativo a la competencia española para juzgar a españoles que hayan delinquido fuera de España, se exige, para tal efecto, que el hecho sea delito tanto en la legislación del país donde fue cometido como según la ley penal española (salvo que dicho requisito esté excepcionado en un tratado o convenio internacional).

4. *Excepciones*

Pese al arraigo del principio, en la actualidad se está cuestionando dicha exigencia y excepcionando en algunos casos en determinadas legislaciones aplicables en determinados ámbitos territoriales. Tal es el caso de la orden europea de detención y entrega, implantada mediante DM de 13 de junio de 2001 en la UE que viene a sustituir los procedimientos tradicionales de extradición entre los Estados miembros de la UE. En dicha norma se exceptiona la exigencia de la doble incriminación, es decir, la autoridad de ejecución (Estado requerido) no tendrá que comprobar que la conducta por la que el sujeto es solicitado por otro Estado por una causa penal constituye delito, según la legislación del Estado de ejecución y según la legislación del Estado solicitante/emisor de la orden de detención europea. Y ello para un listado de hechos delictivos (un total de 32 delitos), bajo el fundamento de que son conductas muy graves que se supone que los Estados deben de tipificar en sus ordenamientos y de no suceder así, no se podrá denegar la entrega por falta de tipificación penal. No obstante, esto podrá suceder, la no exigencia de doble incriminación, cuando el delito en el Estado emisor (requirente) adquiera una determinada gravedad: se exige que las conductas estén sancionadas en el ordenamiento del Estado emisor con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años. Si no se adquiere este máximo, el Estado de ejecución no estará obligado a entregar sin el control de la doble incriminación.

Esta excepción de la doble incriminación no está exenta de problemas, como ha demostrado la práctica de los últimos años al aplicar la orden europea de detención y entrega entre los Estados miembros. De esta forma, según dicha excepción, a los Estados, en ocasiones, se les plantea la problemática de tener que detener a una persona que según su legislación no ha cometido ningún delito (pudiéndose considerar dicha detención como ilegal y vulnerando derechos fundamentales como la libertad de las personas) y entregarlo a otro país para ser juzgarlo o ejecutar una condena que pesa sobre dicha persona. Si ese Estado decidiera

que no puede detener en aras a respetar los derechos fundamentales de la persona, incurriría en un incumplimiento de la normativa europea que le obligaría a detener a esa persona y entregarla. Hubiera sido preferible que se hubiera llevado a cabo la homogeneización o armonización de la legislación penal con anterioridad a implantar el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, en materia de cooperación jurídica internacional.

A estos problemas se suma, a su vez, la posibilidad de excepcionar la doble incriminación para otros delitos no contenidos en la lista, a juicio de las autoridades judiciales de ejecución, con lo que, en mi opinión, se está dotando a la judicatura de labores propias del legislador (artículo 2.4 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2001).

Autora: Beatriz García Sánchez

*(Titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos - URJC,
doctora en Derecho penal por la URJC)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Madrid: Comares, 2005; GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. «Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2007, vol. LX, pp. 315-378; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección de los derechos fundamentales en la extradición y la euroorden: texto adaptado a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2015; HURTADO ADRIAN, Ángel Luis. «Extradición y euroorden. ¿Hemos avanzado algo...?». En ORTEGA BURGOS, Enrique (director) y otros. *Derecho penal 2020*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 413-442.

E

EMBARGO PREVENTIVO EUROPEO

Cuando hablamos de embargo preventivo nos referimos a una medida cautelar de carácter real. Medida cautelar porque tiene un carácter instrumental respecto a un proceso principal y porque se dirige a asegurar la eficacia de la eventual sentencia estimatoria de condena que pueda resultar. Para su adopción es necesario que haya indicios suficientes respecto a la responsabilidad criminal del sujeto pasivo y, además, que el trascurso del tiempo para el desarrollo del proceso pueda tener concretas consecuencias desfavorables para la exigencia de esa responsabilidad. Si le añadimos el calificativo de «europeo», entonces nos estamos refiriendo a un proceso penal con elementos transfronterizos en los que se trata de aplicar el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

El principio de reconocimiento mutuo implica que se cumpla de manera coactiva, si es necesario, lo ordenado en la resolución judicial en un Estado miembro distinto de aquel en que ha sido dictada. Pero a pesar de que ello sitúa directamente ante el reconocimiento y ejecución de sentencias penales de otro Estado, en realidad conlleva un abanico más amplio de consecuencias: por un lado, porque el hecho de conceder efectos a una resolución judicial penal extranjera no significa en todo caso facilitar su ejecución, y por otro, porque puede ser muy útil la ejecución no solo de sentencias firmes extranjeras, sino también de otras resoluciones dictadas durante la tramitación del proceso de declaración. Ya en las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Tampere en octubre de 1999 se había manifestado que:

El principio de reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos. (n.º 36)

En la actualidad es el Reglamento (UE) 2018/1805, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, el que regula estas previsiones en el ámbito del Espacio Judicial Europeo, aplicando la conocida piedra angular de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea formulado en el Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999. Este texto normativo se propone regular el embargo y el decomiso de los instrumentos del delito como una de las vías más eficaces para la lucha contra la delincuencia. Fue la Decisión Marco 2003/577/JAI, del Consejo, del Consejo, de 22 de julio de 2003, la que en primer lugar reguló en el ámbito de la Unión Europea la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, dos medidas de naturaleza completamente distinta, que sin embargo tenían en común la traba de determinados bienes para afectarlos a un determinado fin procesal. Por su parte, la Decisión Marco 2006/783/JAI, se dedicó a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las relaciones de decomiso; mientras que la Directiva 2014/42/UE, establecía unas normas mínimas sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito.

Como consta en los informes relativos a ambas decisiones marco, el régimen que estas configuraron no fue plenamente eficaz, pues no se traspusieron y aplicaron de manera uniforme en los Estados miembros. Por ello se planteó la oportunidad de una nueva regulación en la que se contemplara un sistema general para el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito, por lo tanto, en el marco de un proceso penal, haya o no condena firme —pero no en procedimientos en materia civil o administrativa—. Así, el Reglamento (UE) 2018/1805 define la

«resolución de embargo» como aquella «resolución dictada o validada por una autoridad de emisión con el fin de impedir la destrucción, transformación, traslado, transferencia o enajenación de bienes con vistas a su decomiso» (artículo 2.1), mientras que «resolución de decomiso» es la «sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relativo a un delito, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes de una persona física o jurídica».

Tiene gran interés la definición reglamentaria de «bienes», pues sobre ellos recae tanto la resolución de embargo, como la de decomiso. Y se refiere a:

cualquier tipo de bienes, ya sean materiales inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos o instrumentos jurídicos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes que, a juicio de la autoridad de emisión:

- a) sean el producto de la comisión de un delito, o su equivalente, tanto si se trata de la totalidad como si se trata de solo una parte de dicho producto;
- b) sean el instrumento de un delito o el valor de dicho instrumento;
- c) sea objeto de decomiso mediante la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de las facultades de decomiso especificadas en la Directiva 2014/42/UE; o
- d) sea objeto de decomiso a tenor de cualesquiera otras disposiciones en materia de facultades de decomiso, incluido el decomiso sin condena firme de conformidad con el Derecho del Estado de emisión a raíz de un procedimiento relativo a un delito.

Mientras que «producto» se define como «cualquier ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de un delito, que puede consistir en cualquier forma de bien e incluye cualquier reinversión o transformación posterior del producto directo y cualesquiera beneficios cuantificable» e

«instrumento»: «cualquier bien utilizado o destinado a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer un delito».

Se determina que una resolución de embargo se ejecutará sin verificación de la doble incriminación de los hechos que dieron lugar a ella cuando esos hechos sean punibles en el Estado de emisión una pena máxima de privación de libertad de al menos tres años y, en principio, sean constitutivos de alguna de las infracciones criminales que puedan contenerse en una serie de treinta y dos categorías delictivas; respecto a las demás, el Estado al que se solicita el reconocimiento y la ejecución podrá supe-ditarlas a que los hechos sean constitutivos de delito también en ese Estado, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la forma en que se describa el delito (artículo 3).

La modalidad de transmisión de las resoluciones de embargo será a través de un certificado de embargo, que se transmite directamente a la autoridad de ejecución o, en su caso, a la autoridad central designada, por cualquier medio que permita dejar constancia escrita y en condiciones que permitan a la autoridad de ejecución determinar la autenticidad del certificado de embargo. Cabe que los Estados miembros efectúen una declaración en la que se hagan constar que, cuando se les transmita un certificado de embargo con vistas al reconocimiento y ejecución de una resolución de embargo, la autoridad de emisión deberá enviar el original de la resolución de embargo o una copia certificada de esta, junto con el certificado de embargo. El certificado de embargo irá acompañado de un certificado de decomiso contendrá instrucciones de que el bien debe permanecer embargado en el Estado de ejecución a la espera de la transmisión y ejecución de la resolución de decomiso. La autoridad de emisión debe informar a la autoridad de ejecución cuando tenga conocimiento de personas afectadas y también, previa solicitud, toda la información pertinente a efectos de cualquier derecho que las personas afectadas puedan tener en relación con los bienes, incluida cualquier información que identifique a dichas personas.

En principio los certificados de embargo únicamente se transmitirán a un solo Estado de ejecución a la vez, salvo que la resolución de embargo se refiera a bienes concretos, si la autoridad de emisión tiene motivos fundados para creer que los distintos bienes objeto de la resolución están localizados en distintos Estados de ejecución o el embargo de un bien concreto incluido en la resolución de embargo requiere intervenciones en más de un Estado de ejecución. Si se refiere a una cantidad de dinero, el certificado de embargo puede transmitirse simultáneamente a más de un Estado de ejecución cuando la autoridad de emisión considere que hay un motivo específico para hacerlo, en particular cuando el valor estimado de los bienes que se pueden embargar en el Estado de emisión y en uno cualquiera de los Estados de ejecución probablemente sea insuficiente para embargar la cantidad total objeto de la resolución de embargo.

La autoridad de ejecución debe reconocer toda resolución de embargo transmitida válidamente y adoptar las medidas oportunas para su ejecución con la misma rapidez y prioridad que si se tratara de una resolución de embargo nacional, salvo que la citada autoridad invoque alguno de los motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución o alguno de los motivos de aplazamiento. Además, debe informar a la autoridad de emisión de la ejecución de la resolución de embargo, incluyendo una descripción de los bienes embargados y, cuando sea posible, una estimación de su valor.

Como en todas las actuaciones de cooperación, es clave la determinación correcta de los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución, así como del eventual aplazamiento de la resolución de embargo. De este modo, según el artículo 8 del Reglamento, solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución de embargo cuando:

- a) la ejecución de la resolución de embargo sea contraria al principio de *non bis in idem*;

- b) el Derecho del Estado de ejecución prevea un privilegio o una inmunidad que impida el embargo de los bienes de que se trate, o establezca normas sobre la determinación o la limitación de la responsabilidad criminal en relación con la libertad de prensa o la libertad de expresión en otros medios de comunicación que impidan la ejecución de la resolución de embargo;
- c) el certificado de embargo esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto y no se haya completado tras las debidas consultas;
- d) la resolución de embargo se refiera a un delito cometido, total o parcialmente, fuera del territorio del Estado de emisión y, total o parcialmente, en el territorio del Estado de ejecución, y los hechos en relación con los que se ha dictado la resolución de embargo no sean constitutivos de delito en el Estado de ejecución;
- e) cuando el Estado de ejecución supedite esta última a la condición de doble tipificación respecto a las infracciones delictivas distintas de las contenidas en las treinta y dos categorías expresamente formuladas;
- f) en situaciones excepcionales, cuando existan motivos fundados para creer, sobre la base de pruebas concretas y objetivas, que la ejecución de la resolución de embargo implicaría, en las circunstancias particulares del caso, la violación manifiesta de un derecho fundamental aplicable recogido en la Carta, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juicio justo y a la defensa.

Por otro lado, la autoridad de ejecución podrá aplazar la ejecución de una resolución de embargo cuando:

- a) la misma pudiera perjudicar una investigación penal en curso, en cuyo caso la ejecución de la resolución de embargo podrá aplazarse

hasta el momento que la autoridad de ejecución considere razonable;

- b) los bienes ya sean objeto de una resolución de embargo anterior, en cuyo caso la ejecución de la resolución de embargo podría aplazarse hasta que se revoquen dichas resoluciones anteriores; o
- c) los bienes ya sean objeto de una resolución de embargo anterior dictada en el curso de otro procedimiento en el Estado de ejecución, en cuyo caso la ejecución de la resolución de embargo podría aplazarse hasta que se revoque dicha resolución anterior; no obstante, esta disposición se aplicará únicamente cuando dicha resolución anterior, en virtud del Derecho nacional, tenga prioridad sobre cualquier resolución nacional de embargo que pudiera dictarse posteriormente en materia penal.

Se establecen garantías de confidencialidad durante la ejecución de la resolución de embargo, dependiendo de la investigación en cuyo seno se haya emitido. De este modo, salvo en la medida en que sea necesario para la ejecución de la resolución de embargo, la autoridad de ejecución debe garantizar la confidencialidad de los hechos y del fondo de la resolución de embargo de conformidad con su Derecho nacional. Sin perjuicio de ello, tan pronto como se haya ejecutado la resolución de embargo, la autoridad de ejecución informará de ello a las personas afectadas, pero con el fin de proteger las investigaciones en curso, la autoridad de emisión podrá pedir a la autoridad de ejecución que aplaze el momento de informar a las personas afectadas de la ejecución de la resolución de embargo.

Los bienes sujetos a una resolución de embargo permanecerán embargados en el Estado de ejecución hasta que la autoridad competente de dicho Estado haya respondido definitivamente a una resolución de decomiso, o hasta que la autoridad de emisión haya informado a la autori-

dad de ejecución de cualquier decisión o medida que deje sin efecto el carácter ejecutorio de la resolución o haga que esta se retire.

Cuando la autoridad de ejecución considere que es imposible ejecutar una resolución de embargo, debe informará de ello sin demora a la autoridad de emisión. Tal decisión debe ir precedida de una consulta a la autoridad de emisión. Pero la inexecución de una resolución de embargo solo podrá justificarse cuando los bienes:

- a) ya hayan sido decomisados;
- b) hayan desaparecido;
- c) hayan sido destruidos;
- d) no se encuentren en el lugar indicado en el certificado de embargo;
o
- e) no se encuentren debido a que su ubicación no se ha indicado de forma suficientemente precisa, a pesar de las consultas realizadas.

No obstante, en el caso de que la autoridad de emisión haya indicado la posibilidad de embargar bienes de un valor equivalente, la autoridad de ejecución no estará obligada a ejecutar la resolución de embargo cuando se dé alguna de las circunstancias mencionadas y no puedan embargarse bienes de valor equivalente.

Las normas que rigen la ejecución de las resoluciones de embargo son las del Estado de ejecución y son sus autoridades las competentes para decidir sobre los procedimientos y medias concretas aplicables. Se determina que las resoluciones de embargo dictadas contra personas jurídicas se ejecutarán aun cuando el Estado de ejecución no reconozca el principio de responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

En caso de resoluciones de embargo múltiples procedentes de diferentes Estados miembros contra una misma persona, si esta no posee bienes suficientes en el Estado de ejecución para hacer frente a todas las resoluciones, o cuando la autoridad de ejecución reciba dos o más resoluciones de embargo o resoluciones de decomiso relativas al mismo bien concreto, la autoridad de ejecución deberá decidir cuál de las órdenes ejecutar de conformidad con su propio Derecho, sin perjuicio de la posibilidad de aplazamiento de la ejecución. Pero, aparte de todo ello, se establece la prioridad, siempre que sea posible, de los intereses de las víctimas; y además deberá valorar si los activos están ya embargados; las fechas de las respectivas resoluciones y sus fechas de transmisión; la gravedad del delito cometido; y el lugar donde se haya cometido el delito.

La administración de los bienes embargados y decomisados se registrará asimismo por el Derecho del Estado de ejecución, pero hay alguna norma sustantiva que debe tenerse en cuenta: esta administración debe hacerse con vistas a impedir la depreciación de los bienes embargados, para lo cual se permite la venta u otro tipo de transferencia de los mismos. A su vez, los bienes embargados o el importe obtenido de la venta de dichos bienes permanecerán en el Estado de ejecución hasta que se haya presentado una resolución de decomiso y dicha resolución haya sido ejecutada, sin perjuicio de la posibilidad de restitución de los bienes. Pero si constituyen bienes culturales el Estado de ejecución no estará obligado a venderlos o restituirlos

Si la autoridad de emisión u otra autoridad competente del Estado de emisión ha dictado una decisión, con arreglo a su Derecho nacional, de restituir a la víctima los bienes embargados, la autoridad de emisión debe incluir información sobre dicha decisión en el certificado de embargo o informar a la autoridad de ejecución de dicha decisión posteriormente. En cuanto se reciba la información se adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en caso de que se haya producido el embargo de los bienes en cuestión, estos sean restituidos a la víctima lo antes posible, de

conformidad con las normas de procedimiento del Estado de ejecución y, en caso necesario, a través del Estado de emisión, siempre y cuando:

- a) la titularidad de la víctima con respecto a los bienes no sea objeto de impugnación;
- b) los bienes no constituyan elementos de prueba en una causa penal en el Estado de ejecución; y
- c) no se lesionen los derechos de las personas afectadas.

Cuando la autoridad de ejecución no esté convencida de que se cumplen las condiciones previstas, debe consultar a la autoridad de emisión sin demora y por los cauces apropiados con el fin de buscar una solución, y si no se consigue resolver la situación, la autoridad de ejecución podrá decidir no restituir a la víctima los bienes embargados.

Es importante resaltar que, tras la ejecución de una resolución de embargo, la autoridad de ejecución informará, en la medida de lo posible y sin demora, de dicha ejecución a las personas afectadas de las que tenga constancia, de conformidad con los procedimientos previstos en su Derecho nacional. En la información que debe facilitarse se debe especificar el nombre de la autoridad de emisión y las vías de recurso existentes con arreglo al Derecho del Estado de ejecución. La información también especificará, al menos de forma concisa, los motivos de dicha resolución. En su caso, la autoridad de ejecución podrá solicitar asistencia a la autoridad de emisión en el desempeño de sus funciones.

Finalmente, el propio Reglamento, exige la previsión de la posibilidad de que las personas afectadas interpongan recurso efectivo en el Estado de ejecución contra la decisión relativa al reconocimiento y la ejecución de resoluciones de embargo. Este derecho a interponer recurso se ejercerá ante un órgano jurisdiccional del Estado de ejecución, de acuerdo con su Derecho. Pero contra los motivos de fondo por los que se hayan

dictado la resolución de embargo no cabrá recurso ante un órgano jurisdiccional del Estado de ejecución. Por su parte, la autoridad competente del Estado de emisión deberá ser informada de todo recurso interpuesto.

*Autor: Lorenzo M. Bujosa Vadell
(Catedrático de Derecho Procesal,
Universidad de Salamanca)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: J. M. Bosch Editor; 1991; CARRILLO DEL TESO, Ana. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018; CONDE FUENTES, Jesús. «El Reglamento (UE) 2018/1805 y la ejecución de resoluciones de embargo y decomiso». En *La Ley Penal*, julio-agosto 2021, n.º 151; DE JORGE MESAS, Luis. *Reconocimiento de las resoluciones penales en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. «Mutual Recognition and Transnational Confiscation Orders». En *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*. Berlín - Heidelberg: Ed. S. Ruggeri, 2013; MESTRE DELGADO, E. «Algunas consideraciones acerca de la Ley 23/2014, aspectos penales y procesales. Especial referencia a la ejecución de medidas privativas de libertad, al embargo y al decomiso». En *La Ley Penal*, enero-febrero 2019, n.º 136; MORÁN MARTÍNEZ, Rosa. «El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco». En *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*. Madrid: D. A. Galgo Peco, 2204, pp. 381-416; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017; SALCEDO VELASCO, Andrés. «Orden europea de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, decomiso y exhorto europeo». En CARMONA RUANO, Miguel; GONZÁLEZ VEGA, Ignacio y MORENO CATENA, Víctor (directores). *Cooperación judicial penal en Europa*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 611-648.

EMPRESA CRIMINAL COMÚN (*JOINT CRIMINAL ENTERPRISE*)*1. Introducción*

La doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (ECC) ha sido desarrollada por los tribunales *ad hoc*, especialmente por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY). Dado que lo relevante para que un individuo sea considerado miembro de una ECC y condenado a título de coautor es su voluntad de que el delito —parte del plan común— sea cometido, independientemente del contenido material de su contribución, la doctrina de la ECC parte del concepto subjetivo de coautor. Por el contrario, la CPI emplea el concepto de coautoría basado en el dominio funcional del hecho, como manifestación de la teoría del dominio del hecho desarrollada por Roxin. Por ello, la doctrina de la ECC no tiene cabida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), ni siquiera en la forma de participación recogida en el artículo 25(3)(d) ER (Mbarushimana, Decisión de confirmación de cargos, párrs. 271, 282).

Conforme a la doctrina de la ECC, no es necesario que la contribución del interviniente en una ECC tenga cierta entidad para que el mismo pueda ser condenado como coautor. En tanto que el criterio distintivo entre autoría y participación se centra en el tipo subjetivo, en el ámbito objetivo, los tribunales *ad hoc* han exigido menos al coautor (miembro de una ECC) que al partícipe: mientras que el partícipe debe llevar a cabo contribuciones que tengan un efecto sustancial en la comisión del crimen, al coautor solo se le exigen actos que de alguna manera estén dirigidos a promover el plan común (Tadić, SA, párr. 229; Krnojelac, SA, párr. 33; Vasiljević, SA, párr. 102; Kvočka, SA, párr. 89).

No obstante, debe destacarse la transformación que la jurisprudencia del TPIY ha sufrido en este ámbito, ya que desde la Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, en 2007, requiere que la contribución de un interviniente en una ECC sea al menos significativa para la comisión de los

crímenes por los que se establece su responsabilidad, si bien no es necesario que llegue a ser sustancial (Brđanin, SA, párr. 430; Krajišnik, SA, párr. 215; Popović, SPI, párr. 1027; Gotovina, SPI, párr. 1953; Đorđević, SPI, párr. 1863; Kanyarukiga, SPI, párr. 624; Gatete, SPI, párr. 577). En cualquier caso, dicho cambio no altera la naturaleza subjetiva del concepto de coautoría desarrollado por el TPIY.

Cuando la Sala de Apelaciones del TPIY formuló por primera vez la doctrina de la ECC en el caso Tadić, analizó la jurisprudencia de los distintos tribunales estatales que juzgaron los casos de la Segunda Guerra Mundial y concluyó que los requisitos necesarios para determinar la responsabilidad penal con base en cualquiera de las tres categorías de ECC estaban firmemente establecidos en el Derecho internacional consuetudinario (Tadić, SA, párrs. 185-228). En este contexto, puede decirse que la doctrina de la *joint enterprise* o del *common design/purpose/pursuit* del *common law*, la cual surgió para hacer frente a las limitaciones con las que se enfrentaba la coautoría tradicional del *common law*, influyó de manera importante en el desarrollo de la doctrina de la ECC en el ámbito del TPIY.

Tradicionalmente, en el *common law* la coautoría se definía como una autoría accesoria en la que no se producía imputación recíproca, ya que solo podía ser coautor quien realizaba los elementos del tipo autónomamente. En los casos de realización paralela de propia mano de los elementos del tipo, la cualidad de autoría o participación de la intervención se decidía en función de la causalidad de la acción para la realización del tipo. Ante las limitaciones que planteaba dicha concepción de la coautoría para abordar los casos en los que se producía una distribución entre varios individuos de la realización del delito de acuerdo con un plan común, surgió la doctrina de la *joint enterprise*, en la que, con base en un plan común, se produce la imputación recíproca de todos los riesgos reales y previsibles de la comisión conjunta del hecho. Sin embargo, debe tenerse presente que las jurisdicciones del *common law* y los tribunales que juzgaron los casos de la Segunda Guerra Mundial han definido la doctrina de

la *joint enterprise* como una forma de responsabilidad accesoria, y no como una forma de responsabilidad principal.

2. *La doctrina de la ECC en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc: las tres modalidades de ECC*

Mediante la doctrina de la ECC, la sentencia de apelación en el caso Tadić trató de afrontar la dificultad que se plantea en contextos de criminalidad masiva para delimitar la contribución específica realizada por cada individuo a la comisión de los delitos. Dado que el TPIY empleó tanto el concepto de coautoría como el de complicidad, no dejó claro cuál era la naturaleza jurídica de tal figura. Por el contrario, en su Decisión en el caso Milutinović, estableció que las tres modalidades de ECC constituían una forma de coautoría (Milutinović [Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion challenging Jurisdiction - JCE], SA, párrs. 20, 31). Por tanto, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* entiende que la doctrina de la ECC está incluida en el término «cometer» recogido en los Estatutos del TPIY y del TPIR —artículos 7(1) y 6(1), respectivamente—.

La Sentencia de apelación en el caso Tadić (párrs. 220-228) distinguió tres categorías de ECC. Las dos primeras categorías —variante básica y sistémica— son aplicables a los delitos base o centrales de la ECC, mientras que la tercera resulta de aplicación en el caso de los delitos adicionales o previsibles, es decir, los delitos que, pese a ir más allá de lo acordado en el plan común, son una consecuencia natural y previsible de dicho plan. Por su parte, la ECC II abarca los casos de campos de concentración o de exterminio: aunque no realizara ninguna acción típica, si un trabajador de un campo de este tipo conocía lo que les ocurría a los internos y voluntariamente continuó cumpliendo su función, será considerado coautor de los crímenes cometidos en dicho campo.

3. *Elementos de la doctrina de la ECC en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc*

3.1. *Elementos del tipo objetivo*

Los elementos del tipo objetivo de la ECC son los mismos en las tres categorías de ECC:

- a) una pluralidad de personas;
- b) la existencia de un plan, diseño o propósito común; y
- c) la participación del sujeto activo en la ECC mediante cualquier forma de cooperación en o contribución a la ejecución del propósito común.

En cuanto al primer elemento, la jurisprudencia no exige que la pluralidad de personas conforme una estructura organizada ni que se identifique personalmente a cada individuo, sino que es suficiente con que se identifique el grupo u organización al que pertenecen (Tadić, SA, párr. 227; Krnojelac, SA, párr. 31; Vasiljević, SA, párr. 100 Kvočka, SA, párr. 81; Stakić, SA, párr. 64; Brđanin, SA, párr. 364; Krajišnik, SA, párr. 709; Đorđević, SPI, párr. 1861; Gotovina, SPI, párr. 1953; Karadžić, SPI, párr. 562).

Por su parte, el segundo elemento requiere la existencia de un plan criminal común que equivalga a o implique la comisión de un crimen (Tadić, SA, párr. 227; Krnojelac, SA, párr. 31; Vasiljević, SA, párr. 100; Kvočka, SA, párr. 81 y 96; Stakić, SA, párr. 64; Brđanin, SA, párr. 364; Krajišnik, SA, párr. 184; Popović, SPI, párr. 1024; Sainović, SA, párr. 609; Karadžić, SPI, párr. 563). No es necesario que el plan haya sido previamente formulado, ni que este sea expreso (Tadić, SA, párr. 227; Vasiljević, SA, párr. 100; Stakić, SA, párr. 64; Brđanin, SA, párr. 364; Sainović, SA, párr. 609; Karadžić, SPI, párr. 563).

En lo que se refiere al tercer elemento del tipo objetivo, no resulta necesario que el interviniente en una ECC esté presente cuando los ejecutores cometen el delito (Krnojelac, SA, párr. 81; Kvočka, SA, párr. 112). Aunque una forma de intervenir pueda consistir en la realización de alguno de los elementos del *actus reus* del crimen imputado, la responsabilidad por ECC también abarca otros medios (Tadić, SA, párr. 192, 227; Krnojelac, SA, párr. 81; Kvočka, SA, párr. 99, 112; Stakić, SA, párr. 64; Krajišnik, SA, párr. 215; Karadžić, SPI, párr. 564; Šainović, SA, párr. 985). Es decir, la contribución de una persona a una ECC no necesita ser delictiva en sí misma, pero debe contribuir de manera significativa a la promoción del propósito común (Brđanin, SA, párr. 427; Krajišnik, SA, párr. 215; Šainović, SA, párr. 985; Stanišić and Župljanin, SA, párr. 110).

La contribución a una ECC puede consistir tanto en una acción como en una omisión, en el último caso, siempre que exista un deber legal de actuar (Tadić, SA, párr. 188; Blaškić, SA, párr. 663; Brđanin, SA, párr. 274; Karadžić, SPI, párr. 566). En efecto, conforme a la jurisprudencia del TPIY, el Estatuto no prohíbe que una omisión pueda ser considerada como una contribución a una ECC, y ello debe determinarse caso por caso (Krajišnik, SA, párr. 696; Šainović, SA, párr. 1233, 1242; Stanišić and Župljanin, SA, párr. 110).

A diferencia de su jurisprudencia inicial, los tribunales *ad hoc* exigen desde 2007 que la contribución de un interviniente en una ECC sea al menos significativa (Brđanin, SA, párr. 430; Krajišnik, SA, párr. 215; Popović, SPI, párr. 1027; Gotovina, SPI, párr. 1953; Kvočka, SA, párr. 97-98; Đorđević, SPI, párr. 1863; Stanišić and Župljanin, SA, párr. 110; Karadžić, SPI, párr. 564; Kanyarukiga, SPI, párr. 624; Gatete, SPI, párr. 577). No obstante, dicho giro jurisprudencial no cambia la naturaleza subjetiva de la definición de la coautoría de la ECC, ya que el nivel de aportación exigido sigue siendo inferior a la contribución esencial requerida por el concepto del dominio funcional del hecho.

Al exigir que la contribución sea al menos «significativa», los tribunales *ad hoc* la han definido como la acción u omisión que hace que la empresa criminal sea más «eficiente o efectiva» (Kvočka, SPI, párr. 275, 309; Brđanin, SA, párr. 430; Krajišnik, SA, párr. 215; Popović, SPI, párr. 1027; Đorđević, SPI, párr. 1863; Gotovina, SPI, párr. 1953; Kanyarukiga, SPI, párrs. 624, 643; Gatete, SPI, párr. 577). Mientras que la CPI requiere que el coautor realice una contribución «esencial», en el sentido de que pueda arruinar la comisión del crimen si se niega a llevar a cabo su tarea, el TPIY ha señalado que, para entender que una contribución es «significativa», no es necesario que sea una contribución sin la cual el crimen no se hubiera podido cometer (Karadžić, SPI, párr. 564).

3.2. *Elementos del tipo subjetivo*

Los elementos exigidos por la teoría de la ECC en el ámbito del tipo subjetivo son diferentes en cada una de sus modalidades:

- a) la ECC I exige el dolo compartido de los intervinientes;
- b) la ECC II requiere el conocimiento personal del sistema de maltrato por parte de cada miembro; y
- c) en la ECC III es necesario que cada interviniente quiera participar en y promover el propósito criminal y la comisión del crimen por medio del grupo. Además, para establecer la responsabilidad por un hecho que no formaba parte del plan (exceso de uno de los intervinientes), la ECC III exige que tal crimen cometido por uno de los miembros de la ECC fuera previsible para el resto y estos conscientemente decidieran correr tal riesgo.

En la ECC I, además del dolo compartido de los miembros de la ECC, si se trata de un crimen que requiere un *dolus specialis* o un elemento subjetivo del injusto (adicional al dolo), el acusado y el resto de miembros

de la ECC deben compartir dicho *dolus specialis* (Kvočka, SA, párr. 110; Krnojelac, SA, párr. 111-112; Karadžić, SPI, párr. 569).

En cuanto a la ECC II, se entiende que todo miembro que sea consciente del sistema de maltrato y siga desempeñando su función (aunque solo cumpla funciones administrativas), comparte implícitamente el dolo de los miembros de la ECC que cometen directamente los crímenes. Así, tanto la ECC I como la ECC II exigen el dolo compartido (explícitamente o implícitamente) de los coautores.

Con respecto a la responsabilidad penal con base en la ECC III, la jurisprudencia requiere 1) que fuera previsible para el acusado que un crimen no incluido en el propósito común podía ser cometido por uno o varios miembros de la ECC (o por una(s) persona(s) utilizada(s) por él) al llevar a cabo el *actus reus* de los crímenes que formaban parte del propósito común; y 2) que el acusado conscientemente corriera el riesgo de que dicho crimen ocurriera siguiendo adelante con su intervención en la ECC (Brđanin, SA, párr. 365, 411; Dordevic, SA, párr. 906, 911; Sainović, SA, párr. 1557; Stanišić and Župljaniny, SA, párr. 958, 998; Karadžić [Decision on JCE III Foreseeability], SA, párr. 15; Karadžić, SPI, párr. 570; Karadžić, SA, párr. 432-433; Karemera, SA, párr. 634).

La jurisprudencia establece la suficiencia del dolo eventual, y exige el conocimiento de la probabilidad sustancial de que un crimen será cometido y la aceptación de tal probabilidad (Tadić, SA, párr. 228; Stakić, SA, párr. 101; Stakić, SPI, párr. 587; Blaškić, SA, párr. 41; Kayishema and Ruzindana, SPI, párr. 146; Martić, SA, párrs. 222-223; Kordić and Čerkez, SA, párr. 29-32; Orić, SPI, párr. 348; Strugar, SPI, párrs. 235-236). En este contexto, la jurisprudencia más reciente ha insistido en que el estándar de previsibilidad no debe identificarse con el de probabilidad, sino con el de posibilidad; es decir, para establecer la responsabilidad penal con base en la ECC III, considera suficiente con que el acusado supiera que la comisión del crimen era una posible consecuencia de la implementación del plan (y que, pese a ello, aceptara el riesgo al decidir

seguir adelante), no obstante lo cual exige que tal posibilidad fuera lo suficientemente sustancial como para que fuera previsible para el acusado (Karadžić JCE III Decision, párrs. 15-16 y 18; Sainović, SA, párrs. 1557-1558; Dordevic, SA, párr. 907; Karadžić, SPI, párr. 570; Karadžić, SA, párrs. 432-433; Karemera, SA, párrs. 629, 634).

En cualquier caso, nótese que la ECC III no requiere que la conciencia y la aceptación del riesgo de cometer un delito sean mutuas (dolo compartido), lo cual es un elemento indispensable de la coautoría, ya que la resolución común de cometer el hecho constituye la base y el límite de la imputación recíproca de las contribuciones individuales.

La tercera modalidad de ECC plantea un problema adicional en relación con los delitos que exigen un *dolus specialis*, como el genocidio, puesto que la jurisprudencia del TPIY ha señalado que no es necesario tener tal *dolus specialis* para ser considerado responsable a título de coautor con base en la ECC III, sino que es suficiente con que fuera previsible para el acusado y que conscientemente aceptara el riesgo (Brđanin [Decision on interlocutory appeal], SA, párrs. 6, 9-10; Milošević [Decision on Motion for Judgment of Acquittal], SPI, párrs. 246, 288-293; Karadžić, SPI, párr. 570).

En el caso *Brđanin*, la Sala de Apelaciones del TPIY revocó la sentencia de la Sala de Primera Instancia porque entendía que, cuando se trata de consecuencias razonablemente previsibles y naturales, el sujeto activo puede ser penalmente responsable por cualquier crimen que vaya más allá del acordado en la empresa criminal (Brđanin [Decision on interlocutory appeal], SA, párrs. 9-10). Según la sala de apelaciones, la sala de primera instancia confundió la *mens rea* requerida por el crimen del genocidio con el tipo subjetivo del modo de responsabilidad penal en el que se basaba la acusación (ECC III). Por consiguiente, el TPIY estableció la siguiente distinción: mientras que el *dolus specialis* requerido debe ser compartido por todos los miembros de la ECC I, en el caso de la ECC III, la mera previsibilidad del miembro que no comete directamente el crimen es su-

ficiente. Sin embargo, dicha interpretación es objeto de importantes críticas por parte de la doctrina por considerar que la *mens rea* necesaria para una condena con base en la ECC III no puede coincidir con el *dolus specialis* exigido por el crimen en cuestión.

4. «ECC en el nivel de liderazgo» o «ECC vertical»

Al llevar a cabo los procesos contra los dirigentes de más alto rango, el TPIY adoptó un nuevo concepto de ECC, conocido como «ECC en el nivel de liderazgo» o «ECC vertical». Este concepto fue establecido en la sentencia de apelación en el caso Brđanin, según la cual la aplicación de la ECC no está limitada a los casos de pequeñas dimensiones y es posible determinar la responsabilidad de los miembros de una ECC cuando los crímenes sean ejecutados por personas que no forman parte de la ECC.

A diferencia de la sala de primera instancia, la sala de apelaciones admitió dicha posibilidad siempre que quedara demostrado que el delito había sido cometido por una persona utilizada como instrumento por un miembro de la ECC en ejecución del plan común (Brđanin, SPI, párrs. 344-347; Brđanin, SA, párrs. 410-413, 418-419). La sala afirmó que no era necesario que existiera acuerdo entre el ejecutor y el acusado, sino que era suficiente con que el crimen en cuestión sea parte del propósito criminal común y el acusado utilice al ejecutor para promover tal propósito (Brđanin, SA, párrs. 415-419, 430).

Por el contrario, la Sentencia de apelación en el caso Krajišnik (párrs. 226, 714) no empleó el término «instrumento» para referirse a la «utilización de quienes no son miembros de la ECC para cometer los delitos». Se produce así una expansión del concepto de ECC en el nivel de liderazgo, ya que abarca también los casos en los que el miembro de la ECC utiliza al no miembro para realizar los delitos a partir de acciones u omisiones que no den lugar a responsabilidad por autoría, tales como «incitar», «ordenar», «alentar», o «valerse de él de otra manera».

Las sentencias posteriores han seguido dicha línea jurisprudencial. Señalan que es necesario que el crimen cometido por el no miembro pueda ser imputado a algún miembro de la ECC y que cuando este utilice al ejecutor actúe de conformidad con el propósito común (Krajišnik, SA, párr. 225; Sainović, SA, párr. 1256; Karadžić, SPI, párr. 567; Đorđević, SPI, párrs. 2127-2128; Dordevic, SA, párrs. 911-912; Karemera, SA, párr. 605). Conforme a dicha línea jurisprudencial, la existencia de un nexo entre el crimen y el miembro de la ECC debe valorarse caso por caso; así, puede ser un factor indicativo de dicho nexo el hecho de que el miembro de la ECC expresamente o implícitamente solicite al no miembro cometer dicho crimen, o lo incite, ordene, aliente o se valga de él de otra manera para la comisión del crimen (Krajišnik, SA, párr. 226; Sainović, SA, párr. 1259). Resulta sorprendente comprobar que, según el TPIY, aunque se probara que el miembro de la ECC ordenó la comisión del crimen a los no miembros de la ECC, el modo de intervención criminal punible aplicable al miembro de la ECC no sería el de «ordenar» (como forma de participación), sino el de «cometer» un crimen (como forma de autoría), porque dicha orden no es más que uno de los factores para determinar la existencia de un nexo entre el miembro y el no miembro de la ECC (Sainović, SA, párr. 1260).

En cuanto a la ECC III, el TPIY señaló que el miembro de la ECC puede ser responsable bajo la doctrina de la «ECC en el nivel de liderazgo» si era previsible que un crimen fuera del propósito común podía ser cometido por alguna persona utilizada por alguno de los miembros de la ECC al llevar a cabo el *actus reus* de los crímenes que formaban parte del propósito común; y si el acusado conscientemente corrió dicho riesgo (al seguir adelante con su intervención en la ECC) (Brđanin, SA, párrs. 411 y 419; Dordevic, SA, párrs. 912, 919; Sainović, SA, párr. 1456; Stanišić and Župljanin, SA, párr. 595). En estos casos también, si los crímenes adicionales requieren un *dolus specialis*, el TPIY solo exige que fuera previsible para el acusado que el crimen se podía cometer y que se cometería con el *dolus specialis* requerido, y que aun así corriera dicho riesgo

(Dordevic, SA, párr. 919; Sainović, SA, párr. 1456; Stanišić and Župljanin, SA, párr. 597).

Autora: Miren Odriozola Gurrutxaga
(Profesora agregada de Derecho Penal en la Universidad del País Vasco,
UPV/EHU)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AMBOS, Kai. «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility». En *JICJ*, 2007, vol. 5, n.º 1, pp. 159-183; AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford: OUP, 2013; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*. Oregon: Hart Publishing, 2013; CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, OUP, 2008; CASSESE, Antonio y GAETA, Paola. *Cassese's International Criminal Law*. New York - Hampshire: OUP, 2013; CRYER, Robert; ROBINSON, Darryl; VASILIEV, Sergey. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019; DERENČINOVIĆ, Davor y HORVATIĆ, Željko. *Theory of Joint Criminal Enterprise and international criminal law - challenges and controversies*. Zagreb: Croatian Academy of Legal Sciences, 2011; GIL GIL, Alicia. «Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional: empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional and coautoría mediata». En *Cuadernos de Política Criminal*, 2013, n.º 109, pp. 109-145; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. «Joint Criminal Enterprise: ¿una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho penal internacional?». En GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena (editoras). *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 413-471; OHLIN, Jens David. «Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability». En *LJIL*, 2012, vol. 25, n.º 3, pp. 771-797; OLÁSOLO, Héctor. *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; VAN DER WILT, Harmen. «Joint criminal enterprise and functional perpetration». En NOLL-KAEMPER, André y VAN DER WILT, Harmen (editores). *System Criminality*

in International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 158-182; VAN SLIEDREGT, Elies. «Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide». En *JICJ*, 2007, vol. 5, n.º 1, pp. 184-207; VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Oxford: OUP, 2012; VAN SLIEDREGT, Elies. «Joint Criminal Confusion: Exploring the Merits and Demerits of Joint Enterprise Liability». En KREBS, Beatrice (editor). *Accessory Liability After Jooze*. Oxford: Hart, 2019.

ENTREGA (A UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL)

En el ámbito de la cooperación con tribunales penales internacionales la medida más restrictiva de derechos es justamente la entrega, normalmente precedida por la aplicación de una medida cautelar privativa de libertad como la detención. A ella se refiere el artículo 89 del Estatuto de Roma (en adelante, ER), al prever la transmisión de una solicitud en este sentido, junto a la que deben remitirse los antecedentes de que se dispongan y que sirvan para justificar lo que se pide. Al margen de la obligación general de cooperar, la especial importancia de esta vía de cooperación específica llevó a que se proclamara expresamente que los Estados parte cumplirán las solicitudes de detención y entrega, para lo cual deben regirse por la Parte IX ER y por el procedimiento que cada uno de ellos establezca en su ámbito interno.

Es frecuente, tanto en las normas que disciplinan esta materia, como en los estudios que la intentan explicar, la utilización de la expresión «orden de detención y entrega». Pero lo que el tribunal internacional requiere es fundamentalmente la entrega del sujeto pasivo del proceso penal internacional que está pendiente y que, llegado un momento determinado, no podrá seguir sin la presencia del mismo. Esa es la actividad cooperativa realmente solicitada; mientras que la privación de libertad tiene un carácter meramente instrumental, asegurador de la actividad cooperativa

principal: Se detiene al imputado para asegurar que podrá ser entregado y enjuiciado ante el tribunal internacional.

Así pues, entendemos que la *entrega a un tribunal internacional* es una actividad de cooperación procesal que se desarrolla por los Estados partes obligados, por estar vinculados, sea por mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sea por el ER, sea por su sumisión específica al proceso penal internacional, ante la petición de los órganos competentes del tribunal internacional, de manera obligatoria —salvo en muy concretas circunstancias— y siguiendo las disposiciones reguladoras del texto constitutivo y de los que lo desarrollen, así como los procedimientos internos del Estado de que se trate. En concreto, consiste en el traslado coactivo y la puesta a disposición del órgano requirente de una persona, imputada o condenada por los órganos del tribunal penal internacional, que se encuentra en el territorio del Estado requerido, a fin de que se proceda a su enjuiciamiento o al cumplimiento de la pena previamente impuesta.

Conviene distinguir la figura de la entrega de otras que pudieran considerarse afines, lo cual nos puede permitir una mejor intelección de la primera. Así, la transmisión de procedimientos penales consiste en que un Estado parte puede pedir a otro Estado parte que instruya un proceso penal respecto a una persona sospechosa de haber cometido una infracción, cuando concurren determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando el sospechoso tiene su residencia habitual en el Estado requerido, si es nacional u originario de ese Estado, si está cumpliendo allí una pena privativa de libertad, si el requirente considera que no está en condiciones de ejecutar una posible condena por sí mismo y el Estado requerido tendría mayor facilidad para hacerlo, etc. (artículo 8 del Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos en materia penal). En estos casos no se produce el traslado del imputado, sino que en lugar de seguirse un proceso penal ante los tribunales de determinada jurisdicción, por consideraciones de eficacia procesal o de mejora de las pers-

pectivas de readaptación social, se pide que se desarrolle ante otra distinta.

Con respecto a la transmisión de la ejecución de las sentencias y al traslado de condenados, algún parecido mayor puede existir, naturalmente solo por lo que se refiere a las entregas o extradiciones de condenados. Es posible que en estos casos se produzca también el traslado de la persona, aunque no siempre es necesario cuando se realiza una transmisión de ejecuciones pues en ocasiones el condenado se encuentra ya en el territorio del Estado donde se pretende llevar a cabo la ejecución. Hay, no obstante, una diferencia fundamental, al margen de los pormenores del régimen jurídico específico que cada tratado sobre estas materias disponga: con la entrega se pretende que el condenado que se encuentra en un territorio en el cual el órgano encargado de la ejecución de la condena no puede ejercer directamente su potestad, sea puesto a disposición de esa autoridad; mientras que con la transmisión de la ejecución o el traslado de condenados, lo que se pide es que proceda a la ejecución, o continúe con el cumplimiento coactivo de la pena privativa de libertad, no la autoridad que inicialmente la tenía, sino la del Estado requerido.

Mayores afinidades las encontramos respecto a la tradicional extradición y, sobre todo, respecto a la figura de la orden europea de detención y entrega, porque sustancialmente estamos ante la misma institución, aunque con importantes variantes, flexibilizaciones y simplificaciones. Esta vía de cooperación propia del espacio judicial europeo se basa en la existencia de un grado de confianza elevado entre los Estados miembros y en la consideración del principio de equivalencia entre las resoluciones de los órganos jurisdiccionales distintos, a pesar de la variedad de tradiciones jurídicas en Europa y de la inevitable diversidad normativa entre los Estados. Todo ello supone una mayor facilitación de la cooperación internacional: una enorme judicialización de los procedimientos, una relación directa entre órganos jurisdiccionales, una disminución de motivos de denegación oponibles, circunstancias la mayor parte de ellas de gran interés también respecto a la entrega a tribunales internacionales.

Esta relación de confianza es, en principio, perfectamente asimilable a la confianza que los Estados parte del ER deben tener respecto al proceso penal internacional que se desarrolla ante la Corte; si no fuera así no se entendería la ratificación de ese tratado internacional. Pero hay una diferencia importante: no se trata de relaciones interestatales, sino respecto a una institución internacional de naturaleza básicamente jurisdiccional a la que los Estados parte han cedido parte de sus potestades soberanas, y que además debe conocer de «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» que «no deben quedar sin castigo». En el propio preámbulo del ER se proclama que, «a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la justicia».

El artículo 102 ER recoge, «a los efectos del presente Estatuto», dos definiciones importantes: Por un lado, la «entrega» propiamente dicha, que de manera tautológica es definida como la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto. Es notoria la falta de precisión de esta definición (ni siquiera se hace referencia al carácter coactivo del traslado, ni a la finalidad del mismo), sin embargo, por oposición con el párrafo siguiente, aparece claro el criterio de distinción. Así, por otro lado, la «extradición» se entenderá —de nuevo con defectuosa técnica— como la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el ordenamiento interno. Por tanto, la distinción, a pesar de todo, aparece claramente inteligible: el sistema desarrollado en el ER y en las Reglas de Procedimiento y Prueba se denomina «entrega» y aquellas otras figuras que aparecen en el Derecho convencional o en el Derecho interno, a efectos del ECPI, serían extradiciones.

El punto central de diferenciación se encuentra en otro rasgo implica que la entrega, tanto en la Unión Europea como en el ER, supone una vía más expedita, flexible e informal para el traslado coactivo de impu-

tados o condenados de un Estado a otro o de un Estado a la Corte que la prevista en los ya tradicionales tratados bilaterales y multilaterales sobre extradiciones, o incluso en la mayor parte de las leyes internas que implementan tales tratados. Si el sistema de la CPI, por sus especiales características, estimula la relativización de las rigideces habituales en las extradiciones, es muy lógico que los autores del ER sintieran la necesidad de utilizar una terminología distinta, tal y como habían sentido ya los autores de la «orden europea de detención y entrega».

Dada la relevancia específica de esta vía de cooperación en el sistema de la CPI, la norma constitutiva de esta institución se preocupa, como es muy razonable, de regular de manera detallada las exigencias formales y materiales de las solicitudes de entrega. Se establece, como evidente garantía de seguridad jurídica, la regla general de la escritura, aunque se flexibiliza en caso de urgencia con la posible utilización de cualquier otro medio, siempre que permita dejar constancia escrita y a condición de que la solicitud sea confirmada a través de alguna vía de entre las designadas en general por el Estado de que se trate. Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 91 ER, la solicitud de detención y entrega de una persona respecto a la cual la Sala de Cuestiones Preliminares ha dictado una orden de detención deberá contener o estar acompañada de los siguientes elementos:

- a) es, por supuesto, esencial en primer lugar la inclusión de los datos necesarios para que el Estado requerido pueda proceder a la identificación de la persona buscada, así como del lugar donde pueda más fácilmente ser encontrada;
- b) en segundo lugar, es importante resaltar que el Estado requerido no puede entrar a valorar el fundamento material para proceder a la detención y entrega del imputado;
- c) además, por último, se prevé una disposición que flexibiliza las formalidades de un sistema meramente vertical de cooperación y

que, por el contrario, se muestra especialmente respetuosa con el Derecho interno de los Estados eventualmente requeridos: es preciso adjuntar los documentos, las declaraciones o la información que sean necesarios para cumplir los requisitos de procedimientos del Estado requerido. Sin embargo, establece unos límites a esta amplia discrecionalidad de los Estados: tales requisitos no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a los tratados o acuerdos que ese Estado haya celebrado con otros, y en caso de ser posible, serán menos onerosos.

En el caso de que se trate de entregar una persona ya condenada a la Corte, la solicitud deberá contener o ir acompañada de los siguientes elementos:

- a) copia de la orden de detención, que es lo que servirá de fundamento para la privación de libertad en el Estado requerido;
- b) debe adjuntarse también copia de la sentencia condenatoria;
- c) es precisa también aquí la constancia de los datos imprescindibles para proceder a la identificación del sujeto: aquellos que, como dice el ER, demuestren que la persona buscada es aquella a la que se refiere la sentencia condenatoria;
- d) por último, dado que la pena en estos procesos penales internacionales puede imponerse de manera separada a la declaración de condena en el fallo, e incluso tras una eventual audiencia a las partes o incluso a las víctimas, su causahabientes o sus representantes, se hace también referencia a la aportación de la sentencia en la que se imponga la pena correspondiente, y además, si se trata de una pena de reclusión, con indicación expresa de la parte de la pena que se ha cumplido y de la que queda por cumplir.

Entre las rigideces que se han flexibilizado en cuanto a las entregas de imputados o condenados a los tribunales penales internacionales, respecto a las normas más antiguas del derecho extradicional, se encuentran en posición destacada los característicos motivos de denegación que, invariablemente, acompañaban el resto de disposiciones que permitían la extradición de unos Estados a otros, tanto en las normas convencionales, multilaterales o bilaterales, como en las normas internas, dedicadas sobre todo a pormenorizar los diversos trámites relativos a las extradiciones pasivas. La especial posición de la Corte respecto a las jurisdicciones de los Estados parte, así como el tipo de infracciones criminales que se sitúan en el ámbito de competencia de los tribunales internacionales, condicionan muy directamente la evolución en estos aspectos.

Un examen detenido de los textos que regulan la cooperación con los tribunales penales internacionales nos lleva a convencernos de la ausencia de los tradicionales motivos de denegación tal y como son conocidos por todos: no aparecen ni exigencias relativas a la doble incriminación, ni prohibiciones de entrega por delitos políticos, ni la posibilidad de evitar la extradición de nacionales, ni la eventual alegación de la prescripción de las infracciones criminales objeto de imputación, o de eventuales amnistías o indultos. Si acaso puede afirmarse que existe alguna referencia a la excepción de cosa juzgada planteada por la persona cuya entrega se pida, pero con la previsión de unas consecuencias bien distintas a las de una mera denegación de la cooperación, dada la aplicación del principio de complementariedad en relación con la CPI (artículo 89.2 ER).

Entre los motivos que directamente pueden relacionarse con el sujeto pasivo de la entrega, atendiendo a las regulaciones de las normas relativas a la extradición y a la orden europea de detención, así como a lo previsto en el ER, podemos considerar principalmente la minoría de edad, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad y, sobre todo, la prohibición de la extradición de nacionales. Pero respecto a menores de edad la CPI no puede ejercer jurisdicción (artículo 5.2 ER) y respecto a la concurrencia de eximentes es a los órganos del

tribunal penal internacional a los que corresponde resolver. La extradición de nacionales ha ocasionado más quebraderos de cabeza, dada la vigencia en algunos ordenamientos de preceptos de rango constitucional que la prohibían, lo cual llevó a la necesidad de reformar estos textos fundamentales.

Es frecuente, por otra parte, en los convenios y leyes dedicadas a reglamentar las relaciones extradicionales interestatales la exclusión de determinado tipo de delitos, tales como los denominados «delitos políticos», los «delitos militares» o los «delitos fiscales», por razones firmemente arraigadas en la concepción de la soberanía territorial y en la separación de ordenamientos. Respecto a los crímenes internacionales no puede afirmarse que se trate de infracciones criminales de escasa entidad, ni que puedan justificar que un Estado determinado se desentienda de la protección de los bienes jurídicos lesionados o, en su caso, puestos en peligro, ni siquiera que ese Estado pueda proteger a los supuestos infractores.

Otro requisito fundamental para la extradición ha sido tradicionalmente la exigencia de que los hechos imputados a la persona reclamada estén tipificados también como delitos en el Estado requerido; por supuesto también en el Estado requirente pues en caso contrario no tendría sentido la solicitud de extradición. La cuestión de la exigencia o no de la doble incriminación también opera de manera específica cuando lo conectamos con el sistema procesal configurado en el ER, aunque debemos destacar aquí también el tipo de delitos contemplados en los artículos 5, 6, 7 y 8 ER. No debemos olvidar en este punto la posible aplicación del principio de complementariedad: de modo que un Estado que no incluya en su ordenamiento alguno de tales delitos se expone evidentemente a no poder enjuiciarlo ante sus propios órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, a que la Corte declare admisible el caso por incapacidad de la jurisdicción nacional para perseguir penalmente esos hechos. Por tanto, no es tanto la exigencia de la doble incriminación lo que opera en estos procesos penales internacionales ante la Corte, como la conve-

niencia de reformar las normas penales internas para ajustarlas a las normas penales contenidas en el ER.

Más sencillas son las consideraciones relativas a la concurrencia de las causas de prescripción, puesto que los graves crímenes internacionales no prescriben (artículo 29 ER). Otras causas extintivas de la responsabilidad criminal sobre cuyos efectos en el ámbito de la cooperación con los tribunales penales internacionales nos debemos preguntar son las amnistías y los indultos. Las posibles dudas que en algunos casos pueden plantearse desaparecen por lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción internacional, por el control que la CPI puede llevar a cabo sobre actos internos que hayan sido adoptados «con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte». Por tanto, si los órganos jurisdiccionales del ER aprecian que las medidas de gracia concedidas en el ámbito nacional demuestran una actitud de falta de voluntad de perseguir los crímenes internacionales, deberá poner en marcha el mecanismo de la complementariedad y permitir la iniciación de un proceso penal contra esa persona.

Con respecto a la pena prevista para los hechos que se imputan a la persona reclamada podría considerarse la eventual exigencia de una entidad cuantitativa mínima a la pena prevista para justificar la entrega y, por otro lado, al problema relativo a la naturaleza de ciertas penas que pueden chocar con los principios constitucionales del Estado requerido. Pero en este ámbito, se trata de crímenes especialmente graves contra la comunidad internacional, y su implícito desvalor penal justifica sin más discusión la innecesariedad de precisar límites cuantitativos mínimos. Más compleja es la cuestión que se refiere no a la naturaleza de la pena que pueda recaer en caso de entrega de la persona a las autoridades requerentes. No nos interesa tanto la cuestión de la pena de muerte, no contemplada en el ER —pese a la insistencia de numerosas delegaciones en los trabajos preparatorios— sino la problemática de las condenas a perpetuidad, materia de inequívoco alcance constitucional que pudiera

ocasionar problemas respecto al cumplimiento de las solicitudes de detención y entrega que provengan de la CPI.

Se ha planteado si las penas de reclusión a perpetuidad, tomadas en sentido estricto, deberían ser consideradas como penas inhumanas o degradantes y, en consecuencia, contrarias a las exigencias mínimas de nuestro Estado de derecho, todo ello evidentemente no respecto a la incorporación de tales penas en nuestro ordenamiento interno sino de cara a la eventual vulneración de derechos fundamentales cuando se produzca la entrega de una persona a una persona reclamada a las autoridades que imponer este tipo de graves sanciones penales. Si recordamos la obligación prevista en el artículo 89 ER de entregar la persona reclamada por la Corte de manera incondicionada por el Estado, podríamos plantearnos problemas serios de adecuación a la Constitución, sobre todo respecto a la orientación resocializadora y rehabilitadora de las penas conforme a nuestro texto fundamental. El ER no se ajustaría a esa concepción y por lo tanto obligaría a actuaciones inconstitucionales a nuestros poderes públicos, al exigir la entrega de una persona que eventualmente puede ser condenada a cadena perpetua. La respuesta no debe ser sin embargo tan precipitada, pues hay que leer la disposición contenida en el artículo 77.1.b) ER, necesariamente junto a la medida prevista en el artículo 110 ER, es decir, el examen de la reducción de la pena que deberá llevarse a cabo cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o veinticinco años de prisión en caso de cadena perpetua.

Entre las causas de denegación de la entrega requerida el derecho extradicional prevé algunas de naturaleza específicamente procesal. Como en los casos anteriores, las especiales características del proceso penal internacional y, sobre todo, los trámites previos ineludibles acerca de la admisibilidad de un asunto ante la CPI condicionan directamente el verdadero peso específico de estas causas procesales de denegación en este ámbito. Son habituales en las normas que disciplinan las extradiciones entre Estados las referencias a ciertos presupuestos relativos al ejercicio

de la jurisdicción para conocer sobre los hechos que fundamentan la solicitud. En el caso de que observe el Estado requerido que el asunto que sirve de base a la solicitud de entrega se encuentra fuera de la jurisdicción de la Corte, por no ajustarse a alguno de los diversos presupuestos que se establecen en el ER, la solución prevista no es tampoco aquí la oposición de un motivo determinado a la entrega de la persona reclamada, sino la impugnación de la jurisdicción de la Corte, ciertamente ante la Corte misma.

En el ámbito interestatal de cooperación se ha planteado la cuestión de la solicitud de extradición de una persona previamente condenada en un país cuyo ordenamiento permita los juicios en ausencia. Pero en el contexto del proceso penal internacional no se puede dar el caso de que sea reclamado a un determinado Estado parte la entrega de una persona condenada en ausencia, por la sencilla razón de que ese tipo de juicios no se permite en la regulación de la CPI

Otra causa denegatoria habitual en los textos normativos sobre materia extradicional es la existencia de simultáneas actuaciones por los mismos hechos que dan lugar a la solicitud de extradición. Suele definirse la litispendencia como la pendencia de un proceso, directamente referida a los efectos que se producen durante la misma, cuyo carácter preclusivo respecto a otros procesos posteriores desarrollados en otros Estados se conoce como «litispendencia internacional». Cuando se trata de los mismos hechos el planteamiento es radicalmente distinto en los órganos jurisdiccionales penales internacionales. Con respecto a los tribunales *ad hoc* se aplica sin más la relación de verticalidad entre estos órganos internacionales y los Estados miembros de las Naciones Unidas, relación derivada de la creación por el Consejo de Seguridad de estas jurisdicciones. De este modo se explica que el Estado que esté conociendo de los mismos hechos que el tribunal *ad hoc*, deberá simplemente cesar en enjuiciamiento en cuanto reciba el correspondiente requerimiento para ello de este órgano. La solución respecto a la CPI no es idéntica, por la más ambigua relación entre esta institución internacional y los Estados parte,

que se deriva de su origen convencional. La respuesta está aquí también en el funcionamiento del principio de complementariedad, siempre dentro de los límites de la propia jurisdicción de la Corte.

Por último, en cercana relación con lo que acabamos de ver respecto a la litispendencia, nos encontramos con la posibilidad de oponer la causa de cosa juzgada frente a la solicitud de entrega.

Respecto a los tribunales *ad hoc* se aplica en su plenitud la obligación de cumplir con la orden de detención y entrega, sin posibilidad de oponer causa de denegación alguna, y en todo caso el Estado o la persona entregada le podrán comunicar al Tribunal su apreciación sobre la concurrencia de la cosa juzgada sobre los hechos que se pretenden enjuiciar de nuevo. Es un ejemplo de la clara relación vertical de cooperación internacional. No es exactamente igual esta cuestión respecto a la cooperación con el sistema jurisdiccional de la CPI, pues en este caso debemos remitirnos de nuevo a la aplicación del característico principio de complementariedad que se aplica a las relaciones de la Corte con los Estados parte.

Autor: Lorenzo M. Bujosa Vadell
(Catedrático de Derecho Procesal,
Universidad de Salamanca)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003; GLOBKE, Christina. *Die Auslieferung an der Internationalen Strafgerichtshof*, Tübingen: ohr Siebeck, 2009; KNOOPS, Geert-Jan. *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures*. New York: Martinus Nijhoff, 2022; KREß, Claus y SLUITER, Göran. «Preliminary remarks (Enforcement)». En CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, Robert W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, vol. II, pp. 1751-1756; PROST, Kimberly en TRIFFERER, Otto (editor). *Commentary on the Rome Statute of the International*

Criminal Court. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999; QUESADA ALCALÁ, Carmen. *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005; SWART, Bert. «Arrest and Surrender». En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. [En CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, Robert W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, vol. II, pp. 1589-g de Datos; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Opinion 7/2019. EDPS Opinion on Proposals regarding European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*, 6 de noviembre de 2019, disponible en https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19-11-06_opinion_on_e_evidence_proposals_en.pdf

ENTREGA VIGILADA Y CIRCULACIÓN

La diligencia de circulación y entrega vigilada forma parte de las denominadas «técnicas especiales de investigación», según las denomina el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 (Convención de Palermo), así como el artículo 50 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida). La regulación concreta de las técnicas especiales de investigación, entre las cuales se encuentra también la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas, se llevará a cabo con arreglo a la legislación nacional y los distintos tratados bilaterales o multilaterales de cooperación que puedan suscribirse entre Estados.

Así, pues, la circulación y entrega vigilada se encuentra prevista en diversos instrumentos internacionales por su importancia en la lucha contra el narcotráfico y otras formas de criminalidad organizada caracterizadas habitualmente por su carácter transfronterizo. En particular, destacamos la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 (Convención de

Viena) y las Convenciones anteriormente citadas contra la Delincuencia Organizada y contra la Corrupción.

En el territorio europeo, cabe señalar que el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen del año 1985, establece en su artículo 73 que los Estados deberán adoptar las medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Además, dentro del ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal incorpora en su artículo 28.1.b) la entrega vigilada dentro de las medidas de investigación que implican obtención de pruebas durante un periodo de tiempo determinado y que pueden incorporarse en una orden europea de investigación.

En el Derecho español se regula en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), el cual define el ámbito de aplicación, los presupuestos para su autorización y el desarrollo de la diligencia de investigación.

A continuación, abordaremos los siguientes elementos: (1) definición de circulación y entrega vigilada; (2) ámbito de aplicación; (3) autorización de la medida; y, (4) desarrollo de la técnica de investigación.

1. Definición de circulación y entrega vigilada

La Convención contra la Delincuencia Organizada define en su artículo 2.i) la entrega vigilada como «la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de estos». La misma definición encontramos en la Convención de Viena de 1988 y en la Convención contra la Corrupción de 2003.

Por su parte, el artículo 263.2 bis LECrim dispone que se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica de investigación que consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de determinadas sustancias, bienes o ganancias circulen por territorio español o salgan de él bajo la vigilancia, pero sin interferencia, de las autoridades o sus agentes. El objetivo que persigue es descubrir o identificar a las personas involucradas en actividades delictivas relacionadas, sea por una investigación que se está llevando a cabo por un órgano judicial español o prestando auxilio a autoridades extranjeras.

2. Ámbito de aplicación

En el ordenamiento jurídico español la diligencia de circulación y entrega vigilada podrá adoptarse para la averiguación de aquellos delitos en los que las sustancias, bienes o ganancias provengan de determinadas actividades criminales previstas en la LECrim.

En concreto, el artículo 263 bis LECrim, apartados 1 y 2, se refiere a los siguientes:

- a) drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas;
- b) equipos, materiales y sustancias empleados para la producción de sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, a los que se refiere el artículo 371 del Código Penal (en adelante, CP);
- c) bienes y ganancias a que se refiere el artículo 301 CP, que tipifica el delito de blanqueo de capitales;
- d) bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332 y 334 CP (delitos contra la flora y la fauna), artículo 386 CP (delito de falsificación de moneda), artículo 399 bis CP (delito falsificación de tarjetas) y artículos 566, 568 y

569 CP (delitos de tenencia, depósito y tráfico de armas, municiones o explosivos).

3. Autorización de la medida

En el ámbito internacional, el artículo 20.3 de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada (en idéntico sentido que el artículo 50 de la Convención de Mérida contra la Corrupción), dispone con carácter general que, en ausencia de acuerdos entre Estados sobre la materia, la decisión de permitir la circulación y entrega vigilada se adoptará tomando en consideración las circunstancias de cada caso concreto, así como los acuerdos que puedan existir entre Estados relativos al ejercicio de la jurisdicción.

En el ámbito nacional, el artículo 263 bis LECrim regula los presupuestos para la adopción de la medida de circulación y entrega vigilada. Conforme dispone tal precepto, la medida deberá adoptarse mediante resolución fundada que deberá contener los siguientes extremos:

- a) objeto de autorización o entrega vigilada;
- b) tipo y cantidad de la sustancia objeto de la medida;
- c) justificación de la necesidad de la medida de acuerdo con la gravedad del delito y las posibilidades de vigilancia.

En este sentido, el Tribunal Supremo se ha referido a la proporcionalidad de la medida, aludiendo a la cantidad y naturaleza de la droga tóxica objeto del delito, así como a «la necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia, y también a la finalidad de descubrir o identificar a las personas involucradas en algún delito relativo a dichas drogas» (STS, Sala de lo Penal, n.º 256/2019, de 22 de mayo, f. j. 4, ROJ: STS 1654/2019).

La medida podrá ser autorizada por el Juzgado de Instrucción, el Ministerio Fiscal y los jefes o mandos superiores de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial. Conforme dispone el artículo 263.1 bis LECrim, el juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, quien custodiará un registro de dichas resoluciones. Por su parte, cuando sea una autoridad policial la que emita la autorización deberá dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal y, si hubiese un proceso judicial iniciado, al juzgado de instrucción competente, de conformidad con el apartado 3.

En todo caso, el mencionado precepto establece que el recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso, añadiendo que en el plano internacional se estará a lo dispuesto en los tratados, en consonancia con lo previsto en la Convención contra la Delincuencia Organizada, mencionado anteriormente.

4. Desarrollo de la técnica de investigación

Por lo que respecta al desarrollo de la circulación y entrega vigilada, la LECrim no contiene previsiones expresas en cuanto a las actuaciones a ejecutar, por lo que deberemos estar a cada caso concreto para determinar qué procedimiento se seguirá.

Sin embargo, como garantía, el apartado 4 del citado artículo 263 bis de dicho texto legal, dispone que la interceptación y apertura de envíos sospechosos de contener sustancias estupefacientes, así como la sustitución de tal sustancia que pudiese llevarse a cabo, se desarrollará con respeto de las garantías judiciales previstas en el ordenamiento jurídico. La única excepción es la inaplicación de lo previsto en el artículo 584 LECrim, el cual dispone que para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado o persona que este designe.

En este caso, por lo tanto, la apertura se llevará a cabo sin la presencia del interesado «para permitir, de esta forma, la correcta identificación del

verdadero destinatario de la misma y la determinación, previa a su entrega, del contenido del envío, según se desprende, expresamente, del apartado 4 de dicho artículo, así como el descubrimiento o identificación de las personas involucradas en la comisión del delito, y el auxilio de las autoridades extranjeras a los mismos fines, en su caso» (STS, Sala de lo Penal, n.º 989/2004, de 9 de septiembre, f. j. 4, ROJ: STS 5622/2004).

*Autora: Elena de Luis García
(Profesora permanente laboral de Derecho Procesal,
Universitat de València)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BELTRÁN MONTOLIU, Ana. «La autorización judicial de circulación y entrega vigilada de drogas, sustancias, materiales u otros bienes ilícitos como método para luchar contra la criminalidad organizada». En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (director) y MADRID BOQUÍN, Christa María (coordinadora). *La instrucción del crimen: algunos problemas procesales*. Madrid: Sepin, 2020, pp. 99-118; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. «Los actos de investigación». En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia (coordinadores). *Proceso penal. Derecho Procesal III*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 197-218; MORENO CATENA, Víctor. «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial». En CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, décima edición, pp. 277-288.

ENTREGA Y CONSERVACIÓN DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS

El término entrega y conservación de pruebas electrónicas designa una forma de cooperación judicial internacional penal entre Estados o entes supranacionales que comporta la producción, la conservación y la entrega de evidencia electrónica presente en el ámbito territorial de un país para su utilización en un procedimiento penal que tiene lugar en otro país. El uso generalizado de las tecnologías de la información en todos

los ámbitos de la vida, que utilizan sistemas de comunicación y almacenamiento que pueden hallarse en cualquier lugar del mundo, hace cada día más necesario el recurso a este tipo de cooperación judicial, el cual se lleva a cabo a través de diferentes instrumentos jurídicos, tanto a nivel internacional (1) como a nivel de la Unión Europea (2), que se examinarán a continuación.

1. Los instrumentos de cooperación internacionales en materia de entrega y conservación de pruebas electrónicas

Además de los instrumentos internacionales bilaterales de cooperación judicial que puedan haber acordado los diferentes países, existen dos tipos de instrumentos internacionales multilaterales que permiten dar cobertura a la generación, conservación y entrega de prueba electrónica. Por un lado, nos encontramos con un instrumento de carácter específico, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia (en adelante, CY), hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, en el marco del Consejo de Europa, que entró en vigor el 1 de julio de 2004 y realizado en el marco del Consejo de Europa y, por el otro, encontramos los tratados en materia penal realizados en el marco de las Naciones Unidas, que incluyen cláusulas de asistencia mutua judicial.

Entre los tratados multilaterales de Naciones Unidas destacan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, UNTOC), aprobada en Nueva York, mediante la Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, y que entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, así como sus diferentes protocolos (el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que entró en vigor el 28 de enero de 2004; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, aprobado por Resolución 55/255 de la Asamblea General, de 31 de mayo de 2001, y que entró en

vigor el 3 de julio de 2005), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, y que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, así como los múltiples tratados de las Naciones Unidas en materia de tráfico de drogas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, así como en materia de lucha contra el terrorismo.

Se debe poner de manifiesto que, a pesar del carácter en principio regional de los instrumentos legales realizados en el marco del Consejo de Europa, el CY ha sido ratificado por un número considerable de países que no son miembros del Consejo de Europa y que, si bien ni Rusia ni China lo han firmado, Estados Unidos es uno de los países firmantes del mismo, lo que resulta fundamental desde la perspectiva de la entrega y conservación de prueba electrónica, dado que es el país de origen de gigantes tecnológicos como Meta Platforms, Inc. (antes Facebook, Inc., propietaria de Facebook, WhatsApp, Instagram, entre otras), Alphabet Inc. (propietario de Google Inc., conglomerado de servicios de internet incluyendo YouTube, Android Market, Google Search, Google Docs, Google Drive, DoubleClick, Gmail, entre otros), Microsoft Corp. (propietario de Xbox Live, Windows Update, Skype, Outlook 365, Office 365, SharePoint, OneDrive, Windows Store, LinkedIn, Github, entre otros), Apple Inc. (propietario de iTunes, iCloud, Apple Software Update, FaceTime, Apple Music, Apple.com, iCloud Photo Stream, Mac App Store) o de Amazon Com Inc. (propietario de servicios como Amazon Prime, Twitch, Amazon.com, Alexa, Amazon Glacier, Amazon Music), que son los servicios que consumen la mayor parte del ancho de banda mundial de internet. Irlanda, que es el país europeo en el que residen la mayoría de las filiales europeas de estos gigantes tecnológicos, ha firmado el convenio a día de hoy todavía no lo ha ratificado.

El CY es el instrumento jurídico internacional más completo que existe en relación con la producción, conservación y entrega de prueba electrónica, en la medida en que obliga a las partes a desarrollar su legislación en materia de obtención de pruebas electrónicas de un delito (artículo

14.2.c), la conservación rápida de datos informáticos almacenados (artículo 16) y de datos de tráfico (artículo 17), la obligación de dar acceso a datos informáticos almacenados o a la identidad y otros datos de abonados a servicios (artículo 18), el registro e incautación de datos informáticos almacenados (artículo 19), la obtención en tiempo real de datos de tráfico (artículo 20) y de interceptación de contenido (artículo 21). Asimismo, establece medidas de cooperación internacional y de asistencia mutua, incluso cuando no existiesen tratados de asistencia mutua aplicables (incluyendo una disposición para compartir información de forma espontánea, artículo 26), mediante la imposición de obligaciones de conservación rápida de datos informáticos almacenados (artículo 29) y de revelación rápida de datos conservados de tráfico (artículo 30), de registro e incautación de datos informáticos almacenados (artículo 31), de acceso por sí a datos informáticos en abierto con independencia de su ubicación o acceder a datos situados fuera de su territorio, en el caso de que exista el consentimiento de la persona legalmente autorizada para entregarlos (artículo 32), de acceder a datos en tiempo real de tráfico (artículo 33) y de contenido (artículo 34), así como el establecimiento de una red de contacto disponible de forma ininterrumpida (24/7) para llevar a cabo las tareas de asistencia mutua (artículo 35).

A pesar de la aparente utilidad de estos mecanismos de asistencia mutua, las conclusiones del estudio realizado por el Comité del CY sobre el sistema de asistencia mutua derivado del Convenio de 3 de diciembre de 2014 son bastante descorazonadoras. Así, se afirma que las partes del Convenio consideran el sistema de asistencia mutua ineficiente con carácter general, y en particular en relación con la obtención de la prueba electrónica. Los tiempos de respuesta de 6 a 24 meses parecen ser la regla, lo que da lugar a que muchas solicitudes sean objeto de abandono, y con ello, de la propia investigación, lo que da lugar a que no exista una efectiva protección en la materia, sin que se aprovechen todas las posibilidades que tanto el Convenio como otros instrumentos ofrecen para la investigación de la cibercriminalidad y la obtención de prueba electrónica. Asimismo, se pone de manifiesto la inexistencia de estadísticas so-

bre la asistencia mutua en la materia. Aunque en los informes de seguimiento (v. gr., el correspondiente a 2017) esta imagen no es tan negativa, los problemas persisten.

Con la finalidad de solucionar estos problemas, así como el problema generalizado de necesidad de acceso a datos de proveedores de servicios que se hallan en el territorio de otro Estado —que afecta a la soberanía de otros Estados, así como crea otras dificultades derivadas de las diferencias de protección a los derechos fundamentales entre los diferentes países—, el Comité de Ministros ha adoptado el texto del Segundo Protocolo Adicional al Convenio de Cibercriminalidad sobre cooperación mejorada y revelación de prueba electrónica, mediante reunión de 17 de noviembre de 2021 de los delegados de Ministros, que todavía no está abierto a la firma.

En relación con los tratados multilaterales en el ámbito de las Naciones Unidas, el enfoque de las Naciones Unidas es la utilización del UNTOC, con más de 160 países firmantes, como modelo de asistencia legal mutua, y cuando los delitos entran dentro de su ámbito de aplicación, la de utilizar el artículo 18 de dicha Convención a los efectos de su aplicación a la prueba electrónica, por más que no existe ninguna referencia específica a esta ni a sus especificidades. En su defecto, la estrategia es la utilización de cualquier otro tratado que permita la asistencia mutua, incluyendo tratados multilaterales o regionales ya existentes y, en su caso, el establecimiento de tratados bilaterales para los que ofrecen modelos de tratados, aunque estos tampoco disponen de cláusulas específicas en relación con la prueba electrónica. En consecuencia, la estrategia de Naciones Unidas en estos ámbitos es tratar la prueba electrónica como un elemento probatorio más, y para lidiar con sus especificidades ofrecen herramientas para facilitar dicha asistencia mutua, tales como modelos de solicitudes de asistencia mutua en materia de prueba electrónica almacenada en dispositivos informáticos, o para la solicitud de datos de tráfico o de contenido, incluyendo la Herramienta para la redacción de solicitudes de asistencia legal mutua, la Guía práctica para la solicitud de

prueba electrónica transfronteriza, el Directorio de Autoridades Centrales y Nacionales competentes designadas para la cooperación internacional en materia penal, el Marco de revelación de datos que compendia las prácticas de revelación de datos de los distintos proveedores de servicios, el Digesto de casos sobre cibercrimen, y otros elementos de ayuda accesibles a través de la página web SHERLOC, Intercambio de recursos electrónicos y legislación sobre delincuencia (<http://sherloc.unodc.org>).

2. Los instrumentos propios de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea, la resolución que establece el marco de referencia para la entrega y conservación de pruebas electrónicas es la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal. Aunque como consecuencia del régimen de opción establecido en el Protocolo 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y el Protocolo 22 sobre la posición de Dinamarca, que forman parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la misma no es aplicable ni en Irlanda ni en Dinamarca, habiendo sido implementada también por el Reino Unido hasta su salida de la UE.

La orden de investigación europea no es una regulación específica en materia de prueba electrónica, y se define en el artículo 1 de la Directiva como una «resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro (“el Estado de emisión”) para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro (“el Estado de ejecución”) con vistas a obtener pruebas» que se refieren tanto a procedimientos penales como administrativos sin limitación de delitos o infracciones (artículo 4). Esta referencia genérica a «obtener pruebas» incluye también cualquier tipo de prueba electrónica, y a pesar del carácter genérico de la regulación sí que incluye referencias específicas a determinadas actuaciones que pueden tener relación con la obtención y

entrega de prueba electrónica, como por ejemplo, los artículos 28 (obtención de pruebas en tiempo real), los artículos 30 (intervención de comunicaciones con asistencia técnica de otro Estado miembro) y 31 (notificación de intervención de comunicaciones sin la necesidad de asistencia técnica de otro Estado miembro).

Con carácter previo a la Orden de Investigación Europea (en adelante OEI) existían otros mecanismos, como la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, que en el artículo 3 permitía también el aseguramiento de pruebas (v. gr. la conservación de datos almacenados), pero que estaba limitado a algunos delitos, y debía ser completada con una solicitud posterior de los elementos de prueba, a diferencia de lo establecido ahora en la OEI, que regula con carácter general la entrega sin demora de estos (artículo 13), y que en principio no está limitado a ningún delito (aunque se puede denegar la orden con base en el delito perseguido en algunos supuestos, artículo 11). También existía la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal que, sin embargo, tenía la limitación de no estar pensada para su aplicación a la obtención de pruebas nuevas (v. gr. interceptación de las comunicaciones), sino más bien a la entrega (incluyendo incautación) de datos o pruebas ya existentes. La segunda, pero más importante de las limitaciones, es que esta disposición solo fue traspuesta por Croacia, España, Eslovenia, Finlandia y los Países Bajos, siendo así de una utilidad muy limitada. De esa forma, el resto de prueba, incluyendo la prueba electrónica, debía regirse por los diferentes convenios de asistencia jurídica mutua firmados por los diferentes Estados de la UE, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa, de 20 de abril de 1959, así como sus dos protocolos adicionales y los acuerdos bilaterales celebrados con arreglo a su artículo 26; el Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen y Convenio relativo a la

asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, y su Protocolo.

Todas estas disposiciones fueron sustituidas, para aquellos Estados miembros participantes del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, por la OEI. En cuanto a las iniciativas prácticas para la ejecución de estos sistemas de cooperación, la UE cuenta con organismos como la Red Judicial Europea (RJE), una red de puntos de contacto para facilitar la cooperación, con una página web que contiene recursos para facilitar de forma práctica dicha cooperación, y que cuenta con elementos de ayuda y formación para hacer posible la cooperación judicial, con un apartado especial dedicado a la prueba electrónica (https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_DynamicPage/ES/83). También cuenta, entre otros organismos, con la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust), dedicada a ayudar a los Estados miembros a luchar contra delitos transfronterizos graves y de complejos que implican a más de un país de la Unión Europea, y entre los que se incluye la cibercriminalidad, o la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), que ha creado iniciativas como el Centro Europeo de Ciberdelincuencia y el proyecto Sirius para facilitar el acceso a los datos almacenados en los principales proveedores de servicios online, y su posterior análisis, impartiendo formación en la materia y facilitando la colaboración entre cuerpos policiales.

En la actualidad existe una Propuesta legislativa de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (Procedimiento 2018/0108/COD), que todavía se halla en periodo de debate en el Consejo a fecha de hoy. El objetivo de esta propuesta de Reglamento, desde el punto de vista de quienes han creado esta iniciativa legislativa, es la necesidad de armonización de la legislación en la materia ante la creciente necesidad de aplicación de estos mecanismos de investigación y las distintas regulaciones que en este ámbito existen en los distintos Estados miembros, que generan inseguridad jurídica y pueden

afectar a los derechos fundamentales y a las garantías procesales de las personas afectadas por dichas medidas. Los rasgos fundamentales de esta regulación son que no sustituirá, sino que complementará la OEI, y que se hallará basada en el reconocimiento mutuo, de forma que las autoridades de cada país no tendrán que intervenir en su ejecución, salvo en los casos de incumplimiento de la orden, para lo que se exige en todo caso la intervención de las autoridades judiciales de cada país para las órdenes de entrega.

Existen ya opiniones muy críticas sobre este proyecto normativo, tanto del Consejo de la Abogacía Europea, como del Supervisor Europeo de Protección de Datos, entre otros. En relación con el Consejo de la Abogacía Europea, este pone de manifiesto deficiencias graves relativas a la base legal de adopción de la propuesta, por cuanto no se puede hablar de reconocimiento mutuo si no existe implicación del Estado destinatario en la ejecución de orden de conservación y entrega, por la ausencia de intervención del Estado miembro destinatario en la ejecución de la medida, la falta de claridad en el establecimiento de los distintos grados de protección de los datos que se requieren, o la ausencia de previsiones para impugnar la resolución en el Estado destinatario o, con carácter general, la ausencia de disposiciones relativas al derecho de defensa de los afectados por la medida. En términos parecidos se ha pronunciado el Supervisor Europeo de Protección de Datos, incluso respecto de algunas de las cuestiones de fondo alegadas por el Consejo de la Abogacía Europea, resaltando que, a pesar de compartir los objetivos de la regulación, entiende que el reglamento introduciría limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y la protección de datos de carácter personal consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y que entre los requerimientos de la carta para el sacrificio de los derechos fundamentales (artículo 52.1) se halla, dentro del marco del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el principio de necesidad, de forma que deberían valorarse otras alternativas que permitieran alcanzar los mismos objetivos pero ofrecieran mayores garantías. Se pone así de manifiesto que

existe una ausencia de proporcionalidad en sentido amplio en la regulación que se plantea.

Además de las críticas ya puestas de manifiesto, esta propuesta legislativa resulta especialmente problemática para los proveedores de servicios (principales destinatarios de la misma) y para los ciudadanos desde la perspectiva de las diferencias de protección que los distintos países de la UE pueden dispensar a los datos objeto de conservación y entrega, por cuanto dichos datos pueden afectar a los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos, creando así problemas respecto de la previsibilidad de la actuación del poder punitivo para los ciudadanos y los proveedores de servicios, y conflictos jurídicos a estos últimos respecto del cumplimiento de órdenes que contravengan la normativa aplicable en el país destinatario, cuestiones para las que la propuesta de reglamento no parece tener ninguna respuesta.

Autor: Eliseu Frígols i Brines

(Profesor ayudante, doctor del Departament de Dret penal, Universitat de València

Abogado, actualmente colegiado no ejerciente del ICAV)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: COMITÉ DEL CONVENIO DE CIBERDELINCUENCIA. *T-CY assessment report: The mutual legal assistance provisions of the Budapest Convention on Cybercrime*, 3 diciembre de 2014, disponible en

<http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802e726c>; COMITÉ DEL CONVENIO DE CIBERDELINCUENCIA. *Assessment report on Mutual Legal Assistance: Follow up given by Parties and Observers*, 28 de noviembre de 2017, disponible en <https://rm.coe.int/t-cy-2017-2-mla-follow-up-rep/168076d55f>;

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA. *Posición de CCBE sobre la propuesta de Reglamento de la Comisión sobre las Órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal*, 19 de octubre de 2018, disponible en

<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/03/Posicionamiento-sobre-ordenes-europeas-de-entrega-y-conservacion-de-pruebas-electronicas-a-efectos-de-enjuiciamiento-penal.pdf>; OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Manual on Mutual Legal Assistance and Extradition*, Nueva York: 2012; SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Opinion 7/2019 on Proposals regarding European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*, 6 de noviembre 2019, disponible en https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19-11-06_opinion_on_e_evidence_proposals_en.pdf

ESCLAVITUD (Y PRÁCTICAS RELACIONADAS)

La esclavitud ha perdurado durante los siglos. Sin embargo, no es hasta 1926 cuando, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, la comunidad internacional adopta la primera convención dirigida a abolirla de forma general. La Convención Internacional sobre la Esclavitud de 1926 contiene, además, la primera definición internacional de la esclavitud (1), y será complementada, treinta años más tarde, por la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), que exige a los Estados abolir unas prácticas similares a la esclavitud (2).

Según la OIT, 40 millones de personas padecen hoy en día formas modernas de esclavitud. En efecto, mientras la esclavitud *de iure* ha sido progresivamente erradicada, la esclavitud *de facto* perdura y ha ido en aumento desde los años noventa a raíz de la globalización. Además de la inclusión de su prohibición en los principales convenios de derechos humanos, la relevancia que ha cobrado la noción de esclavitud en Derecho internacional en los últimos años se ve reflejada en su inclusión en la definición internacional de la trata de personas como una de las posibles formas de explotación que esta conlleva, así como en la definición del crimen contra la humanidad y crimen de guerra (3). Resulta por lo

tanto esencial entender el alcance de la noción de esclavitud, así como las obligaciones que su prohibición conlleva (4).

1. La definición de la esclavitud y su alcance

1.1. Validez de la definición de 1926

En primer lugar, se puede afirmar que la definición de esclavitud de 1926 sigue siendo válida en la actualidad. El artículo 1(1) de la Convención de 1926 reza: «La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos».

En el párrafo 2, se define también la trata de esclavos, que comprende «todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión [...] y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos».

A la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDI) que establece que hay que considerar cualquier acuerdo posterior entre las partes sobre la interpretación del tratado, resulta relevante que veinticinco años después de su adopción, el Comité Ad Hoc sobre la Esclavitud establecido por la ONU discutió la cuestión y concluyó que la definición de 1926 debía seguir siendo aceptada como una definición «adecuada». Poco después, los Estados respaldaron esta posición en la Convención Suplementaria de 1956, que mantuvo la definición de la Convención sobre la Esclavitud, incluyéndola en su artículo 7. Más recientemente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha incorporado una definición de «esclavitud» como acto constitutivo de crímenes de lesa humanidad, que reproduce el concepto de esclavitud de 1926, definiéndolo como «el ejercicio de cualquiera o todos los poderes vinculados al derecho de propiedad sobre una persona». Por lo tanto, se puede concluir que, en acuerdos posteriores, los Estados decidieron

mantener la definición de 1926, validándola como la definición contemporánea de esclavitud.

1.2. *Alcance de la noción de esclavitud*

La prohibición de la esclavitud ha caído en desuso durante décadas. En efecto, a pesar de haber sido introducida en la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 (DUDH, artículo 4), en la Convención europea de derechos humanos de 1950 (CEDH, artículo 4.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP, artículo 8.1), no tenía aplicación jurisprudencial ni en el plano nacional ni internacional. Ha sido solo a finales de los noventa cuando resurgió en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Sin embargo, persiste cierta confusión en torno al concepto de esclavitud debido a la tendencia a asimilar otras prácticas comúnmente llamadas «formas contemporáneas de esclavitud» (la trata de personas, la servidumbre, el trabajo forzado, etc.) con la esclavitud, prácticas que tienen una definición separada en Derecho internacional. Una de las principales razones para huir de esta asimilación es evitar diluir un concepto que se refiere a las formas más extremas de explotación y cuya prohibición ha alcanzado el rango de norma imperativa de Derecho internacional (*ius cogens*). Otro motivo importante es que asimilar otras prácticas a la esclavitud conlleva que se requiera un umbral probatorio más alto para tipificar el delito relevante en el marco de un procedimiento penal, lo que acaba generando impunidad para estas conductas.

En cuanto a la primera parte de la definición («el estado o condición de un individuo»), la jurisprudencia reciente (ver Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en Kunarac de 2001, o Tribunal Supremo australiano, *The Queen vs. Tang* de 2008) ha dejado claro que esta definición no solo se aplica a la esclavitud legal (o esclavitud *de jure*) —que ya no se da—, sino también a las formas contemporáneas de esclavitud (o esclavitud *de facto*), es decir a aquellas situaciones donde «como resultado del ejercicio de cualquiera o todos los atributos del de-

recho de propiedad, se produce cierta destrucción de la personalidad jurídica» (Kunarac, traducción de la autora). De hecho, la palabra «condición» fue añadida a «estado» precisamente para abarcar situaciones de esclavitud *de facto*, ya que la esclavitud *de iure* en aquel momento estaba abolida —o estaba siendo abolida— en todos los países (Tang). Esta determinación es particularmente relevante a la luz del pronunciamiento emitido solo tres años antes por el Tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) en Siliadin (2005), donde el Tribunal defendía una visión estrecha de la esclavitud limitada a la esclavitud *de jure*. Esta visión fue posteriormente modificada por el TEDH en 2010 en Rantsev, donde adopta el concepto amplio de esclavitud del TPIY. La Corte Interamericana de derechos humanos (CIDH) también consideró que tanto la condición *de iure* como la *de facto* de la víctima está cubierta por la definición de esclavitud (Hacienda Brasil Verde Workers, 2016).

En cuanto a la segunda parte de la definición, tanto la jurisprudencia como los Elementos de los Crímenes de la CPI (EC) indican que el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona se refiere a la acción de «comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad» (artículo 7 1) c) 1 EC). Lo mismo se dice para la esclavitud sexual (artículo 7 1) g)-2 1 EC). Estas acciones deben ir acompañadas de «un control sobre la persona que sea equivalente a la posesión», ya que se trata del atributo principal de la propiedad, como dejan claro los trabajos de los expertos más destacados en esta materia que confluyeron en las Directrices Bellagio-Harvard sobre los parámetros jurídicos de esclavitud de 2012. En conclusión, cuando la explotación implica un control equivalente a la posesión, una persona es explotada como esclava y la situación debe calificarse como esclavitud. Mientras que en los casos de explotación donde los poderes ejercidos sobre la persona no llegan al umbral de un control equivalente a la posesión, la conducta deberá calificarse como una de las demás prácticas de explotación a las que nos referiremos a continuación.

2. *La servidumbre o las instituciones y prácticas similares a la esclavitud*

2.1. *El concepto de servidumbre*

La Convención Suplementaria de 1956 ha introducido el concepto de «instituciones y prácticas similares a la esclavitud». Sin embargo, la DUDH (artículo 4) y la CEDH (artículo 4), que son anteriores, prohíben la esclavitud y la servidumbre, sin referirse en ningún momento a las prácticas similares a la esclavitud. Entonces ¿son las prácticas similares a la esclavitud y la servidumbre nociones distintas o se trata de un mismo concepto? Los *travaux préparatoires* de la Convención de 1956 revelan que el término «servidumbre» que se utilizó inicialmente terminó siendo reemplazado por el de «instituciones y prácticas análogas a la esclavitud» debido a la falta de voluntad de los Estados de abolir la servidumbre en 1956. Con el fin de eludir la prohibición inmediata de la servidumbre establecida en la DUDH, los Estados crearon este nuevo término jurídico para referirse a las mismas prácticas, y establecieron en la convención de 1956 que estas prácticas deberían ser abolidas no de forma inmediata sino «progresivamente y lo antes posible». Sin embargo, ya que con el paso del tiempo todas estas prácticas ya quedan claramente prohibidas en la actualidad, debe disiparse esta confusión dejando claro que el término servidumbre se refiere a las prácticas similares a la esclavitud definidas en la convención de 1956 (artículo 1), que se enumeran a continuación:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante

remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

- i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
- ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
- iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

La servidumbre por deudas es actualmente una práctica generalizada en la trata de seres humanos, ya que los tratantes obligan a sus víctimas a trabajar en condiciones de explotación hasta que hayan reembolsado su «deuda» (el coste de su viaje y otros), unos costes que no se han pactado anteriormente y que son a menudo exorbitantes, y sin que exista una fecha límite clara para el reembolso. Mientras que la servidumbre de la gleba es un fenómeno menos frecuente en la actualidad, las formas serviles de matrimonio han sido el tema central de un informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud en 2012, en el que describe las diversas formas que está adoptando este fenómeno. Finalmente, la transferencia o venta de niños con fines de explotación, incluso para el trabajo sexual o doméstico, es un fenómeno tristemente actual que se produce a mayor escala en los países en desarrollo, donde los niños pueden ser vendidos o transferidos por familiares empobrecidos (ver el caso de los *restavèks* en Haití o de los *talibés* en Senegal,

por ejemplo), pero también en los países industrializados en el marco de la trata con fines de explotación sexual u otros fines.

2.2. *Distinguir entre servidumbre y trabajo forzado*

Distinguir entre diferentes prácticas de explotación no es un mero ejercicio doctrinal, sino que resulta esencial a la hora de garantizar que estas conductas no queden impunes, como quedó de manifiesto en el caso *Chowdury* y otros (TEDH, 2017). En este caso, el TEDH deja claro que el Tribunal griego aplicó un umbral demasiado alto a la situación de los demandantes: al asimilar el trabajo forzado con la servidumbre y al encontrar que los elementos constitutivos de la servidumbre no se daban en este caso, el tribunal griego dictaminó que las acusaciones de trabajo forzoso no habían sido fundamentadas y absolvió a los acusados. En *Chowdury*, el TEDH recuerda que el rasgo fundamental que distingue la servidumbre del trabajo forzoso «radica en el sentimiento de las víctimas de que su condición es permanente y que es poco probable que la situación cambie». Este sentimiento está íntimamente ligado al hecho de que la persona está excluida del mundo exterior por la privación de su libertad de movimiento, por lo que no puede alterar su situación porque no tiene posibilidad de abandonarla. En ese sentido, la servidumbre es una forma «agravada» de trabajo forzoso, como ya había establecido el Tribunal (C.N. y V., 2012). El Tribunal consideró que, por lo contrario, «la restricción a la libertad de circulación no es condición sine qua non para calificar una situación de trabajo forzoso» y que esta restricción —que se relaciona con aspectos de la vida de las víctimas y no tanto de su trabajo— infringe el artículo 4 CEDH bajo otro ángulo: la prohibición de la servidumbre. Sobre esa base, el Tribunal concluye que, cumpliéndose los dos elementos constitutivos del trabajo forzado (el trabajo exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena y la falta de voluntariedad), los demandantes fueron sometidos al trabajo forzado en violación del artículo 4(2), contrariamente a lo que había establecido el tribunal nacional.

3. *La trata de seres humanos y la necesidad de no asimilarla a la esclavitud y otras prácticas*

Resulta frecuente confundir la trata de seres humanos con la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado. Según la definición internacional establecida por el artículo 3 del Protocolo ONU contra la trata (Protocolo de Palermo, 2000) y reiterada en los instrumentos europeos pertinentes —el Convenio europeo contra la trata de seres humanos (2005) y la Directiva 2011/36/UE contra la trata—, la trata de seres humanos incluye tres elementos: la acción (captar, trasladar y/o recibir a una persona), el medio (la fuerza, amenaza, engaño o abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad) y el fin (la explotación, que incluye como mínimo la «explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos»). Como vemos, la esclavitud y demás prácticas de explotación son elementos constitutivos de la trata ya que constituyen su tercer elemento, su objetivo: en este sentido, se llaman también los «delitos finales» de la trata. El segundo elemento, el medio, se da también en la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado ya que estas incluyen la falta de voluntariedad, que abarca también el abuso de una situación de vulnerabilidad (ver Chowdury). Por lo tanto, es el elemento de la acción, es decir la cadena «captación/traslado/recepción», la que distingue una situación de «esclavitud *per se*», donde se da una falta de voluntariedad y una explotación en condiciones de control similares a la posesión, de una situación de «trata con fines de esclavitud», donde además de estos dos elementos, han tenido lugar de forma previa una captación y un traslado al lugar donde se dará esta explotación. En este sentido, la trata tiene un carácter instrumental, ya que constituye el mecanismo que permite obtener personas para poderlas explotar. Más que el TEDH, que tiene una argumentación bastante confusa al respecto, es la CIDH quien ha dejado muy clara esta distinción en su única sentencia sobre la trata y la esclavitud (Hacienda Brasil Verde).

Sin embargo, actualmente prevalece la tendencia a poner el foco en la trata de seres humanos y su tipificación penal, al tratarse de un concepto más en boga, a expensas de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Sin embargo, de ninguna manera se puede considerar que tipificar la trata es suficiente para abordar el conjunto de estas prácticas, tal y como se examina a continuación.

4. Obligaciones de los Estados en relación con la esclavitud

4.1. Proporcionar una protección práctica y eficaz frente a la esclavitud

La prohibición de la esclavitud es absoluta y ha llegado al nivel más alto de la jerarquía de las fuentes de Derecho internacional: es una norma de *ius cogens* y nunca puede ser objeto de suspensión, ni siquiera en situaciones de emergencia (artículo 4 PIDCP). Esta prohibición es fundamentalmente una norma del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, las obligaciones que establece repercuten también en el Derecho penal internacional. Además de la obligación de tipificar la esclavitud como delito establecido en la Convención Suplementaria de 1956, el TEDH ha identificado una serie de obligaciones mucho más amplias. En su jurisprudencia, ha establecido que la obligación de proteger los derechos humanos genera tanto obligaciones negativas, de abstenerse de vulnerar estos derechos, como positivas. Estas últimas exigen que el Estado adopte de forma proactiva las medidas que están a su alcance para proporcionar «protección práctica y eficaz» a los individuos, y esto incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí.

En este contexto, ha señalado que, junto con los artículos 2 y 3, el artículo 4 (que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado) consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas europeas, y que solo la adopción de un amplio espectro de medidas que abarquen la prevención, la protección y la persecución puede garantizar una protección práctica y eficaz de estos derechos. Por lo tanto, el Estado tiene que disponer de un marco normativo adecuado para prevenir

la esclavitud, no solo de naturaleza penal sino también laboral o de extranjería. Además, tiene que adoptar medidas operativas de protección en los casos concretos en los que tenga sospechas o conocimiento de que una persona esté en una situación de esclavitud o en riesgo de convertirse en esclava, con el objetivo de sacar a esta persona de esta situación. Y, finalmente, tiene la obligación «procedural» de investigar posibles situaciones de esclavitud de forma efectiva y de enjuiciarlas y sancionarlas debidamente (Rantsev).

Sin embargo, la jurisprudencia internacional sobre la esclavitud es muy escasa. Más allá de los pocos casos adjudicados por tribunales penales internacionales relativos a contextos de conflictos armados (ver Kunarac), son pocos, pero más abundantes, los casos de los tribunales de derechos humanos. Si el CIDH ha adoptado una sentencia sobre el particular (Hacienda Brasil Verde,) la jurisprudencia de TEDH es más extensa. En su sentencia Rantsev y en algunas de las siguientes sobre la trata de seres humanos, el Tribunal plasma este amplio abanico de obligaciones que derivan del artículo 4 CEDH al que nos hemos referido. Sin embargo, sorprende que sus sentencias sobre la esclavitud y la servidumbre *per se*, que se fundamentan en el mismo artículo, se centran casi exclusivamente en el deber preventivo de tener un marco normativo que tipifica estas conductas y en la obligación de investigar y castigar estos delitos.

4.2. *La obligación de tipificar la esclavitud como delito: el caso de España*

La obligación de tipificar la esclavitud como un delito autónomo, fuera de cualquier conexión con la trata, deriva indubitadamente de la misma Convención suplementaria de 1956, de la que España es parte desde 1967, que en su artículo 6.1 establece:

El hecho de reducir a una persona a esclavitud, [...], la tentativa de cometer estos actos o la complicidad en ellos o la participación en un acuerdo para ejecutarlos, constituirán delito en la legislación de los Estados partes en la Convención [...].

Esta misma obligación procede también, tal y como se ha mencionado, de las obligaciones positivas que derivan de la prohibición de la esclavitud contenida en el PIDCP y el CEDH. En su primera decisión sobre la esclavitud y servidumbre (*Siliadin*, 2005), el TEDH condenó a Francia porque consideró que, al no tipificar en su código penal estas dos conductas como delito, la legislación penal no ofreció a la solicitante una protección práctica y efectiva contra los abusos a los que fue sometida, ya que la mera tipificación de la explotación laboral no era suficiente. A raíz de una segunda sentencia muy similar (C.N. y V., 2012), Francia introdujo finalmente los delitos de esclavitud y servidumbre en su código penal.

Sin embargo, y a diferencia de la mayoría de los países de nuestro entorno (Francia, Italia, Alemania, Portugal), España se queda incomprensiblemente al margen de la legalidad internacional al no tipificar penalmente ni la esclavitud, ni la servidumbre ni el trabajo forzado. El Ministerio fiscal lo describe en su Memoria de 2019 como «una de las mayores carencias de nuestro ordenamiento jurídico penal», señalando que en España «se puede ser víctima de un delito de trata con fines de esclavitud, de servidumbre o de trabajo forzoso, pero no se puede ser víctima de un delito de esclavitud, de servidumbre o de trabajo forzoso tal como exige el Derecho internacional». En este contexto, solo puede compartirse su opinión, y la de la OIT, de que una tipificación autónoma de estos delitos es, además de una obligación, un requisito esencial para perseguir con rigor estas conductas y para establecer una política coherente de prevención de estas formas de explotación y de protección integral de las víctimas.

Autora: Valentina Milano
(Profesora contratada doctora de Derecho internacional público,
Universidad de las Islas Baleares)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALLAIN, Jean. *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*. Leiden - Boston: Marti-

nus Nijhoff Publishers, 2012; CHUANG, Janie. «The Challenges and Perils of Reframing Trafficking as ‘Modern-Day Slavery’». En *Anti-Trafficking Review*, 2015, issue 5; MILANO, Valentina. «Uncovering labour exploitation: lights and shadows of the latest European Court of Human Rights’ case law on human trafficking». En *Spanish Yearbook of International Law*, 2018, vol. 21, pp. 83-117.

EUROJUST

Eurojust es una Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal que colabora con las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia organizada en la que se ven involucrados dos o más países miembros de la Unión Europea.

La idea acerca de la necesidad de crear una Unidad de Cooperación Judicial en la Unión Europea surge en la reunión del Consejo de Europa celebrado en Tampere (Finlandia), durante los días 15 y 16 de octubre de 1999, en el que se crea el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea. Precisamente, como consecuencia del principio de solidaridad y de cooperación judicial entre autoridades para la lucha contra la delincuencia transfronteriza, en su Conclusión 46, el Consejo Europeo manifiesta la necesidad de crear una Unidad formada por fiscales, magistrados o agentes de policía nacionales de cada Estado miembro.

Portugal, Francia, Suecia y Bélgica toman la iniciativa de crear una Unidad Provisional de Cooperación Judicial que, desde el edificio del Consejo en Bruselas, comienza a funcionar el 14 de diciembre de 2000. Esta Unidad, conocida entonces como Pro-Eurojust y, formada por los Corresponsales Nacionales (actualmente, miembros nacionales), fue la predecesora de la actual Eurojust.

La Unión Europea, durante la Presidencia de España, formaliza la creación de Eurojust con la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (DO L 63, 6 de marzo de 2002), en la que participa un representante por cada Estado miembro de la Unión Europea. En el año 2003, Eurojust traslada su sede a La Haya, en los Países Bajos, y, esta vez durante la presidencia francesa, en el año 2008, se aprueba la Decisión del Consejo sobre el fortalecimiento de Eurojust que, con el objetivo de mejorar sus capacidades operativas, incrementar el intercambio de información entre las partes interesadas, facilitar y fortalecer la cooperación entre las autoridades nacionales y Eurojust, así como para fortalecer y establecer relaciones con socios y terceros Estados, se publica el 4 de junio de 2009.

El Tratado de Lisboa, en su artículo 85, con el fin de mejorar la cooperación de Eurojust en la lucha contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia organizada, determina expresamente cuál es la función de Eurojust, que no es otra que la de «[...] apoyar y fortalecer la coordinación y cooperación entre las autoridades nacionales de investigación y procesamiento en relación con delitos graves que afecten a dos o más Estados miembros [...]».

Con la finalidad de ofrecer a Eurojust un «marco legal único y renovado para una nueva Agencia para la Cooperación en materia de Justicia Penal (Eurojust)», la Comisión Europea presentó al Parlamento Europeo y al Consejo, una propuesta de Reglamento en el año 2013. Finalmente, el Reglamento (UE) 2018/1727 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación en materia de Justicia Penal, que deroga la Decisión 2002/187/JAI, se aprobó el 14 de noviembre de 2018 y está vigente desde el 12 de diciembre de 2019 (DO L 295/138, de 21 de noviembre de 2018).

Este nuevo Reglamento, que convierte oficialmente a Eurojust en la Agencia Europea para la Cooperación en Justicia Criminal, introduce importantes modificaciones en relación con el régimen anterior, tales como una nueva estructura de gobernanza o la delimitación del estatus

y las competencias de los miembros nacionales. Uno de los hitos fundamentales del nuevo Reglamento de Eurojust es que garantiza la cooperación entre Eurojust y la Fiscalía Europea, a la que invita a participar en las reuniones del Consejo Ejecutivo que sean relevantes para su funcionamiento, pero sin derecho a voto, y modifica el régimen de protección de datos aplicable a Eurojust, sustituyendo el órgano de supervisión conjunta (JSB) por el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD). Además, en el anexo I del nuevo Reglamento de Eurojust se incorporan los delitos de genocidio y crímenes de guerra como formas de delitos graves competencia de Eurojust.

El número de Delegaciones Nacionales (*National Desk*) que participan en Eurojust en la actualidad, tras la retirada del Reino Unido de la Unión Europea el 31 de enero de 2020, son 26, dado que Dinamarca no participa en el Reglamento de Eurojust en virtud del Protocolo número 22 del Reglamento de Eurojust, aunque puede asistir a las reuniones en calidad de observador sin derecho a voto y puede intercambiar información con las Delegaciones Nacionales.

Eurojust puede desempeñar sus funciones, bien a petición de las autoridades competentes de los Estados miembros, bien por iniciativa propia, o a petición de la Fiscalía Europea dentro de los límites de su competencia. En la lucha contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia organizada que afectan a más de un país de la Unión Europea, Eurojust se encarga de las investigaciones y diligencias judiciales, siempre que se vean involucrados al menos dos países de la Unión Europea. De hecho, el año 2021, Eurojust ha prestado su apoyo en más de 10 000 investigaciones penales transfronterizas. Igualmente, contribuirá a resolver conflictos de jurisdicción y participa en la elaboración y en la aplicación de instrumentos jurídicos de la Unión Europea. Por ejemplo, en relación con la orden europea de detención y entrega que, al igual que las órdenes europeas de investigación, se han visto especialmente afectadas por las medidas relacionadas con el COVID-19.

Para cumplir con sus objetivos, Eurojust celebra habitualmente reuniones de coordinación. Asimismo, colabora en la financiación y aporta experiencia a los equipos conjuntos de investigación criminal transnacional, en los que las autoridades judiciales y las fuerzas del orden, trabajan conjuntamente. Por último, también planifica acciones conjuntas dirigidas a través de centros de coordinación en Eurojust. Como consecuencia de ello, durante el año 2021, Eurojust ha celebrado 457 reuniones de coordinación y ha prestado apoyo financiero y operativo a 254 equipos conjuntos de investigación (JIT). En el año 2022, Eurojust ha colaborado en la creación del primer equipo de investigación conjunto con la Fiscalía Europea (EPPO) para la investigación de un importante asunto de fraude del IVA a petición de las autoridades suecas.

La *estructura organizativa* de Eurojust está formada por el Colegio o *College* (un miembro por cada Estado de la UE, excepto Dinamarca), la Presidencia, el Consejo Ejecutivo y la Administración (director administrativo). El Colegio, supervisado por el presidente de Eurojust, que será elegido por un periodo de 4 años, y asistido por dos vicepresidentes, es el órgano estratégico de Eurojust y asume la responsabilidad del trabajo operativo y las funciones de gestión como, por ejemplo, adoptar el presupuesto.

El Consejo Ejecutivo, que asiste al Colegio de Eurojust en sus funciones de gestión, es el responsable de tomar las decisiones administrativas previstas en el artículo 16 del Reglamento de Eurojust como, por ejemplo, la estrategia antifraude; también revisa determinados documentos administrativos antes de enviarlos al Colegio; supervisa la protección de datos y establece o modifica las estructuras administrativas internas de Eurojust. El Consejo Ejecutivo está presidido por el presidente de Eurojust y está formado por los vicepresidentes de Eurojust junto a un representante de la Comisión Europea. El mandato de los miembros del Consejo Ejecutivo finalizará cuando finalice su mandato como miembros nacionales, presidente o vicepresidente. El director administrativo, por su parte, es designado por el Colegio de entre una lista de candidatos pro-

puestos por el Consejo Ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el reglamento interno de Eurojust. A efectos de la conclusión del contrato de empleo con el director administrativo, Eurojust está representado por el presidente de Eurojust. Por un mandato, igualmente, de 4 años, el director administrativo es el representante legal de Eurojust y rinde cuentas al Colegio. Sus responsabilidades vienen establecidas en el artículo 18 del Reglamento de Eurojust.

En la actualidad, Eurojust, como Agencia Europea para la Cooperación en Justicia Criminal, colabora con las autoridades nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra una amplia gama de delitos transfronterizos graves y complejos que involucran a dos o más países. Los delitos más habituales en los que coopera Eurojust son terrorismo, ciberdelincuencia, tráfico de drogas, tráfico de migrantes, tráfico de seres humanos, delitos contra los intereses financieros de la UE (PIF), estafa y fraude, crimen ambiental y blanqueo de dinero.

Eurojust, además, coopera con otras agencias de justicia e interior, conectándose activamente con más de 60 jurisdicciones en todo el mundo y acoge a distintas Secretarías como las de la Red Judicial Europea, la Red de Equipos Conjuntos de Investigación y la red de investigación y persecución del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Especialmente relevante ha sido la labor de Eurojust durante la pandemia de COVID-19 durante el año 2020, pues ha colaborado con los fiscales de los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la delincuencia transfronteriza en general y, específicamente, en relación con la pandemia, en la lucha contra el fraude relacionado con la venta de mascarillas.

Por último, Eurojust también participa en la digitalización de la justicia penal en la Unión Europea no solo colaborando estrechamente con la Comisión Europea, sino también modernizando su propio Sistema de

Gestión de Casos, regulado en el artículo 23 del reglamento de Eurojust, y abordando nuevas iniciativas legislativas en relación con el intercambio de información digital sobre casos de terrorismo transfronterizo o el establecimiento de una plataforma de colaboración de equipos conjuntos de investigación.

*Autora: Leticia Fontestad Portalés
(Profesora titular de Derecho Procesal,
Universidad de Málaga.
Consejera académica de Guerrero Abogados)*

EUROPOL

Europol es una Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial que nace con el objetivo general de lograr una Europa más segura. Para ello Europol colabora tanto para el cumplimiento de la ley en la Unión Europea, como con las autoridades competentes de los Estados miembros en la prevención y la lucha contra la delincuencia internacional organizada grave y el terrorismo. Concretamente, Europol coopera en las actividades policiales de la Unión Europea dando apoyo operativo a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

En el Tratado de Maastricht de 1992 se acuerda la creación de Europol, sobre la base del artículo K.3, con el objetivo inicial de luchar contra la droga. En el año 2002, Europol colabora en la prevención y lucha contra la delincuencia internacional en general. A día de hoy, desde su sede en La Haya (Países Bajos), Europol coopera con los 27 países que forman la Unión Europea, así como con países asociados que no forman parte de la Unión Europea e, incluso, con organizaciones internacionales.

Es el 1 de octubre de 1998 cuando entra en vigor el —hoy derogado por la Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol) (DO L 121 de 15 de

mayo 2009)— Convenio Europol (DOCE C 316, de 27 de noviembre de 1995) que, ratificado por todos los Estados miembros, entra en funcionamiento el 1 de julio de 1999. En el año 2010, Europol se convierte en una agencia plena de la Unión Europea y desde el 1 de mayo de 2017, con la entrada en vigor del nuevo Reglamento Europol, de 11 de mayo de 2016 (OJ L 135, 24 de mayo de 2016), que sustituye a la citada Decisión 2009/371/JAI, se convierte oficialmente en la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial cuando el Parlamento Europeo permite, por un lado, la participación de Europol en la lucha contra el terrorismo, la ciberdelincuencia y otras formas graves de delincuencia organizada y, por otro, en la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales de la Unión Europea.

Las funciones que específicamente presta Europol a los Estados miembro de la Unión Europea, Estados asociados y organizaciones internacionales consisten, por un lado, en colaborar en las investigaciones policiales; por otro, facilitar el intercambio de información en relación con las actividades delictivas y, por último, supone un centro de conocimientos policiales especializados, fundamentalmente, en lo que al cumplimiento de la ley se refiere (artículo 4 Reglamento Europol).

Las actividades operativas de Europol ponen la atención en la prevención y represión de los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas, la trata de seres humanos, la facilitación de la inmigración ilegal, la ciberdelincuencia, los delitos contra la propiedad intelectual, el contrabando de tabaco, la falsificación del euro, el fraude en el IVA, el blanqueo de dinero y el seguimiento de activos, los grupos de delincuencia organizada itinerantes, las bandas de motociclistas al margen de la ley, y el terrorismo.

Para ello, Europol cuenta con más 1000 miembros (220 funcionarios de enlace, 100 analistas de actividades delictivas) que dan apoyo a más de 40.000 investigaciones de carácter internacional por año. Los funcionarios de enlace se encuentran debidamente acreditados por los Estados

como representantes de los organismos nacionales encargados de garantizar el cumplimiento de la ley. Europol facilitará, por tanto, el intercambio de información en atención a la legislación nacional con el funcionario de enlace de Europol (ELO).

En el artículo 1 de la Decisión 2003/170/JAI relativa al uso conjunto de los funcionarios de enlace destinados en el extranjero por parte de los servicios policiales de los Estados miembros tras la modificación introducida por la Decisión 2006/560/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2006, se establece que se entenderá por:

[...] «funcionario de enlace de Europol» el funcionario de Europol destinado en el extranjero en uno o varios terceros países u organizaciones internacionales para afianzar la cooperación entre las autoridades de dichos países u organizaciones y Europol con el fin de apoyar a los Estados miembros, en particular a los oficiales de enlace destinados al extranjero por parte de los servicios policiales de los Estados miembros, en la lucha contra formas graves de delincuencia internacional, en particular mediante el intercambio de información.

Para colaborar con las investigaciones policiales en los Estados miembros, Europol cuenta con un relevante número de analistas de actividades delictivas que ofrecerán a los Estados miembros sus evaluaciones y análisis de las actividades delictivas y del terrorismo en la Unión Europea como, por ejemplo, la Evaluación de la amenaza de la delincuencia grave y organizada en la UE (SOCTA), el Informe sobre la situación y las tendencias del terrorismo en la UE (TE-SAT) y el Panorama de Europol que ofrecen los resultados y la información específica sobre las funciones y sistemas de los que dispone Europol.

Europol, sin embargo, no solo vela por el cumplimiento de la ley para conseguir una Europa más segura, sino que también participa en actividades para prevenir la delincuencia, así como con campañas de sensibilización en relación con el delito. Así, entre otros, se ha realizado un informe para concienciar a los Estados miembros del impacto de la crisis

del COVID-19 en los menores y en su seguridad y participa en el intercambio de información estratégica para garantizar el cumplimiento de la ley.

No obstante, Europol no es el único organismo que puede llevar a cabo estas tareas de investigación, pues ya el artículo 1.12 de la derogada Decisión marco sobre equipos conjuntos de investigación, conocidos como ECI, al igual que la Convención 2000 MLA, preveían la posibilidad de que dichas tareas de investigación las asumieran Europol y Eurojust de forma independiente o conjuntamente. En la actualidad, el Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust), que sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, afirma que ambos organismos deben mantenerse informados de toda actividad que conlleve la financiación de equipos conjuntos de investigación. La participación de Europol en equipos conjuntos de investigación viene establecida, igualmente, en el artículo 5 del Reglamento Europol.

El objetivo general de Europol, definido en el artículo 3 del Reglamento Europol, es apoyar y reforzar la actuación de las autoridades competentes de los Estados miembros y su cooperación mutua en la prevención y la lucha contra la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros, el terrorismo y las formas de delincuencia que afecten a un interés común protegido por una política de la Unión, incluidos en la lista del anexo I, anteriormente citados, así como los delitos conexos con ellos, esto es, los delitos cometidos con objeto de procurarse los medios para perpetrar actos en los que Europol sea competente; los delitos cometidos para facilitar o perpetrar actos en los que Europol sea competente y los delitos cometidos para asegurar la impunidad de quienes cometen estos actos en los que Europol sea competente.

Es el propio Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, el que insta a Europol a evolucionar para

convertirse en «un eje para el intercambio de información entre las autoridades policiales de los Estados miembros, un prestador de servicios y una plataforma de servicios policiales».

Sin embargo, en relación con este objetivo primordial de convertirse en un eje de intercambio de información, el artículo 17 del Reglamento establece, en relación con las fuentes de información, que Europol solamente puede tratar la información que le haya sido facilitada por los Estados miembros, en atención a lo previsto en el artículo 7; por los organismos de la Unión Europea, los países terceros y organizaciones internacionales, tal y como se determina en el capítulo V, así como, igualmente, por las entidades privadas y particulares.

No obstante, Europol puede extraer y tratar directamente información, incluidos datos personales, procedentes de fuentes disponibles al público, fundamentalmente de internet y datos públicos.

El Reglamento Europol regula el acceso de los Estados miembros y del personal de Europol a la información conservada por Europol, así como el de Eurojust y la OLAF.

En relación con el intercambio de datos, resulta imprescindible que Europol pueda actuar como proveedor de servicios ofreciendo, fundamentalmente, una red segura para el intercambio de datos (Aplicación de la Red de Intercambio Seguro de Información —Siena, por sus siglas en inglés—, cuyo objetivo es facilitar el intercambio de información entre los Estados miembros, Europol, otros organismos de la Unión, países terceros y organizaciones internacionales). Para garantizar la protección de datos el Reglamento Europol establece la finalidad de las operaciones de tratamiento y los derechos de acceso, así como salvaguardias adicionales específicas, respetándose específicamente los principios de necesidad y proporcionalidad.

Por otro lado, en su labor de ofrecer análisis criminales exactos a las autoridades competentes de los Estados miembros, Europol tendrá que hacer uso de las nuevas tecnologías para el tratamiento de los datos con el fin de averiguar lo más rápidamente posible la relación entre las investigaciones y la forma más habitual de operar de los diferentes grupos delictivos así como cotejar datos, para lo cual resulta necesario estructurar las bases de datos de Europol de tal modo que Europol pueda elegir la estructura informática más eficiente.

Para cumplir con sus objetivos, la Oficina Europea de Policía funciona, por un lado, a través de las Unidades nacionales creadas por cada Estado miembro como único organismo de enlace entre Europol y las autoridades competentes designadas de los Estados miembros y, por otro, a través de los mencionados funcionarios de enlace a los que, como oficinas nacionales de enlace, las Unidades nacionales, les encargarán la defensa de sus intereses. Estos funcionarios de enlace están sujetos, salvo disposición en contra, al Derecho nacional del Estado miembro que los hubiere designado.

Estas Unidades nacionales serán las encargadas de coordinar la cooperación entre los Estados miembros y Europol. Para garantizar que los Estados miembros respondan a las solicitudes de Europol cada Unidad nacional debe designar al menos a un funcionario de enlace adscrito a Europol.

En función de la estructura administrativa y de gestión de Europol prevista en el artículo 9 del Reglamento, la Agencia se organiza en un Consejo de Administración, un director ejecutivo que se encarga de la gestión de Europol y sobre el que recae la representación legal, y un Consejo de Administración y, en su caso, otro órgano consultivo establecido por el Consejo de Administración.

Por último, cabe advertir que dado que se trata de garantizar la plena autonomía e independencia de Europol, Europol debe contar con un presupuesto autónomo.

*Autora: Leticia Fontestad Portalés
(Profesora titular de Derecho Procesal, Universidad de Málaga.
Consejera académica de Guerrero Abogados)*

EXTRADICIÓN

1. Concepto

Es un instrumento de cooperación jurídica internacional que consiste en la petición que realiza un Estado (Estado requirente) de un sujeto, que no se encuentra en su territorio, para juzgarle por un delito o ejecutar una condena penal previamente impuesta, a otro Estado (requerido), el cual debe resolver si concede o deniega la entrega.

2. Fundamento

Desde el comienzo de la práctica de la extradición como instrumento de colaboración entre los Estados, esta se ha fundamentado en distintas bases. En un primer momento, la extradición se concibió como acto de soberanía (orígenes) de los Estados, cuya prerrogativa se asentaba en el monarca que colaboraba con otros monarcas de otros Estados en entregar a los traidores de esos otros regímenes (consistía, por tanto, en la entrega de los delincuentes políticos), bajo una reciprocidad futura. A medida que se iban implantando los regímenes democráticos, sobre todo en Europa y en América Latina, la extradición se fue transformando en un instrumento jurídico a través del cual los Estados cooperan entre sí para evitar la impunidad de los sujetos, que vendría dada por el traspaso de las fronteras y por el respeto de las soberanías ajenas de los Estados,

que impide la persecución por parte de un país de un sujeto más allá de sus fronteras.

A su vez, la extradición venía fundamentada para el cumplimiento de los fines del Derecho penal, fin de prevención general, en algunos casos, y especial, en otros. Efectivamente, cuando se solicita a un sujeto nacional del Estado requirente, el fin de prevención especial deviene aplicable, pues es, con carácter general, aconsejable que el sujeto sea juzgado o cumpla la pena en el Estado de su nacionalidad (o en algunos casos de su residencia), para una mejor reinserción del sujeto. En otros casos, sería la función de prevención general la que fundamentaría la extradición, cuando el Estado solicitante/requirente lo haga de un sujeto que ha cometido el delito en su territorio.

Sin embargo, en los últimos tiempos, quizás ya en los últimos 20 años, el fundamento primordial de los procedimientos de extradición, esto es, de que los Estados acudan, y deban acudir cuando el Convenio o la legislación así lo marquen, a los procedimientos extradicionales es el respeto de los derechos fundamentales. De esta manera, ha sido así apuntado por los tribunales encargados de garantizar los derechos fundamentales, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal Constitucional español (TC), cuando han sido alegados, antes tales instancias, vulneraciones de derechos fundamentales en procedimientos extradicionales. Por tanto, los requisitos o limitaciones previstas en las legislaciones internas y en los convenios, tanto bilaterales como multilaterales, de extradición tienen como objeto garantizar este respeto y la legalidad vigente por parte del Estado requerido, que tiene que detener a un sujeto, acusado o condenado por un delito, y entregarlo a otro Estado (requirente). para que le juzgue o ejecute una condena ya impuesta.

En este sentido, parece razonable que el Estado requerido sea responsable, si era conocedor o podía conocer, de las futuras vulneraciones de derechos fundamentales que se puedan cometer en el Estado requirente

(lo que se ha denominado la «teoría de las libertades implícitas» por el TEDH, o la protección *ad intra* y protección *ad extra* de los derechos fundamentales). Al respecto se debe citar la STEDH, en el caso Soering, que marcó un antes y un después en esta concepción de la extradición como instrumento para garantizar los derechos fundamentales en los procedimientos extradicionales (STEDH de 7 de julio, de 1989, Serie A, vol. 161, en *Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme*, 1990, vol. 1, pp. 62-75). A partir de entonces, el TC español también ha resuelto recursos de amparo resolviendo posibles vulneraciones de derechos fundamentales en los procedimientos extradicionales, incluso apreciando la lesión indirecta (protección *ad extra*) de los derechos del extraditado por parte de las autoridades judiciales españolas, por ejemplo, al conceder la entrega incondicionada de un sujeto juzgado en rebeldía a las autoridades judiciales de otro Estado (STC 162/2000 y 163/2000, ambas de 12 de junio, en cuyos casos el Estado requirente era Italia).

Desde este fundamento se defiende, por parte de la doctrina, la obligatoriedad y necesidad de acudir a los procedimientos extradicionales cuando se trata de aprehender a un sujeto que ha cometido un delito y huye a otro país, pues es la manera de garantizar el principio de legalidad, seguridad jurídica y los derechos fundamentales (en este sentido parece también decantarse en algunas resoluciones el TS español, STS 6390/1991, de 16 de septiembre de 1991; en contra, por ejemplo, la STS 1172/2000, de 3 de marzo, que niega el derecho a la extradición, admitiéndose, por tanto, otras alternativas a la extradición como las entregas irregulares).

3. *Naturaleza*

Como se apuntó en el fundamento, la extradición surgió como un acto político, un acto de soberanía por parte del monarca para colaborar con otros en la entrega de los traidores políticos. Con el tiempo, esta concepción de la institución se ha ido transformando hasta convertirse en un acto eminentemente jurídico, (aunque también permanece su natura-

leza mixta en los procedimientos extradicionales fuera de la UE), un acto sometido a unas normas jurídicas que las autoridades competentes deben de aplicar en la resolución de petición, concesión y entrega. Por ello, se puede afirmar que la extradición, como procedimiento reglado, se ha ido adjudicando a las autoridades judiciales, limitando la intervención de las autoridades administrativas (STC español 141/98, de 29 de junio).

Por otro lado, se puede afirmar que es un instrumento consistente en un procedimiento que no es de naturaleza penal, pues no se trata de dirimir responsabilidades penales, sino exclusivamente valorar si procede o no, conforme a las normas correspondientes aplicables al caso, la entrega o no del delincuente (en este sentido se ha pronunciado de manera reiterada, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, tal es el caso de la STC 147/99, de 4 de agosto). Esta naturaleza es predicable sobre todo en los países del sistema continental, puesto que en la práctica de los sistemas anglosajones (sobre todo en Estados Unidos) sí que se llevan a cabo valoraciones en cuanto a las responsabilidades penales del sujeto solicitado. En este punto, cabe citar el caso Pinochet, en el que las autoridades británicas, al resolver la petición de extradición realizada por las autoridades españolas de Augusto Pinochet para juzgarle por delitos de genocidio, terrorismo y torturas, sí se pronunciaron sobre la comisión de dichos hechos delictivos por parte del sujeto solicitado (a pesar de ser parte en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 que se inserta en el sistema continental), concluyendo, finalmente, que los hechos no eran subsumibles ni en el delito de genocidio ni en los delitos de terrorismo (en las numerosas Decisiones de la Cámara de los Lores que se sucedieron, por ejemplo, en la de 24 de marzo de 1999).

4. Fuentes

Como se puede interpretar de la mayoría de los Tratados de extradición y de las leyes nacionales sobre la misma, en idéntico sentido a lo establecido por el artículo 13.2 de la CE española, las fuentes de la extradición son los tratados internacionales y la Ley, atendiendo al principio de re-

ciprocidad. Por tanto, para fundamentar la concesión o denegación de la entrega de un sujeto solicitado en extradición, las autoridades competentes deben aplicar el Tratado de Extradición correspondiente si existiera (multilateral o bilateral entre los países implicados), o, en su defecto, la ley interna de los países implicados (la ley correspondiente a la regulación de la extradición activa para el Estado requirente, o la ley que regula la extradición pasiva, para el Estado requerido y que tiene que autorizar o denegar la entrega). parte de la doctrina considera que la reciprocidad no puede ser considerada como una fuente autónoma que podría fundamentar la entrega o la denegación de la misma, pues sería incompatible con el principio de legalidad y con las garantías que deben guiar todo el procedimiento extradicional. Desde esta perspectiva, la reciprocidad sería un principio más que se sumaría a los demás condicionantes para llevar a cabo la entrega de un sujeto a otro Estado por motivos extradicionales.

5. *Clases*

Existen distintas clasificaciones de extradición atendiendo a diferentes criterios. Así, por ejemplo, dependiendo de la perspectiva del Estado implicado en el procedimiento de extradición se distingue entre: extradición activa, para referirse a la solicitud que realiza el Estado requirente del sujeto para juzgarle o ejecutar una condena ya impuesta, al Estado requerido; extradición pasiva, para calificar el procedimiento que se lleva a cabo en el Estado requerido, que debe valorar si entrega o no al sujeto solicitado al Estado requirente, atendiendo a los criterios que marca la legalidad correspondiente; también, se alude a la extradición en tránsito, referida a la implicación de un tercer Estado en los procedimientos extradicionales, cuando el sujeto cuya extradición se ha concedido por parte del Estado requerido al requirente, tiene que traspasar las fronteras de un tercer Estado y este tiene que consentir tal tránsito, o al menos ser informado; y, por último, se habla de reextradición, para referirse a aquel procedimiento de extradición en el que una vez que se ha consumado la entrega entre un primer Estado requerido y otro requirente, hay un ter-

cer Estado interesado, a su vez, en aprender a ese sujeto para juzgarle por otro delito o para ejecutar una condena ya impuesta por otro delito, distinto del que fundamentó esa primera entrega.

Otra clasificación de los procedimientos extradicionales atiende al objeto del mismo con relación al sujeto en cuestión. De esta manera, si la intención del Estado requirente es solicitar la entrega del mismo para juzgarle por un delito extraditables, nos estaremos refiriendo a la extradición instructoria; sin embargo, si la intención del Estado requirente es solicitarlo para ejecutar una condena ya impuesta con anterioridad, estaremos ante lo que se denomina extradición ejecutoria.

Finalmente, se realiza otra clasificación de la extradición atendiendo a la naturaleza de los órganos intervinientes en la resolución. De esta forma, se establece que estaríamos ante una extradición judicial, cuando la decisión de solicitud y de concesión reside, exclusivamente en los órganos judiciales de los Estados implicados (tal es el caso de las órdenes de detención y entrega europeas); cuando en los procedimientos extradicionales intervienen autoridades administrativas o el propio ejecutivo, se hablaría de extradición gubernamental; finalmente, los más generalizados son los procedimientos mixtos extradicionales, en los que se alterna la participación de órganos judiciales y órganos administrativos.

Según el TC español, «en el vigente Derecho español la extradición pasiva o entrega de un ciudadano extranjero a otro Estado constituye un procedimiento mixto, administrativo-judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición»; «no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado» (SSTC 102/1997, 222/1997, 5/1998; AATC 307/1986, 263/1989, 277/1997).

Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal, previamente iniciado e incluso concluido, solo que a falta de la ejecución en otro Estado.

6. Principios que rigen la extradición

Nos referimos a los principios que rigen la extradición para denominar aquellos requisitos que el Estado requerido debe examinar para entregar al sujeto solicitado al Estado requirente, previstos en la legislación aplicable (tratado o ley interna) y que responden en la mayoría de los casos a garantizar el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales en un Estado de derecho. Estos principios o requisitos, a los cuales se somete la entrega, se regulan, aunque no de forma idéntica, con carácter general, en todas las normativas que se refieren a la institución de la extradición. De esta forma, podemos enumerar los criterios más arraigados en derecho extradicional, aunque, por cuestiones obvias, no se puede abordar cada uno de ellos y sus distintas regulaciones: principio de legalidad, principio de doble incriminación, principio de mínima intervención, principio de no entrega de nacionales, de no entrega cuando va a ser aplicada una cadena perpetua o una pena de muerte, o cuando se presume que el sujeto va a ser sometido a penas inhumanas o degradantes, no entrega por delitos políticos y militares, no entrega por delitos cometidos a través de medios de comunicación social, no entrega cuando el Estado requerido tenga competencia para juzgar al sujeto (principio de competencia), o cuando se prevea que el sujeto va a ser sometido a un tribunal de excepción, o se fuera a ejecutar una condena impuesta en rebeldía, o por cosa juzgada o litispendencia, ni por otros delitos distintos al que fundamenta la petición (principio de especialidad).

Estos principios regulados con carácter general en todas las legislaciones relativas a la extradición se prevén en algunas ocasiones con carácter facultativo, en cuyo caso se deja en manos de la autoridad competente del Estado requerido que los exija o no, y en otras con carácter obligatorio, sustrayéndose en estos casos de la voluntad de dicha autoridad.

7. *Distinción con figuras afines: entrega a tribunales internacionales*

En los procedimientos extradicionales los Estados intervinientes se encuentran en pie de igualdad; en cambio, en las entregas que realizan los Estados requeridos a tribunales internacionales (*ad hoc* o a la Corte Penal Internacional), estos se encuentran en una situación jerárquica superior frente a un Estado. En España, en virtud del artículo 93 de la Constitución se permite la cesión de jurisdicción a una organización o institución internacional, y es lo que ocurre con los Tribunales internacionales en las que se le cede en virtud de un convenio la jurisdicción (Estatuto de Roma de 1998, en vigor desde 2002).

Autor: Beatriz García Sánchez.

*(Titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos, - URJC,
doctora en Derecho penal por la URJC)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario. Madrid: Comares, 2005; ALCÁZER GUIRAO, Rafael. La protección de los derechos fundamentales en la extradición y la euroorden: texto adaptado a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Cizur Menor: Aranzadi, 2015; HURTADO ADRIAN, Ángel Luis. «Extradición y euroorden. ¿Hemos avanzado algo...?». En ORTEGA BURGOS, Enrique (director) y otros. Derecho penal 2020. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 413-442.

EXTRADICIÓN ACTIVA

1. *Concepto*

Es aquella institución de cooperación jurídica internacional que se refiere a la solicitud que realiza un Estado (requiriente) a otro Estado (re-

querido), de un sujeto que no se encuentra en su territorio, para juzgarle por un delito o para ejecutar una condena penal impuesta con anterioridad. En definitiva, es una clase de extradición (la que se refiere a la perspectiva del Estado requirente), concebida esta por aquel procedimiento de cooperación jurídico internacional que trata de la entrega de delincuentes entre Estados.

2. *Fundamento*

El fundamento de la extradición activa coincide plenamente con los fundamentos apuntados en la extradición con carácter general. Desde el comienzo de la práctica de la extradición como instrumento de colaboración entre los Estados, esta se ha fundamentado en distintas líneas. En un primer momento, la extradición se concibió como acto de soberanía (orígenes) de los Estados, cuya prerrogativa se asentaba en el monarca que colaboraba con otros Estados en entregar a los traidores de otros monarcas (consistía, por tanto, en la entrega de los delincuentes políticos), bajo una reciprocidad futura. A medida que se iban implantando los regímenes democráticos, sobre todo en Europa y en América Latina y Norteamérica, la extradición se fue transformando en un instrumento jurídico a través del cual los Estados cooperan entre sí para evitar la impunidad de los sujetos, que vendría dada por el traspaso de las fronteras y por el respecto de las soberanías ajenas de los Estados, que impide la persecución por parte de un Estado de un sujeto más allá de sus fronteras.

A su vez, la extradición venía fundamentada para el cumplimiento de los fines del Derecho penal, fin de prevención general, en algunos casos, y especial, en otros. Efectivamente, cuando se solicita a un sujeto nacional del Estado requirente, el fin de prevención especial deviene aplicable, pues es, con carácter general, aconsejable que el sujeto sea juzgado o cumpla la pena en el Estado de su nacionalidad (o en algunos casos de su residencia), para una mejor reinserción del sujeto. En otros casos, sería la función de prevención general la que fundamentaría la extradi-

ción, cuando el Estado solicitante/requirente lo haga de un sujeto que ha cometido el delito en su territorio.

Sin embargo, en los últimos tiempos, quizás ya en los últimos 20 años, el fundamento primordial de los procedimientos de extradición, esto es, de que los Estados acudan, y deban acudir cuando el Convenio o la legislación así lo marquen, a los procedimientos extradicionales es el respeto de los derechos fundamentales.

En definitiva, se puede concretar el fundamento de la extradición activa en la imposibilidad que tiene el Estado requirente para traspasar sus fronteras y aprehender al sujeto por el que está interesado en juzgar o ejecutar una condena. Ello, por el principio de respeto de las soberanías ajenas, que impide a un Estado ejercer sus jurisdicciones y competencias más allá de sus fronteras.

3. Naturaleza

Respecto al procedimiento de extradición activa, al igual que la categoría general de la misma, la extradición, puede ser: de naturaleza judicial, cuando reside la competencia de solicitud del individuo objeto de la extradición en los órganos judiciales; de naturaleza gubernamental, cuando esta decisión compete a los órganos administrativos; o mixto, cuando, dependiendo la fase del procedimiento, intervienen tanto órganos judiciales como administrativos.

4. Fuentes

La extradición activa se regula también por los tratados y por la ley. Hay que resaltar que la normativa relativa al procedimiento referente al Estado que solicita es menos compleja que la referida al Estado requerido (el que tiene que resolver entregar al sujeto o denegar su entrega). Ello porque se argumenta que en la solicitud de un sujeto para su extradición el Estado requirente es más libre que el Estado requerido, ya que este

tiene que garantizar el respeto de los derechos fundamentales (también, por supuesto, el Estado requirente en su país), al tener que detener a un sujeto y entregarlo a otro Estado para que lo juzgue o ejecute una condena ya impuesta.

En España, la ley que regula el procedimiento de extradición activa es la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que data del siglo XIX, de 1882, modificada por Ley 5/2015 de 22 de septiembre, artículos 824 a 833, aplicable en defecto de Tratado en cuanto a los requisitos de solicitud, pero en primera instancia en cuanto al procedimiento. Debido a su antigüedad se la ha calificado de obsoleta y necesitada reforma legislativa.

Autora: Beatriz García Sánchez
(Titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos - URJC,
doctora en Derecho penal por la URJC)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario. Madrid: Comares, 2005.

EXTRADICIÓN EN TRÁNSITO

1. *Concepto*

Referida a la implicación de un tercer Estado en los procedimientos extradicionales, en concreto, cuando el sujeto cuya extradición se ha concedido por parte del Estado requerido al requirente, tiene que traspasar las fronteras de un tercer Estado y este tiene que consentir tal tránsito, o al menos ser informado. De esta manera, se entabla una demanda de extradición por parte del Estado requerido a ese tercer Estado de tránsito, para solicitar la autorización de tránsito por parte de las autoridades del Estado requerido con el sujeto extraditado, cuyo destino sería el Estado

requirente con el objetivo de formalizar la entrega previamente autorizada.

2. Naturaleza

Hay diversidad de opiniones con relación a la naturaleza del procedimiento tendente a formalizar una extradición en tránsito. Por un lado, la de aquellos que la califican de clase de extradición, de una verdadera extradición, al someterse la misma a idénticos requisitos que si de una extradición pasiva se tratara. Y, por otro lado, la opinión de aquellos autores que niegan que sea una clase distinta de extradición, siendo simplemente una fase del procedimiento de extradición principal.

Ligada a tal cuestión, cabe señalar que, en la actualidad, con la facilidad del traspaso de fronteras por el progreso de las comunicaciones, y en aras a la cooperación jurídica internacional, cabría insistir que sería imprescindible agilizar este tránsito por parte de los Estados por los que el sujeto tendría que atravesar para llegar al destino del Estado requirente y cuya extradición ha sido aprobada por el Estado requerido. En esta línea, se abogaría porque la extradición en tránsito fuera un mero trámite del mismo procedimiento de extradición, sin tener que entablarse uno nuevo, sometido a los mismos requisitos y complejidades que el principal.

Esta última concepción sobre la naturaleza de la extradición en tránsito se vería reforzada actualmente, teniendo en cuenta la facilidad de traspaso de fronteras por el desarrollo de las telecomunicaciones, que permite, en muy poco tiempo y sin transcendencia en los territorios de tránsito, volar múltiples territorios. De ahí, que se hace aconsejable minimizar los requisitos de lo que se ha denominado extradición en tránsito, en aras a la cooperación jurídica internacional, y para el caso de que ello no sea posible, que el Estado requerido busque alternativas para formalizar la entrega concedida al Estado requirente.

Autor: Beatriz García Sánchez
(Titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos - URJC,
doctora en Derecho penal por la URJC)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario. Madrid: Comares, 2005.

EXTRADICIÓN PASIVA

1. Concepto

Es aquella institución de cooperación jurídica internacional que se refiere a la entrega o denegación que realiza un Estado (requerido) a otro Estado (requirente), de un sujeto que se encuentra en su territorio para que sea juzgado por un delito o para ejecutar una condena penal impuesta sobre el mismo en otro Estado. En definitiva, es una clase de extradición (la que se refiere a la perspectiva del Estado requerido), concebida esta por aquel procedimiento de cooperación jurídico internacional que trata de la entrega de delincuentes entre Estados.

2. Fundamento

El fundamento de la extradición pasiva coincide plenamente con los fundamentos apuntados en la extradición con carácter general. Desde el comienzo de la práctica de la extradición como instrumento de colaboración entre los Estados, esta se ha fundamentado en distintas bases. En un primer momento, la extradición se concibió como acto de soberanía (orígenes) de los Estados, cuya prerrogativa se asentaba en el monarca que colaboraba con otros Estados en entregar a los traidores de otros monarcas (consistía, por tanto, en la entrega de los delincuentes políticos), bajo una reciprocidad futura. A medida que se iban implantando los regímenes democráticos, sobre todo en Europa y en América Latina,

la extradición se fue transformando en un instrumento jurídico a través del cual los Estados cooperan entre sí para evitar la impunidad de los sujetos, que vendría dada por el traspaso de las fronteras y por el respeto de las soberanías ajenas de los Estados, que impide la persecución por parte de un Estado de un sujeto más allá de sus fronteras.

A su vez, la extradición venía fundamentada para el cumplimiento de los fines del Derecho penal, fin de prevención general, en algunos casos, y especial, en otros. Efectivamente, cuando se solicita a un sujeto nacional del Estado requirente, el fin de prevención especial deviene aplicable, pues es, con carácter general, aconsejable que el sujeto sea juzgado o cumpla la pena en el Estado de su nacionalidad (o en algunos casos de su residencia), para una mejor reinserción del sujeto. En otros casos, sería la función de prevención general la que fundamentaría la extradición, cuando el Estado solicitante/requirente lo haga de un sujeto que ha cometido el delito en su territorio.

Sin embargo, en los últimos tiempos, quizás ya en los últimos 20 años, el fundamento primordial de los procedimientos de extradición, esto es, de que los Estados acudan, y deban acudir cuando el Convenio o la legislación así lo marquen, a los procedimientos extradicionales es el respeto de los derechos fundamentales.

No obstante, se puede concretar el fundamento de la extradición pasiva en el aseguramiento del respeto de las garantías penales, de los derechos fundamentales tanto en el Estado requerido como requirente y, en definitiva, en el respeto de las soberanías ajenas.

3. Naturaleza

El procedimiento de extradición pasiva puede ser: de naturaleza judicial, cuando reside la competencia de resolución sobre la entrega del individuo objeto de la extradición en los órganos judiciales; de naturaleza gubernamental, cuando esta decisión compete a los órganos administrati-

vos; o mixto, cuando, dependiendo la fase del procedimiento, intervienen tanto órganos judiciales como administrativos.

4. *Fuentes*

Como señala el artículo 13.2 de la CE española, las fuentes de la extradición son los tratados internacionales y la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Por tanto, para fundamentar la concesión o denegación de la entrega de un sujeto solicitado en extradición, las autoridades competentes deben aplicar el tratado de extradición correspondiente si existiera (multilateral o bilateral entre los países implicados), o en su defecto la ley interna de los países implicados (la ley correspondiente a la regulación de la extradición activa para el Estado requirente, o la ley que regula la extradición pasiva, para el Estado requerido y que tiene que entregar o denegar la entrega). La reciprocidad no operaría como una fuente autónoma, sino como un principio limitador más de la extradición (según una determinada corriente doctrinal)

Por la trascendencia de la decisión que compete al Estado requerido, la normativa que implica a este en su toma de decisión es mucho más compleja, haciendo el procedimiento extradicional en el país del Estado requerido mucho más lento. Ello, porque el Estado requerido debe asegurarse que tanto en su Estado como en el requirente se van a respetar los derechos fundamentales de los individuos.

Autora: Beatriz García Sánchez

*(Titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos - URJC,
doctora en Derecho penal por la URJC)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario. Madrid: Comares, 2005; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección de los derechos fundamentales en la extradición y la euroorden: texto adaptado a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconoci-

miento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.

EXTRATERRITORIALIDAD

1. Introducción

La soberanía territorial implica que un Estado está legitimado para conocer y juzgar a las personas y los hechos delictivos localizados en su territorio. El territorio, pues, se erige como un elemento emblemático y significativo sobre el que la soberanía de un Estado se proyecta más acusadamente. En el ámbito penal, ello resulta aún más evidente, puesto que son muchos los argumentos que tienden a inclinarse por la preeminencia de una jurisdicción territorial como título fundamental de atribución competencial. Así se establece en la opinión que emitió el presidente de la Corte Internacional de Justicia, Guillaume, en el asunto República Democrática del Congo c. Bélgica.

Siguiendo con las ideas anteriormente expuestas, debe indicarse que la soberanía que un Estado ejerce sobre su territorio es plena y exclusiva; en este sentido, hay que subrayar que ambos rasgos justifican la preeminencia del principio de territorialidad en materia de jurisdicción penal. Asimismo, motivos de oportunidad procesal justifican también la idea de superioridad del reiterado principio, erigiéndose este como el título de atribución competencial por excelencia. De acuerdo con lo anterior, el árbitro Huber, en el asunto de Isla de Palmas, expresa lo siguiente:

La soberanía, en las relaciones entre Estados, significa independencia. La independencia respecto de una parte del globo es el derecho a ejercer en dicho lugar, las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado. El desarrollo de la organización de las naciones en forma estatal y, correlativamente el desarrollo del Derecho internacional ha establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio, de suerte que han hecho de dicho principio el punto de

partida para resolver la mayoría de las cuestiones relativas a las relaciones internacionales.

Es evidente que deben tomarse en consideración las anteriores aseveraciones; no obstante, ello no es óbice para admitir un ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados bajo determinadas circunstancias (FUENTES TORRIJO, 2002, p. 123). Es más, Rosalyn Higgins, presidenta que fue de la CIJ, considera que no debe contemplarse la territorialidad como una regla general y los casos de extraterritorialidad —supuestos en los que se produce el ejercicio de la jurisdicción fuera de las fronteras del propio Estado— como excepciones a esa regla, sino más bien como normas complementarias, que coexisten una al lado de la otra (HIGGINS, 1995, p. 58). En este contexto debe indicarse que fue Sir Gerald Fitzmaurice quien, en el asunto *Barcelona Traction* emitió una opinión separada en la que manifestó que todos los Estados se encuentran obligados a actuar con «moderación y contención» respecto del ejercicio jurisdiccional de sus tribunales cuando exista algún elemento extranjero con la intención de evitar un indebido solapamiento con la jurisdicción de un tercer Estado.

Sea como fuere, conviene destacar que, en materia penal, el principio de territorialidad cuenta con una situación privilegiada, pues debido a su *proximidad* con el delito, este facilita no solo su investigación, sino también su enjuiciamiento, favorece muy especialmente la identificación y la localización de personas implicadas y resulta más sencillo obtener por medio de aquel las declaraciones de testigos, así como las pruebas pertinentes. Igualmente, este principio logra con mayor efectividad la tramitación de documentos que puedan resultar necesarios, así como la detención de las personas implicadas y la entrega y traslado de acusados en el caso de que se pretendan poner a disposición de un tribunal. Todas estas actuaciones dotan al proceso de las garantías exigibles para su buen y debido desarrollo, lo que beneficia a las partes y al interés público.

Habiendo aclarado lo anterior, es necesario puntualizar que la jurisdicción debe ser entendida en el marco de este estudio como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación con determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolos, en el caso del Derecho penal, al *ius puniendi* que la ley le atribuye (SÁNCHEZ LEGIDO, 2004, p. 21). Debido a que el *ius puniendi* se encuentra íntimamente unido con la idea de soberanía, la legislación que resulta aplicable por los órganos judiciales de un Estado es la propia *lex fori*. Por lo tanto, en lo que se refiere al ámbito de la jurisdicción penal estatal, resulta conveniente destacar que serán básicamente sus normas internas las que determinen su ámbito de aplicación material, así como el alcance o el grado de actuación de sus tribunales, ya que en virtud de su propia soberanía establecerá un sistema penal sustantivo y procesal en el que se concretarán y se delimitarán los comportamientos delictivos, las condiciones de imputabilidad, las penas y sanciones aplicables, etc. Todo ello, contemplado desde la perspectiva del principio de territorialidad, supone que el ámbito jurisdiccional penal de un Estado se ciñe a su espacio territorial, pero, como ya se ha indicado, este principio no opera de forma absoluta ni excluyente. Es posible que, a través —por ejemplo— del criterio de la nacionalidad, un Estado aplique su normativa a los nacionales que se encuentren en el extranjero. Ello implica la necesidad de que se determine con carácter perentorio y con la mayor claridad posible qué casos permiten el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción estatal.

El carácter no absoluto de la territorialidad ha quedado plasmado en numerosos pronunciamientos judiciales. A estos efectos, conviene traer a colación la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto Lotus (1927), la cual aceptó la competencia de los Estados de ejercer jurisdicción respecto de actos cometidos más allá de su territorio. En dicho asunto se aceptó la idea de que, si bien el Derecho internacional se encarga de regular el ejercicio del poder estatal entre los Estados, también es cierto que aquel no establece una prohibición general dirigida a los Estados para que no extiendan su legislación ni su ju-

jurisdicción a personas, propiedades y actos ocurridos fuera de su territorio. Por el contrario, el Derecho internacional concede un amplio grado de discreción que únicamente se limitara, puntualmente, por normas prohibitivas.

La premisa principal sobre la que descansa la sentencia de la Corte en el asunto *Lotus* es la libertad soberana, según la cual todo Estado delimita —bajo su discreción— su propia normativa y la ejecución de esta. Además, la comentada sentencia puso de manifiesto que todos los ordenamientos jurídicos a pesar de optar por un marcado carácter territorial del Derecho penal extienden su jurisdicción a delitos cometidos más allá del territorio del Estado. De esta forma, el asunto citado constituyó todo un precedente para la época, pues se entendió que cada Estado era libre, en cierta medida, de regular las materias que estimara pertinentes en el ejercicio de su poder legislativo y judicial, siempre y cuando no sobrepasaran las eventuales reglas prohibitivas del Derecho internacional. Este valioso precedente contaba con un claro antecedente en virtud del cual la Corte estableció una presunción a favor del Estado en su libre ejercicio del poder legislativo y judicial en relación con los demás entes territoriales (CPJI, Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos).

En cualquier caso, en la práctica, los Estados suelen delimitar de forma muy escrupulosa el tipo de jurisdicción que tienen sus tribunales en relación con hechos ocurridos en el extranjero. Por lo tanto, la posibilidad de que un Estado se pueda atribuir la competencia para conocer de un asunto acaecido más allá de sus límites territoriales presenta un carácter muy limitado; por lo general, se establecen puntos de unión entre el Estado y los hechos que pretende enjuiciar para atribuirse competencia.

2. Consideraciones relativas al alcance de la jurisdicción extraterritorial

A través del asunto *Lotus* se puso de relieve la posibilidad de que un Estado ejerciera su jurisdicción fuera de su territorio, siempre que dicha actuación no se encontrara expresamente prohibida por la normativa in-

ternacional. Es decir: en el caso de encontrar una prohibición expresa en el ámbito del Derecho internacional, el Estado sí que vería limitada su capacidad de maniobra. En un primer momento, la Corte se debatió entre optar por un enfoque de libertad en la actuación de los Estados en virtud de la cual se admitiría el derecho de Turquía a ejercer jurisdicción sobre el teniente Demons (no quedando admitida dicha jurisdicción en el supuesto en el que existiera una regla prohibitiva en contrario); u optar por presumir la ilegalidad del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial turca (pudiendo, en este caso, ejercer la referida jurisdicción si se advirtiera una norma permisiva pactada por las partes en algún tratado o en la costumbre internacional). Al final, la Corte Permanente de Justicia Internacional se decantó por la primera opción, determinando que los Estados eran libres para establecer su jurisdicción en relación con actos delictivos acontecidos fuera de su territorio, siempre que el Derecho internacional no estableciera una norma en contra.

Sin embargo, la comentada sentencia se mostraría en el futuro insuficiente para resolver asuntos similares —que lógicamente con el tiempo fueron surgiendo— ya que, *inter alia*, la decisión fue determinada por el voto de calidad del presidente (había el mismo número de votos en una posición y en otra). Más adelante, otros factores, como la evolución del Derecho internacional, así como la consiguiente ordenación y distribución de competencias, limitaron o redujeron en gran medida la amplia discrecionalidad jurisdiccional concedida a favor de los Estados por medio del pronunciamiento judicial del célebre caso Lotus. Por lo tanto, el criterio que finalmente prosperó en el asunto Lotus ha sido sustituido. Actualmente, en lugar de atender al propio contenido de la normativa internacional para determinar si la conducta a llevar a cabo por un Estado queda o no prohibida, el criterio imperante consiste en advertir la existencia de un título habilitador que permita establecer una conexión entre el Estado que pretende actuar y el asunto que quiere juzgar.

En cualquier caso, no debe desmerecerse la importancia del asunto Lotus, puesto que de alguna forma el debate que entonces se sostuvo se

sigue planteando prácticamente en los mismos términos hoy en día: ¿existe libertad estatal o no en materia de jurisdicción extraterritorial? O más sencillo todavía: ¿resulta admisible el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por los Estados? Estas cuestiones plantean la legalidad de la jurisdicción extraterritorial. En la actualidad, ello sigue siendo, en algunos Estados, un problema sin cerrar. Reflejo actual de la controversia señalada en el párrafo anterior es el propio ordenamiento jurídico español. España, habiendo establecido durante las últimas décadas amplios títulos habilitadores para el ejercicio de una jurisdicción en el extranjero prácticamente sin obstáculos, ha cambiado recientemente de criterio y, en estos momentos, aboga por una restricción jurisdiccional en asuntos acaecidos fuera del Estado español basado en la presencia de concretos y tasados nexos.

Sea como fuere, una mayoría contundente considera la operatividad de la territorialidad en el ejercicio de la jurisdicción como un factor no excluyente de la extraterritorialidad. En otras palabras: la extraterritorialidad no debe contemplarse como una excepción a la regla general de territorialidad. La una queda complementada por la otra. Hay otras teorías que apuntan a que el propio principio de territorialidad queda articulado por influencia de la extraterritorialidad y como consecuencia de la aplicación de un test de razonabilidad. En cualquier caso, la práctica demuestra que cuando se ha pretendido extender el poder estatal fuera de sus propios límites territoriales, se ha apreciado, generalmente, el esfuerzo por parte de dichos Estados de establecer alguna relación con su propio territorio.

Conviene recalcar que la evolución en favor del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial ha tenido lugar, en muchas ocasiones, por motivos meramente políticos —lo que no ha dejado de generar controversia—. La Ley Helms-Burton, una herramienta de la política anticastrista de los Estados Unidos, ofrece un ejemplo paradigmático. Esta posibilitó que los nacionales —incluso sobrevenidos— de Estados Unidos expropiados con la revolución cubana de 1959 pudieran plantear denuncias con-

tra empresas que según la Ley «traficaban» con bienes confiscados por el régimen castrista.

Asimismo, la tendencia a incorporar en ordenamientos jurídicos normas que permiten el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial se ha debido a que estos ya contenían instrumentos que se decantaban por dicha posición. Ese también fue el caso de Estados Unidos con la aprobación en 1789 de la Alien Tort Claims Act. Por medio de la citada ley, se otorgó competencia a los tribunales de los Estados Unidos para conocer y juzgar demandas de responsabilidad civil interpuestas por extranjeros. Ello constituía una vía legítima —en favor de los extranjeros— para reclamar la defensa de sus propios derechos en caso de que se hubiera producido un abuso de estos. No cabe duda de que la referida ley norteamericana se caracterizó por ser una ley precoz en la medida en que otorgaba a los supervivientes de abusos cometidos en cualquier lugar del mundo la capacidad de interponer demandas ante cortes federales estadounidenses contra los presuntos culpables que tenían suficiente contacto o residían en Estados Unidos. Más adelante, la Ley para la Protección de Víctimas de Tortura (Torture Victim Protection Act) —aprobada en 1991 y ratificada por el presidente George H. W. Bush en 1992—, reconoció no solo a los extranjeros, sino también a los ciudadanos norteamericanos derechos similares a los contemplados en la Alien Tort Claims Act. Con la Ley de 1992 quedó legitimada la interposición de demandas por torturas y asesinatos extrajudiciales cometidos en terceros países en el ejercicio de una autoridad reconocida o aparente al amparo del derecho de cualquier nación extranjera.

Fundamentalmente, el incremento de la confianza en la jurisdicción extraterritorial se ha debido a la idea —ya asentada— de unir esfuerzos en relación con la persecución de crímenes inadmisibles que debido a su trascendencia y a su rechazo escapan de la visión territorial del problema en cuestión. Ello se hizo especialmente tangible durante la celebración de los juicios de Núremberg. Es cierto que, en los últimos tiempos, los Estados se han esforzado por combatir unidos y rechazar conjunta-

mente crímenes deleznable por medio del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Así, el principio de territorialidad se constituye como un principio general en el ámbito jurisdiccional de un Estado, siendo la extraterritorialidad ya no un principio excepcional sino complementario que tiene cabida en caso de que exista un interés concreto por parte del Estado que interviene. Brownlie afirma, en relación con la forma en la que se debe ejercitar la jurisdicción extraterritorial, lo siguiente:

los actos extraterritoriales podrán ser objeto de jurisdicción únicamente si determinados principios generales son contemplados. Esto es: 1) que debe haber una conexión sustancial y auténtica entre la materia y la fuente de la jurisdicción; 2) que el principio de no intervención en la jurisdicción doméstica o territorial de otros Estados debe ser necesariamente valorado y estudiado; 3) que este tipo de jurisdicción debe basarse en elementos de reciprocidad y la proporcionalidad. De esta forma, el residente nacional en el extranjero no se ve obligado a violar la ley del lugar en el que reside. (BROWNLIE, 2003, p. 309, traducción del texto).

*Autora: Jacqueline Hellman Moreno
(Profesora de Derecho Internacional,
Universidad Complutense de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BROWNLIE, Ian. «Jurisdictional Competence». En *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, New York, 2003, sexta edición, p. 309. DE SCHUTTER, Olivier. *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations* (informe realizado para el seminario organizado por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, en Bruselas, durante el 3 y 4 de noviembre de 2006), disponible en <http://www.reports-and-materials.org/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf>; FUENTES TORRIJO, Ximena. «La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional». En *REJ*, 2004, n.º 4, p. 123; HIGGINS, Rosalyn. «Allocating competence: Jurisdiction». En *Problems and Process. International Law and How We Use It*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 58; LA-

BARDINI, Rodrigo. «La impaciencia del fiscal: el secuestro transfronterizo». En *AMDI*, 1998, n.º 28, pp. 389 y 390; SÁNCHEZ LEGIDO, Angel. «La jurisdicción universal: concepto y antecedentes». En *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 21 y ss.

F

FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional es un órgano independiente de la Corte Penal Internacional con sede en La Haya, Países Bajos. Tiene a su cargo el análisis y la recepción de información (remisiones); la investigación; y el enjuiciamiento de los crímenes de competencia de la Corte, adoptada por el Estatuto de Roma el 17 de julio del año 1998.

Al respecto, cabe destacar que el Estatuto de Roma, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) entró en vigor el 1 de julio del año 2002. Ciertamente, y desde el principio, el Preámbulo del Estatuto, conmina a los Estados a ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales.

Consecuentemente, allí donde los Estados parte no quieran o no puedan investigar los crímenes de competencia de la Corte, es que adquiere especial relevancia la función del Fiscal internacional, con mandato de 124 Estados parte (33 de África; 19 de Asia y el Pacífico; 19 de Europa oriental; 28 de América Latina y el Caribe; y 25 de Europa occidental y otros Estados) para investigar en sus territorios o a sus nacionales, los casos en los que se cometan los crímenes más atroces contra la humanidad.

A continuación, se desarrollará la definición de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional a partir de un breve apunte respecto de su origen (i); su misión y estructura (ii); sus mecanismos de intervención (iii); y sus principios de actuación (iv).

(i) Breve apunte respecto de su origen

El 9 de septiembre del año 2002 se abrió el periodo de nominación de los magistrados y del fiscal para la Corte Penal Internacional. Naturalmente, y en consideración de que al 8 de diciembre del mismo año, no se habían recibido candidaturas, la Asamblea de los Estados partes, cuerpo legislativo de la CPI, acordó reabrir el periodo de presentación de intenciones al cargo de Fiscal, desde el 24 de marzo del 2003, hasta el 4 de abril del mismo año.

Como resultado del proceso de selección, el primer Fiscal de la CPI tomó posesión del cargo el 16 de junio del año 2003. A partir de entonces, la Fiscalía comenzó a ejercer su rol y la primera remisión fue materializada, en diciembre del año 2003, por la República de Uganda. Ello, con el objeto de que se investigue a los excomandantes de la Brigada Sinia del Ejército de Resistencia del Señor (LRA, por sus siglas en inglés).

Ya en nuestros días, y como resultado de esta primera remisión, el 4 de febrero del año 2021, la Sala de Primera Instancia IX de la CPI, tras haber encontrado probada la comisión de un total de 61 crímenes de lesa humanidad y guerra, declaró culpable y condenó a Dominic Ongwen a 25 años de prisión, por los delitos cometidos en Uganda entre julio del año 2002 y diciembre del 2005.

Actualmente, la Fiscalía de la CPI lleva a cabo 11 exámenes preliminares; 17 investigaciones y 31 casos. Desde su establecimiento, la Oficina del Fiscal ha sido encabezada conforme se detalla a continuación:

Fiscal	Nacionalidad	Periodo
Luis Moreno Ocampo	Argentina (América del Sur)	junio 2003 - junio 2012
Fatou Bom Bensouda	Gambia (África)	junio 2012 - junio 2021
Karim Asad Ahmad Khan	Reino Unido (Europa)	junio 2021 - junio 2030

(ii) *Misión y estructura*

Tal y como se ha expuesto, la Fiscalía de la CPI es la encargada de seleccionar las situaciones y de determinar los casos para realizar una investigación o ejercitar la acción penal ante la Corte. A tal fin, el artículo 42 del Estatuto de Roma, establece que la Oficina del Fiscal se encontrará dirigida por un Fiscal, que podrá contar con la ayuda de fiscales adjuntos y que gozará de plena autoridad para dirigir y administrar la Fiscalía.

Evidentemente, la elección del Fiscal, que deberá profesar de alta consideración moral, poseer un alto nivel de competencia y extensa práctica en el ejercicio de la acción penal o la sustanciación de causas penales, se realizará en votación secreta y por mayoría absoluta de la Asamblea de los Estado Partes. Su mandato tiene una duración, no renovable, de nueve años.

Por su parte, el Estatuto de Roma le confiere a la Fiscalía la posibilidad de nombrar asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, la violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños.

En todos los casos, los crímenes de competencia de la CPI, que se encuentran reglados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, y sobre los cuales la Fiscalía podrá promover la *vindicta pública* constituyen los crímenes más graves del Derecho penal internacional. Entre ellos, se listan los crímenes de guerra, genocidio; lesa humanidad y agresión.

Para mayor ilustración, y en cuanto a la estructura organizativa de la Fiscalía, vale destacar que la oficina del fiscal se encuentra compuesta por *tres divisiones* a saber:

- División de *Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación*: conduce los exámenes preliminares; brinda asesoramiento sobre cuestiones de jurisdicción, admisibilidad y cooperación; coordina la cooperación judicial y las relaciones externas de la Fiscalía. Director: Phakiso Mochochoko.
- División de *Investigaciones*: proporciona apoyo en investigación, coordina el despliegue del personal, los planes de seguridad y las políticas de protección. Igualmente, analiza los delitos; la información recogida y las pruebas recolectadas. Director: Michel de Smedt.
- División de *Enjuiciamientos*: prepara las estrategias de litigio y lleva a cabo los enjuiciamientos a través de presentaciones escritas y orales a los jueces de la CPI. Director: Fabricio Guariglia.

En definitiva, y establecidos los presupuestos de activación que se analizarán a continuación, la Oficina del Fiscal (OTP, por sus siglas en inglés) divide su trabajo de conformidad con las diferentes etapas en las que puede hallarse una situación (o un caso) sometida a la jurisdicción de la CPI.

(iii) *Mecanismos de intervención*

En primer término, conviene recordar que el artículo 13 del Estatuto de Roma, establece los mecanismos de intervención a partir de los cuales se podrá ejercitar la jurisdicción de la Corte. En efecto, la denuncia sobre una situación en la que se presuman cometidos delitos de competencia de la CPI podrá ser efectuada por un Estado parte (este es el caso de las

investigaciones en el Congo, Uganda y Mali), o bien por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (casos Darfur y Libia).

De manera análoga, la Fiscalía podrá iniciar una investigación de oficio, previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, tal y como aconteció en los casos de Kenia; Costa de Marfil; Georgia y Bangladesh/Myanmar.

De igual manera, excepcionalmente, y conforme lo prescribe el artículo 12(3) del Estatuto, un Estado que no sea parte, podrá aceptar la jurisdicción sobre una base *ad hoc* mediante una declaración de conformidad.

Verdaderamente, la actividad que desempeña la Oficina del Fiscal guarda estrecha relación con la elaboración de los exámenes preliminares, la instrucción de las investigaciones y la solicitud a los jueces de las órdenes de arresto o citaciones de las personas físicas que, en consideración de la prueba colectada, se estima conveniente comparezcan ante la CPI.

Para empezar, los exámenes preliminares podrán ser remitidos por cualquier individuo, grupo o Estado y contendrán información sobre presuntos delitos de competencia de la Corte. Seguidamente, la Fiscalía analizará si existe base razonable para iniciar una investigación.

Por su parte, las investigaciones que lleva a cabo el fiscal tienen por objeto reunir la prueba incriminatoria y exonerante de responsabilidad criminal, a efectos de establecer los hechos probados en una situación determinada. Eventualmente, y reunida la prueba suficiente, la Fiscalía solicitará una orden de arresto o citación para comparecer.

Asimismo, y con base en la evidencia reunida durante la investigación, la Fiscalía puede, como se ha expuesto, solicitar órdenes de arresto a los Jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares que evaluarán la prueba y decidirán respecto de su emisión. Si se acordase, en los términos

previstos por el artículo 58 del Estatuto, se solicitará la cooperación internacional para materializarla.

En este punto, caber recordar lo reglado por el artículo 86 del Estatuto de Roma, por cuanto dispone que los Estados parte tienen obligación de cooperación con la Corte, en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia. A tal fin, deberán asegurar que en su ordenamiento doméstico existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación requeridas.

En orden al desarrollo del proceso y a la labor de la Fiscalía, cabe resaltar que en la fase de cuestiones preliminares, se celebrará un juicio donde el titular de la acción penal intentará probar que existen elementos suficientes para confirmar los cargos. En esta primera etapa, intervendrá la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte.

Seguidamente, y de confirmarse los cargos presentados por el fiscal, se constituirá una Sala de Primera Instancia, en la que la Fiscalía presentará el caso y a los acusados, soportando la carga de la prueba más allá de toda duda razonable. Naturalmente, el fallo podrá ser apelable por el fiscal o por la defensa del acusado, y deberá ser revisado por una sala de apelaciones constituida a tal efecto.

Finalmente, conviene tener presente que la responsabilidad penal internacional prevé una responsabilidad penal individual por el hecho, la que no debe confundirse con la responsabilidad estatal, donde el Estado es sujeto activo del delito. En consecuencia, y con base en los principios de actuación que se expondrán *infra*, la Fiscalía de la CPI investigará, llevará a juicio y acusará a personas físicas, no a Estados.

(iv) Principios de actuación

En primer término, cabe reseñar que para seleccionar las situaciones a investigar, la Fiscalía prepara instrumentos de políticas y estrategias ba-

sados en los principios de legalidad y complementariedad. Por ese motivo, no se podrán investigar delitos que excedan la competencia de la CPI o que se encuentren siendo investigados por un Estado parte.

Ciertamente, dichos instrumentos de estrategias permiten a la Fiscalía establecer pautas para la selección de los casos. Así, por ejemplo, se ha instaurado un criterio cualitativo, que prioriza la calidad sobre la cantidad de los casos a investigar. En efecto, es usual que convivan estos compendios de políticas internas con el propio Estatuto de Roma.

Verdaderamente, y pese a cuanto se disponga en los instrumentos de políticas internas, nunca se podrá promover acción penal respecto de los delitos cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma (esto es, 1 de julio del año 2002). Tampoco, será posible someter a proceso a los menores de 18 años de edad y a quiénes padezcan una enfermedad mental que les impida comprender la ilicitud de su conducta.

A propósito, resulta necesario subrayar que los principios de legalidad y complementariedad limitan el accionar del Tribunal y convierten a la CPI en una Corte de último recurso, que no podrá intervenir si la investigación se encuentra siendo llevada a cabo por un Estado parte.

Lo expuesto, como se ha dicho, con la excepción de que se constate que la investigación estatal no sea genuina, tal y como ha acontecido, por ejemplo, en el caso seguido contra Sail al Islam al Gadafi por una serie de sucesos acontecidos en Libia.

Consecuentemente, es dable apreciar que la CPI y por extensión la Fiscalía, poseen un carácter global (por su naturaleza general) aunque limitada. Ello, en consideración de que resultará competente solo para los delitos previstos por el Estatuto de Roma y, en último recurso, complementando (sin sustituir) el accionar de los Estados.

Por otra parte, y en cuanto a los criterios de actuación de la Fiscalía, tanto en la investigación como en el enjuiciamiento, cabe reseñar que los artículos 53 y 54 del Estatuto de Roma, prescriben los criterios que la Oficina del Fiscal habrá de tener en consideración al iniciar una investigación. De igual manera, se establecen las funciones y atribuciones que posee la Fiscalía con respecto a las investigaciones que se lleven a cabo.

Al mismo tiempo, vale indicar que también integran los principios de actuación de la Oficina del Fiscal, los objetivos estratégicos que se va trazando conforme evoluciona en el tiempo.

Así, por ejemplo, en la actualidad, la Fiscalía se ha trazado seis objetivos a cumplir, entre los que se encuentran: lograr una alta tasa de éxito en la Corte; aumentar la rapidez, eficiencia y eficacia de los exámenes preliminares, las investigaciones y los enjuiciamientos; desarrollar con los Estados estrategias para aumentar la tasa de arresto de personas sujetas a órdenes de arresto pendientes; reforzar su enfoque hacia las víctimas; aumentar la capacidad de la Fiscalía para administrar sus recursos de manera eficaz y; fortalecer la capacidad de la Oficina para cerrar la brecha de la impunidad.

Para concluir, cabe apreciar que la razón de ser de una fiscalía penal internacional con visión a futuro, que la torna incompetente para la investigación de cualquier hecho que pudiera haberse cometido antes de la entrada en vigor del Estatuto, responde a la idea de que los Estados parte que la integran se comprometen a contribuir a la paz internacional sin que ello suponga afectar la soberanía estatal y la no injerencia en asuntos propios, como principios que rigen las relaciones internacionales.

*Autor: Alejandro Olivera Iriarte
(Abogado en el Poder Judicial de la Nación Argentina.
Profesor, magíster y doctorando en Derecho penal)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena (editoras). *Derecho penal internacional*. Madrid: Dykinson, 2019; ANELLO, Carolina Susana (editora). *Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003; AMBOS, Kai (editor). *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; sitio web oficial de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de Estados parte.

FISCALÍA EUROPEA

La Fiscalía Europea (la Fiscalía) es un órgano descentralizado e independiente de la Unión Europea (UE) con sede en Luxemburgo. La Fiscalía tiene personalidad jurídica propia (artículo 3.2 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea —en adelante, el Reglamento—); y tiene por objeto tutelar los intereses de la UE. Ostenta la potestad para investigar, procesar y llevar a juicio (por la vía nacional) a los autores de los delitos cometidos contra los intereses financieros de la UE, como son el fraude, la corrupción o el fraude transfronterizo de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

Para entender la Fiscalía Europea es necesario establecer cuál es su origen (1), puesto que explica las funciones que se le han otorgado (2), así como comprender su configuración con una estructura dual (3), que requiere de una cooperación extensa con otros órganos y agencias de la UE (4).

1. *El origen de la Fiscalía Europea*

La creación y puesta en marcha de la Fiscalía Europea es el resultado de más de 25 años de trabajo en el seno de la UE. En 1995 se planteó por primera vez la necesidad de proteger los intereses financieros de las Comunidades Europeas en un encuentro de las asociaciones de Derecho

penal europeo en Italia. Fruto de esta necesidad se creó un grupo de expertos con el objetivo de elaborar los principios rectores para la protección de los intereses financieros de la Unión, cuyo trabajo resultó en un Informe en 1997, conocido como *Corpus Juris*. Tras varias revisiones del texto, la Comisión presentó un Libro Verde en 2001 en el que atenuó las aspiraciones de armonización propuestas en el *Corpus Juris*. No obstante, no fue hasta la adopción del Tratado de Lisboa (13/12/2007) cuando se dotó a la UE de la base legal necesaria para constituir este órgano. En este sentido, el artículo 86.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que:

Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. [...].

Asimismo, este precepto prevé a su vez que, ante una posible falta de unanimidad en el Consejo y/o no aprobación del Parlamento Europeo, se pueda instaurar la Fiscalía mediante una cooperación reforzada con un número mínimo de nueve Estados miembros (artículo 20 del Tratado de la Unión Europea (TUE), artículo 82.3, párr. 2 del TFUE). En 2013, la Comisión Europea presentó una propuesta de reglamento para constituir la Fiscalía Europea que no fue aceptada de forma unánime en el Consejo. Más tarde, en 2017, el Consejo adoptó mediante el instrumento de cooperación reforzada previsto en los Tratados (artículo 20 del TUE) el Reglamento. Originalmente, los Estados miembros participantes fueron Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía, a los que posteriormente se sumaron Malta y Países Bajos en 2018. Cuando se escriben estas líneas, en septiembre de 2021, los únicos Estados que no se encuentran dentro de esta cooperación son Hungría, Polonia y Suecia; así como Dinamarca e Irlanda, que gozan de cláusulas de exclusión (*opt-out*) del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE (Protocolos 22 y 21 anexados al TFUE, respectivamente).

El Reglamento se adoptó el 12 de octubre de 2017 y entró en vigor el 20 de noviembre de 2017. No obstante, se estableció que solo podría comenzarse la fase operacional una vez transcurridos tres años en la fecha que determinase la Comisión (artículo 120 del Reglamento), es decir, a partir del 20 de noviembre de 2020. Finalmente, la Fiscalía inició su actividad el 1 de junio de 2021.

2. Las funciones de la Fiscalía Europea

Desde la creación de las comunidades europeas, una de las mayores preocupaciones ha sido la lucha contra el fraude transnacional y la protección de los intereses de la integración supranacional, pues se estima que la UE ha perdido más de nueve mil millones de euros por fraude entre 2002 y 2017.

Conforme al principio de atribución que rige en la UE (artículo 5 del TUE), la Unión únicamente goza de las competencias que le han sido atribuidas en los tratados, por lo que, durante gran parte de su proceso de construcción, los Estados miembros han debido lidiar con dichas pérdidas. Sin embargo, dados los recursos limitados de los Estados en combinación con la complejidad y el carácter transnacional de los fraudes, la mayor parte de los delitos quedaron impunes.

Con el objetivo de proteger los intereses financieros de la UE, la Fiscalía se faculta para «investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la UE [...], así como de ejercer la acción penal al respecto» (artículo 4 del Reglamento).

La función de la Fiscalía es investigar, ejercer la acción penal y, si hay indicios de delito, solicitar la apertura de juicio en las jurisdicciones nacionales (artículo 4 del Reglamento). Para esta última, el Fiscal Europeo delegado ha de realizar, ante la sala permanente, una propuesta de decisión de presentación del escrito de acusación ante el órgano jurisdiccio-

nal nacional competente, cuya determinación se establece según el Derecho nacional (artículo 36 del Reglamento).

Ratione materiae, los delitos perseguibles por la Fiscalía son los definidos en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (también conocida como la Directiva PIF); en particular, los delitos por fraude transfronterizo en materia de IVA superior a 10 millones de euros, por corrupción, por apropiación indebida de fondos o por blanqueamiento de capital (artículo 22 del Reglamento), siempre y cuando la cuantía del perjuicio a los intereses financieros de la UE sea superior a 10 000 euros (salvo los casos en que la cuantía sea inferior pero hayan sido cometidos por un funcionario o agente de la UE o tengan repercusiones a escala de la UE) (artículo 25 del Reglamento). No obstante, se prevé asimismo que, por unanimidad, el Consejo Europeo pueda incrementar las competencias de la Fiscalía para acoger la «lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza», previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión (artículo 86.4 del TFUE).

Ratione loci y ratione personae, la Fiscalía detenta la competencia para perseguir esos crímenes con base en los principios de territorialidad (cuando haya sido cometido en uno o varios de los Estados miembros), de personalidad activa (es decir, cuando se haya cometido por un nacional del Estado miembro, siempre y cuando este sea competente para enjuiciar dicho delito), y, en los casos en que el autor esté sujeto al «Estatuto de los funcionarios o al Régimen aplicable a los otros agentes en el momento de la perpetración del delito, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de ese tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio» (artículo 23 del Reglamento).

3. *La estructura de la Fiscalía Europea*

La Fiscalía Europea tiene una estructura dual, organizada a dos niveles: el central y el descentralizado nacional (artículo 8.2 del Reglamento).

El nivel central, sito en Luxemburgo, está compuesto por «el Colegio, las Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos y el Director Administrativo» (artículo 8.3 del Reglamento). El Colegio está conformado por el Fiscal General Europeo y un Fiscal Europeo de cada Estado miembro. El Fiscal General Europeo es elegido por el Parlamento Europeo y el Consejo para «un mandato no renovable de siete años» (artículo 14.1 del Reglamento), y es responsable de la gestión, organización y representación de la Fiscalía ante las instituciones de la UE, los Estados miembros y terceros países (artículo 11 del Reglamento). Por su parte, el Colegio de Fiscales Europeos define la estrategia y garantiza la coherencia de la actuación de la Fiscalía, establece las salas permanentes de conformidad con el reglamento interno (artículos 9.3 y 10 del Reglamento) y toma decisiones, en general, por mayoría simple (artículo 9.5 del Reglamento).

A su vez, el nivel descentralizado o nacional está integrado por los fiscales europeos delegados (artículo 8.4 del Reglamento). Estos se encuentran en los Estados miembros, con un mínimo de dos fiscales europeos delegados por Estado. Actúan con las mismas potestades que los fiscales nacionales para investigar los delitos y ejercer la acción penal (artículo 13.1 del Reglamento), y pueden ejercer también funciones de fiscales nacionales (ostentando un «doble sombrero» o *double hat*) (artículo 13.3 del Reglamento). Su semejanza a los fiscales nacionales y la posible doble competencia no afecta a su independencia para actuar. No obstante, están supervisados y siguen las directrices establecidas por las salas permanentes, de modo que se mantenga la coherencia. Las Salas, formadas por el Fiscal General Europeo (o uno de los adjuntos) y dos fiscales europeos ostentan un amplio rango de poderes que incluyen la toma de de-

cisión de llevar un caso a juicio, archivarlo o referirlo a las autoridades nacionales (artículo 10.3 del Reglamento).

La Fiscalía se rige por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y los principios del Estado de derecho y la proporcionalidad (artículo 5.1 y 2 del Reglamento), así como por el principio de cooperación leal con las autoridades nacionales (artículo 5.6 del Reglamento). El mantenimiento de buenas relaciones con estos es esencial dado el modelo descentralizado implementado ya que, de esta forma, se otorga a la Fiscalía una mayor proximidad a los delitos presuntamente cometidos.

4. La cooperación con otros órganos de la UE

La Fiscalía Europea como órgano de la UE tiene el deber de cooperar lealmente tanto con los Estados miembros, como con las instituciones, sin comprometer su independencia. En el área del Derecho penal y la cooperación procesal penal, diferentes órganos y agencias en el seno de la UE comparten la función de velar por los intereses de la Unión. En el caso de la Fiscalía, es especialmente importante su relación, entre otras, con la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust), la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), ninguna de las cuáles tiene competencia para realizar investigaciones y ejercer la acción penal, pero cuya cooperación es imprescindible para llevar a cabo las mismas.

Eurojust es la Agencia que se encarga de apoyar «la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir las formas de delincuencia grave» (artículo 2.1 del Reglamento (UE) n.º 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre Eurojust). La relación entre ambas entidades es evidente desde que el propio artículo 86 del TFUE establece que se puede crear la Fiscalía Europea a partir de Eurojust. Si bien finalmente no se siguió esta posibilidad, la conexión entre ambas es manifiesta. En-

tre ellas se establece una relación de cooperación mutua basada en la confianza, plasmada en el artículo 100 del Reglamento y en el Acuerdo de Colaboración entre la Fiscalía y Eurojust de 2021 (en inglés, *Working Arrangement*). Dentro de la cooperación entre ambas, destaca el intercambio de información, el apoyo por parte de Eurojust en casos transnacionales o que involucren a Estados miembros no parte de la Fiscalía, la creación de equipos de enlace y el intercambio de formación (artículos 4 a 16 del Acuerdo). Sin embargo, cabe remarcar que sus funciones se mantienen distintas e independientes de modo que mientras Eurojust continúa siendo un órgano facilitador o coordinador, la Fiscalía queda constituida como un ente de investigación.

OLAF es un órgano encargado de «realizar las investigaciones administrativas dirigidas a luchar contra el fraude, la corrupción y otras actividades ilegales en detrimento de los intereses financieros de la Unión» (artículo 1.4 del Reglamento (UE) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por OLAF). La cooperación entre OLAF y la Fiscalía se rige por lo dispuesto en ambos Reglamentos, así como en el *Working Arrangement* suscrito por los dos órganos en 2021. El objetivo de la cooperación de ambas es el efectivo ejercicio de sus habilidades investigadoras y persecutorias, dentro de los marcos legales establecidos, con el fin de evitar posibles duplicidades. Los medios de cooperación son principalmente el intercambio de información, y el apoyo en las investigaciones y en la formación de los empleados. Asimismo, en 2020 el Reglamento de OLAF fue modificado para establecer que esta denunciará ante la Fiscalía Europea (en los Estados miembros de la cooperación reforzada), las presuntas infracciones penales que descubra en el seno de sus investigaciones (artículo 12 *quater* del Reglamento OLAF).

Europol tiene encomendada la misión de «apoyar la cooperación entre las autoridades policiales de la Unión» (artículo 1.1 del Reglamento (UE) n.º 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a Europol). Para fomentar la coordinación se han estable-

cido las bases de la relación en un Acuerdo de Trabajo entre ambas entidades (*Working Arrangement* de 2021). Los modos de cooperación incluyen el intercambio de información, y el apoyo a la formación y en investigaciones. Para ello se designa un punto de contacto de cada entidad para realizar los intercambios.

La Fiscalía Europea, para velar por los intereses financieros de la UE, mantiene y deberá mantener una estrecha relación con estos organismos basada en la cooperación mutua en el marco de sus respectivos mandatos. Dada la breve vida de la Fiscalía en el momento de redacción de esta entrada del Diccionario, cabe mencionar que hay incertidumbre aún respecto al alcance y la operatividad de estas relaciones de coordinación.

Autora: María Carro Pitarch

(Investigadora predoctoral contratada - ACIF 2021, Universidad de Valencia.

Master of European Law - LLM del Colegio de Europa - Brujas, Bélgica)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BACHMAIER WINTER, Lorena. *The European Public Prosecutor's Office: The Challenges Ahead*. Cham: Springer, 2018; CSONKA, Peter; JUSZCZAK, Adam y SASON, Elisa. «The Establishment of the European Public Prosecutor's Office The Road from Vision to Reality». En *Eucrim*, 2017, n.º 3, pp. 125-135; PÍA CALDERON, María. «La fiscalía europea. Alguna clave para su entendimiento». En *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, n.º 29, pp. 230-265.

G

GENOCIDIO

1. *Introducción*

En el año 1948 se adoptó la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio con el objetivo no solo de impedir la perpetración de conductas especialmente virulentas, sino también con el propósito de investigarlas. A este respecto, conviene añadir que en 1951 el mencionado instrumento entró en vigor y ello, como es evidente, constituyó todo un éxito para aquella parte de la comunidad internacional que se había mostrado —unos años antes— especialmente receptiva en procurar la adopción de un texto jurídico capaz de criminalizar los terribles actos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Así pues, el proceso de elaboración de la citada Convención, iniciado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (de aquí en adelante: la ONU) a través de la Resolución 96(1), contó con el apoyo —a mediados del siglo pasado— de un número considerable de Estados.

A raíz de lo anteriormente comentado hay que subrayar que a diferencia de otros relevantes ilícitos internacionales, el delito de genocidio fue contemplado en un instrumento jurídico aparte. En otras palabras, el referido crimen no quedó aglutinado sin más junto a otras graves ofensas, sino que se articuló la estrategia oportuna con el objetivo de abarcar cuestiones exclusivamente relativas al citado tipo penal. Ello refleja la idea de que la mencionada Convención hace referencia a un delito con entidad propia. Lo anterior, además, debe conjugarse con lo que la Corte Internacional de Justicia (de ahora en adelante: la CIJ) manifestó en su momento acerca de que las obligaciones contenidas en el instrumento de 1948 constituyen normas de *ius cogens*. Como colofón a lo previa-

mente expuesto, debemos indicar que, hoy en día, los preceptos legales insertados en el referido acuerdo han sido aceptados por una parte importante de la comunidad internacional (SMITH, 2013, p. 2). Y, en este contexto, conviene recordar que el Asesor Especial sobre la prevención del genocidio conminó —a finales del año 2017— a los Estados que todavía no habían ratificado el texto en cuestión a que lo hicieran con el propósito de promover su universalidad. Consecuentemente, no puede ponerse en duda el impacto que ha supuesto para la comunidad internacional la adopción de la mencionada herramienta jurídica. Así lo corrobora la propia doctrina cuando manifiesta lo siguiente: «[...] [the Convention is] the authoritative codification of the basic legal principles relating to genocide» (RATNER y ABRAMS, 2001, p. 28).

2. Consideraciones esenciales en torno al proceso de elaboración de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio

En agosto de 1944, las potencias que se aliaron durante la Segunda Guerra Mundial se reunieron en Dumbarton Oaks con el pretexto de cumplir con lo acordado en la Declaración de Moscú de 1943 en virtud de la cual se puso de relieve la necesidad de crear una organización internacional que tuviera como objetivo garantizar la paz y la seguridad (HANHIMÄKI, 2015, p. 14). Finalmente, la Carta de la ONU —que trajo consigo la creación de la organización pertinente— se firmó el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año. En este agitado contexto, la comunidad internacional —firmemente comprometida en evitar la perpetración de más atrocidades— se puso manos a la obra y, en la primera sesión de la Asamblea General, se examinó la propuesta planteada por Panamá, India y Cuba conforme a la cual debía determinarse si el crimen de genocidio era o no constitutivo de un ilícito internacional.

De acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, debe indicarse que las primeras valoraciones se llevaron a cabo por la Sexta Comisión —en su sesión número 32— lo que implicó la adopción de una recomenda-

ción en la que tuvo oportunidad de pronunciarse de forma positiva. Y, como era de imaginar, el contenido de aquella fue acogida favorablemente por la Asamblea General, quien la aceptó íntegra y unánimemente a través de la Resolución 96 (1) del 11 de diciembre de 1946, tal y como se expone a continuación: «[...] el genocidio es un crimen de Derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados». Esta, además, aprovechó la ocasión para instar al Consejo Económico y Social a que emprendiera las acciones oportunas con el objetivo de «[...] preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio». Como resultado de todo ello, el citado órgano adoptó la Resolución 47 (IV) de 1947, encomendando al secretario general la realización de tan compleja tarea. A estos efectos, conviene aclarar que este último solicitó un primer borrador a la División de Derechos lo que propició la creación de un Comité de expertos integrado por, *inter alia*, el profesor Raphael Lemkin, a quien se le considera el padre de la Convención (CASSESE, 2013, p. 109) al haber acuñado el término «genocidio» (una palabra que es fruto de la combinación del sustantivo griego *genos* que se traduciría como ‘raza o tribu’ y del verbo latino *cide* que significa ‘matar’); además, es importante indicar que convenció a la comunidad internacional de la necesidad de adoptar una herramienta jurídica que tuviera por objeto sancionar y prevenir conductas que pudieran calificarse de genocidas (LEMKIN, 2018, p. 182).

Al hilo de todo lo anterior, debemos apuntar que, tras la elaboración de un primer borrador, la Asamblea General adoptó la Resolución 180 (II) de 21 de noviembre de 1947 de acuerdo con la cual argumentó lo siguiente: «[...] el genocidio es un crimen internacional que entraña responsabilidades de orden nacional e internacional para los individuos y para los Estados». Y, asimismo, aquella comunicó al Consejo Económico y Social que debía elaborar un texto que tuviera el carácter de definitivo. Finalmente, el 9 de diciembre de 1948 se adoptó —a través de la Resolución 260 (III) y en el seno de la Asamblea General— la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. En aquel momento, la herramienta jurídica objeto de análisis contaba con el

apoyo nada desdeñable de cincuenta y seis Estados (OLLÉ SESSÉ, 2015, p. 1). A continuación, se destacarán aspectos esenciales de la comentada herramienta jurídica.

2.1. *Un análisis de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio*

Con el objetivo de procurar un análisis de la comentada Convención es necesario detenerse en su primera disposición legal, la cual dictamina que el genocidio es un crimen internacional. Posteriormente, en el artículo II, quedan fijados los requisitos que deben apreciarse en una determinada situación para considerar que el referido ilícito ha sido efectivamente perpetrado. Ambas normas se encuadran —como no puede ser de otro modo— bajo la premisa relativa de que aquella fue diseñada con el objetivo de castigar y prevenir conductas graves.

Los siguientes preceptos legales siguen la anterior estela. Así puede comprobarse tras una lectura detallada de, por ejemplo, el artículo V, el cual estipula que los Estados parte deberán adoptar las pertinentes medidas legislativas. Más adelante, el artículo VI indica que deberán juzgarse las personas que sean acusadas de cometer genocidio ante el tribunal doméstico o ante una corte internacional que tenga efectiva competencia sobre dicho ilícito. Como puede deducirse, ambas disposiciones legales contemplan medidas concretas que los Estados parte deben implementar a la hora de llevar a efecto los objetivos acordados en la referida Convención. Ello es precisamente lo que pone en peligro la eficacia de dichas normas, ya que procurar una adecuada aplicación de estas puede no ser una tarea sencilla en la medida en que la perpetración de un acto de genocidio conlleva cierta implicación estatal. Así lo entiende Jiménez García cuando afirma lo siguiente: «[...] resulta evidente la implicación directa, aquiescente o cómplice del Estado en la comisión del crimen [de genocidio] (JIMÉNEZ GARCÍA, 2011, p. 14)». Lógicamente, ello nos lleva a pensar que muy difícilmente un Estado involucrado en la comisión de crímenes de gran impacto para la comunidad internacional habilitará los

cauces apropiados para que estos sean denunciados y posteriormente investigados. Indudablemente, esta cuestión actúa en detrimento de un eficaz cumplimiento de la Convención sobre genocidio. Parece, pues, complicado que el Estado que ha auspiciado delitos graves se implique en su persecución. No obstante, es factible que estos sean denunciados y que ello venga aparejado del establecimiento de la pertinente responsabilidad. En este punto de la explicación, el artículo IX suscita un profundo interés, puesto que estipula que los conflictos que puedan surgir entre los Estados contratantes «[...] relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III» serán sometidos a la jurisdicción de la CIJ. La efectividad de esta disposición legal debe conjugarse junto al innegable dato de que los países que han ratificado el texto jurídico del año 1948 no ponen en riesgo su relación con otros a la hora de defender valores que afectan al conjunto de la comunidad internacional. Existen, como puede apreciarse, no pocas dificultades a la hora de aplicar normas de la citada Convención en la medida en que gran parte de estas dependen de la voluntad de los Estados, los cuales se han mostrado tradicionalmente reticentes en promover su aplicación.

2.2. *Elementos esenciales del artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio*

Como ya quedó apuntado en el apartado anterior, el artículo II de la Convención de 1948 se ocupa de definir en qué consiste el delito de genocidio. A tenor del precepto legal mencionado, advertimos que son dos los elementos que deben tomarse en consideración a la hora de argumentar que un determinado acto queda subsumido bajo el ámbito de aplicación del acuerdo adoptado en 1948. Uno de ellos, como se habrá podido deducir, hace referencia al *actus reus* o, lo que es lo mismo, al acto culpable. Consecuentemente, para acusar a alguien de haber cometido genocidio es fundamental que se le puedan atribuir algunas de las con-

ductas contempladas en los párrafos a) a e) del artículo II. Ello, conviene anotar, se corresponde con el elemento objetivo del citado ilícito.

Continuando con la explicación pertinente, debe indicarse que la segunda condición se refiere a la intención. Y, según acota el propio artículo II, esta debe articularse de una manera específica. Así lo aclara Pérez Triviño cuando afirma lo siguiente: «los actos individuales que realiza el agente y con cuya ejecución se consuma formalmente el delito de genocidio constituyen [...] únicamente el medio para la consecución del fin: la destrucción del grupo» (PÉREZ TRIVIÑO, 2012, p. 165). Es crucial, por tanto, comprobar la existencia de esta especial intención para considerar que, efectivamente, se ha consumado el delito de genocidio. Lo anterior lleva a pensar que la singularidad de este crimen internacional radica precisamente en su comentado *dolus specialis* (AMBOS, 2009, p. 838). En definitiva, vemos que la intención asume un protagonismo clave de tal manera que es irrelevante el resultado o, lo que es lo mismo, el número de víctimas que hayan sufrido la perpetración de actos que pudieran en un momento dado calificarse de genocidio.

Por lo tanto, el órgano judicial que esté investigando unos determinados hechos debe no solo dictaminar que la conducta en cuestión se encuadra en el listado de actuaciones contenidas en el citado artículo II, sino que además es fundamental advertir la existencia de una intención dirigida o articulada con el propósito de destruir un determinado tipo de grupo. Habiendo realizado las aclaraciones pertinentes, analizaremos a continuación las dificultades que emergen en torno al elemento subjetivo del crimen de genocidio, las cuales inciden indefectiblemente en la complejidad probatoria del mismo.

2.2.1. *La problemática suscitada en torno al dolus specialis*

Tras una lectura pormenorizada del artículo II de la Convención de 1948, es fácil concluir que el ilícito considerado como «el crimen de todos los crímenes (RAFTER, 2016)» exige una intención superior. Así lo corro-

bora la propia Comisión de Derecho Internacional cuando en sus comentarios al proyecto definitivo del Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad indica lo siguiente: «[genocide] requires a particular state of mind or a specific intent with respect to the overall consequence of the prohibited act». Todo apunta, pues, a que es este particular elemento lo que lo distingue del resto de ilícitos. Dicho esto, resulta de interés reflejar la compleja problemática que se suscita en torno al precepto legal segundo, el cual no proporciona información adicional acerca de cómo constatar el comentado requisito. En definitiva, nada se dice acerca de las circunstancias que deben concurrir en una determinada situación para entender que ha existido una intención genocida por parte del autor del crimen conforme a la cual se ha destruido un grupo en particular (ya sea de forma total o parcial). Consecuentemente, las dificultades que afronta este ilícito se refieren básicamente a evidenciar la existencia de tal intención. Y debe indicarse que los desafíos que genera la comentada disposición legal se agravan cuando constatamos que la perpetración de este crimen no tiene por qué ir acompañado de la obtención de un determinado resultado. En otras palabras, puede advertirse el delito de genocidio, independientemente de que el autor de los hechos fracase en su cometido o no haya podido materializarlo, lo que encajaría con la posibilidad de castigar una actuación genocida con carácter preventivo.

Al hilo todas de estas consideraciones, resulta destacable la opinión que plasman algunos autores conforme a la cual dictaminan que el comentado *dolus specialis* parece actuar en detrimento de la propia Convención. En otras palabras, a tenor de cierto sector doctrinal, la intención genocida se erige como una especie de barrera de contención que impide alegar la existencia de un delito de genocidio, pese a que las conductas perpetradas sean de máxima gravedad (GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, p. 929). Así pues, ante la dificultad probatoria señalada, han surgido nuevas corrientes doctrinales que defienden la idea de rebajar el umbral probatorio del elemento relativo a la intencionalidad. Concretamente, un sector doctrinal argumenta que sería conveniente decantarse por un en-

foque basado en el conocimiento (PÉREZ TRIVIÑO, 2013, p. 232). Y, otros, sugieren que sería de utilidad ampliarlo y equipararlo a un *dolus eventualis* (GIL, 1999, p. 259). Nosotros entendemos que «rebajar» la intención especial que exige el artículo II podría llevarnos a situaciones en virtud de las cuales se advierta la existencia del comentado delito ante actuaciones que han resultado en la destrucción de un grupo sin que verdaderamente se haya tenido dicho propósito. Asimismo, consideramos que la comentada intención no puede equipararse con, simplemente, tener conocimiento de la situación que las actuaciones ilícitas en cuestión están generando; en definitiva, no debe advertirse un delito de genocidio si el agresor tan solo conocía las consecuencias de sus actuaciones. Es crucial, a nuestro modo ver, evidenciar que a través de la perpetración de estas se pretendía obtener un determinado resultado.

En cualquier caso, se siga una u otra corriente interpretativa, es de interés traer a colación la jurisprudencia internacional conforme a la cual se han expresado las circunstancias o factores esenciales que deben advertirse en una determinada situación para entender que efectivamente la comentada condición se encuentra presente. Así las cosas, en el caso Akayesu (párr. 729), el tribunal consideró que se deducía la existencia de una intención genocida ante la gravedad de los discursos pronunciados. En la decisión judicial emitida con motivo del asunto Kayishema y otros, fue fundamental constatar (p. 199, párrs. 531 y 533) el elevado número de víctimas tutsis. Resulta de interés traer a colación el caso Krstić, puesto que (p. 211 y ss., párr. 594 y ss.) el Tribunal proclama la existencia de intención genocida en relación con el asesinato de todos los hombres bosnios musulmanes en edad militar, así como consecuencia del desplazamiento forzoso que sufrieron las mujeres, niños y personas mayores. Todo ello se realizó, según el órgano judicial competente, con el propósito de promover la destrucción física de la población bosnio-musulmana. Habrá que analizar, pues, las circunstancias particulares de cada situación y, en función de estas, se podrá concluir si ha quedado debidamente satisfecha o no la citada condición. Vemos, por lo tanto, que a estos efectos los razonamientos esgrimidos por los órganos judiciales

supranacionales han sido claves. Y como consecuencia de dichas resoluciones, Cassese afirma que, si no hay una política clara instigada por las autoridades conforme a los cuales se pueda advertir la existencia de un plan articulado con el propósito de acabar con un determinado grupo, será muy difícil evidenciar el *dolus specialis* requerido (CASSESE, 2013, pp. 126 y 127).

2.2.2. *La problemática suscitada en torno a los grupos protegidos*

En este apartado, debemos advertir en qué consiste la problemática relativa a la necesidad de tener que acreditar la presencia de un determinado tipo de grupo. Concretamente, el artículo II de la Convención de 1948 prescribe que la agrupación debe ser nacional, étnica, racial o religiosa. En este sentido, Martin argumenta lo siguiente:

[...] the existence of the «group» is the protected value that justifies criminalization and makes genocide a crime of especial intent. Thus, establishing the *dolus specialis* of an alleged perpetrator can only take place in conjunction with or subsequent to identifying the group at which the conduct is aimed. (Martin; 2009; 112 y 113)

Vemos, por lo tanto, que es vital constatar que los actos susceptibles de recibir la calificación de genocidas han sido dirigidos contra alguno de los grupos anteriormente mencionados. De hecho, de una lectura pormenorizada del artículo II, se infiere que la víctima queda «desdibujada» al supeditar su condición a que exista algún tipo de vinculación con las agrupaciones que señala la comentada norma. Así las cosas, surge una duda inicial acerca de qué debe entenderse por grupo. Este interrogante se despeja gracias a la sentencia emitida con motivo del caso Akayesu, el cual hace hincapié en los rasgos de estabilidad y permanencia que toda formación grupal debe tener:

[...] a common criterion in the four types of groups protected by the genocide Convention is that membership in such groups would seem to be normally not changeable by its members, who belong to it automati-

cally, by birth, in a continuous and often irremediable manner. (párr. 511)

Surgen, por supuesto, otras cuestiones que merecen ser señaladas, especialmente cuando averiguamos que la Convención no aporta ningún tipo de aclaración en materia de grupos. Y al hilo de lo previamente expuesto, debemos plantearnos en qué consisten cada uno de los que menciona la disposición legal II. Una vez más, el asunto Akayesu es útil, puesto que destaca los rasgos intrínsecos de todos ellos. Así pues, teniendo claro cuáles son sus rasgos diferenciadores, habrá que posteriormente apoyarse en criterios subjetivos si lo que queremos es dilucidar qué agrupación es la que se ha erigido como diana de los ataques que pretenden enjuiciarse (CASSESE, 2013, p. 121). Vemos, pues, las evidentes dificultades que asoman en todo procedimiento judicial cuando lo que se pretende es esclarecer si los hechos enjuiciados constituyen o no genocidio ya que, aunque pueda apreciarse el comentado *dolus specialis* y el *actus reus* que prevé la comentada disposición legal de la Convención, no se podrá aplicar dicho instrumento si las víctimas no forman parte de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Con respecto a este último extremo, merece la pena mencionar que quedan excluidos, *inter alia*, los grupos políticos y culturales.

A raíz de lo anteriormente comentado, cabe concluir que los elementos (objetivo y subjetivo) que conforman el delito de genocidio no son objeto de una particular discusión. De hecho, conviene recordar que el Estatuto de Roma reproduce plenamente su contenido. Así pues, tan solo se aprecia un intenso debate en torno a la manera en la que deben ser interpretados. Además, debe indicarse que la parquedad o rigidez (según se quiera ver) del comentado artículo se ha ido suavizando gracias a las decisiones judiciales emitidas por los órganos judiciales internacionales competentes, las cuales no solo han ampliado las categorías de los grupos protegidos, sino que han dictaminado —por ejemplo— que las violaciones quedan incluidas en el listado de actos enumerados por la segunda disposición legal. Junto a todo ello, debemos señalar que la Con-

vención de 1948 fue adoptada en un momento en el que se pretendía promover «algún tipo de compromiso» que vinculara a un mayor número de Estados con el objetivo de impedir situaciones como las acontecidas durante la Segunda Guerra Mundial; ello explica la «laxitud» o «flexibilidad» de muchas de las obligaciones estatales insertadas en esta. Aquella es, sin duda, fruto del tiempo convulso en el que fue redactada. En cualquier caso, debe añadirse que la citada Convención se ha traído a colación con motivo de ilícitos recientemente cometidos. Así se infiere de la denuncia interpuesta, hace escasos meses, por Gambia a raíz de las desafortunadas estrategias implementadas contra los *rohingya* por Myanmar. Consecuentemente, la mencionada herramienta jurídica es perfectamente aplicable y puede traerse, por tanto, a colación ante la perpetración de graves hechos con la idea de examinar si sucesos cometidos hoy son susceptibles de recibir mañana la calificación de genocidio. Todo lo cual —insistimos— muestra la importancia de las disposiciones legales contenidas en el instrumento jurídico de 1948 y, en particular, la relevancia del artículo II que, a pesar de haber sido elaborado hace más de setenta años, sigue trayéndose a colación cuando las circunstancias así lo requieren.

*Autora: Jacqueline Hellman Moreno
(Profesora de Derecho Internacional,
Universidad Complutense de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AMBOS, Kai. «What does “intent to destroy” in genocide mean?». En *International Review of the Red Cross*, 2009, vol. 91, n.º 876, pp. 833-858; CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013; GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999; GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. «El crimen de genocidio en Derecho internacional». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2002, n.º 105, pp. 917-946; HANHIMÄKI, Jussi. *The United Nations: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015; JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. «La responsabilidad directa por omisión del Estado

más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez». En *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011, vol. LXIII, pp. 12-50; MARTIN, Fanny. «The notion of the “protected group” in the genocide convention and its application». En GAETA, Paola (editora). *The UN Genocide Convention -A Commentary*. Nueva York: Oxford University Press, 2009; LEMKIN, Raphael. *Totalmente extraoficial: autobiografía de Raphael Lemkin*, traducida por Joaquín González Ibáñez y editada por Donna-Lee Frieze. Madrid: Berg Institute-Fundación Berg Oceana Aufklärung, 2018; OLLÉ SESSÉ, Manuel. «El crimen de genocidio (I): génesis y evolución legislativa nacional e internacional». En *Figbar*, 2015, pp. 1-15; PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. «La noción de intención en la definición de genocidio». En *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012, vol. XIV, pp. 163-177; PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. «Genocidio». En *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, 2013, n.º 5, pp. 232-239; RAFTER, Nicole. *The Crime of All Crimes: Towards a Criminology of Genocide*. Nueva York: New York University Press, 2016; SMITH, Karen E. «Acculturation and the acceptance of the Genocide Convention». En *LSE Research Online*, 2013; RATNER, Steven R. y ABRAMS, Jason S. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GRAN CORRUPCIÓN (Y SU PERSECUCIÓN COMO CRIMEN INTERNACIONAL)

En las últimas décadas se ha ido conformando un consenso generalizado en torno a la necesidad de perseguir a nivel internacional la gran corrupción, del cual constituye buena prueba el amplio apoyo alcanzado por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (UNCAC). No obstante, el carácter de *soft law* que posee buena parte de las disposiciones de la UNCAC evidencia sus limitaciones a la hora de asegurar que los autores de gran corrupción sean enjuiciados penalmente. Debido a ello, organizaciones como Transparency International o la Global Organization of Parliamentarians Against Corruption han redo-

blado sus esfuerzos con el fin de procurar que los casos más graves sean reconocidos y perseguidos eficazmente como crímenes internacionales. La consecución de este objetivo se enfrenta a diversos problemas, como la propia conceptualización de la gran corrupción y su traducción en términos jurídico-penales (1), los retos que plantea su tipificación como nuevo crimen internacional (2) y la elaboración de estrategias relacionadas con su persecución a través de la Corte Penal Internacional (3).

1. La definición de la gran corrupción

Transparency International identifica la gran corrupción con los «actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común». A partir de dicha definición, pueden deducirse las características esenciales o *factores* de la gran corrupción.

1.1. El factor económico

Cada caso de gran corrupción mueve enormes sumas de dinero, que se manifiestan no solo en los extraordinarios beneficios que reportan a sus autores, sino también en las enormes pérdidas, en forma de perjuicios económicos directos y externalidades, que sufre la población como consecuencia de este fenómeno.

1.2. El factor político

Otro de los rasgos que suelen manifestarse en un caso de «gran corrupción» es la participación en el mismo de un funcionario de alto rango, o más ampliamente de personajes muy poderosos o influyentes en la gobernanza del país o región afectados (políticos, grandes empresarios). Desde esta perspectiva, los casos más graves de corrupción se caracterizarían por ser ejecutados, auspiciados, dirigidos o tolerados por personas con altas cotas de poder, *de facto* o *de iure*, en o sobre el gobierno.

1.3. *El factor sistémico*

Cuando la corrupción deja de ser un fenómeno aislado para convertirse en un elemento más de la dinámica de funcionamiento de un país o territorio, es posible hablar de corrupción sistémica. Este factor se manifiesta en la gran corrupción de forma jerarquizada y establecida, dotando a este fenómeno de contornos en buena parte coincidentes con los del crimen organizado: estructura piramidal jerarquizada, fuerte cohesión interna, división del trabajo, etc.).

1.4. *El factor social*

Con dicho factor se hace referencia a un daño que se traduce en perjuicios patrimoniales de gran calibre que pueden llegar a afectar a la propia economía del país o región. Unido a lo anterior, los casos más graves de gran corrupción (aquellos cuya impunidad debe evitarse a toda costa) provocan otras lesiones de bienes jurídicos mucho más relevantes que los patrimoniales (vida, libertad, intimidad, etc.).

1.5. *El factor impunidad*

En la gran corrupción, la impunidad pivota en torno a dos motivos principales: el temor a las represalias de quien ejerce el poder corrupto, o la propia permeabilidad de la organización policial y judicial a la corrupción. En tales supuestos, las instancias públicas encargadas de la investigación y enjuiciamiento penales no pueden, o no quieren, perseguir la corrupción.

2. *Retos que plantea la tipificación de la gran corrupción como crimen internacional*

Una definición legal que se construyera exclusivamente sobre los elementos caracterizadores de la gran corrupción que se acaban de exponer adolecería, sin embargo, de importantes lagunas o inconvenientes. Al-

gunas de ellas derivan de las dificultades existentes para explicitar en términos de tipicidad (o *actus reus*) las diversas modalidades comisivas que puede adoptar el abuso de poder constitutivo de gran corrupción (cohecho, malversación, prevaricación, etc.); otras, de las indeseables consecuencias político-criminales a las que llevaría la concreción de ciertos elementos (como el sujeto activo o el desvalor de resultado) mediante el empleo de criterios demasiado rígidos, o utilizando términos jurídicos con significados distintos, cuando no claramente divergentes, en los diferentes sistemas legales existentes (fundamentalmente, *common law* y *civil law*). Finalmente debe mencionarse, aunque de forma sucinta, las evidentes dificultades políticas que suscita la tipificación de la gran corrupción como crimen internacional.

2.1. *Delimitación de las conductas típicas*

La Uncac no define estrictamente lo que es corrupción, sino que obliga, en algunos casos, o recomienda, en muchos otros, a los Estados parte a sancionar como delito diversas conductas que son descritas de forma más o menos ambigua o repetitiva a lo largo de su articulado. Tratar de unificar esa enorme variedad de formas delictivas en la tipificación autónoma de un único crimen perseguible a nivel internacional (cuya redacción debe ser clara, concisa y, sobre todo, consensuada globalmente) constituye una tarea técnicamente compleja, que también conlleva un importante riesgo: el de obviar en el proceso de elaboración la observancia de ciertas garantías fundamentales, como el principio de taxatividad de los tipos penales.

Así, por ejemplo, en relación con la determinación del *factor económico*, resulta claro que fijar una cuantía concreta a partir de la cual dotar de relevancia jurídico-penal a los casos de gran corrupción provocaría importantes lagunas y desigualdades en su persecución. Otro tanto puede decirse respecto de la concreción del *factor político* a través de la configuración del sujeto activo del delito; ciertamente la Uncac contiene varias definiciones de lo que ha de entenderse por «funcionario público», pero

tales definiciones resultan, respecto de la gran corrupción, demasiado amplias por un lado y demasiado estrictas por otro, al permitir la inclusión de cualquier persona conectada con el desempeño del servicio público, pero posibilitar la exclusión de ciertos individuos que si bien *de facto* poseen enorme influencia sobre los dirigentes del país o región afectados, no ejercen *de iure* funciones públicas.

2.2. *Diferencias entre sistemas: common law y civil law*

Una propuesta *de lege ferenda* redactada a partir de las leyes y jurisprudencia imperantes solo en uno los dos grandes sistemas legales predominantes (*common law* y *civil law*) difícilmente será compatible con las instituciones, principios y garantías penales de aquellos países cuyos ordenamientos jurídicos son tributarios del otro sistema. Es preciso tener en cuenta la coexistencia de ambos cuando se trata de promover la tipificación de la gran corrupción como crimen internacional, pues para proceder a dicha tipificación ha de existir un consenso sólido de los diferentes Estados implicados. Es más: buena parte de la argumentación emitida en la práctica por los propios tribunales internacionales (y especialmente por la CPI) va dirigida a limar las asperezas y aparentes contradicciones entre ambos sistemas que pudieran surgir de la interpretación unívoca de los preceptos que aplican, precisamente con el fin de asegurar el apoyo internacional a la labor que desarrollan.

2.3. *La cuestión política*

A las dificultades técnicas expuestas hasta el momento hay que añadir finalmente otra nada desdeñable, de carácter político, que afecta al propio funcionamiento de los tribunales internacionales y a la creación de los instrumentos normativos que le sirven de base (el largo camino andado hasta la introducción del crimen de agresión en el Estatuto de Roma es un claro ejemplo de ello). Y es que, si no se cuenta con un consenso claro sobre la *manera técnica* y la *necesidad política* de tipificar un determinado hecho, la tarea estará definitivamente abocada al fracaso.

3. *Estrategias para perseguir la gran corrupción a través de la CPI*

El hecho de que se afirme que pretender tipificar de forma autónoma, y con trascendencia internacional, el fenómeno de la gran corrupción constituye una tarea de enorme complejidad no debe interpretarse como una renuncia a toda estrategia en este sentido. Antes, al contrario, se trata de poner de manifiesto que dicha tarea ha de emprenderse sin perder de vista las enormes dificultades que suscita, y sin desdeñar el abordaje en paralelo de otras estrategias que, si bien quizá resulten menos directas, pueden procurar resultados más inmediatos en la práctica. En otras palabras: merece la pena detenerse a considerar las posibilidades que al respecto plantean las instituciones penales internacionales que ya existen y que ya están consolidadas. En este contexto, parece fuera de toda duda que la institución de referencia ha de ser la Corte Penal Internacional. La CPI cuenta entre sus cualidades con el hecho de que fue creada como consecuencia de un gran consenso internacional, sus actuaciones se regulan por un acervo normativo consolidado, pero al mismo tiempo susceptible de interpretación, y de su funcionamiento se ha derivado una escueta, pero al mismo tiempo detallada jurisprudencia, que ha ido perfilando los contornos de los diferentes elementos típicos que conforman los diferentes crímenes internacionales que caen bajo su competencia.

3.1. *Estrategia de tipificación autónoma*

Una definición del crimen de gran corrupción que se adecue al estilo empleado en la redacción de los comportamientos típicos incluidos en el Estatuto de Roma presentaría indudables ventajas, entre las que destaca la posibilidad de superar las diferencias existentes entre los sistemas de *common law* y *civil law* con la ayuda de los instrumentos conceptuales propios que, precisamente con tal finalidad, ha ido elaborando la doctrina y jurisprudencia de la CPI. A partir de tales coordenadas, un intento de definición de la gran corrupción como crimen internacional que en

hipótesis podría ser en un futuro incluido dentro del ámbito competencial de la CPI sería el siguiente:

1. Constituye «crimen de gran corrupción» los actos de corrupción cometidos por una persona con un alto nivel de poder o gobierno que producen una distorsión de las políticas o funciones centrales de un Estado, beneficiándose a expensas del bien común y resultando en:

(i) La privación, en todo o en parte, a la población de ese Estado o a un grupo social concreto, de uno o más derechos fundamentales relacionados con la gestión de los asuntos públicos, establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos; y

(ii) La apropiación, incautación o desvío de fondos o recursos públicos valorados en una cantidad equivalente o superior a 1000 veces el ingreso promedio anual de los hogares de tal Estado.

2. A los efectos del párrafo 1:

(i) Por «actos de corrupción» se entenderá cualquiera de los siguientes actos cuando se cometa intencionadamente, de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción:

- a) Soborno;
- b) Malversación, apropiación indebida u otras desviaciones de bienes por un funcionario público; o
- c) Tráfico de influencias.

(ii) Por «persona con un alto nivel de poder o gobierno» se entenderá funcionarios de alto rango o personas que ejercen niveles significativos de influencia, control o autoridad, *de facto* o *de iure*, en las esferas de decisión política del país o región afectados.

(iii) Por «una distorsión de las políticas o funciones centrales de un Estado» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión sistemática de uno o varios actos de corrupción que desvíen la gestión de los asuntos y bienes públicos de sus legítimos fines.

Una definición similar a la anterior presentaría varias ventajas de partida:

- a) La determinación de las diferentes conductas típicas se realiza por remisión al instrumento internacional sobre lucha contra la corrupción más consolidado: la Uncac.
- b) El contenido de injusto se construye a partir de la exigencia de un doble desvalor de resultado: la privación de derechos fundamentales básicos unido a un enriquecimiento ilícito de considerable entidad, que habrá de ser cuantificado en relación con el nivel económico del país afectado.
- c) Se configura el factor político presente en todo fenómeno de gran corrupción desde una perspectiva también doble: la descripción del sujeto activo (que parte de la contemplación de la influencia ejercida, *de facto* o *de iure*, en los ámbitos del poder político) y el carácter sistemático que han de poseer los concretos actos calificables como de corrupción.

3.2. *Estrategia basada en las fases de investigación y enjuiciamiento*

Consiste en propugnar la relevancia jurídica de los factores caracterizadores de la gran corrupción en aquellas situaciones y casos en que se constaten todos los elementos necesarios para afirmar la tipicidad de cualquier crimen internacional competencia de la CPI. Se trata de que la existencia de indicadores inequívocos de gran corrupción, como factores desencadenantes o coadyuvantes de tales crímenes, no pase desapercibida en dos fases claves en el enjuiciamiento de tales hechos: la fase de investigación y la fase de individualización de la pena.

Como se sabe, no todos los casos de crímenes internacionales que caen bajo la competencia teórica de la CPI son efectivamente investigados y enjuiciados. Para ello resulta necesario que previamente superen el doble «test de complementariedad» que se recoge *a contrario sensu* en el artículo

17 ER y que implica dos aspectos: la constatación de un umbral adicional de gravedad en la situación o caso [artículo 17(1)(d) ER] y la denominada complementariedad *stricto sensu*, en cuya virtud debe analizarse la actividad (o inactividad) desplegada por el Estado parte en el enjuiciamiento del crimen [artículo 17(1)(a)-(c) ER].

Dos de los criterios empleados para afirmar la gravedad adicional del caso de cara a su admisibilidad ante la CPI resultan idóneos a la hora de dotar de relevancia a los signos inequívocos de gran corrupción, atendiendo a lo establecido en la regulación 29.2 del Reglamento de la Oficina del Fiscal de la CPI respecto de la iniciación de la investigación o persecución de una situación: el *modo de comisión* (que puede manifestarse en un abuso de poder *de facto* o *de iure*) y el *impacto* (en la medida en que los casos de gran corrupción provocan un grave impacto social y económico). La estrategia a seguir en este contexto consistiría en propugnar que, en futuras situaciones o casos, la Fiscalía de la CPI afirme de forma explícita la presencia de la suficiente «gravedad adicional» exigida por el artículo 17(1)(d) ER, siempre que concurren los indicadores esenciales de la gran corrupción.

Por otro lado, y en relación con la complementariedad *stricto sensu* (que implica la admisibilidad del caso ante la CPI por inactividad del Estado inicialmente competente para enjuiciarlo), el factor impunidad que caracteriza a los fenómenos más graves de gran corrupción puede ser identificado tanto en supuestos de falta de voluntad (por ejemplo, el Estado a través de su fiscalía no persigue a los corruptos porque estos forman parte del mismo gobierno) como de incapacidad (por ejemplo, los órganos del sistema judicial del país o región se hallan bajo amenazas de los corruptos). En este contexto, la estrategia propuesta radicaría en propugnar la admisibilidad del caso ante la CPI siempre que se constate que la gran corrupción impide, *de facto* o *de iure*, un efectivo enjuiciamiento de los culpables en el Estado de comisión con todas las garantías para los intereses de las víctimas y de los ciudadanos.

Finalmente, los signos inequívocos de gran corrupción pueden también adquirir relevancia en la imposición de la pena que conlleva la condena ante la CPI: el factor social, en la medida en que las prácticas corruptas hayan aumentado la *magnitud de los daños causados*; el factor económico, pues el ánimo de lucro intensifica el *grado de intencionalidad*; y los factores sistémico e impunidad, en tanto que *circunstancias modales* que facilitan la comisión de los crímenes. Además, el factor político de la Gran Corrupción puede ser estimado directamente como la circunstancia agravante de *abuso de poder o cargo oficial* [Regla 145(2)(b)(ii) RPP]. La estrategia que se propone en este contexto es propugnar la consideración explícita de los elementos característicos de la gran corrupción como factores o circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de los condenados por crímenes internacionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 78 ER y especialmente en la Regla 145 RPP.

Autora: Esther Hava

(Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Cádiz)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: HAVA, Esther. «Grand Corruption: Strategies for Preventing International Impunity». En *The Indonesian Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 2, pp. 481-521; HAVA, Esther y UGAZ, José. «Cómo definir la gran corrupción». En *Ley contra el crimen organizado, Ley n.º 30077*. Lima: Instituto Pacífico, 2016, pp. 276-298; ROTH-ARRIAZA, Naomi y MARTÍNEZ, Santiago. «Grand Corruption and the International Criminal Court in the “Venezuela Situation”». En *Journal of International Criminal Justice*, 2019, vol 17, pp. 1057-1082; DURI, Jorum. «Definitions of Grand Corruption». En *U4 Helpdesk Answer 2020*, disponible en https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/kproducts/Defining-grand-corruption_FINAL.pdf

I

IMPRESCRIPTIBILIDAD

1. Origen de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales emergió en paralelo al deseo de enjuiciar, tras el final de la Segunda Guerra Mundial, a los responsables nazis de cometer crímenes de guerra, crímenes contra la paz o crímenes contra la humanidad. Así, la Control Council Law n.º 10. Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, afirmó: «In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect of the period from 30 January 1933 to 1 July 1945».

Dado que la Control Council Law n.º 10 se aprobó para enjuiciar a nacionales alemanes en Alemania, esta disposición se hizo necesaria para neutralizar y evitar que cualquier plazo de prescripción de responsabilidad penal pudiera eximir de responsabilidad penal por la comisión de crímenes internacionales cometidos en los años de la Alemania nazi.

Sin embargo, una disposición similar no se incluyó en la Carta del Tribunal Internacional Militar de Núremberg, ni posteriormente en los Estatutos de los Tribunales Internacionales Penales de la antigua Yugoslavia y de Ruanda. Esta actitud se ha considerado lógica ya que, en ausencia de una disposición que específicamente estableciera un plazo de prescripción, no se requería nada más que el silencio para poder enjuiciar a los presuntos autores de crímenes internacionales. Esta, y no otra, era la auténtica razón de ser de estos tribunales internacionales.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en los códigos penales nacionales, sobre todo en los que siguieron el modelo napoleónico, existen disposiciones que establecen un plazo de prescripción, de duración variable, para el enjuiciamiento de los delitos, incluidos los más graves. A finales de los años sesenta del siglo XX apareció como una posibilidad no descartable que criminales nazis pudieran llegar a beneficiarse de los plazos de prescripción previstos en los códigos penales de los Estados en cuyos territorios se escondían. En el asunto Eichmann, este criminal nazi alegó que su responsabilidad penal había prescrito por el paso del tiempo. Eichmann alegó el plazo de prescripción de 15 años de la responsabilidad penal previsto en el Código Penal argentino. La Corte de Distrito de Jerusalén sentenció que las normas argentinas no eran aplicables en su territorio, añadiendo que, conforme a la legislación israelí, los plazos de prescripción de la responsabilidad penal no se aplican «a los crímenes previstos en esta Ley». La sentencia, dictada el 15 de diciembre de 1961, condenó a Adolf Eichmann a morir en la horca por crímenes contra la humanidad. Este juicio también está considerado como la gran causa judicial del Estado de Israel. La sentencia se cumplió la madrugada del 31 de mayo de 1962 en la prisión de Ramla.

Esta situación no pasó inadvertida al Derecho internacional. Como reacción ante esta posibilidad, el 26 de noviembre de 1968 se adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. En el ámbito regional europeo, el Consejo de Europa también adoptó, el 25 de enero de 1974, el Convenio europeo sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Estos dos tratados internacionales no han tenido una amplia aceptación. El primero tiene 56 Estados partes, mientras que el segundo solo tiene ocho Estados partes. No obstante, se debe resaltar que la Corte de Casación francesa, en su sentencia de 4 de julio de 1987 en el asunto Barbie, afirmó que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad ya formaba parte del Derecho consuetudinario internacional y, por lo tanto, tenía una eficacia universal. Cabe recordar que Klaus Barbie fue el excomandante de

la Gestapo conocido como el Carnicero de Lyon, de 73 años de edad, y fue condenado a reclusión criminal perpetua después de que la Corte de Casación emitiera el veredicto de culpable por crímenes contra la humanidad cometidos durante su actividad como jefe de la policía secreta en Lyon durante los años de la ocupación alemana, entre 1942 y 1944.

Aunque los debates que surgieron en torno a la adopción del artículo 29 del Estatuto de Roma por el que se estableció la Corte Penal Internacional demostraron que no había unanimidad en este aspecto, el resultado final cabe entenderlo como una clara contribución del Estatuto de Roma al desarrollo progresivo del Derecho internacional.

2. *La Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (26 de noviembre de 1968)*

Según el artículo I de esta Convención, los crímenes internacionales que se declaran imprescriptibles, «cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido», son los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de genocidio:

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las «infracciones graves» enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;
- b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones

Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del Derecho interno del país donde fueron cometidos.

Por su fecha de adopción, resulta obvio que esta Convención no se aplica a los crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados sin carácter internacional.

Las personas que pueden ser perseguidas por estos crímenes, sin posibilidad de prescripción de la acción penal ni de la pena, son las siguientes:

Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el Artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración (art. II).

Los Estados Partes en esta Convención asumen las dos obligaciones que se describen en sus artículos III y IV:

Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el Derecho internacional, de las personas a que se refiere el Artículo II de la presente Convención (art. III).

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida (art. IV).

3. *Convenio europeo sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (25 de enero de 1974)*

Conforme al artículo 1 del Convenio europeo:

[...] cada Estado contratante se compromete a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción no se aplique a la persecución de los siguientes crímenes, ni a la ejecución de las penas impuestas por ellos, en la medida en que sean punibles según su Derecho interno:

1) los crímenes contra la humanidad especificados en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio adoptada el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas;

2) a) las violaciones especificadas en el artículo 50 del Convenio de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, el artículo 51 del Convenio de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, el artículo 130 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y el artículo 147 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra,

b) toda violación comparable de las leyes de la guerra vigentes en el momento de la entrada en vigor del presente Convenio y de las costumbres de la guerra existentes en ese momento, que no estén ya previstas en las disposiciones de los Convenios de Ginebra antes mencionados, cuando la violación específica considerada sea de una gravedad particular, ya sea por sus elementos fácticos e intencionales o por la amplitud de sus consecuencias previsibles;

3) cualquier otra violación de una norma o costumbre de Derecho internacional que pueda establecerse en lo sucesivo y que el Estado contratante interesado considere, según una declaración formulada en virtud del artículo 6, que es de naturaleza comparable a las mencionadas en los párrafos 1 o 2 del presente artículo.

La enumeración de los crímenes internacionales que se declaran imprescriptibles no está exenta de problemas jurídicos. En primer lugar, el artículo 1.b) de la Convención de las Naciones Unidas declaraba imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad, incluido el crimen de genocidio, «aun si esos actos no constituyen una violación del Derecho interno del país donde fueron cometidos». A diferencia de ello, de manera más restrictiva e injustificada, el encabezamiento del artículo 1 del Convenio europeo limita la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales solo «en la medida en que sean punibles (en el) Derecho interno» de cada Estado contratante. Es decir, con ello la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales deja de ser una exigencia del derecho internacional para convertirse en una característica discrecional de los derechos internos de los Estados contratantes: en aquellos Estados contratantes donde no se tipificaran estos crímenes internacionales no serían imprescriptibles pese a haber ratificado o haberse adherido al Convenio europeo.

En segundo lugar, el artículo 1.1) del Convenio europeo solo se aplica al crimen de genocidio, considerado en la época de su adopción como un crimen internacional más dentro de los crímenes contra la humanidad, pero excluye a todos los restantes crímenes contra la humanidad, que sí están incluidos en el artículo 1.b) de la Convención de las Naciones Unidas.

En tercer lugar, el Convenio europeo tipifica con un carácter muy restringido los comportamientos que se pueden considerar como crímenes de guerra imprescriptibles. El artículo 1.2.a) solo permite considerar como crímenes de guerra las «infracciones graves» cometidas en violación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aplicables exclusivamente a los conflictos armados de carácter internacional. Es cierto que el artículo 1.2.b) en apariencia amplía la posibilidad de considerar a otros crímenes de guerra que se puedan cometer en los conflictos armados internacionales. Pero esta es una posibilidad muy restringida, ya que se requiere el doble requisito de que esos otros hipotéticos crímenes de

guerra, además de no estar previstos en los Convenios de Ginebra de 1949, estuvieran ya «vigentes en el momento de la entrada en vigor del presente Convenio» y ello con independencia de que se tratase de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias. Es cierto, no obstante, que la tardía entrada en vigor de este Convenio europeo, que se produjo el 27 de junio de 2003, ha mitigado en la práctica estos requisitos. No obstante, esta disposición genera inseguridad jurídica, pues dependerá exclusivamente de la discrecionalidad de los jueces nacionales de cada Estado contratante apreciar si, en los «nuevos» crímenes de guerra que puedan aparecer, debe apreciarse o no su carácter de imprescriptibles, lo que ocurrirá únicamente cuando cada juez nacional aprecie que «la violación específica considerada sea de una gravedad particular, ya sea por sus elementos fácticos e intencionales o por la amplitud de sus consecuencias previsibles».

En cuarto lugar, el artículo 1.3) del Convenio europeo prevé una vía para que, en el futuro, se pueda extender la consideración de su carácter imprescriptible a otros crímenes internacionales. A diferencia de lo que acabamos de comentar, en este caso no se deja ninguna discreción de apreciación al juez nacional, ya que expresamente se requiere que «el Estado contratante interesado considere, según una declaración formulada en virtud del artículo 6, que es de naturaleza comparable a las mencionadas en los párrafos 1 o 2 del presente artículo».

Esta idea está repetida y ampliada en el artículo 6, que afirma:

- 1) Todo Estado contratante podrá, en cualquier momento, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, extender el presente Convenio a las infracciones previstas en el apartado 3 del artículo 1 del presente Convenio.
- 2) Toda declaración hecha en virtud del párrafo anterior podrá ser retirada según el procedimiento previsto en el artículo 7 del presente Convenio.

Esta posibilidad no casa muy bien con el último párrafo del preámbulo de este Convenio, en el que se afirma el deseo de perseguir «el interés esencial de promover una política penal común en este ámbito, siendo el objetivo del Consejo de Europa lograr una mayor unidad entre sus miembros», toda vez que se tratará de casos de diversidad normativa entre los propios Estados contratantes en este Convenio.

Hasta la fecha, solo dos Estados contratantes han formulado declaraciones en este sentido. Holanda declaró, el 25 de noviembre de 1981, que: «Las infracciones especificadas en el artículo 85 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 internacionales (Protocolo I), del 12 de diciembre de 1977, deben considerarse, a los efectos del párrafo 3 del artículo 1, como violaciones de naturaleza comparable a las mencionadas en el párrafo 2 del artículo 1, cuando estas infracciones sean particularmente graves en vista de las circunstancias reales y de la medida de la intención del autor, así como de la magnitud de las consecuencias previsibles». Por su parte, el 26 de marzo de 2003, Bélgica declaró de manera más genérica que: «El Gobierno del Reino de Bélgica estipula que el artículo 2 del Convenio se entiende sin perjuicio de cualquier norma de Derecho internacional que obligue a Bélgica y de cualquier ley belga que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance».

Otra disposición importante y criticable del Convenio europeo está contenida en su artículo 2. Conforme a la misma:

- 1) El presente Convenio se aplica a las infracciones cometidas después de su entrada en vigor con respecto al Estado contratante en cuestión.
- 2) Se aplica también a las infracciones cometidas antes de dicha entrada en vigor en los casos en que el plazo de prescripción no haya expirado en ese momento.

Esta disposición es criticable, pues prohíbe la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. A diferencia de ello, recordamos que el artículo I de la Convención de las Naciones Unidas, en su encabezamiento, afirma que estos crímenes son imprescriptibles «cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido». En el caso de la Convención de las Naciones Unidas, se consideró que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales ya estaba reconocida con anterioridad por el Derecho internacional consuetudinario, limitándose a declarar lo que ya existía. Por el contrario, el Convenio europeo consideró mucho más restrictivamente, que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra se creaba a partir de su entrada en vigor.

4. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Aunque durante las negociaciones del Estatuto de Roma hubo algunos Estados que se manifestaron en contra del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, finalmente, el artículo 29, bajo la rúbrica «imprescriptibilidad», afirma que: «Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán».

La clara redacción de esta norma ha eliminado cualquier duda acerca del carácter internacional de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Cabe recordar que los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional son el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (artículo 5). En el pasado ha habido algún caso en el que los Estados rechazaron extraditar a presuntos autores de crímenes internacionales si tales crímenes habían prescrito conforme a su legislación nacional. El artículo 29 del Estatuto de Roma frenaría los argumentos del Estado que se negase a extraditar por la previsión de plazos de prescripción en su Código Penal nacional. Esta actitud se podría considerar como una infracción del artículo 29 del Estatuto de Roma. Además, en virtud del principio de complementariedad de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (artículo 1), la Corte sería competente para juzgar a tal individuo, si los

tribunales nacionales apreciaran cualquier plazo de prescripción nacional respecto de los crímenes internacionales cometidos por un individuo.

Autor: Valentín Bou Franch
(Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Valencia, España)
 ORCID Id.: <https://orcid.org/0000-0002-4046-6337>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: SCHABAS, William A. «Article 29. Non-applicability of statute of limitations». En: TRIFFTERER, Otto (editor). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article*. Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 523-526; VAN DER WYNGAERT, Christine y DUGARD, John. «Non-applicability of Statue of Limitations». En: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, John R.W. D. *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 1., Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 873-888.

INTERÉS DEL MENOR

El principio del interés del menor o interés superior del niño y la niña es considerado como uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y, por algunos, un derecho individual en sí mismo (concretamente, el derecho a que sus mejores intereses sean evaluados). El concepto se refiere al menor («al niño») en sentido amplio, incluyendo, por lo tanto, a los menores como grupo.

Para entender este principio es necesario comprender previamente los orígenes del concepto (1). Ello permite establecer su concreción en el marco del Derecho internacional (2), atendiendo especialmente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (3), así como a su configuración en la Unión Europea (UE) (4).

1. Orígenes del principio y análisis del concepto

El principio del interés del menor es fruto de la generalización del sistema de bienestar de principios del siglo XX, y tuvo su primer reflejo jurídico en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, así como en el artículo 5(b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.

La CDN fue adoptada el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, cambiando la visión dada a la figura del menor que, hasta entonces, era visto como un ente necesitado de protección (véase a modo de ejemplo la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924), para pasar a convertirse en un sujeto de derecho. Así pues, la CDN supuso un avance en la protección de los menores al otorgarles un «nuevo estatus» más allá de su consideración como personas con necesidad de protección, considerándolos como a seres con quienes contar durante el proceso de toma de decisión. En este sentido, el artículo 3.1 de la CDN consagra que:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Atendiendo a este precepto, es necesario esclarecer cuál es el objetivo de la CDN al utilizar esta terminología. Por un lado, la utilización de la expresión «se atenderá» define una obligación de los Estados de otorgar el peso adecuado a estos intereses al realizar la ponderación, creando así una responsabilidad de estos de proteger a los menores. Por otro lado, el uso de los términos «consideración primordial» implica que estos intereses han de ser interpretados como en una categoría superior frente al resto de apreciaciones, de modo que al hacer una ponderación entre los intereses primen los del niño. El fundamento que subyace a este principio es la especial situación de los menores en la medida en que se

consideran un colectivo vulnerable, dependiente y con un estatus legal limitado.

Tradicionalmente se han atribuido dos funciones a este principio: una de control y otra de solución. La función de control se entiende en tanto en cuanto el principio se invoca en salvaguardia del correcto ejercicio de derechos y obligaciones de los menores; mientras que la función de solución se define puesto que este ha de estar presente en las tomas de decisiones que afecten a los niños. En cualquier caso, más allá de las funciones atribuidos, el objetivo final de este concepto es asegurar el bienestar del menor y la máxima protección de sus derechos.

2. Concreción del principio en el marco del Derecho internacional

El interés del menor es un concepto jurídicamente complejo que se ha tratado de objetivizar en varios textos nacionales, regionales e internacionales con mayor o menor precisión. En la mayoría de casos se ha tratado de desarrollar el concepto para materias concretas (migración, tutela parental, etc.), pero también *in abstracto*. En particular, destaca la Observación General 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Doc. ONU CRC/C/GC/14) (en adelante, OG 14).

En la OG 14, el Comité de los Derechos del Niño define el principio de forma triple (I.A.6.). En primer lugar, como un «derecho sustantivo» de aplicación directa que genera una obligación a los Estados, quienes han de tener en consideración especial el principio en toda decisión que afecte a un menor. En segundo lugar, como «principio jurídico interpretativo fundamental», de modo que se requiere interpretar cualquier precepto de la forma más protectora para los intereses del menor. En tercer lugar, como «norma de procedimiento», en tanto en cuanto es necesario considerar el principio en toda toma de decisión afectante a un menor (individual o grupalmente).

En línea con la voluntad de aclarar la noción aquí presentada para materias concretas, la Agencia de Refugiados de la Organización de las Naciones Unidas (Acnur) presentó asimismo unas Directrices para la determinación del interés superior del niño (2008). En estas se trata de establecer un mecanismo para determinar el interés superior del menor, haciendo especial hincapié en el procedimiento de evaluación del mismo. Para ello, se destaca la interoperabilidad de las normas recogidas en la CDN con otros instrumentos internacionales y regionales, así como la jurisprudencia internacional y nacional sobre el principio.

En especial, señala que se ha de tener en consideración, en el caso de niños refugiados, tres elementos clave: en primer lugar, tratar de identificar y concretar soluciones duraderas a los conflictos planteados; en segundo lugar, establecer medidas de cuidado temporal para los menores no acompañados mientras se toman dichas soluciones; y, en tercer lugar, considerar la posible separación del menor de sus padres, cuando sea lo más indicado para el niño en cuestión.

A nivel estatal son múltiples las alusiones al interés del menor y sus implicaciones en la aplicación del Derecho nacional, así como disposiciones de desarrollo del concepto. A título ejemplificativo, la *Children Act* inglesa de 1984 recoge una serie de criterios que los jueces han de tener en cuenta como extensión de este principio (la opinión del menor, su estado físico, emocional, edad, personalidad, etc.); así como la enmienda de 2021 del *Divorce Act* canadiense recoge expresamente la importancia de la tutela parental conjunta en aquellos casos que se pueda.

En España, la protección del interés del menor se haya principalmente en el artículo 39.4 de la Constitución española, que remite a la salvaguarda de los derechos de los niños establecida por los acuerdos internacionales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido la relevancia interpretativa de dicho interés (STC 186/2013, de 4 de noviembre), siempre y cuando se utilice para limitar otros derechos fundamentales en casos en que se aprecie un riesgo para el menor (STC

141/2000, de 29 de mayo). Asimismo, entre otras disposiciones, destaca el Capítulo I del Título I de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determina el ámbito e interés superior del menor. En esta Ley se establecen los criterios de ponderación a tener en cuenta: edad, madurez del menor, la necesidad de estabilidad, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, etc.

3. El principio del interés del menor según la jurisprudencia del TEDH

El TEDH ha invocado numerosas veces el principio del interés del menor, en especial en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), respecto al derecho al respeto a la vida privada y familiar. Sin embargo, un número elevado de casos han sido contemplados desde el punto de vista de los derechos de los padres en vez de los menores.

En su jurisprudencia, el TEDH se ha referido puntualmente a la Declaración Europea de Derechos Humanos, así como a la OG 14. Así pues, en el caso *G. S. c. Georgia*, de 21 de julio de 2015, utiliza esta Observación para reafirmar que el principio que aquí nos concierne ha de ser la consideración principal en todo caso relativo a menores.

En este sentido, el TEDH ha sido partícipe del proceso de clarificación de este principio, estableciendo su particular importancia a la hora de poner en equilibrio los intereses del menor y de los padres (caso *Olsson c. Suecia*, de 27 de noviembre de 1992, entre otros). Asimismo, en casos donde se plantea el derecho de uno de los padres a un régimen de visitas, el TEDH ha establecido que, si hay tests psicológicos que lo desaconsejan, dichas visitas son opuestas al interés del menor (caso *Hoppe c. Alemania*, de 5 de diciembre de 2002); manteniendo que el Estado no se encuentra en ningún caso obligado a facilitar el contacto entre menores y sus progenitores (caso *Edina Toth c. Hungría*, de 30 de enero de 2018). Del conjunto de la jurisprudencia, destaca que lo principal es que la opi-

nión del menor sea verdaderamente considerada y no solo escuchada (G. N. c. Polonia, de 19 de julio de 2016).

En particular, en los casos de sustracción de menores, donde el interés del menor tiene una importancia singular, se aplica lo establecido en el Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores de 1980. Tradicionalmente, los tribunales nacionales han otorgado la custodia al progenitor que sufre la separación debido a las acciones unilaterales del otro, pero, desde 2010, el TEDH ha dejado de aplicar esta solución de manera tan automática para tomar en consideración otros factores que afecten al interés superior del menor, como son el tiempo desde la abducción, la adaptación del menor al nuevo país, su edad, etc. (caso Neulinger y Shuruk c. Suiza, de 6 de julio de 2010). De esta forma, el TEDH ha determinado en ocasiones una violación del artículo 8 del CEDH por parte del Estado al no tomar en consideración todos los elementos para la determinación del interés superior del menor en un procedimiento judicial por la sustracción de una menor (caso X. c. Latvia, de 26 de noviembre de 2013).

4. El principio del interés del menor en el marco jurídico de la Unión Europea

La Unión Europea está comprometida con la protección de los derechos humanos y, en especial, los de los menores (artículo 3.5 del Tratado de la Unión Europea). La Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), contiene en su artículo 24.2 una redacción análoga del artículo 3 CDN, consagrando a nivel europeo la especial consideración del interés del menor en la toma de decisiones que les afecten.

El Programa de Estocolmo, un plan estratégico para la mejora de la seguridad en el territorio de la UE adoptado en diciembre de 2009, establece la necesidad de identificar medidas que promuevan y protejan los derechos de los menores (en particular, en el contexto de la política migratoria común). Estas se concretaron en una serie de Directivas, entre

las que destacan la Directiva 2003/9/CE sobre los solicitantes de asilo, la Directiva 2005/85/CE sobre la condición de refugiado, y la Directiva 2008/115/CE sobre el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. En todas ellas se determina que es imperioso observar el interés del menor antes de adoptar una decisión. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el caso MA, sobre la jurisdicción de una petición de asilo de un menor, determinó que en el traslado de menores no acompañados solicitantes de asilo sin familiares en ningún Estado miembro, el Estado donde el menor se encuentra es el responsable de la solicitud, en conformidad con el interés superior del menor (STJUE de 6 de junio de 2013, C-648/11).

El interés del menor tiene una trascendencia especial en el ámbito del Derecho de familia europeo. La Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar incorpora la obligación para los Estados miembros de velar por el «interés mejor del menor» (artículo 5.5 de la Directiva). Sin embargo, el uso de este concepto por el TJUE dista de ser sistemático y claro. En un número elevado de casos juzgados por el TJUE no hay referencia alguna a este principio, sino a otras disposiciones normativas como son los tratados y la CDFUE.

El TJUE ha señalado varias veces que el CDN es uno de los instrumentos jurídicos aplicables y de obligado cumplimiento para los Estados miembros (entre otras, STJUE de 27 de junio de 2006, C-540/03). No obstante, el TJUE ha tenido una tendencia a recurrir directamente a las disposiciones sobre ciudadanía europea y la libertad de movimiento en vez de a la CDN para proteger los derechos de los niños. Así, en el caso Baumbast el TJUE estableció el derecho de la menor a permanecer en la Unión para completar su educación habida cuenta del ejercicio del derecho de la libre circulación del padre con base en la normativa europea (STJUE de 17 de septiembre de 2002, C-413/99). De la misma manera, en el caso Ruiz Zambrano no hay mención alguna al interés superior del menor (STJUE de 8 de marzo de 2011, C-34/09), a pesar de tratar sobre una denegación de residencia de las autoridades belgas a los

padres de los menores, que, en consecuencia, privaría a estos de sus derechos inherentes como ciudadanos europeos.

La protección de los menores y, en especial, de sus mejores intereses, es uno de los objetivos donde mayor consenso se ha sido alcanzado a nivel internacional. Sin embargo, se trata de un concepto todavía por concretar que requiere de extensa interpretación por la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales, así como de disposiciones normativas para materias concretas.

Autora: María Carro Pitarch

(Investigadora predoctoral contratada - ACIF 2021, Universidad de Valencia.

Master of European Law - LLM del Colegio de Europa - Brujas, Bélgica)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles. «El principio del interés del menor en la justicia». En DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos; PICÓ I JUNOY, Joan y ABEL LLUCH, Xavier. *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*. Barcelona: J. M. Bosch, 2018, pp. 25-52; POBJOY, Jason M. «The best interests of the child principle as an independent source of international protection». En *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, n.º 64, pp. 327-363; SANZ CABALLERO, Susana. «Towards a uniform and informed interpretation of the best interests of the child by the judiciary: Inter-American and European jurisprudence». En *The International Journal of Children's Rights*, 2021, n.º 29, pp. 54-77.

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PERSONALES

Las medidas relacionadas con la intervención de las comunicaciones personales privadas conforman una serie de diligencias de investigación, restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que puede acordar la autoridad judicial en la fase de instrucción del proceso penal. Dependiendo del tipo de comunicación que se pretenda co-

nocer, la forma de intervención será diferente, pero su finalidad será en todo caso la obtención de datos que hagan posible la averiguación del sujeto(s) responsable(s) del hecho delictivo, de las circunstancias de comisión del mismo, y de la obtención de material incriminatorio suficiente que pueda hacerse valer en la fase de juicio oral.

1. Presupuestos constitucionales

Como toda medida restrictiva de un derecho fundamental exige, para su válida adopción, la observancia de dos presupuestos constitucionales: el respeto al principio de proporcionalidad y la intervención judicial.

La previsión constitucional del principio de proporcionalidad se deduce del análisis de los artículos 1.1., 9.3. y 10 CE, y su relevancia se hace patente por su ubicación en sede de derechos fundamentales, lo que hace posible la interposición del recurso de amparo ante su vulneración.

Dicho principio se fundamenta en dos presupuestos básicos, uno de carácter formal, como es el principio de legalidad, y otro de carácter material, representado por el principio de justificación teleológica. En virtud del primero, la medida de intervención de las comunicaciones, cualquiera que sea su clase, ha de estar prevista legalmente, como dispone el artículo 8.2. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Dicha previsión, conforme a la STEDH de 30 de julio de 1998 (caso Valenzuela Contreras), exige que las condiciones y garantías que deben respetarse en la adopción y ejecución de la medida figuren con suficiente precisión en la legislación nacional (STC 49/1999, de 5 de abril). El principio de justificación teleológica requiere que las intervenciones respondan a un fin legítimo en un Estado de derecho.

Además, el principio de proporcionalidad, entendido como la prohibición de exceso por parte de los poderes públicos, engloba a su vez otros tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad supone que la adopción de cualquier me-

dida limitativa de un derecho fundamental ha de ir precedida de un riguroso examen sobre su aptitud para la obtención del fin perseguido. La necesidad conlleva que, de todas las medidas que el órgano jurisdiccional ha considerado aptas para el fin perseguido, se debe elegir aquella que cause menor lesión al sujeto afectado. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto significa que el órgano jurisdiccional deberá valorar, a través de la ponderación de los intereses en conflicto, si se justifica el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones de un individuo en relación con la entidad del interés estatal que se trata de proteger

Por el contrario, la intervención de la autoridad judicial sí se recoge expresamente en el artículo 18.3 CE, que «[...] garantiza el secreto de las comunicaciones [...], salvo resolución judicial», esto es, establece una reserva jurisdiccional para la limitación de este derecho fundamental.

Establecida constitucionalmente la exigencia de resolución judicial previa para la ejecución de la intervención de las comunicaciones, nada dice la Constitución sobre la forma que debe adoptar dicha resolución, ni sobre la necesidad de su motivación. Pese a ello, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC de 17 de julio de 1981, 62/1982, de 15 de octubre, 13/1985, de 31 de enero y 37/1989, de 15 de febrero), la motivación suficiente de las resoluciones donde se acuerden medidas restrictivas de derechos fundamentales resulta una obligación ineludible para el juez. La motivación se convierte así en un requisito imprescindible para que la intervención acordada por la autoridad judicial pueda considerarse constitucional. Así lo reclama también el propio principio de proporcionalidad, en cuanto que el incumplimiento del deber de motivación puede llevar a la creencia de que el órgano jurisdiccional no ha valorado suficientemente los intereses en conflicto.

Sin embargo, es preciso señalar que la previsión constitucional relativa a la observancia del principio de proporcionalidad y a la intervención judicial, no es en sí misma suficiente para la adopción de este tipo de medidas. Resulta imprescindible para la injerencia en el derecho fundamen-

tal, la concurrencia de los principios y requisitos fijados expresamente en una ley de desarrollo, que, junto con la absoluta necesidad de la medida y su proporcionalidad, hagan posible su utilización procesal. Para el Tribunal Constitucional, la limitación de un derecho fundamental ha de tener su base en una resolución judicial motivada y fundamentada en una inexcusable previsión legislativa.

2. Regulación legal

Hasta la entrada en vigor de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, el régimen jurídico de las medidas de intervención de las comunicaciones era prácticamente inexistente. La Ley de Enjuiciamiento Criminal se limitaba a recoger las medidas de intervención postal, telegráfica y telefónica, trasladando la exigencia de autorización judicial prevista constitucionalmente, y fijando un plazo, excesivamente amplio, durante el cual se podía mantener la interceptación. Esta deficiente previsión fue puesta de manifiesto en varias ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tomando como referencia el artículo 8.2. CEDH, exige que la ley que desarrolle estas medidas resulte «asequible» para el ciudadano, y proporcione la información necesaria sobre las normas aplicables al caso concreto.

Lo primero que cabe señalar es que a través de la nueva regulación se incorpora a la norma procesal penal un completo y detallado régimen jurídico de las medidas de investigación tecnológica. No se puede dejar de mencionar que la regulación actual trae causa principalmente de la extensa y minuciosa labor jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

La previsión de la proporcionalidad se contempla ahora en el artículo 588 bis a), que lo desarrolla en todo su contenido. Además, se recoge

también expresamente el contenido de la resolución judicial autorizante, se fija el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, así como el régimen procesal de la medida.

Para facilitar el cumplimiento del principio de proporcionalidad, el legislador de la Ley 13/2015, introduce en el artículo 588 bis c), el contenido del auto que acuerde una medida de este tipo, fijando así los parámetros mínimos a los que ha de sujetarse. Como paso previo, resulta también de suma importancia la identificación de los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito, y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo. Así lo considera el legislador al introducir en el artículo 588 bis b) LECrim, el contenido de la solicitud policial o del Ministerio fiscal. Con ello, se proporcionan al juzgador los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la comisión del hecho delictivo, y de la participación del sujeto o de los sujetos investigados, datos que van a resultar determinantes para la adopción de la medida.

3. *Ámbito objetivo de aplicación*

La gravedad de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones personales conlleva que una medida de este tipo solo pueda adoptarse respecto de determinados delitos, cuya gravedad permitirá la limitación del derecho fundamental. A ello responde la ordenación del límite delictivo que se introduce en la nueva redacción del artículo 579.1 LECrim, respecto de la intervención de la correspondencia escrita y telegráfica, y cuya aplicación se extiende a todas las intervenciones telefónicas, telemáticas y ambientales, por mandato expreso de los artículos 588 ter a) y 588 *quater* b), y que también es objeto de previsión específica en otras intervenciones.

Así, se permite la intervención respecto de los siguientes hechos delictivos:

- Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- Delitos de terrorismo.

A estos tres supuestos se añaden, en el artículo 588 ter a), los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos, o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación.

4. Ámbito subjetivo de aplicación

Parece evidente que la determinación del sujeto pasivo de la medida y su relación con el hecho delictivo investigado deberá integrarse en la resolución judicial autorizante. Sin embargo, no se puede obviar que en muchas ocasiones la medida no solo va dirigida a esclarecer las circunstancias de comisión del delito, sino también a averiguar los posibles autores. Por tanto, no es siempre imprescindible que la previa identificación de los titulares o usuarios del medio utilizado para la comunicación, y más concretamente de las líneas telefónicas, se correspondan con los sujetos investigados, resultando legítimas aquellas que, recayendo sobre algunos sospechosos, se orientan a la identificación de otros partícipes.

En este sentido, es preciso abordar dos cuestiones de singular importancia. La primera, relativa a la posibilidad de acordar la intervención respecto de terceras personas contra las que no existe un proceso penal en curso, pero en las que concurre la circunstancia de actuar como intermediarios involuntarios del investigado; y la segunda, centrada principalmente a la medida de intervención telefónica, se refiere al perjuicio que puede causarse a terceros totalmente ajenos a la investigación, pero cuyas conversaciones resultan escuchadas de forma casual por utilizar el mismo aparato telefónico que el sujeto pasivo.

Para que la extensión de la intervención a una tercera persona sea lícita, el juez debe tener constancia, además de la relación que une a ese tercero con el sujeto investigado, de que aquel está siendo utilizado para la comisión del hecho delictivo; constancia que, al igual que la sospecha que se exige para acordar la intervención de las comunicaciones del «imputado», ha de ser cierta y no basada en simples conjeturas o deducciones. Además, en el caso de la medida de intervención telefónica, su ejecución puede afectar también a personas que, sin relación alguna con el hecho investigado, mantienen, ocasional o periódicamente, conversaciones con el investigado. Una escucha en tales condiciones carece de cobertura legal, aunque en muchas ocasiones resulta inevitable, por lo que no podrá ser reproducida en el juicio oral ni entregarse copia a las partes. En estos casos, el juez de instrucción comunicará este hecho a los afectados.

El legislador de la Ley 13/2015, delimita el ámbito subjetivo de este tipo de medidas en varios preceptos. Cuando se ocupa de la regulación de la solicitud de adopción de la medida de intervención y del contenido de la resolución autorizante (artículos 588 bis b) y c), recoge expresamente la mención a la identidad del investigado y de «cualquier otro afectado por la medida», siempre que estos datos sean conocidos. También dedica un precepto en este sentido a la regulación de la afectación de las medidas a terceros (artículo 588 bis h), permitiendo su adopción «[...] con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas». Finalmente, y con más precisión, se ocupa de ello en los preceptos dedicados a las intervenciones telefónicas y telemáticas, concretamente en el artículo 588 ter c) LECrim.

5. *Duración y prórroga de la medida*

La intervención de las comunicaciones personales como medidas restrictivas de un derecho fundamental no pueden acordarse por un tiempo indefinido, de ahí la previsión del artículo 558 bis e) LECrim, al establecer que este tipo de medidas «no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos». *No obstante, el precepto dedicado*

a la duración de la intervención telefónica (artículo 588 ter g), prevé un plazo máximo inicial de tres meses. La interpretación conjunta de ambos preceptos lleva a la conclusión, de que la autoridad judicial acordará la intervención únicamente por el tiempo que estime necesario para la obtención de resultados efectivos en la investigación, no pudiendo exceder del límite máximo de tres meses marcados por el precepto. Cumplida la finalidad de la medida, o desaparecidos los presupuestos que motivaron su adopción, deberá acordarse su inmediato levantamiento, aunque el plazo previsto no haya sido superado. En el caso de las intervenciones orales directas no se establece un plazo determinado, autorizándose la grabación de las conversaciones que se produzcan en uno o varios encuentros del investigado (artículo 588 quater b LECrim).

Sin embargo, la necesaria determinación de un plazo de duración de las medidas de intervención de comunicaciones no debe impedir que, en determinados supuestos y por razones de la investigación, pueda acordarse su ampliación para garantizar el éxito de la instrucción. Dicha ampliación del plazo se regula también en la Ley procesal penal, limitando la duración de las posibles prórrogas, y exigiendo además una nueva motivación de la resolución por la que se autoricen (artículos 588 bis e.2 y 588 bis f.2 LECrim).

6. Control judicial de la medida

Es obvio, que la ejecución material de la medida será encomendada a funcionarios policiales o a técnicos especialistas, sin embargo, a efectos de que el juez pueda determinar la continuidad o el cese de la medida, deberá constar en la resolución autorizante los extremos de la ejecución, y el procedimiento a seguir tanto en la escucha y grabación, como en la entrega periódica de su resultado. De esta forma, el juez podrá realizar un control tanto de su ejecución, como de los resultados obtenidos, a efectos de determinar su eficacia y continuidad.

El control judicial de la medida durante la fase de ejecución forma parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (SSTS 56/2009 de 3 de febrero; 924/2009 de 7 de abril, 491/2019, de 16 de octubre). Solo a través de dicho control puede supervisarse su desarrollo garantizando el juicio de proporcionalidad. La Ley 13/2015, introduce el artículo 588 bis c), en el que se prevé que la resolución por la que se acuerde la medida deberá reflejar tanto la forma de su ejecución, como la periodicidad con la que se informará al juez de los resultados obtenidos. Además, la ley procesal penal en su artículo 588 ter f), determina la puesta a disposición judicial de las grabaciones íntegras, pero permitiendo también que se adjunte una transcripción de los pasajes de interés, a efectos de que el juez realice el pertinente control judicial.

7. Efectos investigadores y probatorios

Como ya se ha apuntado al tratar el concepto de estas diligencias de intervención de las comunicaciones, su ejecución puede proporcionar datos que permitan la continuación de la investigación y el esclarecimiento tanto del autor del hecho delictivo como de su realización. Constituyen, por tanto, un medio de investigación extraordinariamente útil para la obtención de otros medios de prueba, o para decidir sucesivos actos de investigación.

Al mismo tiempo, pueden también aportar elementos probatorios que, introducidos en el juicio oral, deberán valorarse por el tribunal sentenciador. De esta forma, las medidas de intervención de las comunicaciones personales cumplen con una doble finalidad, investigadora y probatoria, que las convierten en una de las medidas más eficaces en el proceso penal.

Es obvio que, tanto en uno como en otro caso, los datos y elementos obtenidos con la intervención de las comunicaciones han de asegurarse a través de su grabación para incorporarse al juicio oral. La aportación

de las grabaciones originales y su puesta a disposición de las partes en el acto del juicio, se convierten en presupuestos necesarios para que el contenido de las grabaciones tenga eficacia probatoria.

Obviamente, la eficacia investigadora y probatoria de estas medidas, exige su secreto para las partes, por lo que el artículo 588 bis d) LECrim, establece que la solicitud y las posteriores actuaciones relacionadas con la medida deberán sustanciarse en una pieza separada, que será secreta sin que resulta necesario que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

8. Derecho de defensa

Precisamente por el carácter secreto de las medidas de intervención de las comunicaciones personales, el ejercicio del derecho de defensa se pospone al momento en que cesa la medida. Por tal motivo, una vez que se acuerda el cese de la medida, y por tanto se levanta también su secreto, el juez de instrucción deberá poner las grabaciones obtenidas y su transcripción a disposición de las partes, para que puedan proceder a su lectura y audición, en su caso. Examinadas las grabaciones y transcripciones, las partes podrán solicitar la incorporación a estas últimas de conversaciones que inicialmente no se introdujeron, correspondiendo al juez de instrucción la decisión sobre la inclusión o no de estos pasajes.

*Autora: Lourdes Noya
(Profesora titular de Derecho Procesal,
Universidad de Santiago de Compostela)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1991; MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Editorial Castillo de

Luna, 2015; MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; MORENO CATENA, Víctor. «Garantía de los derechos fundamentales en el proceso penal». En *PJ*, 1987, número especial II, p. 131 y ss.

INTERVENCIÓN TELEFÓNICA TRANSFRONTERIZA

La intervención telefónica transfronteriza es la diligencia de investigación que, con el objetivo de esclarecer unos determinados hechos delictivos y concretar la persona o personas de estos responsables, limita el derecho al secreto de las comunicaciones del investigado que se encuentra en un Estado miembro de la Unión Europea distinto del que está conociendo la causa penal. Esta medida es dictada en la fase de instrucción de un proceso penal del Estado emisor de una Orden Europea de Investigación con la finalidad de ser practicada en el Estado donde se encuentre la persona investigada para, en última instancia, utilizar los resultados obtenidos en el proceso penal del país que solicitó la intervención.

1. Definición

Para desglosar los principales términos de la definición que nos corresponde acudir, en primer lugar, al diccionario de la Real Academia Española (RAE), del que se desprende que: *intervención* es la ‘acción y efecto de intervenir’; *telefónica* es lo ‘relativo al teléfono o a la telefonía’; y *transfronteriza* es lo ‘que opera por encima de las fronteras’.

Partiendo de esta base, en el ordenamiento jurídico español se entiende por intervención telefónica la diligencia de investigación propia del proceso penal en la que el juez de instrucción competente limita el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona o personas investigadas, que tiene como objetivo el esclarecimiento de los hechos delictivos y de la persona o personas que pudieron cometerlos.

A esta definición propia de nuestro ordenamiento jurídico interno debemos añadirle el componente transfronterizo en el marco de la Orden Europea de Investigación (OEI), por lo que se entiende por intervención transfronteriza de comunicaciones la diligencia de investigación dictada en la fase de instrucción de un proceso penal interno para ser practicada en el país donde se encuentra la persona o personas sometidas a la medida con la finalidad de utilizar sus resultados en el proceso penal del país que solicitó la intervención.

2. Las intervenciones telefónicas en España

La diligencia de intervención telefónica en España se encuentra regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, incorpora los últimos avances tecnológicos y se adapta a las exigencias de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional sobre esta materia. Concretamente, encontramos las intervenciones telefónicas en el título VIII del Libro II de la LECrim, dedicado a las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución española (CE), pues con su práctica se limita el derecho al secreto de las comunicaciones del apartado 3º del artículo 18 CE. Para su desarrollo normativo el legislador dedica el capítulo IV —artículos 588 bis a) a 588 bis k) LECrim— a las disposiciones comunes de todas las diligencias de investigación tecnológica, dejando para los capítulos siguientes las concreciones de cada una de ellas. La diligencia de investigación que ahora nos ocupa se encuentra regulada en el capítulo V —artículos 588 ter a) a 588 ter m) LECrim—.

3. La Orden Europea de Investigación

Para combatir la criminalidad organizada transnacional, a través de la investigación de delitos en los correspondientes procesos penales, la

Unión Europea opta por instrumentos de reconocimiento mutuo que tienen como objetivo facilitar la cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión.

El instrumento de reconocimiento mutuo que permite la cooperación judicial en materia de prueba penal es la OEI, regulada en la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (Directiva) y que el Estado español ha incorporado a su ordenamiento jurídico interno con la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación (LRM).

La OEI es una resolución judicial penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea dictada con el objetivo de solicitar pruebas o medidas de investigación en otro Estado miembro para su posterior introducción en un proceso penal interno —artículo 1 de la Directiva y artículo 189.1 LRM—. Así pues, la OEI se basa en el reconocimiento mutuo entre los Estados miembro, a través de la cual están obligados a reconocer y ejecutar la solicitud de la práctica de pruebas o diligencias de investigación de otro Estado, como lo harían con una decisión procedente de sus propias autoridades, tal y como indicó la Comisión Europea el día que entró en vigor la Directiva.

3.1. La Orden Europea de Investigación para la intervención de las comunicaciones

Tanto la Directiva como la Ley de transposición prevén, a parte de las disposiciones generales, unos requisitos determinados para solicitar la intervención de telecomunicaciones a través de una OEI. Por una parte, la Directiva dedica el capítulo IV a las disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación entre las que se encuentra la intervención de telecomunicaciones, concretamente en los artículos 30 y 31.

En cambio, la LRM separa la regulación de las diligencias de investigación según sea el Estado español autoridad de emisión o de ejecución. Así, si es el juez español quien solicita una OEI para la intervención de telecomunicaciones será de aplicación el artículo 202 LRM, y en caso de ser el Estado español a quien corresponda su ejecución se estará a lo dispuesto en el artículo 221 LRM.

Siendo esto así, si un juez español precisa, en el seno de un proceso penal, de la práctica de una intervención transfronteriza de comunicaciones debe acudir a la LRM y, de manera supletoria, a la Directiva.

3.1.1. Solicitud

Previamente a la solicitud de la OEI, el juez español debe dictar un auto acordando la intervención telefónica de acuerdo con los requisitos exigidos en la LECrim —en especial los comprendidos en su artículo 588 bis c) sobre el contenido de la resolución judicial, la cual deberá estar suficientemente motivada—.

Realizada la resolución judicial que acuerda la medida de investigación en el proceso penal interno, el juez podrá —en virtud del apartado primero del artículo 202 LRM— emitir una OEI cuando sea necesaria la intervención de las comunicaciones telefónicas en otro Estado miembro cuya asistencia técnica se requiera, rellenando el formulario del anexo XIII de la LRM, concretamente, la Sección H7 relativa a la intervención de telecomunicaciones.

La autoridad de emisión, mediante el citado formulario, certifica que la solicitud de la OEI es necesaria y proporcionada a efectos de los procedimientos que en ella se especifican teniendo en cuenta los derechos del investigado —según el momento procesal que nos encontremos—, y acredita que la medida de intervención telefónica solicitada podría haberse ordenado en las mismas condiciones en un caso interno similar (artículos 189.1. LRM y 6.1 Directiva). Para que la autoridad de ejecu-

ción tenga la capacidad de decidir si se dan o no estas condiciones, entendemos que es necesario que, a parte del formulario, el juez español adjunte el auto por el que, en el proceso penal interno, acuerda tal medida, pues se trata de la resolución judicial donde se motiva el respeto a los principios de legalidad, proporcionalidad y el resto de subprincipios que de este último se derivan, tales como, los de especialidad, idoneidad, excepcionalidad y necesidad de la medida acordada.

Refuerza esta idea el considerando 32 de la Directiva señalando que «la autoridad de emisión debe dar a la autoridad de ejecución información suficiente, como los datos de la actividad delictiva investigada, para que la autoridad de ejecución esté en condiciones de evaluar si la medida se autorizaría en un caso interno similar».

En conclusión, a través del formulario el Estado de emisión solicita al Estado de ejecución: por un lado, la realización de la medida de intervención telefónica teniendo en cuenta, como señala el propio anexo XIII, la confidencialidad de la investigación; y, por el otro, el traslado, una vez finalizada, de los resultados obtenidos con la ejecución de la intervención telefónica para su incorporación al acervo probatorio del proceso penal interno.

3.1.2. *Alcance*

La intervención de telecomunicaciones en el marco de una OEI abarca el contenido de la comunicación, así como la obtención de datos de tráfico y localización correspondiente a tales comunicaciones (artículo 202.1 *in fine* de la LRM). Ello permitirá al juez español emitir una OEI solo para obtener datos de comunicación, los cuales son menos nocivos para los derechos fundamentales en juego, esto es, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto a las comunicaciones (Considerando 30 de la Directiva).

3.1.3. *Contenido*

En cuanto al contenido debemos acudir al apartado cuarto del artículo 202 y a la Sección H7 del anexo XIII de la LRM. De acuerdo con estos preceptos la OEI emitida para la intervención de las telecomunicaciones debe contener la información que a continuación se detalla.

En primer lugar, las razones por las que la autoridad de emisión considera que la medida de investigación es pertinente a efectos del procedimiento penal. En este apartado, el juez español deberá hacer constar la motivación para adoptar la intervención telefónica como si de un caso similar se tratara. De hecho, entendemos que los motivos deben ser los mismos que constan en el ya elaborado auto de adopción de la medida intervención telefónica, el cual debe cumplir con todas las exigencias de la LECrim.

En segundo lugar, la información necesaria para la identificación de la persona afectada por la intervención, esto es, el investigado.

En tercer lugar, la duración de la intervención, que entendemos que no podrá ser superior a los plazos previstos en la LECrim para la diligencia de intervención telefónica. Así, pues, en virtud del artículo 588 ter g) LECrim la duración inicial será de 3 meses prorrogables por iguales periodos hasta un máximo de 18 meses. Respecto al cómputo del plazo entendemos que empezará a contar, no desde que se dicta el auto autorizando la medida, sino desde que se adopta la resolución de ejecución de la OEI por parte del Estado de ejecución —artículo 12.3 de la Directiva—, puesto que este último dispone del plazo de un mes desde la recepción de la OEI. Pese a ello, el artículo 189.2. LRM permite a la autoridad española competente requerir un plazo más corto que el previsto con carácter general para la ejecución de la medida. Esta petición deberá ser motivada de manera expresa de acuerdo con los plazos procesales, la gravedad del delito entre otras circunstancias.

En cuarto lugar, los datos técnicos necesarios, en particular el identificador de la persona, para garantizar que pueda ejecutarse la solicitud, como pueden ser el número de teléfono móvil o fijo, o la dirección de IP.

Y, por último, el método de ejecución de la intervención telefónica. El Estado de emisión puede escoger entre dos modalidades de ejecución: a) la primera es la transmisión directa del contenido de las comunicaciones al Estado de emisión; y, b) la segunda es la grabación y registro por parte del Estado de ejecución y su posterior transmisión del resultado de la intervención al Estado de emisión. De las dos modalidades, es más invasiva de los derechos fundamentales la segunda por haber más intervinientes en la escucha de las comunicaciones y en el tratamiento de los datos. Respecto de la elección de la forma en que va a ejecutarse la OEI, la autoridad española competente podrá someterlo a consulta y/o ser consultada por la autoridad de ejecución.

Además, en este apartado el Estado de emisión debe hacer constar si precisa de la transcripción, decodificación o descriptado del material intervenido. Asimismo, como indica el artículo 202.5 LRM, esta petición podrá realizarse tanto inicialmente como durante la práctica de la intervención. En ambos casos, es necesario que sea acordado con la autoridad de ejecución.

Completada la OEI se enviará a la autoridad de ejecución del Estado cuya asistencia técnica se precise. Pero ¿qué sucede si la asistencia técnica puede ser prestada por más de un Estado miembro? Al respecto, el artículo 202.2 LRM indica que la OEI sea enviada solo a uno de ellos. A tal efecto, se dará siempre prioridad al Estado miembro en el que se encuentre o vaya a encontrarse el investigado (Considerando 30 y 31 de la Directiva).

*Autora: Roser Casanova Martí
(Profesora doctora de Derecho Procesal,
Universitat Rovira i Virgili)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CASANOVA MARTÍ, Roser y CERRATO GURI, Elisabet. «La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español». En *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, n.º 62, pp. 197-232; GONZÁLEZ MONJE, Alicia. *Cooperación jurídica internacional en materia penal e intervención de comunicaciones como técnica especial de investigación*. Granada: Comares, 2017, pp. 130-131; JIMENO BULNES, Mar. «Orden europea de investigación en materia penal». En JIMENO BULNES, Mar. (director). *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: J. M. Bosch, 2016, pp. 151-208; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La orden europea de investigación: actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016; CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Barcelona: J. M.ª Bosch, 2014; BACHMAIER WINTER, Lorena. «La orden europea de investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de prueba en el proceso penal». *Revista Española de Derecho Europeo*, 2011, n.º 37, pp.71-93.

INVESTIGACIONES TRANSFRONTERIZAS (EN LA UNIÓN EUROPEA)

1. ¿Qué son las investigaciones transfronterizas?

Se denominan investigaciones transfronterizas aquellas indagaciones policiales o judiciales que tienen un componente internacional por trascender de las fronteras de un único país. El componente internacional en una investigación puede venir dado bien porque la acción delictiva se ha desarrollado simultáneamente en el territorio de varios países, o bien porque las personas presuntamente responsables de los hechos investigados, o bien porque las piezas de convicción, pruebas o indicios se encuentran en más de un país.

2. *¿Qué es la cooperación en el ámbito de la Unión Europea?*

A la hora de llevar a cabo investigaciones transfronterizas, la cooperación entre Estados juega un papel fundamental en la lucha contra la delincuencia internacional que se muestra cada vez más sofisticada y mejor organizada.

La cooperación en el ámbito de la Unión Europea está recogida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE o Tratado de Lisboa) y se refiere tanto a la cooperación aduanera (artículo 33 del TFUE), como policial y judicial en relación con todas las formas de delincuencia con implicaciones transnacionales (artículos 87, 88 y 89 del TFUE), pero especialmente en lo referente a las formas más graves y complejas de delincuencia internacional (como la delincuencia organizada, el terrorismo y la financiación del mismo, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, la falsificación del euro, la trata de seres humanos o la ciberdelincuencia).

Por otra parte, el artículo 87 del TFUE establece las bases de esta colaboración indicando que la Unión Europea desarrollará una cooperación policial en la que participen todas las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidos los servicios de policía, los servicios de aduanas y otros servicios con funciones coercitivas especializados en la prevención y en la detección e investigación de infracciones penales.

Los cuatro pilares fundamentales de dicha colaboración operativa entre autoridades de varios Estados miembros son: (i) la recogida e intercambio de información, incluida inteligencia criminal; (ii) compartir recursos humanos y prestar apoyo mutuo en su formación; (iii) formación de equipos de investigación científica; (iv) compartir técnicas comunes de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada.

3. *Cooperación policial y judicial en materia penal*

La cooperación policial y judicial de la Unión Europea en materia penal se plasma concretamente en tres tipos de colaboración: (i) colaboración entre las fuerzas policiales nacionales; (ii) cooperación entre administraciones nacionales (especialmente, las autoridades aduaneras); y, (iii) colaboración entre las autoridades judiciales nacionales.

La creación de los equipos conjuntos de investigación previstos tanto en el Tratado de la Unión Europea como en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal de 2000 propició una mayor regulación de la cooperación policial y judicial a nivel de cada Estado miembro.

En el contexto de esta tendencia unificadora del espacio europeo de seguridad y justicia nació la Fiscalía Europea creada por el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (Reglamento de la Fiscalía Europea). En relación con sus competencias en cuanto a las investigaciones transfronterizas, el Reglamento de la Fiscalía Europea señala que el Fiscal europeo delegado podrá ordenar la práctica de diligencias de investigación y obtención de prueba, sin perjuicio de la eventual remisión a los instrumentos de reconocimiento mutuo de conformidad (*vid.* Fiscalía Europea).

Por otra parte, la cooperación entre las autoridades judiciales funciona principalmente a través del «reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales». Algunos ejemplos de tal cooperación son en el ámbito de detención y traslado de prisioneros, la orden de detención europea, la confiscación y el congelamiento de activos, y las sanciones económicas) u otros mecanismos procesales más ágiles, como puede ser la Orden Europea de Investigación (*vid.* Orden Europea de Investigación).

Así, toda cooperación en el ámbito penal se lleva a cabo con el apoyo de agencias de la Unión Europea, tales como Eurojust, Europol o la Red Judicial Europea. Entre ellas, cabe destacar el rol fundamental que tiene Europol a la hora de facilitar la coordinación de las investigaciones transfronterizas entre Estados miembros.

4. La Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol)

Europol es la agencia de la Unión Europea en materia de cooperación policial para la lucha contra la delincuencia internacional y el terrorismo. Representa una estructura centralizada permanente al que pertenecen los Estados miembros de la Unión Europea, así como terceros países y pretende sustituir los contactos directos entre Estados, dotando así de mayor eficacia la lucha contra formas de delincuencia cada vez más sofisticadas y transnacionales.

Europol fue creada como consecuencia de la intención de los Estados miembros de mejorar la cooperación y coordinación bilateral que existía hasta el momento en materia policial. En concreto, su creación fue propuesta por Alemania en el Consejo Europeo de Luxemburgo celebrado en 1991 y en un primer momento estaba especialmente centrada en la lucha contra el tráfico de droga.

En la actualidad tiene su sede en La Haya (Países Bajos). Fue creada por la Decisión 2009/371/JAI del Consejo como un ente de la Unión con cargo al presupuesto general de la Unión para apoyar y reforzar la actuación de las autoridades competentes de los Estados miembros (generalmente, autoridades policiales y los servicios de seguridad de los países de la UE) y su colaboración en la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo y otros delitos graves que afecten a dos o más Estados miembros.

La regulación más moderna de la Europol se contiene en el Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo

de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo (Reglamento europol).

Europol no pretende sustituir las autoridades policiales y los servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros, sino promocionar y potencial la colaboración estrecha entre ellos, e incluso, extender dicha colaboración a terceros países, reforzando los vínculos existentes, en relación con delitos que lesionen los intereses comunes de la Unión Europea. Así, las competencias de Europol se limitan al terrorismo y «las formas de delincuencia que afecten a un interés común protegido por una política de la Unión» (artículo 3 del Reglamento Europol), entre las que están la delincuencia organizada, tráfico de estupefacientes, blanqueo de capitales, trata de seres humanos, delitos contra los intereses financieros de la Unión, corrupción, genocidio, etc.

El artículo 88 del TFUE describe sucintamente los principales objetivos con los que se ha creado Europol, que son:

- i. la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de la información; y,
- ii. la coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust.

El artículo 4 del Reglamento Europol desarrolla estos principios en detalle, indicando que Europol desempeñará (entre otras) las siguientes funciones:

- recoger, conservar, tratar, analizar e intercambiar información, incluida inteligencia criminal;
- notificar a los Estados miembros, a través de las unidades nacionales designadas, cualquier información y las conexiones entre actos delictivos que les afecten;
- coordinar, organizar y ejecutar cualesquiera actuaciones de investigación y operativas para respaldar y reforzar las actuaciones de las autoridades competentes de los Estados miembros;
- participar en equipos conjuntos de investigación, en conexión con Eurojust;
- facilitar información y apoyo analítico a los Estados miembros en relación con los grandes acontecimientos internacionales;
- elaborar informes de evaluación de las amenazas, análisis estratégicos y operativos e informes generales de situación;
- facilitar información y ayuda a las estructuras de gestión de crisis de la UE y a las misiones establecidas en virtud el TFUE;
- desarrollar, compartir y promover conocimientos especializados sobre métodos de prevención de la delincuencia, procedimientos de investigación y métodos técnicos y criminalísticos, y prestar asesoramiento a los Estados miembros;
- mejorar su desarrollo como centro de la UE de conocimientos especializados en materia de seguridad mediante la implantación pionera de nuevas técnicas y la facilitación de un espacio para compartir información y de formación de calidad en ámbitos especializados como el terrorismo, el narcotráfico o la falsificación del euro.

Las anteriores funciones son de carácter puramente operativo, pues Europol carece de capacidad para aplicar medidas coercitivas en la persecución de sus fines, lo cual correspondería exclusivamente a las autoridades y fuerzas de seguridad nacionales de cada país. Además, cualquier actividad operativa de Europol deberá llevarse a cabo en contacto y de acuerdo con la legislación nacional del Estado y en coordinación con las autoridades de los Estados miembros en cuyo territorio se pretende operar.

En cuanto a su estructura operativa, Europol cuenta con varias unidades especializadas o subdivisiones por razón de la materia, como son los siguientes:

- el Centro Europeo de Lucha contra Ciberdelincuencia;
- el Centro Europeo de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Migrantes;
- el Centro Europeo de Lucha contra el Terrorismo;
- la Coalición Coordinada para Delitos contra la Propiedad Intelectual;
- el Centro Europeo de Delitos Financieros y Económicos.

Las actividades llevadas a cabo por Europol están bajo el escrutinio y control directo del Parlamento Europeo, con la participación, en su caso, de los parlamentos nacionales. No obstante, la limitada dotación de competencias de Europol ha sido objeto de algunas críticas que indican que el exceso de control parlamentario y la limitación en sus competencias merma su eficiencia operativa, abogando en consecuencia por la necesidad de ampliar el elenco competencial, buscando su configuración como una auténtica agencia de carácter federal, con amplios poderes en el espacio europeo.

*Autor: Sonia Trendafilova,
(Abogado, Madrid, Clifford Chance LLP)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. «Europol y las investigaciones transfronterizas». En *Dereito*, 2008, vol. 17, n.º 2, pp. 91-104; PARLAMENTO EUROPEO. «La cooperación policial». En *Fichas temáticas sobre la Unión Europea*, disponible en www.europarl.europa.eu/factsheets/es; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y ZÁRATE CONDE, Antonio. «El fiscal europeo: una aproximación a un gran desafío». En *Diario La Ley*, 20 de mayo de 2015, n.º 8543, Ref. D-200; GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Ignacio. «Equipos conjuntos de investigación». En *La Ley Penal*, febrero 2004, n.º 2, sección «Legislación aplicada a la práctica».

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

La irretroactividad de la ley penal es una parte esencial del contenido del principio de legalidad que consiste en la prohibición de aplicar normas penales posteriores a la vigente en el momento de la comisión del delito, siempre que estas sean más gravosas para el ciudadano que la norma vigente en ese momento. Esta prohibición ha sido reconocida como derecho fundamental de la persona desde las primeras declaraciones de derechos, plasmada tanto en el ámbito del Derecho penal internacional, con las dificultades que implican las particularidades de este, como en el ámbito del acervo comunitario de la Unión Europea. Resulta necesario, en consecuencia, determinar el concepto de retroactividad (1), su fundamento y su ámbito de aplicación (2), y cómo este tiene plasmación en Derecho penal internacional (3) y en el ámbito de la Unión Europea (4). Finalmente, se tratará brevemente el derecho a la aplicación de la norma más favorable, su fundamento, y la formulación y aplicación que este ha tenido en Derecho penal internacional y en el ámbito de la Unión Europea (5).

1. *El concepto de retroactividad*

El concepto de retroactividad es un elemento básico para hablar de la prohibición de irretroactividad de las normas penales desfavorables. Para entender correctamente este concepto se debe, en primer lugar, distinguir entre existencia y aplicabilidad de las normas penales, y, en segundo lugar, entre norma y formulación normativa. Por más que los conceptos de existencia y aplicabilidad en Derecho penal internacional carecen de la definición y las garantías que se predicán de los mismos conceptos en el seno de los ordenamientos internos de los Estados, los instrumentos jurídicos internacionales, a diferencia de los «principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas», sí que permitirían el uso de estos conceptos, por cuanto poseen fechas determinadas de aprobación y entrada en vigor.

Así, una norma existe desde que se llevan a cabo los procedimientos legales necesarios para su adopción, pero ello no significa que la misma sea aplicable desde ese momento. Para que la misma sea aplicable, esta debe entrar en vigor. Una vez una norma entra en vigor, la aplicabilidad se determina ligando una determinada acción (una propiedad de una norma, lo que podría ser, por ejemplo, la acción de matar en el delito de homicidio) al intervalo de vigencia de una norma mediante un punto de conexión, que en el caso del Derecho penal es el momento de comisión del delito. *La aplicación de una norma a hechos cometidos con anterioridad a su intervalo de vigencia se definirá como una aplicación retroactiva de dicha norma, y la prohibición de irretroactividad es lo que impide esa aplicación cuando la norma resulta desfavorable para el sujeto activo del delito.* Se trata este de un *concepto formal de retroactividad*, fruto de una reconstrucción racional del mismo, que permite explicar las intuiciones de los juristas sobre esta noción, y resulta aplicable en relación con una concepción del Derecho basada en la aplicación de textos de carácter escrito cuyas condiciones de existencia y aplicabilidad son susceptibles de ser reconocidas *erga omnes*.

Por otro lado, para entender correctamente algunos problemas de retroactividad a través de las modificaciones jurisprudenciales, resulta esencial distinguir entre formulación normativa (las expresiones lingüísticas que conforman los textos normativos) y norma (el significado extraído a partir de dichas expresiones lingüísticas). Esto significa que el cambio normativo no siempre se produce mediante procedimientos formales de creación normativa, sino que también puede producirse a través de la interpretación. Estos cambios normativos, en la medida en que sea claro que se han producido, y el momento en que este cambio ha tenido lugar, también deben ser sometidos a la prohibición de la retroactividad de las normas penales desfavorables.

Un último problema para definir el concepto de retroactividad son los cambios de marco social y político sin modificación formal de los tipos penales, que suceden, por ejemplo, cuando existe un cambio de régimen político, en donde comportamientos que podrían considerarse justificados o conforme a Derecho respecto de un ordenamiento jurídico que no respetaba derechos y libertades fundamentales básicos, son objeto de condena con carácter posterior con el cambio de régimen. Estos supuestos, referidos en alemán como *Bewältigung der Vergangenheit*, y cuya traducción más adecuada sería «confrontación con el pasado», ha sido discutido ampliamente en Alemania, tanto con motivo de los procedimientos de persecución de los crímenes cometidos durante la Alemania nazi, o con motivo de la reunificación de Alemania, en relación con los delitos cometidos en la antigua República Democrática Alemana, pero en realidad se presentan en todos los casos de cambio de régimen de esta naturaleza en todo el mundo, sea en el caso de España, con la transición desde la dictadura franquista, en los cambios de régimen de las dictaduras de América, o lo sucedido en los cambios de régimen de cualquier otro país. El problema aquí se plantea, más que en la definición de los delitos y de las penas, en la discrepancia sobre lo que podría ser considerado como antijurídico con el cambio de régimen con base en el pleno respeto de los derechos fundamentales, y cuya solución ha sido distinta en los diferentes países en los que dichas transiciones de régimen polí-

tico han tenido lugar. El criterio del Derecho internacional ha sido, con carácter general, la existencia de una excepción a la prohibición de retroactividad para los supuestos en los que existían «principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional», que serían utilizados como base para las condenas en todo caso.

2. *El fundamento de la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables y su ámbito de aplicación*

La consideración del fundamento de la prohibición de retroactividad tiene la finalidad práctica de contribuir a trazar su ámbito de aplicación. En la doctrina podemos encontrar hasta tres fundamentos distintos del principio de legalidad: el principio de culpabilidad, el principio de confianza legítima o previsibilidad de la intervención punitiva y, por último, la seguridad jurídica como límite al *ius puniendi*. Aunque en la mayoría de los países, e incluso en la jurisprudencia del TEDH, parece que la idea de previsibilidad resulta el fundamento que mejor se identifica con el contenido que se le atribuye a la prohibición de irretroactividad (centrada en la protección de los delitos y de las penas, así como aquellos conceptos de la parte general del Derecho penal necesarios para su aplicación) esto no tiene por qué ser necesariamente así.

El principio de legalidad no surgió únicamente para proteger a los ciudadanos de reacciones estatales imprevisibles, sino también para ampararles ante las actuaciones del Estado que no fuesen neutrales, es decir, que fuesen dirigidas a reprimir a determinadas personas, colectivos o situaciones en particular. Aunque dicha neutralidad parezca garantizada por el carácter genérico de la regulación legal, lo cierto es que la generalidad de la ley no es garantía suficiente, por dos razones. La primera es que ello no evita que se actúe a la vista de determinados hechos, con los consiguientes peligros de vulneración de otros principios penales como sean los de prohibición de exceso, igualdad y de necesidad de la pena. Esta forma de usar la potestad punitiva, que viola claramente su carácter neutral, no solo no ha disminuido con el desarrollo del Estado social y

democrático de derecho, sino que se puede afirmar incluso que se ha incrementado con el uso simbólico del Derecho penal. La segunda razón es que el carácter general de las leyes no impide que estas se dirijan a grupos determinados de personas, mediante la creación de leyes *ad hoc*. La tercera es que el propio TEDH entiende que no solo se puede considerar como Derecho penal los delitos y las penas, sino todas aquellas consecuencias que afectan a los derechos fundamentales de los ciudadanos con motivo de la aplicación del Derecho penal (SSTEDH 9 de febrero de 1995, caso Welch c. Reino Unido, 8 de junio de 1995, caso Jamil c. Francia, entre otros), lo que permitiría incluir, no solo conceptos que forman parte de la parte general del Derecho penal, sino también las medidas de seguridad, la legislación de cumplimiento de las sanciones penales, la normativa procesal penal (incluyendo la prescripción, para aquellos países que entiendan que esta es una institución procesal) y, por supuesto, la retroactividad de la jurisprudencia. El propio TEDH ha incluido estos ámbitos de protección en sentencias como la STEDH (Gran sala) de 21 de noviembre de 2013, caso del Río Prada c. España, o la STEDH de 10 de octubre de 2006, caso Pessino c. Italia. Todo ello vendría a poner de manifiesto que el fundamento del principio de legalidad no es la previsibilidad, sino la seguridad jurídica, entendida como el deber del Estado de no ampliar su potestad punitiva a hechos anteriores al momento de la comisión del delito.

3. Plasmación de la prohibición de retroactividad en el Derecho internacional

La prohibición de retroactividad de las normas penales (desfavorables) ha sido reconocido por el Derecho internacional de forma muy temprana.

Así, el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de las Naciones Unidas establece:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Asimismo, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, establece:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Como se puede ver, en ambos casos la prohibición de retroactividad se halla limitada por «los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional», lo que, como resulta obvio no resulta compatible con una formulación clásica del principio de legalidad, en la que no existe ninguna excepción al derecho escrito (por más que en los países anglosajones se admitía la existencia de Derecho penal de origen jurisprudencial, la *common law of crimes*). El origen de esta cláusula parece hallarse en la salvaguarda de lo actuado en los juicios de Nüremberg y Tokyo.

También el artículo 24 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, recoge no solo la prohibición de retroactividad, sino también la obligación de aplicación de las normas más favorables:

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el Derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

[...]

4. La prohibición de retroactividad en el ámbito de la Unión Europea.

En el marco del Consejo de Europa, se aprobó en Roma, el 4 de noviembre de 1950, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CDH), que en su artículo 7 recoge también la prohibición de retroactividad. Este Convenio, que ha sido clave en la protección y el reconocimiento de los derechos fundamentales en los distintos países europeos a través de la jurisprudencia del TEDH, ha sido también el marco de referencia utilizado por el Tribunal de Justicia (primero de las Comunidades Europeas, después de la Unión Europea) a la hora de aplicar la prohibición de retroactividad, hasta su reconocimiento expreso en el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 (en adelante, CDFUE, y que pasó a ser jurídicamente vinculante con la entrada vigor del Tratado de Lisboa), que incluye, además de la prohibición de retroactividad de los delitos y de las penas, la necesidad de aplicación retroactiva de la ley más favorable, en términos prácticamente idénticos a lo establecido en el artículo 15 PIDCP ya citado.

Pese al reconocimiento de la importancia de la doctrina del TEDH en el marco de la UE, conforme la jurisprudencia del TJUE no toda disposición sancionadora se considera cubierta por la prohibición de irretroactividad (v. gr. STJUE de 15 de julio de 2004, Asunto C-459/02, entre otras), lo que resulta contrario a la comprensión de la prohibición de retroactividad que, hasta el momento, se deduce de la jurisprudencia del

TEDH, y que supondrá un importante conflicto en este ámbito si en algún momento se produce la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma, como está previsto a partir del artículo 6.2 del Tratado de Lisboa.

5. La aplicación retroactiva de las normas penales más favorables. Fundamento y plasmación en el Derecho internacional y en la Unión Europea

En el ámbito del Derecho internacional y en el de la Unión Europea también se ha reconocido, como parte de las garantías del acusado, la aplicación de las normas más favorables, aunque con distinto alcance.

Así, el derecho a la aplicación de las normas más favorables no se reconoce de forma expresa en la DUDH, pero sí que se hace, en el PIDCP, sin siquiera establecer límites temporales para dicha aplicación, lo que ha motivado que algunos países que poseen estos límites temporales en su legislación hayan realizado reservas en el momento de su ratificación (v. gr., Alemania o Italia).

En el ámbito europeo, pese a que el CDH no recoge este derecho en su articulado, el TEDH lo ha considerado un derecho fundamental incluido de forma implícita en el artículo 7 CDH en la STEDH de 17 de septiembre de 2009, caso Scoppola c. Italia, continuando su aplicación en jurisprudencia posterior (e.gr., entre las más recientes, STEDH de 6 de octubre de 2020, caso Pfenning Distributie S. R. L. c. Romania), y estableciendo en dicha sentencia inicial como fundamento el principio de proporcionalidad y, como límite para su imposición, el del momento de firmeza de la sentencia. En el ámbito de la Unión Europea, el artículo 49.1 CDFUE también reconoce este derecho, pero el TJUE lo reconoció con carácter previo a fuerza jurídica de dicho instrumento en la STJUE de 3 de mayo de 2005, caso Berlusconi y otros, al considerarlo «parte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros».

El fundamento de la retroactividad favorable es, como acertadamente indica el TEDH, la proporcionalidad y la prohibición de exceso. Sin embargo, esto no resulta suficiente para explicar por qué, si la norma se consideraba proporcionada en el momento de la comisión del hecho, deja de serlo después. La explicación se halla en que la proporcionalidad no debe ser considerada de forma estática, sino dinámica, y la razón por la que se debe emplear este enfoque dinámico, que prima la valoración actual sobre la del momento de la comisión del hecho, la proporciona la finalidad preventiva del Derecho penal. Dentro de la proporcionalidad, son el principio de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto los elementos que justifican la aplicación de la norma posterior al hecho más favorable. En primer lugar, porque la aplicación de la norma anterior, que contiene una pena superior al injusto que se predica de la conducta en la actualidad, implica, no solo un derroche innecesario de coacción penal, sino también un uso desproporcionado del *ius puniendi* que impide la consideración de la norma anterior y exige la aplicación de la posterior más favorable. Pero también porque la proporcionalidad en sentido estricto es la que permite ponderar la legitimidad de los fines que se persiguen en relación con el sacrificio de los derechos fundamentales que estos comportan.

Autor: Eliseu Frígols i Brines

(Profesor ayudante, doctor del Departament de Dret penal de la Universitat de València,

abogado, actualmente colegiado no ejerciente del ICAV)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AMBOS, Kai y MEYER-ABICH, Nils. «La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania». En *Revista Penal*, junio 2009, n.º 24, pp. 3-22; FRÍGOLS I BRINES, Eliseu. *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales: una perspectiva desde el Derecho comparado*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2002; FRÍGOLS I BRINES, Eliseu. *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho penal español: Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*. Barcelona: J. M.

Bosch Editor, 2004; LLEDÓ, Rodrigo. «El principio de legalidad en el Derecho penal internacional». En *Eunomía*, octubre 2016-marzo 2017, n.º 11, pp. 246-263; SICURELLA, Rosaria; MITSILEGAS, Valsamis; PARIZOT, Raphaële y LUCIFORA, Analisa (editoras). *Principios generales del Derecho Penal en la Unión Europea*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020.

J

JUEZ DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI), adoptado en 1998 y en vigor desde el 1 de julio del 2002, establece en su artículo 36.1 que la Corte está formada por 18 magistrados. Estos magistrados deben reunir unas condiciones y requisitos concretos (ep. 1) y son elegidos a través de un sistema dispuesto por el propio Estatuto. Una vez designados, forman parte de los órganos que se establecen en el artículo 34 ECPI (eps. 2 y 3) y pasan a desempeñar las funciones atribuidas por el propio Estatuto.

Todos los magistrados gozan de una serie de privilegios e inmunidades (eps. 4 y 5) que conllevan, a su vez, ciertas obligaciones; y, para garantizar el cumplimiento de las mismas, el Estatuto prevé varios mecanismos sancionadores y disciplinarios (ep. 6).

1. Condiciones, candidaturas y elección de los magistrados

1.1. Condiciones que deben de reunir los magistrados

Como se ha adelantado, la Corte Penal Internacional está compuesta por un total de 18 magistrados de acuerdo con el artículo 36.1 del Estatuto de Roma, pero el artículo 36.2 da la posibilidad a la Presidencia de la Corte de proponer un aumento en el número de magistrados, señalando, en su caso, las razones que motivan esta propuesta, que será trasladada a los Estados partes por el secretario de la Corte. La propuesta debe ser aprobada por dos tercios de los Estados partes en una sesión en Asamblea (art. 36.2.b ECPI).

Los 18 magistrados que conforman la Corte serán elegidos entre aquellos que reúnan las condiciones que señala el artículo 36.3 ECPI, esto es, en primer lugar, «personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países» (art. 36.3.a ECPI). Más allá de esta primera condición, los candidatos deben tener una reconocida competencia en Derecho penal y la necesaria experiencia en esta rama, bien como juez, abogado, o similar; o reconocida competencia en materias de Derecho internacional y su respectiva experiencia en funciones jurídicas profesionales relacionadas con la labor de la Corte (arts. 36.3. i y ii ECPI). Todo ello junto con el dominio de, al menos, uno de los idiomas de trabajo de la Corte (inglés y francés).

1.2. Candidaturas de los magistrados

Cumplidas las condiciones, son los Estados partes los que proponen candidatos, bien a través el procedimiento a través del cual proponen candidatos a los más altos cargos judiciales del país que se trate, bien a través del procedimiento que prevé el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para los candidatos de la propia Corte (art. 36.4 a ECPI). Los Estados partes pueden proponer como magistrado a una persona que

no sea nacional de ese Estado, siempre y cuando tenga nacionalidad de otro Estado parte, de acuerdo con el artículo 36.4.b ECPI. Toda candidatura debe ir acompañada de la exposición del cumplimiento detallado de las condiciones que se han explicado anteriormente. El periodo para la presentación de candidaturas se abre 26 semanas antes de las elecciones y dura 12 semanas.

Una vez presentadas las propuestas, los candidatos se agrupan en dos listas diferentes, dependiendo de si su conocimiento y experiencia se desarrolla en el ámbito del Derecho penal (Lista A, de la que se elegirán al menos nueve candidatos), o si se desarrolla en el Derecho internacional (Lista B, de la que se elegirán mínimo cinco candidatos).

1.3. Elección de los magistrados

La elección de los magistrados se lleva a cabo en una votación secreta en la Asamblea de los Estados partes, y resultarán electos los 18 candidatos que tengan el mayor número de votos y una mayoría de dos tercios de los Estados partes presentes y votantes (art. 36.6 ECPI), siempre bajo la premisa de que no puede haber dos magistrados nacionales del mismo Estado. Siguiendo el artículo 36.6.b ECPI, en el caso de que en la primera votación no haya suficientes candidatos que reúnan las mayorías requeridas para salir electos, se harán nuevas votaciones hasta alcanzar el número suficiente de magistrados.

A la hora de votar, los Estados partes deben tomar en consideración que la composición de la Corte cuenta con representación de los principales sistemas jurídicos del mundo (art. 36.8.a.i ECPI), una distribución geográfica equitativa (art. 36.8.a.ii ECPI), representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres (art. 36.8.a.iii ECPI), así como juristas especializados en temas más concretos (por ejemplo, violencia contra la mujer, como establece el artículo 36.8.b) ECPI).

Una vez elegidos, el artículo 36.9.a nos señala que los magistrados ejercerán su cargo por un mandato de 9 años y sin posibilidad de ser reelegidos, teniendo siempre en cuenta lo establecido en el artículo 36.9.b y c. En estos casos, el artículo 36.9.b explica que, en la primera elección, se realizará un sorteo del cual saldrán elegidos un tercio de los magistrados, que desempeñarán su mandato durante tres años; y se realizará otro sorteo del que nuevamente saldrán elegidos un tercio de los magistrados, que desempeñarán su cargo durante seis años. El tercio restante desempeñará el cargo durante los nueve años, de conformidad con el artículo 36.9.a. A estos efectos, el artículo 36.9.c establece que los magistrados que hayan resultado elegidos para desempeñar el cargo por tres años podrán ser reelegidos por un mandato completo.

Por último, si una vez elegidos los magistrados que compongan la Corte se produce una vacante, se lleva a cabo otra vez este procedimiento de elección, con la diferencia de que el nuevo magistrado elegido desempeñará el cargo por el tiempo que reste del mandato de su predecesor, salvo si fuera de tres años o menos, que en cuyo caso puede ser reelegido por un mandato completo (art. 37 ECPI).

2. *La Presidencia*

El artículo 34 del Estatuto establece que la Corte estará compuesta, junto con la Fiscalía y la Secretaría, por la Presidencia y las diferentes secciones, que se analizarán en el punto siguiente.

La Presidencia de la Corte Penal Internacional está compuesta por el presidente, el vicepresidente primero y el vicepresidente segundo, todos ellos elegidos por mayoría absoluta por los magistrados, tal y como establece el artículo 38.1 ECPI.

El vicepresidente primero ejercerá las funciones de presidente en el caso de que este último se halle en imposibilidad de hacerlo o haya sido recusado, y el vicepresidente segundo ejercerá tales funciones cuando el pre-

sidente y el vicepresidente primero se hallen en imposibilidad de hacerlo o hayan sido ambos recusados (art. 38.2 ECPI).

Las funciones de la Presidencia las encontramos explicitadas en los artículos 38.3 y 4 ECPI, siendo, en primer lugar «la correcta administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía», ya que en este caso actúa en coordinación con la misma, que debe de aprobar los asuntos de interés mutuo; y, en segundo lugar «las demás funciones que se le confieren de conformidad con el presente Estatuto».

3. Las Secciones y Salas

El artículo 39.1 y el artículo 34.b) ECPI, establecen que después de la elección de los magistrados se procede a organizar la Corte en tres secciones: la Sección de Apelaciones, la Sección de Primera Instancia y la Sección de Cuestiones Preliminares.

Siguiendo el primero de los artículos, la composición de las secciones es la siguiente: la Sección de Apelaciones está formada por el presidente y cuatro magistrados, que desempeñarán su cargo durante todo su mandato; la Sección de Primera Instancia, por al menos seis magistrados; y la Sección de Cuestiones Preliminares por, al menos, otros seis magistrados. Los magistrados de estas últimas dos secciones desempeñan el cargo por un máximo de tres años y, una vez finalizado, hasta que terminen las causas que hayan empezado a conocer durante el mismo.

En caso de que la Presidencia así lo decida, se prevé la reasignación temporal de magistrados pertenecientes a la Sala de Primera Instancia a la de Cuestiones Preliminares y a la inversa, siempre y cuando el magistrado que se traslada a la Sala de Primera Instancia no haya intervenido en la fase de instrucción (art. 39.4 ECPI).

En cuanto al reparto de las funciones judiciales de la Corte, se realizan por cada sección, dividida en salas. En lo que se refiere a la Sección de

Apelaciones, la Sala de Apelaciones se compone de todos los magistrados de la Sección, teniendo atribuido funcionalmente el conocimiento de los recursos de apelación y del juicio de revisión (arts. 39.1 y 2) y b ECPI).

La Sala de Primera Instancia, por su parte, se compone por tres magistrados que tengan competencias para el enjuiciamiento de los hechos delictivos tipificados en el Convenio (arts. 39.1 y 2 a y b ii ECPI).

Y, por último, la Sala de Cuestiones Preliminares se compone por tres magistrados, o, según convenga el Estatuto, por un único magistrado, cuyas funciones son la supervisión y colaboración con el Fiscal durante la investigación de los delitos (arts. 39.1 y 2 a y b iii ECPI).

4. Independencia, dispensa y recusación de los magistrados

El artículo 40.1 y 2 del Estatuto de Roma señala que los magistrados de la Corte son independientes en el desempeño de sus funciones, así como les impide desarrollar otra ocupación profesional durante su mandato que sea incompatible con sus funciones judiciales o pueda menoscabar la confianza en su independencia.

Con esta regulación se sustrae a los magistrados de influencias externas a través de un régimen de dedicación exclusiva con el fin de no mermar la independencia judicial. Cuando se presente una cuestión relativa a la aplicación de este artículo, será aprobada por mayoría absoluta de los magistrados, sin contar con la participación del magistrado al cual se refiera dicha cuestión (art. 40.4 ECPI).

Con la finalidad de velar por la independencia judicial y hacer efectivas estas garantías, un magistrado puede proponer a la Presidencia dispensar a otro magistrado del ejercicio de las funciones antes mencionadas (art. 41.2 ECPI). Los magistrados serán recusados, de acuerdo con el artículo 41.2.a ECPI, cuando pueda razonablemente ponerse en duda su impar-

cialidad, y el propio artículo añade ejemplos como “si hubiese intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa que la Corte estuviera conociendo”.

Este precepto se desarrolla más profundamente en el Proyecto de Reglas de la Comisión Preparatoria, concretamente en la regla 34.1, que expone como causas de dispensa y recusación, aparte de las que aparecen en el Estatuto, algunas tales como:

- a) Tener un interés personal en el caso, entendiéndose por tal una relación conyugal, parental o de otro parentesco cercano, personal o profesional, o una relación de subordinación con cualquiera de las partes.
- b) Haber participado, a título personal y antes de asumir el cargo, en cualquier procedimiento judicial iniciado antes de su participación en la causa o iniciado por él posteriormente en que la persona objeto de investigación o enjuiciamiento haya sido o sea una de las contrapartes.

Este mismo Proyecto recoge, en su artículo 35, el deber del magistrado que conozca que está incurso en alguna de las causas de solicitar su dispensa a la Presidencia de la Corte, con la expresión de los motivos, teniendo todo ello carácter confidencial (regla 33). La recusación a instancia de parte se lleva a cabo con los mismos requisitos formales, y la resolverá la sala de apelaciones, previa audiencia del magistrado en cuestión (reglas 34.2 y 3).

5. Privilegios e inmunidades

Los magistrados que forman parte de la Corte Penal Internacional gozan de los mismos privilegios e inmunidades que los jefes de las misiones diplomáticas, siempre que se encuentren desempeñando sus funciones. Una vez acabado el mandato, mantienen la inmunidad judicial por las declaraciones orales o escritas y actos realizados en el desempeño de sus funciones. Así lo establece el artículo 48 del Estatuto.

En el Proyecto de Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (PAPeI) la Comisión Preparatoria ha expuesto los privilegios de los que disponen los magistrados en su artículo 14, entre los que se encuentra que los magistrados que residan en un país distinto al de su nacionalidad goza de los privilegios propios de los agentes diplomáticos (art. 14.2 PAPeI), o que en época de crisis internacional tendrán las mismas facilidades de repatriación que las que disponen los enviados diplomáticos con arreglo a la Convención de Viena.

Por último, en caso de que un magistrado desee renunciar a los privilegios e inmunidades, debe decidirse esta cuestión por mayoría absoluta de los magistrados (art. 48.5 ECPI).

6. Separación del cargo y medidas disciplinarias

6.1. Separación del cargo

Las causas por las que un magistrado puede ser separado del cargo son establecidas en el artículo 46.1 del Estatuto, y concurren cuando:

- a) Ha incurrido en falta grave o en incumplimiento grave de las funciones que le confiere el presente Estatuto y según lo establecido en las Reglas de Procedimiento y prueba; o
- b) Está imposibilitado de desempeñar las funciones descritas en el presente Estatuto.

Cuando concurra alguna de estas dos circunstancias, la decisión debe tomarse por la Asamblea de Estados partes, en votación secreta, alcanzando una mayoría de dos tercios, previa recomendación de dos tercios del resto de los magistrados (art. 46.1.a ECPI).

El magistrado que haya sido separado de su cargo puede presentar pruebas y escritos siguiendo las Reglas de Procedimiento y Prueba, siendo

esta su única participación posible dentro del procedimiento (art. 46.4 ECPI).

6.2. *Medidas disciplinarias*

En caso de que un magistrado incurra en una falta, pero que sea menos grave que las descritas en el apartado anterior, se le impondrá una medida disciplinaria conforme a las Reglas de Procedimiento y Prueba (art. 47 ECPI).

Autora: Yolanda López Nieto

(Investigadora en Derecho constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *La Corte Penal Internacional*. Madrid: Dykinson, 2002; SEVILLA DURO, Miguel Ángel. «The judges in the Rome Statute of the International Criminal Court. An analytical overview». En *Elsa Spain Law Review*, 2017-2018, n.º 3, pp. 36-43; TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai (editores). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Múnich: C. H. Beck - Hart - Nomos, 2016, tercera edición.

JUICIO EN AUSENCIA

1. *El derecho a estar presente en juicio*

Tradicionalmente se ha entendido que es fundamental para que pueda hablarse de un proceso justo que se garantice a todo acusado el derecho a estar presente en el juicio, puesto que se trata de un derecho instrumental del derecho de defensa y de otros como el derecho a examinar a los testigos o a tener asistencia de un intérprete en el juzgado (asunto Colozza c. Italia, de 12 de febrero de 1985; más recientemente, en el mismo sentido en asunto Hermi c. Italia, de 18 de octubre de 2006). Ahora bien, en casi todos los ordenamientos este derecho se configura

a la vez como un deber, exigiéndose al acusado su presencia física, ya que se entiende que es necesaria para garantizar su derecho de audiencia y la contradicción procesal.

Con todo, los ordenamientos no conciben este derecho a estar presente en juicio como un derecho absoluto, ya que, como veremos en los apartados siguientes, puede salvarse su reconocimiento bajo determinadas circunstancias, que serán más o menos limitadas según la decisión de cada ordenamiento.

2. Concepto de juicio en ausencia

Denominamos juicio en ausencia (*in absentia*) a aquel que se desarrolla sin la presencia del sujeto acusado, si bien de forma más específica se emplea para referirse a aquellos supuestos en los que el ordenamiento permite que el juicio se celebre válidamente sin la presencia del sujeto pasivo del proceso.

3. Su alcance en el ámbito internacional

El derecho a estar presente en el juicio tiene un reconocimiento muy amplio en el ámbito internacional, aunque, como veremos, sujeto a ciertas limitaciones. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se contempla de forma expresa en el artículo 14.3.d), que establece que «toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección». En el ámbito del Consejo de Europa, el derecho a estar presente en juicio se considera parte integrante del artículo 6 CEDH. Ahora bien, tanto el TEDH como el TJUE han entendido que este derecho no tiene un carácter «absoluto» y, por tanto, «el acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncie conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante» (asunto Melloni, C-

399/11, STJUE de 26 de febrero de 2013, §49; en sentido análogo, asuntos *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006, y *Jussile c. Finlandia*, de 23 de noviembre de 2006). Esta doctrina jurisprudencial ha sido consagrada en la Directiva 343/2016/UE, de 9 de marzo, en la que, tras reconocerse de forma general el derecho de todo sospechoso o acusado a «estar presente en juicio» (artículo 8.1), fija con precisión en qué casos y bajo qué condiciones está permitido juzgarlos sin su presencia. De hecho, prevé tres supuestos en los que cabe que celebrar juicio sin la presencia física del acusado: a) en ausencia del sujeto siempre que concurren las circunstancias siguientes (artículos 8.2 y 3, en línea con lo ya previsto en el artículo 4 bis.1 de la Directiva 2009/299/JAI, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, que concretaba lo ya apuntado en este sentido por la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio sobre la orden europea de detención y entrega): 1) que se garantice que el sujeto ha sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de su incomparecencia o que esté «formalmente defendido por un letrado designado o bien por el sospechoso o bien por el Estado»; 2) que se garantice al sujeto que se incorpore en un momento posterior un medio de impugnación y el derecho a un nuevo juicio; b) en los casos en los que se excluya al sujeto temporalmente del juicio para asegurar el buen curso del proceso (artículo 8.5), y c) para los procedimientos que, en todo o en parte, se desarrollen por escrito (artículo 8.6).

4. *Su alcance a nivel nacional*

Es muy diverso el tratamiento que los ordenamientos nacionales otorgan al juicio en ausencia, puesto que en algunos países se configura la presencia en el juicio oral como un derecho renunciable (Grecia, Italia o Hungría, por ejemplo), mientras que en otros es un deber de las partes, cuyo incumplimiento puede dar lugar a consecuencias de corte muy variado (RUGGIERI, p. 8): pago de las costas de la vista que se tiene que reprogramar (Austria), arresto (Alemania), arresto, multas y suspensión de derechos civiles y políticos (Portugal) o suspensión del proceso hasta que aparezca el sujeto, una vez buscado oportunamente (España). Ahora

bien, incluso en los países que lo consideran como una obligación, se prevén excepciones, sobre todo para el enjuiciamiento de delitos de menor importancia. Por ejemplo, en España no se precisa la presencia física del sujeto en el juicio oral en el ámbito proceso abreviado cuando la pena solicitada no supere los dos años de prisión (artículo 786.1 LECrim) ni en el ámbito del procedimiento por delitos leves. Con todo, se observa una tendencia generalizada de permisividad, favorable a ampliar los supuestos en los que se admite juzgar en ausencia como ocurre, por ejemplo, ocurre desde 2001 en el Reino Unido.

En nuestro país, como antes hemos señalado, y salvo en los dos supuestos que antes hemos apuntado, la presencia del sujeto sigue siendo una exigencia legal para la celebración del juicio oral en el entendimiento de que es la única forma de garantizar la inmediación y contradicción precisas en todo enjuiciamiento criminal para que el tribunal pueda «no solo apreciar los posibles matices de sus declaraciones —e incluso sus gestos— sino, en su caso, hacer uso de las facultades que le confieren los artículos 729 y 730 LECrim —supuestos de introducción de oficio por el tribunal sentenciador de terminadas pruebas [...]» (STC 120/2009, de 18 de mayo; en igual sentido STS 161/2015, de 17 de marzo). Por esta razón, lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que si no se hallare al sujeto que ha de comparecer (bien porque no se le encuentra cuando se procede a notificarle cualquier resolución judicial o bien porque se ha fugado), se acuerde requisitoria para tratar de encontrarlo (artículo 835 LECrim), declarándosele en rebeldía si no se presenta al juzgado en el plazo indicado (artículo 839 LECrim). La rebeldía produce como efecto la suspensión del proceso hasta que el sujeto aparezca de nuevo en el juicio (artículo 846 LECrim), si bien, si son varios, podrá continuar su tramitación respecto de los acusados que no hayan sido declarados rebeldes (artículo 842 LECrim).

5. Remedios legales para las ausencias injustificadas

Es generalizada la necesidad de garantizar en todos los sistemas que prevén, con mayor o menor alcance, enjuiciamiento sin la presencia física del acusado mecanismos de impugnación frente a las resoluciones judiciales dictadas en el proceso. De hecho, como antes apuntamos, la Directiva 2016/343/UE reconoce de forma expresa un derecho a quienes no hayan podido ser localizados, pese a que se «hayan invertido en ello esfuerzos razonables» (artículo 8.4). E, incluso, insta a los Estados a que estos mecanismos de impugnación que prevean permitan «una nueva apreciación del fondo del asunto, incluso el examen de nuevas pruebas, y pueda desembocar en una revocación de la resolución original» (artículo 9). En nuestro ordenamiento está especialmente previsto para esta impugnación de sentencias firmes la acción de anulación (artículo 793 LECRim), si bien no se permite entrar en el fondo del asunto ya que, según indican nuestros tribunales, su sola finalidad es la de control «si el tribunal sentenciador ha respetado escrupulosamente los requisitos legales que exige el juicio en ausencia» (STS 137/2002, de 19 de julio, que remite al Acuerdo no jurisdiccional de 25 de febrero de 2000). En caso de estimarse incumplidos estos requisitos, se procederá a declarar la nulidad del juicio respecto del ausente, que deberá repetirse.

6. El juicio en ausencia en asuntos transfronterizos

El diverso alcance de las normativas nacionales sobre juicios en ausencia provoca no pocas disfunciones a la hora de aplicar instrumentos transfronterizos de reconocimiento mutuo, ya que abre la posibilidad de que los Estados aleguen este motivo para justificar su rechazo a una petición de cooperación transfronteriza. Sirva como buen ejemplo lo ocurrido en nuestro país a propósito de la aplicación de las órdenes europeas de detención y entrega, en funcionamiento desde la Decisión Marco de 13 de junio de 2002. El Tribunal Constitucional consideró que, incluso aunque el sujeto (un ciudadano rumano, cuya entrega solicitaban las autoridades italianas) hubiera estado representado en juicio por un abogado y su au-

sencia fuera voluntaria, debía condicionarse la entrada de nacionales cuando en el país que solicita la entrega no exista un sistema de revisión de la sentencia, ya que así lo exigían las garantías constitucionales a un juicio justo en España. Sin embargo, estas lecturas nacionales de las exigencias constitucionales se van mitigando al hilo de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que facilita un mayor grado de reconocimiento mutuo entre los Estados miembros. En concreto, sobre el caso español mencionado, el TJUE señaló en su Sentencia de 26 de febrero de 2013 antes citada (asunto Melloni) —doctrina que nuestro TC acogió en su STC 26/2014, de 13 de febrero— que el Estado que ejecuta la «euroorden» no puede imponer al Estado emisor la condición de que el condenado pueda tener la posibilidad de revisar la sentencia siempre que el acusado hubiera conocido y consentido su enjuiciamiento en rebeldía siempre y cuando estuviere defendido por letrado. Como vimos antes, esta doctrina se ha consolidado legalmente en la Directiva 2016/343/UE, cuya aplicación no se limita a los supuestos de «euroórdenes» sino a todos los posibles ámbitos de cooperación judicial penal.

Autora: María Luisa Villamarín López

(Profesora titular de Derecho Procesal, Universidad Complutense de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: QUATTROCOLO, Serena y RUGGIERI, Stefano. *Personal participation in criminal proceedings*. Cham: Springer, 2019; GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro, «La celebración del juicio oral en ausencia del acusado: sus ventajas e inconvenientes». En *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 203-256; FERNÁNDEZ GALLARDO, Javier Ángel. «Perspectiva actual del juicio en ausencia del acusado». En *Cuadernos de Política Criminal*, 2015, n.º 117, pp. 219-270; ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. «La celebración del juicio en ausencia del acusado y tutela judicial efectiva». En *La reforma del proceso penal*, 1989, pp. 763-774; VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. «La Directiva 343/2016, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio». En *Indret*, 2017, n.º 3.

JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Una de las grandes aportaciones contemporáneas de España a los derechos humanos se produce en la denominada jurisdicción universal, es decir, en la aplicación de la competencia universal para perseguir por los órganos judiciales españoles grandes crímenes contra la humanidad cometidos fuera del territorio nacional. La jurisdicción universal, indica el Tribunal constitucional, es una fórmula garante de un espacio universal de jurisdicción con objeto de erradicar la inmunidad respecto de determinados crímenes, particularmente odiosos para la Humanidad por ser agresiones muy graves a los derechos humanos (STC 20/12/2018; y STC 237/2005).

Desde finales de los noventa España se convierte en un ejemplo sobre el principio de jurisdicción universal, con asuntos tan sonoros como Scilingo y Cavallo (Argentina), Pinochet, Guatemala, Couso, Tibet, Falun Gong, Vuelos de la CIA, Sáhara y Ruanda, así como otros en que se archivaron como las denuncias contra dirigentes de Perú, Venezuela, Cuba, Marruecos, Guinea, China o Colombia. Como ha indicado Ollé, esto convirtió a nuestro país en un *referente universal sobre la vigencia del principio de universalidad y del Derecho internacional público* (ver: OLLE SESE, p. 158).

La doctrina ha analizado las aportaciones de España al principio de jurisdicción universal (REMIRO BROTONS. «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal», pp. 193-236). Cabe señalar, muy sucintamente, que el principio de universalidad de la jurisdicción atribuye a los tribunales del Estado el conocimiento de los delitos cometidos con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del autor. La Audiencia nacional inició esta dinámica en 1996 con las denuncias por delitos de genocidio y terrorismo contra altos responsables de las dictaduras militares de Argentina (1976-1983) y Chile (1973). Por lo demás la dinámica generada en torno los Tribunales penales supuso un impulso en muchas jurisdiccio-

nes nacionales. En España sería condenado en 2003 Scilingo, militar Argentina que trabajaba en la ESMA (Escuela Superior de Mecánica de la Armada) y que había participado en dos vuelos de la muerte. Condenado por crímenes contra la humanidad y genocidio el Tribunal Supremo en 2005 no admitió la aplicación de la costumbre penal de los crímenes contra la humanidad, que no fueron introducidos en el Código Penal español hasta 2004, por lo que fue condenado por otros tipos penales, que no eran en puridad tan propiamente aplicables

El profesor Pigrau ha analizado la práctica de Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Israel, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Países Bajos, Reino Unido, Senegal o Suecia (PIGRAU SOLE, pp. 18-19). Esta práctica pone de relieve diversos problemas relativos a los márgenes de discrecionalidad, las inmunidades, la cuestión de la prescripción, el carácter subsidiario, la tipificación interna de las conductas, etc.

La práctica en los últimos años de España y de otros países ha evidenciado la colisión entre los valores y el poder en el ámbito internacional. Eso llevó en 2009 a la ley de 19 de mayo de 2009, mediante la que las Cortes restringieron el alcance de la jurisdicción universal, que estaba generando conflictos diplomáticos con países como Estados Unidos, o China, entre otros (ver, en general: FERNÁNDEZ LIESA, pp. 448-497). El nuevo artículo 23, 4 restringía la jurisdicción universal a que quedase acreditado que los presuntos responsables estuviesen en España, o fuesen víctimas de nacionalidad española, o se constataste un vínculo de conexión relevante con España, y que otro país competente o un tribunal internacional no hubiesen iniciado una investigación y persecución efectiva (se trata de los de genocidio y lesa humanidad, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadoras, delitos relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en

España, y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los convenios de Derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos deba ser perseguido en España).

Previamente el Tribunal Constitucional (ver la Sentencia del Tribunal constitucional 237/2005 sobre competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Guatemala) había entendido que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24,1 de la Constitución) de los recurrentes anuló el auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la sentencia del Tribunal supremo de 25 de febrero de 2003. Y ello porque para el Tribunal Constitucional el principio de justicia universal se basa en las características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad trasciende las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad internacional en su conjunto (f. j. 9). Se trata —indica— por ello, de un interés compartido por los Estados y no de un interés particular solo de España o de otros países. La concepción de la jurisdicción universal actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales sino que indica —citando la Resolución de 26 de agosto de 2005, del Instituto de Derecho Internacional— es «la competencia de un Estado para perseguir, en caso de ser declarados culpables, castigar, presuntos delincuentes, independientemente del lugar de la comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la ley internacional». Para el Tribunal Constitucional «es de difícil conciliación unir el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con el interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes. Esa interpretación que busca conectar los intereses nacionales con el acceso a la jurisdicción, excluyendo interpretaciones más laxas (y acordes con el principio pro acciones) vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes».

Ahora bien, una vez que el legislador español restringe esta jurisdicción también se va a considerar adecuado, pues estamos ante una facultad mas que ante una obligación. En esta línea una segunda vuelta de tuerca, un *cierre de la jurisdicción universal se produjo en otra reforma de 2014*, que también fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad. El TC confirma que estamos ante una facultad que no es una obligación de los Estados, tanto en el Derecho internacional como en el europeo, y que no existe por lo tanto un principio absoluto de jurisdicción universal.

Estas reformas de 2009 y de 2014 han producido un repliegue de la jurisdicción universal que si bien puede servir desde la perspectiva de los intereses y puede acabar con los excesos que se podían haber producido hace un flaco favor a la defensa de los valores (cfr. REMIRO BROTONS. «Crímenes internacionales, jueces estatales»). Buena prueba es que en los últimos años ha caído la actividad de la Audiencia Nacional en defensa de los derechos humanos en otros países.

Autor: Carlos R. Fernández Liesa
(*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,*
Universidad Carlos III de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FERNANDEZ LIESA, Carlos. «La relación entre Poder y Derecho en el Derecho internacional». En VV. AA. *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al Prof. G. Peces-Barba*. Madrid: Dykinson, vol. II, 2008, pp. 448-497; FERRER LLORET, Jaume. «El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España». En *Cursos de Derechos Humanos de Donostia - San Sebastián*. San Sebastián: Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2004, vol. 5, pp. 107-170; FERRER LLORET, Jaume. «The principle of universal criminal jurisdiction in Spain practice (2003-2009)». En *Spanish Yearbook of International Law*, 2009, n.º 15, pp. 63-106; OLLÉ SESÉ, Manuel. «La aplicación del principio de justicia universal: una visión iberoamericana». En FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (director). *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. Madrid: UC3M - Thomson-Aranzadi, 2009, p. 158; PIGRAU

SOLE, Antoni. *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*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Colección Recerca per Drets Humans, 2009, 143 pp. 18-19; PUEYO LOSA, Jorge. «El principio de jurisdicción universal y el Estatuto de la Corte Penal internacional». En RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis. (cordinador). *El Derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 179-204; REMIRO BROTONS, Antonio. «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal». En *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado - BOE, 2000, pp. 193-236; REMIRO BROTONS, Antonio. «A vueltas con el principio de jurisdicción penal universal». En GUTIERREZ-ALVIZ, Faustino y MARTÍNEZ LÁZARO, Javier. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 123-152; REMIRO BROTONS, Antonio. «Crímenes internacionales, jueces estatales». En *Política Exterior*, marzo-abril 2010, n.º 134.

JUSTICIA GRATUITA

Se entiende por justicia gratuita a una institución de enorme trascendencia en materia de derechos humanos y para el Derecho procesal en la medida que la justicia gratuita tiende a evitar la indefensión.

La pertinencia de esta institución al Derecho internacional de los derechos humanos es reconocida en diversos instrumentos como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos y Políticos de 1966, cuyo artículo 14.1 reconoce que todas las personas «son iguales ante los tribunales y cortes de justicia». En esta línea, el artículo 14.3 de este texto reconoce el derecho «a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo».

En el ámbito del Derecho interno, el derecho a la justicia gratuita se regula constitucionalmente en el artículo 119 CE, como un derecho de configuración legal que se predica para aquellas personas que carecen de recursos suficientes para litigar. La regulación de la asistencia jurídica gratuita es consecuencia lógica de la consagración, en el artículo 24 CE, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido esencial, según determina la jurisprudencia constitucional, implica en primer lugar el derecho de acceso a los tribunales. El respeto efectivo de este derecho exige la regulación de una serie de instrumentos que pongan al servicio de los ciudadanos con recursos insuficientes, los medios de necesarios para que puedan reclamar judicialmente la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

1. Regulación legal

La regulación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la justicia gratuita exige una actuación por parte de los poderes públicos, que tienen la obligación de garantizar que la escasez de recursos no se convierta en una barrera insalvable para el acceso a los tribunales y para el ejercicio del derecho de defensa. Aunque la finalidad inmediata del derecho de asistencia jurídica gratuita es garantizar a los ciudadanos la interposición de pretensiones en defensa de sus derechos, y dar respuesta a las que contra ellos se dirijan, es preciso tener en cuenta que el Tribunal Constitucional considera que la defensa de los intereses generales también forma parte de dicha finalidad, al asegurar los principios de contradicción e igualdad entre las partes, y facilitar al tribunal la búsqueda de una sentencia ajustada

Como derecho de configuración legal, la justicia gratuita se regula en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que creó un nuevo marco normativo unificando las diferentes regulaciones que existían hasta ese momento en las leyes de enjuiciamiento. La citada norma se desarrolla en el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

2. *Ámbito objetivo de aplicación*

Tal y como se establece en el artículo 1 de la ley reguladora, el derecho de asistencia jurídica gratuita podrá reconocerse en toda clase de procesos judiciales, en el recurso de amparo constitucional, en la vía administrativa cuando así se establezca en la legislación aplicable, así como en el asesoramiento previo al inicio de un proceso en los términos establecidos en el primer apartado del artículo 6 de la Ley 1/1996.

3. *Sujetos beneficiarios del derecho a la justicia gratuita*

Los sujetos que pueden beneficiarse de este derecho de acceso gratuito a la justicia se recogen en el artículo 2 de la citada ley, que lo regula desde una doble perspectiva. De un lado distingue entre las personas físicas y jurídicas, y de otro, entre las que necesitan acreditar insuficiencia de recursos para acceder a este derecho, y aquellas otras a las que, por circunstancias excepcionales, se les reconoce automáticamente el derecho.

3.1. *Sujetos beneficiarios que deben acreditar la insuficiencia de recursos*

La regla general que establece la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita (en adelante, LAJG), es la necesidad de que los ciudadanos o entidades que se quieran acogerse a este derecho acrediten la insuficiencia de recursos para litigar.

Así, el artículo 2.1a) LAJG regula esta regla con relación a las personas físicas que se relacionan en el precepto, bien permitiendo que el derecho se ejercite en todo tipo de pretensiones, o bien limitándolo a aquellas que expresamente se señalan. De esta forma deberán se reconocerá a:

- los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España;

- los extranjeros que litiguen en el orden contencioso administrativo sobre la denegación de entrada en nuestro país, su expulsión o devolución del territorio español, y en todas las cuestiones judiciales relativas al derecho de asilo;
- los ciudadanos de la Unión Europea, o de terceros países que acrediten la residencia legal, cuando soliciten el derecho en los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil.

De igual forma, el artículo 2.2 LAJG, hace referencia a las personas jurídica que deberán acreditar la insuficiencia de recursos para que se les reconozca el derecho a la gratuidad de la justicia, como son:

- asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación;
- fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente.

No obstante, es necesario precisar que, respecto de las asociaciones en defensa de las víctimas de terrorismo, no se va a exigir la justificación de ausencia de recursos para litigar, puesto que se encuentran exceptuadas en el último apartado de este precepto.

3.2. *Reconocimiento automático del derecho*

Como ya se ha apuntado, la Ley prevé una serie de supuestos excepcionales en los que el derecho se reconoce automáticamente, volviendo a diferenciar entre las personas físicas que son beneficiarias de un reconocimiento automático del derecho, y las personas jurídicas que tampoco necesitan acreditar la insuficiencia de recursos para litigar.

Las personas físicas beneficiarias del reconocimiento excepcional y automático del derecho se recogen en el artículo 2g) LAJG, que precisa en

algunos casos las pretensiones en las que se podrá utilizar, y lo regula para un grupo de sujetos que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad:

- las víctimas de violencia de género, terrorismo y trata de seres humanos;
- los menores, y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150 CP, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos. El reconocimiento del derecho se refiere a los procesos que traen causa o derivan de su condición de víctima. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos;
- en el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales (artículo 2d) LAJG). Asimismo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social para los litigios que sobre esta materia se sustancien ante el orden contencioso-administrativo. Otro de los colectivos acreedores de protección especial es el integrado por las personas que han sufrido un accidente con secuelas permanentes, que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral, o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos (artículo 2h) LAJG).

Respecto de las personas jurídicas, se trata de asociaciones, sindicatos y entidades públicas que prestan un servicio social que merece el reconocimiento automático del derecho:

- asociaciones que tengan como finalidad la promoción y defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo;
- las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Ha de tenerse en cuenta que la regulación limita los sujetos que pueden considerarse en situación de especial vulnerabilidad a efectos del reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita, no teniendo en cuenta las diferentes opciones que se pueden generar, y dejando en el olvido, y por tanto sin derecho automático de asistencia jurídica gratuita, a algunos colectivos que podrían integrarse perfectamente en esa previsión, pero que no están expresamente recogidos. Obviamente, en esta situación se pueden encontrar las personas mayores, los ancianos que no puedan justificar la discapacidad intelectual o enfermedad mental, aunque se encuentren en situación de vulnerabilidad por edad o enfermedad física. Tampoco se reconocería el derecho en estas condiciones a las víctimas de violencia doméstica, ya que se hace referencia únicamente a las víctimas de violencia de género y a menores.

Tal y como se establece en la regulación citada, a los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule *denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justifica gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.*

4. *Requisitos económicos*

El indicador público de renta de efectos múltiples (Iprem) es el parámetro de referencia que permite calcular la base económica sobre la que se decide la concesión del derecho a la gratuidad de la justicia, en aquellos casos en los que es necesario acreditar la insuficiencia de recursos para litigar. Se trata de un índice que se utiliza para la asignación de ayudas y subvenciones en función de los ingresos. Fue introducido en 2004 en sustitución del salario mínimo interprofesional, cuya utilización se limitó al ámbito laboral. El Iprem es actualizado anualmente en la Ley de Presupuestos del Estado. Además, el umbral económico parte también de un índice distinto en atención a si el solicitante se integra o no en una unidad familiar, si se trata de una familia de cuatro o más miembros, o de una familia reconocida como familia numerosa.

En atención a ello, el artículo 3 LAJG establece los siguientes parámetros:

- cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar, dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud;
- cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros, dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud;
- cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente, el triple de dicho indicador.

Con carácter excepcional, también se reconocerá el derecho, aun cuando no se cumplan los parámetros anteriores y siempre que no se supere el

quíntuple del indicador de referencia, cuando por el número de integrantes de la familia numerosa, o por la concurrencia de personas dependientes, o por razones de salud o discapacidad en litigios relacionados con su estado, se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 5 LAJG.

5. *Contenido del derecho*

El contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita se concreta en una serie de prestaciones a las que el beneficiario puede acudir en defensa de sus intereses legítimos. Las citadas prestaciones se regulan en el artículo 6 LAJG:

- *Orientación y asesoramiento previo*: como es obvio la orientación y asesoramiento previo al proceso resulta de especial importancia para decidir si la reclamación del sujeto puede ser ajustada a Derecho y puede desarrollarse con éxito. Además, se prevé también que el solicitante pueda ser informado sobre la mediación o de otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.

Cuando se trate de víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, así como de menores de edad y de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, el asesoramiento y orientación puede solicitarse con carácter previo a la interposición de la denuncia o de la querrela.

- *Asistencia de abogado*: el segundo apartado del precepto recoge la asistencia de abogado al detenido, preso o investigado que no lo hubiera designado, para las primeras comparecencias policiales o judiciales, o cuando la declaración sea consecuencia del auxilio internacional y no se hubiera designado abogado. Dicha asistencia también se garantiza al «imputado» y al detenido como consecuencia de una orden de detención y entrega europea.

- *Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador*: cuando su intervención sea preceptiva, o de no serlo, su intervención sea requerida por el órgano judicial, o si se trata de delitos leves, la entidad del hecho o las circunstancias personales del imputado aconsejen la asistencia técnica.
- *Publicación de anuncios y exención de tasas*: la inserción gratuita de anuncios o edictos no ofrece novedad alguna. Sin embargo, la letra e) recoge la exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.
- *Asistencia pericial gratuita*: por técnicos especialistas adscritos a los órganos jurisdiccionales, o dependientes de las administraciones públicas, y, en su defecto, por técnicos especialistas privados que se elegirán en la forma que se determine por las leyes procesales.
- *Obtención gratuita de copias, testimonios y actas*: en los términos establecidos por el Reglamento notarial.
- *Reducción de derechos arancelarios* en los términos previstos en el precepto.

La asistencia jurídica gratuita se mantendrá durante todo el proceso incluida la ejecución, pero no podrá extenderse a un proceso distinto.

6. Procedimiento

La competencia para la concesión del derecho a la gratuidad de la justicia se otorga a las comisiones de justicia gratuita, constituidas en las capitales de provincia, en las ciudades de Ceuta y Melilla, y en las islas en las que exista uno o más partidos judiciales. Su composición y funcionamiento se recogen en los artículos 10 y 11 de la Ley de Asistencia Jurídica

gratuita. Sin embargo, su tramitación inicial se realizará en los Colegios de Abogados.

Así, la solicitud del derecho se presentará ante el colegio de abogados, o en el juzgado del domicilio del solicitante, en este último caso, el citado tribunal dará traslado al colegio de abogados.

Corresponderá al colegio de abogados un primer examen de la solicitud, que deberá determinar si el solicitante se encuentra entre los posibles beneficiarios del derecho, y si se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 3 LAJG. Valorado favorablemente este primer examen, se procederá a la designación provisional de abogado, comunicándolo al colegio de procuradores para que proceda al nombramiento provisional del procurador. Cuando la solicitud no se valore favorablemente se notificará al solicitante y se trasladará a la Comisión, a la que, en definitiva, le corresponde la decisión sobre el reconocimiento del derecho.

La solicitud del reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso. No obstante, el letrado de la administración de justicia, de oficio o a instancia de parte, podrá decretar la suspensión, cuando el transcurso de los plazos pueda afectar a la preclusión de un trámite, o provocar la indefensión de la parte.

Una vez finalizada la tramitación inicial en el colegio de abogados, se dará traslado del expediente a la Comisión de Justicia Gratuita, que podrá realizar las comprobaciones necesarias para verificar la certeza de los datos patrimoniales y de renta alegados por el solicitante. Con esta misma finalidad se podrá también dar audiencia a la parte contraria.

La comisión deberá dictar resolución en el plazo máximo de treinta días, contados a partir de la recepción del expediente por la Comisión, reconociendo o denegando el derecho a la asistencia jurídica gratuita, y determinando cuáles de las prestaciones son de aplicación. Esta resolución podrá impugnarse por los interesados, en cuyo caso se trasladará al juz-

gado o tribunal competente que la resolverá por medio de auto contra el que no cabe recurso alguno. El órgano competente para la resolución de la impugnación será el que está conociendo o deberá conocer del proceso para el que se solicita la justicia gratuita.

Autora: Lourdes Noya
(Profesora titular de Derecho Procesal,
Universidad de Santiago de Compostela)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AGUILAR GONZÁLEZ, José. «La justicia gratuita en España: aproximación a un análisis cuantitativo». En *Foro, nueva época*, 2013, vol. 16, n.º 1; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *El derecho a la justicia gratuita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

JUSTICIA RESTAURATIVA

El concepto de justicia restaurativa (JR) se caracteriza por ser un concepto abierto susceptible de matices en los diferentes enfoques, siendo especialmente relevante el papel creciente de este concepto (1) en el ámbito de organizaciones internacionales tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito europeo (2), coincidiendo las distintas aproximaciones en darle un carácter complementario y rasgos diferentes a la denominada y tradicional justicia retributiva (3).

1. Aproximación conceptual

Ante las diferentes aproximaciones al concepto de JR se puede entender por tal a: «Un sistema participativo y alternativo, basado en un conjunto de principios cuyo objetivo principal es involucrar a las partes afectadas por un hecho delictivo para que participen de manera directa en la reparación y restauración de los daños causados por el delito».

Entre los principios que configuran este sistema destaca:

- El papel central de la víctima como parte lesionada por el daño causado y de la sociedad de cara a la prevención del ilícito.
- El fin de la JR no es el castigo sino la reparación.
- La participación en el proceso tanto de la víctima como del ofensor debe tener un carácter completamente voluntario.
- El carácter flexible del procedimiento para adaptarse a las particularidades propias de una situación determinada.

2. Ámbito internacional y ámbito europeo

Las principales organizaciones internacionales que han impulsado el uso de la JR han sido Naciones Unidas, la Unión Europea y el Consejo de Europa.

2.1. Ámbito internacional

En un primer momento cabe destacar la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, bajo la rúbrica «acceso a la Justicia y trato justo», preve en su número 7 que: «Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas».

Junto a esta Declaración resultan especialmente significativas las distintas resoluciones adoptadas por el Consejo Económico y Social (Ecosoc), destacando la Resolución 2002/12 sobre Principios básicos

para la aplicación de programas de J.R. en materia penal, que entiende a la JR como: «Respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades», buscando su implantación complementaria en los sistemas de justicia penal tradicional.

Por su parte, en el año 2006, la Oficina de las Naciones Unidas sobre la Droga y el Delito (UNOCD) publicó el Manual de Programas de JR que atiende específicamente a la mediación autor-víctima.

2.2. Ámbito europeo: Unión Europea y Consejo de Europa

En el ámbito de la Unión Europea a través de diferentes normas y especialmente de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre se han marcado una serie de pautas para la implantación de la JR en los países miembros, dejando a los Estados miembros un gran margen de maniobra en cuanto a su incorporación, de forma que las medidas tomadas en los distintos Estados pueden ser diferentes para así respetar las particularidades de los ordenamientos jurídicos interos.

Los derechos reconocidos a las víctimas se pueden sistematizar en tres grandes bloques:

- Derecho de información y apoyo
- Derecho de participación en el proceso penal
- Derecho de protección

Por su parte, el Consejo de Europa a través de diferentes resoluciones ha impulsado la JR. El referente fundamental son la Recomendación 99 (19), sobre Mediación en Asuntos Penales, dedicada íntegramente a esta

materia y la más reciente Recomendación (2018) 8, animando a las autoridades judiciales y a los organismos de JR y de justicia penal a que desarrollen modelos restaurativos. En ambos textos se define la JR como: «un proceso flexible, adaptado, participativo y resolutorio de problemas, mediante la colaboración en la identificación y respuesta a los intereses en juego, de carácter complementario o alternativo al proceso penal», igualmente en ambos textos se mencionan los principios propios de la JR, especialmente voluntariedad, confidencialidad y prevención.

3. Diferencias justicia retributiva / Justicia restaurativa

La JR es diferente de la justicia penal contemporánea retributiva en su generalidad. Los grandes rasgos de la justicia retributiva se centran en la visión del delito como un problema entre el Estado y el infractor, dejando al margen la posible participación de la víctima, su familia o la comunidad.

Las diferencias entre la justicia retributiva, como modelo tradicional de justicia penal, y JR pueden sistematizarse en los siguientes aspectos:

- La amplitud en la consideración de los actos criminales por parte de la JR, en la cual en vez de defender el crimen como transgresión de las leyes, reconoce que el daño se causa a las víctimas, a la sociedad y a los propios infractores.
- La JR aspira a superar la identificación de castigo con venganza, buscar la no repetición y la reparación de las víctimas.
- La esencia de la JR es la resolución de problemas de forma colaborativa; no hace relación al castigo, por la infracción propia de la norma, ya que le otorga especial importancia a los daños reparados o prevenidos.

De forma especial, cabe mencionar el Estatuto de la Corte Penal Internacional (aprobado en Roma en 1998, entrada en vigor en 2002) (ER) en el que los negociadores, junto a la principal función de carácter retributivo de este Tribunal, quisieron añadir una función diferente e íntimamente conectada con uno de los rasgos esenciales de la JR, como es el papel de la víctima con el reconocimiento de los derechos de participación y reparación de las víctimas. De forma, completamente novedosa, el ER reconoce el derecho de participación, de distintas formas en las diferentes etapas del procedimiento y, el derecho a obtener una posible reparación como derecho independiente a la participación.

De acuerdo con el ER, por primera vez en la historia ante la jurisdicción penal internacional, las víctimas tienen acceso a los procedimientos y la posibilidad de presentar sus observaciones y opiniones; igualmente, y de forma independiente al derecho de participación, las víctimas tienen derecho a reclamar las reparaciones oportunas por los daños sufridos por la comisión de crímenes internacionales competencia de la Corte Penal Internacional (crimen de genocidio, crimen de humanidad, crimen de guerra y crimen de agresión).

Autora: Casilda Rueda Fernández
(Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Sevilla)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: NACIONES UNIDAS - UNOCD. *Manual de Programas de Justicia Restaurativa*, 2006, disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

REFERENCIAS NORMATIVAS: Resolución 40/34 de la Asamblea General de 29 de noviembre de 1985, completada por la Resolución 1989/57 del Consejo Económico y Social, de 24 de mayo de 1989, titulada Aplicación de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder, y por la

Resolución 1999/22, de 24 de mayo de 1990, del mismo órgano sobre «Víctimas de delitos y del abuso de poder»; Resolución del Consejo Económico y Social 2002/12 sobre Principios básicos para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (DO L 315, de 14 de noviembre de 2012); Recomendación CM/rec (2018) 8 del Consejo de Europa en materia de justicia restaurativa penal. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

L

LEY MODELO SOBRE EXTRADICIÓN

1. Orígenes

Desde la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el crimen (ONUDC) se han elaborado numerosos documentos informativos y de apoyo a los Estados para realizar recomendaciones sobre las prácticas más adecuadas desde todos los puntos de vista en la materia extradicional, en aras a fomentar la cooperación jurídica internacional en la lucha contra el crimen en general, atendiendo a la diversidad de sistemas jurídicos existentes y a la complejidad que dichas diferencias conllevan para la cooperación y auxilio internacional y, por ende, para la lucha contra el crimen.

De esta forma, y continuando con los trabajos emprendidos a comienzos de los 90 con la elaboración y adopción de un Tratado Modelo de Extradición de 1990, por parte de la Asamblea General (Resolución 45/116 del 14 de diciembre de 1990), la Oficina de las Naciones Unidas

contra la Droga y el Delito se propuso elaborar una ley modelo sobre extradición. El objetivo era preparar un instrumento modelo basado en las disposiciones del Tratado Modelo de 1990, pero que recogiera las nuevas tendencias y necesidades para los Estados en materia de cooperación y, en concreto, en los procedimientos de extradición. Ello, además, tomando en cuenta los tratados internacionales existentes con disposiciones sobre extradición, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (adoptada por la Resolución 55/22 de la Asamblea General del 15 de noviembre del 2000 y vigente desde el 29 de septiembre del 2003), o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (adoptada por la Resolución 58/4 de la Asamblea General del 31 de octubre del 2003 y vigente desde el 14 de diciembre de 2005), al igual que los instrumentos internacionales contra el terrorismo.

Los objetivos de esta Ley Modelo se centraban en conseguir una cooperación más efectiva, adoptando por parte de los Estados una legislación nacional más simplificada, como complemento de los tratados de extradición existentes, o utilizada como fuente, como norma marco aplicable de la extradición para cuando no exista tratado de extradición, en el caso concreto, con el país implicado.

De ahí, se publica un documento en 2004 sobre una Ley modelo sobre extradición

(https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2017/Model_Law_Extradition_Spanish.pdf, consultada el 23 de septiembre de 2021), que viene a establecer recomendaciones a los Estados, no solo en cuanto a requisitos a los que se puede o debe someter la entrega con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los individuos, sino también reglas procedimentales de cómo proceder tanto en los casos de solicitud como de concesión.

2. *Contenido*

El índice que contiene el documento se transcribe, pues es relevante en cuanto a los contenidos que se proponen en las prácticas extradiciones a los Estados interesados:

I. Introducción

II. Parte 1: Disposiciones generales

Sección 1: Definiciones

Sección. 2: Bases legales de la extradición

III. Parte 2: Extradición de [país que adopta la ley] (extradición pasiva)

Capítulo 1: Condiciones básicas para la extradición

Sección 3: Delitos que dan lugar a la extradición - Requisito de la doble incriminación. Capítulo 2: Motivos para denegar una solicitud de extradición. Sección 4: Delitos de naturaleza política. Sección 5: Cláusula de discriminación Sección 6: Tortura, trato o castigo cruel, inhumano o degradante Sección 7: Garantías de un juicio imparcial - Sentencia en rebeldía - Corte o tribunal especial o extraordinario. Sección 8: *Ne bis in idem*. Sección 9: Plazo de prescripción. Sección 10: Delitos militares. Sección 11: Nacionalidad. Sección 12: Pena de muerte. Sección 13: Extraterritorialidad. Sección 14: Entrega a la Corte Penal Internacional o tribunales penales internacionales. Sección 15: Proceso penal en caso de la no extradición.

Capítulo 3: Documentos necesarios - Procedimiento de extradición. Sección 16: Solicitudes de extradición y documentación de apoyo. Sección 17: Certificación y autenticación. Sección 18: Solicitudes concurrentes. Sección 19: Verificación preliminar de una solicitud de extradición - Información adicional. Sección 20: Detención preventiva. Sección 21: Orden de extradición. Sección 22: Procedimiento después de la detención de la persona reclamada. Sección 23: Audiencia de extradición. Sección 24: Decisión sobre la elegibilidad para extradición. Sección 25: Recurso de apelación/Petición de revisión judicial. Sección 26: Discreción del

Ejecutivo. Sección 27: Proceso de extradición simplificado. Sección 28: Entrega de la persona reclamada 2. Sección 29: Aplazamiento de la entrega. Sección 30: Entrega provisional. Sección 31: Búsqueda y captura. Sección 32: Entrega de propiedad.

IV. Parte 3: Extradición a [país que adopta la ley] (extradición activa) Sección 33: Competencia para tramitar la extradición u otras solicitudes relacionadas. Sección 34: Trato de las personas entregadas (Principio de especialidad). Sección 35: Detención provisional de la persona entregada en espera de una decisión sobre la renuncia del principio de especialidad. Sección 36: Personas entregadas provisionalmente

V. Parte 4: Procedimiento de tránsito. Sección 37: Principio. Sección 38: Permiso de tránsito. Sección 39: Detención durante el tránsito. Sección 40: Aterrizaje no previsto

VI. Parte 5: Disposiciones finales. Sección 41: Gastos del procedimiento de extradición. Sección 42: Normativas. Sección 43: Vigencia - Retroactividad.

Más recientemente, desde la misma Oficina (ONUDC) se publica el *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición de 2012*

(<https://www.unodc.org/documents>, consultado el 23 de septiembre de 2021), cuyo origen data de la Conferencia de las Partes en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en su Resolución 5/8, titulada Aplicación de las disposiciones sobre cooperación internacional de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, encomendó a la Secretaría que elaborase una guía práctica para facilitar la redacción, transmisión y ejecución de solicitudes de extradición y de asistencia judicial recíproca, conforme a lo dispuesto en los artículos 16 y 18 de la Convención, en los casos en que la Convención sea la base jurídica de la solicitud. En dicho Manual se justifica su necesidad en los siguientes términos:

[...] Los tipos de delitos previstos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (la Conven-

ción) y las amenazas que estos plantean son muchos, variados, constantes y reales. En una época de presupuestos y recursos limitados, y a la luz de la gravedad de los delitos, es imperativo que los Estados requirentes hagan todo lo posible por que sus solicitudes de asistencia internacional sean concluyentes y tengan un sólido fundamento jurídico, lo que permite conservar recursos preciosos. Los Estados requeridos también cumplen una función importante en el proceso, ya que su flexibilidad en la interpretación de sus propias normas, junto con su capacidad y deseo de asesorar al Estado requirente sobre los requisitos de fondo y forma de su propio país tienen profundas consecuencias en el éxito o fracaso de toda solicitud de asistencia judicial recíproca o de extradición. 2. Las naciones están obligadas a globalizarse y, al mismo tiempo, a mantener su soberanía a fin de proteger a sus ciudadanos y mantener su nacionalidad. Los encargados del cumplimiento de la ley se encuentran en la posición irónica y desafortunada de verse constreñidos por las mismas leyes que están obligados a respetar.

[...] Se puede considerar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional es un modelo o guía para la cooperación internacional en los casos de extradición y asistencia judicial recíproca. El artículo 16 de la Convención permite que los Estados que supeditan la extradición a la existencia de un tratado la consideren la base jurídica de la extradición en sus relaciones con otros Estados parte. La Convención también permite aplicar un criterio flexible, ya que se considera que todos los delitos señalados en la Convención están incluidos en los tratados de extradición vigentes, lo que facilita a los Estados parte su aplicación a esos delitos. A su vez, ello disminuye los esfuerzos y los posibles gastos que entraña la aplicación de esa sección de la Convención. Respecto de la asistencia judicial recíproca, a menudo se hace referencia al artículo 18 de la Convención como «minitratado» al respecto. El artículo 18 permite a los Estados parte prestarse mutuamente la mayor asistencia jurídica recíproca posible en relación con los delitos señalados en la Convención.

[...] El manual contiene sugerencias prácticas, paso a paso, sobre la mejor manera de iniciar y continuar los procedimientos de extradición y asistencia judicial recíproca en condición de Estado requirente, y sobre la mejor manera de responder a las solicitudes recibidas y hacer su seguimiento cuando se representan los intereses de un Estado requerido.

Autora: Beatriz García Sánchez
(Titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos - URJC,
doctora en Derecho Penal por la URJC)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Madrid: Comares, 2005; *Ley Modelo sobre Extradición (2004)* (traducción no oficial), disponible en https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2017/Model_Law_Extradition_Spanish.pdf; NACIONES UNIDAS. *Report Informal Expert Working Group on Effective Extradition Casework Practice*. Viena: 2004, disponible en http://www.unodc.org/pdf/ewg_report_extraditions_2004.pdf

M

MECANISMO RESIDUAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES PENALES

El Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (en adelante, el Mecanismo) fue establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud de su Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre de 2010, con el fin de concluir la labor iniciada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR y, colectivamente, los Tribunales), mediante el desempeño de las «funciones residuales» de dichos tribunales.

1. Origen del Mecanismo

El Consejo de Seguridad estableció el TPIY en virtud de su Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, con el fin de enjuiciar a los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia durante su ruptura y los conflictos posteriores.

Asimismo, el Consejo de Seguridad estableció el TPIR en virtud de la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, para enjuiciar a las personas presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. En virtud de dicha resolución, este tribunal también podía enjuiciar a los ciudadanos de Ruanda presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones del Derecho internacional cometidas en el territorio de Estados vecinos durante el mencionado periodo.

1.1. Las estrategias de conclusión del TPIY y TPIR

En la declaración del presidente del Consejo de Seguridad de 23 de julio de 2002 (S/PRST/2002/21), este indicó que el Consejo de Seguridad hacía suya la estrategia —presentada en un informe sobre la situación judicial del TPIY (S/2002/678)— de trasladar a las jurisdicciones nacionales competentes las causas relativas a «acusados de rango intermedio e inferior» a fin de permitir que el TPIY alcanzase su objetivo de terminar todas las actividades judiciales en primera instancia para 2008. En este sentido, el Consejo de Seguridad instaba al TPIY a concentrar su labor en el procesamiento y enjuiciamiento de los dirigentes de quienes se sospechase ser responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, antes que a «otros inculpados de menor importancia».

Posteriormente, las denominadas «estrategias de conclusión» de los tribunales se establecieron en la Resolución 1503 (2003), de 28 de agosto de 2003, en la que el Consejo de Seguridad, entre otras cuestiones: (i) recordó y reafirmó su declaración de 23 de julio de 2002 en la que aprobaba la estrategia del TPIY de concluir las investigaciones a finales de 2004, todos los procesos en primera instancia a finales de 2008 y toda su labor para 2010; y (ii) exhortó al TPIR a formalizar una estrategia de conclusión tomando como modelo la estrategia del TPIY. Asimismo, y además de instar a los Tribunales a que tomaran «todas las medidas posibles» para alcanzar los objetivos de sus estrategias de conclusión, el Consejo de Seguridad adoptó la propuesta del Secretario General de Naciones Unidas en su carta de 28 de julio de 2003 (2003/766) de separar los cargos de fiscal de los tribunales de modo que pudiesen ser ocupados por personas distintas para que así el TPIY y el TPIR pudiesen «desempeñar sus respectivas funciones en la forma más eficiente y expedita». Finalmente, el Consejo de Seguridad instó a que la comunidad internacional ayudase a las jurisdicciones nacionales, y a que los Estados relevantes reforzasen su cooperación con los tribunales.

A partir de dicha fecha, el Consejo de Seguridad continuó exhortando a los tribunales en sus resoluciones a que cumpliesen los términos de las estrategias de conclusión de sus trabajos (véase, por ejemplo, la Resolución 1534 (2004), de 26 de marzo de 2004).

En fecha 19 de diciembre de 2008, el Presidente del Consejo de Seguridad declaró (S/PRST/2008/47) que se observaba «con preocupación» que no se había cumplido el plazo para la conclusión de los procesos y que los tribunales habían indicado que no era probable que pudiesen terminar su labor en 2010. Reconociendo «la necesidad de establecer un mecanismo específico para el desempeño de diversas funciones esenciales de los tribunales, incluido el enjuiciamiento de fugitivos de rango superior, después de la clausura de los tribunales» y, teniendo en cuenta el carácter reducido de dichas «funciones residuales», el presidente del Consejo de Seguridad señaló que ese mecanismo debería consistir en

«una estructura pequeña, temporal y eficiente, cuyas funciones y tamaño se irán reduciendo con el tiempo», y cuyos gastos serían sufragados por las Naciones Unidas.

Posteriormente, en virtud de la Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre de 2010, el Consejo de Seguridad estableció el Mecanismo, integrada por dos subdivisiones, la subdivisión del TPIR y la subdivisión del TPIY, con fechas de inicio de 1 de julio de 2012 y 1 de julio de 2013, respectivamente. Asimismo, el Consejo de Seguridad adoptó el Estatuto del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (en adelante, el Estatuto) y solicitó al secretario general de Naciones Unidas que presentase un proyecto de reglas de procedimiento y prueba, basado en las reglas de los tribunales y sujeto a la aprobación de los magistrados del Mecanismo, una vez fuesen elegidos. Por lo que respecta a su duración, el Consejo de Seguridad indicó que el Mecanismo funcionaría por un periodo inicial de cuatro años a partir de la primera de las fechas de inicio, y que examinaría los progresos realizados por el Mecanismo antes de que concluyese dicho periodo y, a partir de entonces, cada dos años, tras lo cual seguiría operando por periodos subsiguientes de dos años después de cada examen, a menos que el propio Consejo de Seguridad decidiese otra cosa.

En cuanto al funcionamiento de los tribunales, el Consejo de Seguridad solicitó al TPIY y TPIR en la citada resolución que adoptasen todas las medidas posibles para concluir con rapidez la labor restante, preparasen su cierre y asegurasen «una transición fluida hacia el Mecanismo», a más tardar el 31 de diciembre de 2014.

Así, durante los primeros años de existencia del Mecanismo, este operó de forma paralela a los tribunales. Posteriormente, una vez clausurado el TPIR, en fecha 31 de diciembre de 2015, y el TPIY, en fecha 31 de diciembre de 2017, el Mecanismo continuó —y continúa a fecha de hoy— operando de forma autónoma.

2. Características principales del Mecanismo de acuerdo con su Estatuto

2.2. Competencia del Mecanismo

De acuerdo con el artículo 1 de su Estatuto, el Mecanismo continúa la competencia material, territorial, temporal y personal de los tribunales, así como sus derechos y obligaciones, con sujeción a las disposiciones del Estatuto.

Así, el Mecanismo está facultado para enjuiciar, de conformidad con las disposiciones del Estatuto, a (i) las personas acusadas por el TPIY y el TPIR «que sean los dirigentes de más alto nivel que presuntamente sean los máximos responsables de los crímenes [sujetos a la jurisdicción de los Tribunales]», teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes y el nivel de responsabilidad de los acusados; (ii) las personas acusadas por el TPIY y el TPIR «que no sean los dirigentes de más alto nivel mencionados [anteriormente]», después de haber agotado «todas las instancias razonables» para remitir la causa con arreglo al artículo 6 del Estatuto; (iii) toda persona que «a sabiendas y deliberadamente interfiera o haya interferido en la administración de justicia que compete al Mecanismo o a los Tribunales»; y, (iv) un testigo que «a sabiendas y deliberadamente preste o haya prestado falso testimonio ante el Mecanismo o los Tribunales». Antes de proceder al enjuiciamiento de las personas indicadas en los apartados (iii) y (iv), el Mecanismo deberá considerar la posibilidad de remitir la causa a las autoridades de un Estado con arreglo al artículo 6 del Estatuto, teniendo en cuenta «el interés de la justicia y la conveniencia».

El artículo 1 del Estatuto establece, además, que el Mecanismo no está facultado para formular nuevas acusaciones contra personas que no sean las mencionadas en dicha disposición.

2.2. *Funciones*

De acuerdo con el artículo 2 del Estatuto, el Mecanismo desempeña las funciones del TPIY y el TIPR (denominadas «funciones residuales») durante el periodo de su funcionamiento.

2.3. *Estructura y sedes*

El Mecanismo se compone de dos subdivisiones, una del TPIY, con sede en La Haya, Países Bajos, y otra del TIPR, con sede en Arusha, República Unida de Tanzania.

2.4. *Organización*

El Mecanismo está constituido por los órganos siguientes (artículos 4, 8, 10, 14 y 15 del Estatuto):

- i. Las salas, con una Sala de Primera Instancia en cada subdivisión del Mecanismo y una Sala de Apelaciones común a ambas subdivisiones, integradas por un total de 25 magistrados independientes (elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas de una lista presentada por el Consejo de Seguridad);
- ii. el Fiscal, encargado de la investigación y el enjuiciamiento de las personas mencionadas en el artículo 1 del Estatuto, que actúa independientemente, y común a ambas subdivisiones del Mecanismo;
- iii. la Secretaría, que presta servicios administrativos al Mecanismo, incluidas las Salas y el Fiscal, y es común a ambas subdivisiones del Mecanismo.

2.5. *Jurisdicción concurrente*

En virtud del artículo 5 del Estatuto, el Mecanismo y los tribunales, hasta la clausura de estos últimos, tenían jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas mencionadas en el artículo 1 del Estatuto, si bien el Mecanismo gozaba de primacía.

2.6. *Remisión de causas a la jurisdicción nacional*

De acuerdo con el artículo 6 del Estatuto, el Mecanismo «hará todo lo posible» para remitir a las autoridades de un Estado las causas de las personas mencionadas en el párrafo 3 del artículo 1 del Estatuto (esto es, las personas acusadas por el TPIY y el TPIR «que no sean los dirigentes de más alto nivel [...]»), y asimismo está facultada para remitir a dichas autoridades las causas de las personas mencionadas en el párrafo 4 del citado artículo (esto es, las personas acusadas de cometer desacato o falso testimonio).

2.7. *Cosa juzgada*

En virtud del artículo 7 del Estatuto, nadie será procesado en un tribunal nacional por actos constitutivos de violaciones graves del Derecho internacional humanitario con arreglo al Estatuto si ya hubiera sido procesado por el TPIY, el TPIR o el Mecanismo (en este último caso, con determinadas excepciones previstas en la mencionada disposición).

3. *Labor realizada por el Mecanismo*

Desde su creación, el Mecanismo ha venido desempeñando las denominadas «funciones residuales» de los tribunales de acuerdo con su mandato, incluidas la ejecución de condenas, revisión de decisiones administrativas, asignación de casos, procedimientos de revisión, celebración de nuevos juicios (*retrials*), procedimientos de recurso, procedimientos por desacato, resolución de peticiones de anulación de la remisión de casos

a las jurisdicciones nacionales, modificación de medidas de protección a testigos, acceso, divulgación y reclasificación de documentos, resolución de solicitudes de indemnización y asignación de letrados. Asimismo, a fecha de junio de 2021, el Mecanismo contaba con varios procedimientos en fase de investigación (*pre-trial*), juicio, desacato y falso testimonio, un caso con persona fugada bajo su jurisdicción, y cinco casos sujetos a monitorización tras su remisión a las jurisdicciones nacionales relevantes.

Autora: Vanessa Ghabremani Thomsen
(Miembro del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona,
Associate Legal Officer en la Corte Penal Internacional, Chambers)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad; Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad; declaración del Presidente del Consejo de Seguridad de 23 de julio de 2002 (S/PRST/2002/21); Resolución 1503 (2003), de 28 de agosto de 2003, del Consejo de Seguridad; declaración del Presidente del Consejo de Seguridad de 19 de diciembre de 2008 (S/PRST/2008/47); Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre de 2010, del Consejo de Seguridad. Asimismo, se ha consultado y obtenido información de la página web oficial del mecanismo (<https://www.irmct.org/en>).

N

NARCOTRÁFICO (LUCHA CONTRA)

El narcotráfico o, en términos más generales, el problema de las drogas preocupa en la comunidad internacional desde hace tiempo y, a tal efecto, se han aprobado distintos instrumentos político-jurídicos de di-

verso alcance que regulan específicamente esta cuestión. En buena parte, el narcotráfico es una expresión del crimen organizado o, quizá con mayor precisión, se podría calificar como la manifestación por excelencia o más privilegiada de la delincuencia organizada. Por ello, es lógico que algunos de los aspectos relativos a la regulación del narcotráfico se encuentren ubicados en aquellos instrumentos que se ocupan especialmente del crimen organizado. En esencia, existe una profunda y sólida vinculación entre ambas realidades, también en el plano estrictamente normativo. En una primera aproximación correspondería definir el tráfico de drogas como «un comercio ilícito mundial que incluye el cultivo, la fabricación, la distribución y la venta de sustancias que están sujetas a leyes que prohíben drogas» (<https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/transnational-threats/drug-trafficking/>). Esta práctica representa ciertamente un serio y grave problema para la comunidad internacional. De ahí, que se haya acentuado la cooperación entre los Estados con el propósito de erradicar el narcotráfico y resolver las distintas cuestiones que suscita el problema de las drogas.

En el plano internacional, la lucha contra el narcotráfico plantea numerosas cuestiones de carácter jurídico entre las que se podrían destacar: la vinculación entre el narcotráfico y los derechos humanos; el nexo existente entre el narcotráfico y la seguridad; y la relación que se da entre el narcotráfico y el desarrollo sostenible. En este contexto, se podría aceptar simultáneamente que los comportamientos que implica el tráfico de drogas suponen violaciones graves de los derechos humanos y que, asimismo, la lucha contra esta lacra debe hacerse desde el respeto de estos derechos; que la seguridad internacional y en los niveles regionales se puede ver afectada por nuevas amenazas como es el tráfico de drogas; y que el desarrollo económico y social de los países queda comprometido cuando se expande el narcotráfico en un determinado espacio o región. Por ello, para erradicar el problema de las drogas se debe contar con la acción directa de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, pero también necesariamente con los resultados que se derivan de la cooperación internacional. En concreto, «La cooperación técnica inter-

nacional es una herramienta indispensable para optimizar la lucha contra las drogas». *Silvia Amélia Fonseca de Oliveira*. La importancia de la cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de drogas, <https://dialogo-americas.com/es/articles/la-importancia-de-la-cooperacion-internacional-en-la-lucha-contra-el-trafico-de-drogas/#.YVm1ALiAaI4>.)

Con este prisma, lo más relevante será el estudio de la regulación jurídica de la lucha contra el narcotráfico que se lleva a cabo en el orden internacional y, para ello, sería conveniente centrar la atención en tres ámbitos jurídicos distintos, aunque pueden resultar complementarios. Se trataría de examinar la labor realizada por las Naciones Unidas para combatir el narcotráfico y, en esta línea, comprobar los acuerdos y otros instrumentos jurídicos que se han adoptado al respecto; las tareas de la Unión Europea (UE) en esta materia y que han tenido plasmaciones normativas; y los avances que se han producido en la regulación para acabar con el narcotráfico en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), que hayan tenido reflejos de carácter normativo. El estudio de estos tres «espacios jurídicos» es suficiente, desde luego, para conocer los aspectos centrales que definen, sistematizan y regulan la prevención, lucha y sanción del narcotráfico en el orden jurídico internacional.

1. El narcotráfico en la normativa de Naciones Unidas

La labor que ha desempeñado la Organización universal en el ámbito de las drogas ha sido intensa y ha producido buenos resultados. A tal efecto, se cuenta con instrumentos jurídicos vinculantes que regulan el problema de las drogas y que proporcionan algunas soluciones que pueden ser acogidas por los Estados que integran la comunidad internacional. Lo que está claro es que sigue existiendo una relevante preocupación por las consecuencias que tiene el narcotráfico, lo que ha llevado a que órganos de las Naciones Unidas se ocupen intensamente de esta cuestión. En concreto, siempre cabe recordar que, en 2012, la Asamblea Ge-

neral realizó un debate temático sobre esta materia con ocasión de la celebración del Día Internacional de la lucha contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas, dándole por título: «La amenaza que las drogas y el delito plantean para el desarrollo». En esta dirección, como se ha dicho:

ese debate tuvo por objeto examinar los problemas a que se hace frente para incorporar las cuestiones relativas a la fiscalización de drogas y la prevención del delito en los planes de desarrollo y determinar la manera de fortalecer las actividades coordinadas de la comunidad internacional encaminadas a abordar las consecuencias adversas de las drogas y la delincuencia para el desarrollo. (A/67/157, 21 de junio de 2012)

En todo caso, se deben destacar por lo menos tres acuerdos, elaborados en el seno de Naciones Unidas, que abordan con vigor el problema de las drogas.

En primer lugar, la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, (enmendada en 1972). Como se ha indicado, el propósito de esta Convención «es promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional» y así con esta finalidad «las partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos» (<http://www.odc.gov.co/PUBLICACIONES/ArtMID/4214/ArticleID/5964/Convenci243n-218nica-de-1961-sobre-estupefacientes>). Por ello, se establece una definición precisa de cada uno de los comportamientos que deben ser calificados como delitos y, asimismo, se determinan mecanismos para hacer efectiva la cooperación internacional en este ámbito.

En segundo lugar, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 que parte de la convicción de «los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustancias sicotrópicas» y que, por lo

tanto, es preciso «prevenir y combatir el uso indebido de tales sustancias y el tráfico ilícito a que da lugar». Este acuerdo es una expresión clara de la cooperación internacional que se requiere en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, siendo así que el párrafo b) del artículo 21 establece con toda nitidez que los Estados se «se ayudarán mutuamente en la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas [...]», previendo un sistema de información mutua. Lo que cabe recordar es que este convenio responde a que se pretendió «dar respuesta a la diversificación del consumo de drogas con el objetivo de controlar toda una nueva gama de sustancias psicoactivas» que se habían desarrollado en el periodo en el que fue adoptado (<https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu#4>).

Por último, cabe destacar:

la Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, celebrada en Viena del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988 en virtud de la Resolución 1988/8 del Consejo Económico y Social, aprobó y abrió a la firma la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Ebook/The_International_Drug_Control_Conventions_S.pdf

Con seguridad, se trata del acuerdo en el que se regula con mayor detenimiento las cuestiones que, en definitiva, afectan al fenómeno del narcotráfico. En concreto, se parte de la afirmación de que la comunidad internacional está profundamente preocupada «por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la Sociedad». A partir de ahí, se impone una regulación específica que tiende esencialmente a combatir los casos en los que tiene lugar el tráfico ilícito de drogas. Desde luego, la finalidad esencial de este Convenio queda estipulada en el pá-

rrafo 1 del artículo 2 cuando se dice, en términos similares a la Convención de 1961, que:

el propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

[https://www.unodc.org/docu-
ments/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Ebook/
The_International_Drug_Control_Conventions_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Ebook/The_International_Drug_Control_Conventions_S.pdf)

Este Convenio establece, desde luego, obligaciones para los Estados parte y dirige su acción de manera preferente a través de los ordenamientos jurídicos internos. En todo caso, el Convenio dispone una serie de medidas que resultarán efectivas para la fiscalización de las distintas sustancias que están incluidas en las listas que se adjuntan al Convenio. A tal efecto, se les otorga también funciones a determinados órganos de las Naciones Unidas para abordar, con base en el Convenio, el problema de las drogas.

2. *La lucha contra el narcotráfico en la UE*

La preocupación de los Estados europeos por la expansión y consolidación del narcotráfico y por el problema de las drogas en general ha conducido a la elaboración de distintas normas que se encargarían de erradicar este comportamiento y, asimismo, prevenir para que no tuvieran lugar supuestos en los cuales se cometan delitos de tráfico ilícito de drogas. La regulación de la UE se hace con base en las características que definen al espacio geográfico en el que actúa y, también, en función de las relaciones que se establecen con terceros Estados. En cualquier caso, la UE realiza un enfoque global del problema de las drogas y, durante largo tiempo, viene desarrollando una visión común con el objetivo de

determinar las consecuencias que las drogas tienen para la seguridad y la salud. En esta línea, cabría resaltar ante todo la Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga 2021-2025. Así como el Plan de Acción sobre drogas durante este mismo periodo aprobados por la Organización internacional (<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-drugs-policy/>). Los dos instrumentos indican las prioridades de la UE en esta materia y, además, establecen los ámbitos y mecanismos que deben ser tenidos en cuenta para afrontar este fenómeno que tiene consecuencias en todos los ámbitos de la vida social.

No obstante, la lucha contra el narcotráfico y el problema de las drogas en la UE se deberían enfocar preferentemente en el marco del combate contra la delincuencia organizada. Ahora bien, existe una normativa específica adoptada por esta Organización internacional en el campo de las drogas que tiene su fundamento último en lo que dispone el artículo 3 del TUE cuyo párrafo 2 estipula que:

la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

Y, a tal efecto, habrá que tener en cuenta lo que recoge el artículo 83 del TFUE que otorga competencias al Parlamento Europeo y el Consejo Europeo para que, mediante directivas, definan las infracciones penales y sanciones en determinados ámbitos delictivos. Entre estos, se incluye el tráfico ilícito de drogas con carácter autónomo y diferenciado de la delincuencia organizada. Asimismo, la Unión complementará la acción que lleven a cabo los Estados miembros y que esté orientada a reducir los daños a la salud que resulten de las drogas, tal y como lo regula el artículo 168 TFUE.

En cualquier caso, se han adoptado reglamentos, directivas y decisiones que directa o indirectamente afectan al tráfico ilícito de drogas. A tal

efecto, se podría tener en cuenta la legislación sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas y la legislación sobre precursores (<https://antidroga.interno.gov.it/es/legislacion/europea/>). Pero cabría resaltar, sobre todo, lo que contiene y desarrolla la Directiva 2017/2103 del Parlamento Europeo de 15 de noviembre por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo. Una regulación amplia y detallada en relación con la cuestión de las drogas que está orientada a impedir el tráfico ilícito y a combatir aquellos comportamientos que pongan en riesgo la seguridad y la salud en el espacio europeo y que, paulatinamente, va conformando una legislación específica de la Unión en esta materia. Se podría seguir diciendo que: «si bien no existe una política europea común en materia de drogas, los Estados miembros han sido conscientes [...] de que no pueden solucionar individualmente los problemas relacionados con la droga sin una cooperación efectiva a escala comunitaria» (LÓPEZ CARMONA. «Europa frente al fenómeno de las drogas»). Y esta cooperación, como es claro, se ha plasmado en múltiples normas al efecto.

3. La labor de la OEA en la prevención y lucha contra el narcotráfico

La Organización hemisférica ha realizado una relevante tarea con el propósito de combatir el narcotráfico, sobre todo, porque algunas de las áreas que conforman el espacio americano se han visto especialmente afectadas por el problema de las drogas, como es el caso de América Latina y el Caribe. Así, la propia Organización indica que:

las drogas ilícitas y su comercio se han convertido en un elemento contraproducente de la imagen de América Latina. El comercio de drogas ilícitas representa una amenaza para la estabilidad de la fuerza pública que mantiene el orden y la sociedad civil, y lo único que deja en su rastro es violencia y destrucción. La OEA está muy dedicada a la lucha contra este problema y mantiene varios proyectos centrados en el combate de la oferta y la reducción de la demanda, y el perfeccionamiento y fortalecimiento de instituciones que luchan contra la droga en los Estados. OEA: <http://www.oas.org/es/temas/drogas.asp>

Corresponde indicar, por lo tanto, que la lucha contra el narcotráfico se ha concebido en las Américas como una cuestión de seguridad. De este modo lo entiende la Declaración sobre Seguridad en las Américas, de México de 2003, en la que el problema mundial de las drogas se cataloga como una de las nuevas amenazas, preocupaciones y otros desafíos de naturaleza diversa a los que se enfrentan los Estados del Hemisferio (OEA/Ser.K/XXXVIII.CES/dec.1/03 rev.1, 28 octubre 2003).

Entre los principales avances que se han producido en la lucha contra el narcotráfico en el espacio americano y en función de la labor desempeñada por la OEA, cabría indicar: Ante todo, el trabajo realizado por la Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAF) y, también, la elaboración de algunos planes de acción orientados a abordar la cuestión de las drogas. En esta línea, cabe mencionar ahora el Plan de Acción Hemisférico sobre drogas 2021-2025 en el que se detallan diversas medidas relativas al fortalecimiento institucional; prevención, tratamiento y apoyo en la recuperación; control del cultivo, producción, tráfico y distribución ilícito de drogas; investigación, información, monitoreo y evaluación; y los aspectos relativos a la cooperación internacional (MORÁN BLANCO. *Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe: la labor de la Organización de Estados Americanos [OEA]*). En definitiva, el problema de las drogas, que preocupa intensamente en el espacio americano, merece la atención política y normativa de la Organización de cooperación por excelencia en las Américas. En esta línea, se ha elaborado en el plano hemisférico documentos que coadyuvan, junto a los instrumentos adoptados en el plano universal, a combatir el narcotráfico y hace frente a las diferentes cuestiones en los ámbitos de la salud, sociales y de la seguridad que se originan por las drogas.

*Autora: Elena C. Díaz Galán
(Profesora contratada de Derecho Internacional Público,
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FERNÁNDEZ PONS, Xavier. «Las Naciones Unidas y la fiscalización internacional de las drogas». En *Agenda ONU: Anuario de la Asociación para las Naciones Unidas en España*, 1998, n.º 1, pp. 85-148; LÓPEZ CARMONA, Gabriel. «Europa frente al fenómeno de las drogas. Una aproximación a la normativa europea de drogas». En *Revista Española de Drogodependencias*, 2006, vol. 31, n.ºs 3 y 4, pp. 435-451; MORÁN BLANCO, Sagrario. *Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe: la labor de la Organización de Estados Americanos (OEA)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021; VÁZQUEZ BELLO, Camilo. «Los mecanismos de la Unión Europea en materia de drogas». En *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*. Madrid: Ministerio del Interior, 2000, pp. 117-132.

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

Como manifestación específica del derecho de defensa en el proceso penal, con un indiscutible alcance constitucional, se formula el precepto *Nemo tenetur se ipsum accusare*, es decir, nadie está obligado a acusarse a sí mismo, que en términos expresos de nuestro texto fundamental aparece desglosado en los derechos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables (artículo 24.2 CE), y en el implícito derecho al silencio del acusado. Como nos explica VÁZQUEZ SOTELO, el movimiento humanizador del proceso penal que siguió al Siglo de las Luces en toda Europa supuso la progresiva abolición de los métodos de interrogar que de algún modo podían forzar o coaccionar al declarante: al no admitirse la tortura para arrancar una confesión del sospechoso y ni siquiera recibirle juramento antes de proceder al interrogatorio implicó reconocer la posibilidad de apartar de su declaración todo aquello que le pudiera perjudicar. La confesión del investigado dejó de ser la *regina probatorum*. Todo ello en el mismo contexto en que se prohíben las preguntas indirectas, capciosas o sugestivas y toda clase de amenazas o coacciones para obtener información sobre los hechos y se excluyen del ámbito penal del falso testimonio las declaraciones de los investigados.

Como afirma: el TC, en su sentencia 197/1995, de 21 de diciembre:

[...] los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable contemplan, como su enunciado indica, los que en el proceso penal al imputado o a quien pueda adquirir tal condición corresponde, y acerca de los cuales los órganos judiciales deben ilustrar desde el primer acto procesal en el que pueda dirigirse contra una determinada persona el procedimiento, de no prestar declaración en contra de sí mismo y de no confesar la culpabilidad. Tanto uno como otro son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable. SSTC 36/1983, fundamento jurídico 2.; 127/1992, fundamento jurídico 2.

Conviene recordar que la declaración del investigado tiene, por lo menos, dos vertientes: por un lado, es un medio de defensa por el que el declarante puede oponer su versión a la formulada por los acusadores; pero, además, es un medio de prueba del que obtener datos desde los que confirmar o refutar el relato fáctico que se va formando en la fase de investigación del proceso penal y, en particular, se refleja en el acto de acusación a través del escrito de calificaciones provisionales o escrito de acusación. Sin embargo, por un lado, el artículo 406 LECrim dispone, específicamente, que «la confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito», y añade que «con este objeto, el juez instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda comprobar su confesión, si fue autor o cómplice, y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieran conocimiento del hecho»; lo cual debe leerse, no obstante, desde el prisma sistemático del favorecimiento al reconocimiento de hechos y de la aplicación generalizada de la institución de la conformidad.

La abundancia de datos que sobre el hecho punible pudieran obtenerse de la declaración del sospechoso ha llevado en ocasiones al retraso de la atribución del hecho punible, justamente para burlar la aplicación del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, por ello se ha destacado la necesidad de diferenciar claramente entre la posición del testigo —obligado a declarar— y el investigado —no solo dispensado de tal obligación, sino formalizado como derecho fundamental en la sección más protegida del texto constitucional—. De ahí la trascendental relevancia del momento de la imputación. De este modo, el TC ha señalado, en una destacada jurisprudencia:

no se debe someter al imputado al régimen de declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (artículo 118.1 y 2 LECrim.), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (artículo 118 LECrim.), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría estimarse contraria al artículo 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la «prueba prohibida» (artículo 11.1 LOPJ).

Algunos tribunales supranacionales se han pronunciado acerca de algunas manifestaciones del derecho a no autoincriminarse. Así, el TEDH, en el caso *Funke*, sentencia de 25 de febrero de 1993, se refirió a la imposición de sanciones para obligar a la entrega de documentos que pueden tener consecuencias inculpatórias para quien los presenta. Así, en el párrafo 44 señala:

El Tribunal constata que las aduanas provocaron la condena del señor *Funke* para obtener determinadas pruebas que presumían que existían, pero de las que no tenían certeza. No pudiendo o no queriendo obtenerlas por otro medio, intentaron obligar al demandante a que les entregara

él mismo la prueba de los delitos que había cometido. Las particularidades del Derecho aduanero [...] no justificarían tal violación del derecho, de todo «acusado» en el sentido autónomo que el TEDH atribuye al artículo 6, de guardar silencio y no contribuir a su propia incriminación. Por tanto, ha existido violación del artículo 6.1.

Por su parte en el caso Saunders, sentencia de 17 de diciembre de 1996, el Tribunal formula doctrina relevante:

recuerda que, aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 de la Convención (artículo 6), el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoinculparse son estándares internacionales generalmente reconocidos que se encuentran en el centro de la noción de un procedimiento justo en virtud del artículo 6. Su razón de ser radica, entre otras cosas, en la protección del acusado contra la coacción indebida por parte de las autoridades, contribuyendo así a evitar errores judiciales y al cumplimiento de los objetivos del artículo 6 [...]. El derecho a no incriminarse a sí mismo, en particular, presupone que la acusación en un caso penal busque probar su caso contra el acusado sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos de coacción u opresión desafiando la voluntad del acusado. En este sentido, el derecho está íntimamente ligado a la presunción de inocencia contenida en el artículo 6 párr. 2 de la Convención.

Y añade:

Sin embargo, el derecho a no incriminarse a sí mismo se refiere principalmente al respeto de la voluntad del acusado de guardar silencio. Como se entiende comúnmente en los sistemas legales de las partes Contratantes de la Convención y en otros lugares, no se extiende al uso en procesos penales de material que pueda obtenerse del acusado mediante el uso de poderes obligatorios pero que tenga una existencia independiente de la voluntad del sospechoso, como, entre otros, documentos adquiridos en virtud de una orden judicial, muestras de aliento, sangre y orina y tejido corporal con el fin de realizar pruebas de ADN.

En el caso en concreto, el Tribunal:

solo debe decidir si el uso que la fiscalía hizo de las declaraciones obtenidas del demandante por los inspectores constituyó una infracción injustificable del derecho. Esta cuestión debe ser examinada por la Corte a la luz de todas las circunstancias del caso. En particular, debe determinarse si el demandante ha sido sujeto a la obligación de prestar testimonio y si el uso que se hizo del testimonio resultante en su juicio infringió los principios básicos de un procedimiento justo inherentes al artículo 6 párr. 1 del cual el derecho a no inculparse es un elemento constitutivo.

En el caso *Heaney y McGuinness contra Irlanda*, en sentencia de 21 de diciembre de 2000, el TEDH reitera idéntica doctrina y:

observa que los demandantes denunciaron al amparo del artículo 6 de la Convención por haber sido sancionados, [...] por invocar su derecho al silencio, contra la autoinculpación y la presunción de inocencia durante el periodo policial. interrogatorio en el curso de una investigación criminal seria. Recuerda que el significado autónomo de la expresión «acusación» en el artículo 6 § 1 de la Convención significa que una persona puede ser considerada «acusada» a los efectos de ese artículo cuando la situación de esa persona se ha «visto afectada sustancialmente».

Una cuestión especialmente debatida se refiere a la valoración y consecuencias procesales del silencio del investigado. Sobre el mismo es relevante el caso *John Murray*, STEDH de 8 de febrero de 1996, pues el Tribunal dispone que, por un lado, es evidente que es incompatible con las inmunidades consideradas basar una condena, única o principalmente, en el silencio del acusado o en la negativa a responder a las preguntas o a declarar él mismo, pero por otro lado, considera igualmente evidente que estas inmunidades no pueden ni deben impedir que el silencio del imputado, en situaciones que claramente requieran una explicación suya, sea tenido en cuenta para valorar la capacidad de persuasión de la prueba aducida por el enjuiciamiento.

Por su parte, en la STEDH de 29 de diciembre de 2007, en el caso O'Halloran and Francis contra el Reino Unido, los reclamantes son derechos absolutos y que aplicar cualquier forma de coacción directa para exigir al acusado que haga declaraciones incriminatorias contra su voluntad destruye la esencia misma de ese derecho. Pero el Tribunal no aceptó tal interpretación, sino que afirma que debe centrarse en la naturaleza y el grado de coacción utilizada para obtener la prueba, en la existencia de las salvaguardias pertinentes en el procedimiento y el uso que se le dio al material así obtenido. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluida la naturaleza especial del régimen regulatorio en cuestión y la naturaleza limitada de la información solicitada se determinó que el contenido esencial del derecho de los solicitantes a permanecer en silencio y su privilegio de no autoinculparse no había sido desvirtuado.

Por cuanto se refiere al ordenamiento de la Unión Europea, es preciso hacer referencia al artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales, en cuyo apartado segundo se proclama lo siguiente: «Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa». El principal desarrollo normativo se ha dado en la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. De ella se deduce que el derecho a permanecer en silencio es un aspecto importante de la presunción de inocencia y debe servir como protección contra la autoincriminación. Asimismo, el derecho a no incriminarse a sí mismo es también un aspecto importante de la presunción de inocencia. Cuando se les pida a los sospechosos y acusados que hagan declaraciones o respondan interrogatorios, no se les debe obligar a presentar pruebas o documentos ni a proporcionar información que pueda dar lugar a la autoincriminación. Pero los derechos a guardar silencio y a no incriminarse a sí mismo deben aplicarse a las cuestiones relacionadas con el delito del que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido y no, por ejemplo, respecto a las cuestiones relacionadas con la identificación de un sospechoso o un acusado. Además, tales derechos implican que las autorida-

des competentes no deben obligar a los sospechosos o acusados a proporcionar información si esas personas no desean hacerlo.

El ejercicio del derecho a guardar silencio o el derecho a no inculparse a sí mismo no debe utilizarse contra un sospechoso o acusado y no debe considerarse, en sí mismo, una prueba de que la persona en cuestión ha cometido el delito en cuestión. Sin embargo, hay una posibilidad de flexibilización de esta norma, pues se afirma que todo ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de las pruebas por los tribunales o jueces, siempre que se respeten los derechos de la defensa.

Por otra parte, el ejercicio del derecho a no inculparse a sí mismo no debe impedir que las autoridades competentes recojan fuentes de prueba que puedan obtenerse legalmente del sospechoso o acusado mediante el uso de poderes legales de coacción y que tengan una existencia independiente de la voluntad del sospechoso. o persona acusada, como material adquirido de conformidad con una orden judicial, material respecto del cual existe una obligación legal de retención, muestras de aliento, sangre u orina y tejido corporal con el fin de realizar pruebas de ADN.

Se establece además que el derecho a guardar silencio y el derecho a no inculparse a sí mismo no debe impedir que los Estados miembros decidan que, con respecto a infracciones leves, como por ejemplo las infracciones leves de tráfico, el desarrollo del procedimiento o determinadas etapas del mismo puede tener lugar por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o imputado por las autoridades competentes en relación con el delito de que se trate, siempre que sea conforme a las exigencias del derecho a un juicio justo.

Se insta a los Estados miembros a considerar la posibilidad de garantizar que, cuando se proporcione a los sospechosos o acusados información sobre los derechos de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2012/13/UE, también se les proporcione información sobre el derecho

a no inculpinarse a sí mismo, tal como se aplica en la normativa nacional. Desde la perspectiva del pleno respeto a los derechos fundamentales, nos parece fundamental el suministrar tal información, y por ello mismo parte esencial del propio derecho a no autoincriminarse.

Autor: Lorenzo M. Bujosa Vadell
(Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ASENSIO GALLEGO, José María. *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; FUENTES SORIANO, Olga. «El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso». En *Revista General de Derecho Procesal*, 2018, n.º 46; HUERTAS MARTÍN, Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999; NIETO MARTÍN, Adán. y BLUMENBERG, Axel. «“Nemo tenetur se ipsum accusare” en el Derecho penal económico europeo». En Díez-PICAZO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores). *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 397-420; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El derecho a no inculpinarse*. Madrid: Civitas, 2015; SUCAR, Germán y otros. *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch: 2019; VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1984.

NON BIS IN IDEM EN LA UE

El *non bis in idem* en la UE se ha configurado como una parte integrante del derecho a la libre circulación de personas y como garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos europeos evitando un segundo castigo desproporcionado. El principio garantiza a los ciudadanos previamente sometidos a un proceso de persecución penal efectiva a moverse libremente por el territorio de la UE con la seguridad de que no van a ser enjuiciados ni condenados de nuevo por los mismos

hechos. De no existir esta garantía, los ciudadanos europeos tendrían que permanecer en el Estado en el que se sustanció el procedimiento sin poder desplazarse por otro Estado por miedo a ser perseguidos nuevamente por los mismos hechos. Dicho en otros términos, si no se garantiza el *non bis in idem* se produciría un «efecto de desaliento» para ejercer una libertad comunitaria básica.

La primera regulación del principio se debe al artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), en virtud del cual:

Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratantes, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena.

En artículos posteriores se establecen algunas limitaciones al principio que los EEMM pueden hacer suyas a través de declaraciones. Del CAAS pasó a configurarse como un derecho fundamental con una redacción parecida en el artículo 50 CDFUE.

Por otro lado, los instrumentos de reconocimiento mutuo incluyen entre los motivos de denegación al principio de *non bis in idem* bien como motivo de rechazo facultativo (cuando existe una condena previa dictada por un tercer Estado) bien obligatorio (cuando la sentencia previa ha sido dictado por un EEMM). No obstante, algunas normas de transposición internas, como la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (LRM) en su artículo 32.1.b, lo prevén como un motivo de denegación obligatorio sin distinguir la procedencia europea o extraeuropea de la condena.

El TJUE ha indicado que la interpretación del principio realizada en el marco del artículo 54 CAAS es aplicable a los actos de cooperación judicial de reconocimiento mutuo así como en lo que concierne al artículo 50 CDFUE (SSTJUE, de 16 de noviembre de 2010, Asunto C-

261/09, Gaetano Mantello; de 5 de junio de 2014, Asunto C-398/12, M.; y de 29 de junio de 2016, Asunto C-486/14, Kossowski).

Pese a que doctrina jurisprudencial sobre el *non bis in idem* es muy amplia, se expondrá a continuación de forma breve la interpretación que el TJUE ha realizado sobre los tres aspectos más relevantes: el concepto de mismos hecho (1), el concepto de doble enjuiciamiento o sentencia firme (2), y qué implica la garantía de ejecución (3).

1. *El concepto de mismos hechos*

El TJUE se ha enfrentado a la noción de «mismos hechos» en varias ocasiones desde 2006. Existen varias posibilidades: cabe interpretar unos «mismos hechos» de una forma fáctica, por tanto, teniendo en cuenta la narración de los hechos; o desde una perspectiva normativa atendiendo a la clasificación legal del delito (*nomen juris*) y/o el bien jurídico protegido.

Desde los asuntos Van Esbroeck (STJUE, de 9 de marzo de 2006, Asunto C-436/04, Procedimiento penal entablado contra Leopold Henri Van Esbroeck) y Van Straaten (STJUE, de 28 de septiembre de 2006, Asunto C-150/05, Jean Leon Van Straaten contra Staat der Nederlanden y Republiek Italie) el concepto de mismos hechos que se utiliza es fáctico. Mismos hechos no son hechos idénticos. Por tanto, se valora la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas. En estos dos asuntos se trataba de dilucidar si unos hechos consistentes en la importación de drogas se podían considerar equivalentes a la exportación de drogas. Para el TJUE la persecución de una persona por importación de drogas en un Estado y por exportación de estupefacientes en otro debe considerarse, *en principio*, como «los mismos hechos», ya que la valoración final sobre este extremo compete a las instancias nacionales competentes. No obstante, se ha de tener en cuenta que es irrelevante que la cantidad de droga incautada no sea la misma; que los coacusados sean distintos en uno y

otro procedimiento e, incluso que el interés jurídico protegido en cada delito sea diferente.

El concepto fáctico de «mismos hechos» se confirmó posteriormente. En Gasparini (STJUE, de 28 de septiembre de 2006, Asunto C-467/04), el TJUE consideró que la importación de mercancías ilícitas en un Estado y su posterior comercialización en otro podían tener cabida en la noción de «mismos hechos», si bien dicha valoración compete al juez nacional competente. A la misma conclusión llegó en Kretzinger (STJUE, de 18 de julio de 2007, Asunto C-288/05), asunto que también se refería a delitos de contrabando. En concreto, se trataba de unos hechos consistentes, por un lado, en recibir tabaco extranjero de contrabando en un Estado y, por otro, en importar y poseer ese mismo tabaco en otro Estado, con la intención de transportarlo a otros países.

Finalmente, en Kraaijenbrink (STJUE, de 18 de julio de 2007, Asunto C-367/05) había que dilucidar si se podían considerar como «los mismos hechos» la acción consistente en deshacerse de una cantidad de dinero a través de oficinas de cambio de moneda (delito de blanqueo de capitales) y la receptación de cantidades procedentes del tráfico de estupefacientes (delito de receptación). El TJUE confirmó el criterio fáctico en el sentido de que los «hechos materiales en virtud de sus vínculos en el tiempo y en el espacio, así como por su objeto, forman un conjunto indisoluble» (apdo. 28). No puede decirse que los hechos que se sustancian en el primer y segundo procedimiento forman parte de tal conjunto aun cuando su autor actúa con una misma intención criminal. En otras palabras, una conexión subjetiva entre los hechos perseguidos en ambos Estados no implica necesariamente una conexión objetiva que es lo que se exige para aplicar el *ne bis in idem*. No obstante, reitera el TJUE, compete al órgano judicial nacional realizar la apreciación.

2. *El concepto de «sentencia firme»*

El TJUE ha recurrido a una noción amplia de «sentencia firme» que descansa fundamentalmente en la noción de cosa juzgada según el Derecho nacional del Estado en el que recae la primera resolución. En este sentido, toda resolución que impida el posterior ejercicio de la acción penal ha de considerarse una «sentencia firme» a efectos de activar la garantía del *ne bis in idem*. También se tiene en cuenta si la resolución en cuestión entra a valorar la conducta del sujeto, si bien aquí vuelven a desempeñar un rol fundamental los efectos de cosa juzgada. Es lo que explica que una resolución de archivo o sobreseimiento adoptada por un juez se considere «sentencia firme», pues según el Derecho procesal de los EEMM suele tener valor de cosa juzgada al no tenerse en cuenta la posibilidad de la aparición de nuevos hechos o pruebas para ejercer la acción penal (asunto M). Las resoluciones dictadas por otro tipo de autoridades (MF o autoridad policial) no tienen cabida, por el contrario, en el concepto porque precisamente no impiden el ejercicio posterior de la acción penal (asuntos Turansky y Kossowski).

Los primeros casos sobre esta cuestión se remontan a 2003 (STJUE, de 11 de febrero de 2003, Asuntos Acumulados C-187/01 y C-385/01, Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge). El TJUE sostuvo que los acuerdos extrajudiciales alcanzados con el Ministerio Fiscal (acuerdos amistosos y transacciones) debían considerarse «sentencia firme». Los argumentos para llegar a esta decisión se centraron en el propio principio de reconocimiento mutuo que a su vez implica una confianza mutua en los sistemas procesales de los EEMM, de tal forma que los EEMM tienen la obligación de reconocer el carácter vinculante de las resoluciones dictadas por otro Estado miembro de la misma manera que si fuesen propias. Por ello, «sentencia firme» no puede interpretarse en sentido formal o procedimental, pues lo que importan son los efectos del procedimiento. Dado que un acuerdo amistoso pone fin a la acción penal, la naturaleza del órgano que adopta la resolución (juez o Ministerio fiscal) ha de pasar a un segundo plano. En segundo lugar, el

Tribunal de Luxemburgo recurre a la libre circulación de personas: El *ne bis in idem* potencia esta libertad comunitaria porque los ciudadanos europeos pueden moverse libremente por territorio europeo sin temor a ser detenidos y juzgados nuevamente.

También tienen cabida en el concepto de sentencia firme y, por tanto, activan el *ne bis in idem* las sentencias absolutorias por razón de prescripción y por falta de pruebas. Así lo ha declarado el TJUE en los asuntos Van Straaten y Gasparini. En Van Straaten, el TJUE determinó que las sentencias absolutorias entran dentro del ámbito de aplicación del bis utilizando, en primer lugar, una interpretación gramatical del precepto que nada indica acerca del contenido (absolutorio o inculpatario) de la sentencia. En segundo lugar, recurre a la libre circulación de personas y, finalmente, a los principios de seguridad y jurídica y protección de legítimas expectativas de la persona previamente condenada. En Gasparini, la argumentación a favor de la aplicación del *ne bis in idem* a las sentencias absolutorias por prescripción giró en torno a la protección de la libre circulación de personas, el principio de reconocimiento mutuo y en la no supeditación para aplicar el principio a una armonización en materia de prescripción.

Las decisiones de sobreseimiento por falta de pruebas también se incluyen en el concepto de sentencia firme y, por tanto, activan la garantía del *ne bis in idem* siempre y cuando dichas decisiones según el Estado en el que se hayan dictado hayan adquirido valor de cosa juzgada. En el asunto M (STJUE, de 6 de junio de 2014, Asunto C-398/12), el TJUE hace suya la jurisprudencia del TEDH acudiendo a los efectos de cosa juzgada. En este sentido, se aplicará el principio cuando dichas resoluciones impidan un nuevo procedimiento penal sobre los mismos hechos en el Estado en el que se hayan dictado. A estos efectos no se ha de tener en cuenta la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento por el descubrimiento de nuevos hechos o pruebas contra el sujeto. De nuevo vuelve a ser fundamental el Derecho del Estado en el que se haya

dictado la resolución para determinar si esta ha adquirido el efecto de cosa juzgada.

Por el contrario, las decisiones de archivo sin llevar a cabo una valoración de la conducta por la cual el sujeto es imputado no tienen cabida en la noción de «sentencia firme». En el asunto *Miraglia* (STJUE, de 10 de marzo de 2005, Asunto C-469/03) un sujeto había sido detenido en Italia por transportar heroína desde este país (exportación) a los Países Bajos (importación). En Italia había sido puesto en libertad provisional hasta la celebración del juicio. Sin embargo, antes había sido detenido en los Países Bajos donde no se ejerció la acción penal porque se había iniciado el procedimiento en Italia. Es decir, no continuó el procedimiento para evitar un conflicto de jurisdicción positivo. El problema que se planteaba era dilucidar si la renuncia al ejercicio de la acción penal por parte de los Países Bajos por estar sustanciándose el proceso en Italia podía considerarse «sentencia firme» y activar, por tanto, el *ne bis in idem*. El TJUE se pronunció en sentido negativo alegando, en primer lugar, razones de impunidad. Y es que, para impedir el enjuiciamiento de sus delitos, los imputados no tendrían más que conseguir la apertura de diligencias en un Estado para que se archivará la causa en otro. Ese archivo serviría a su vez para que en el Estado de las diligencias el proceso se tuviera que archivar por vulneración del *ne bis in idem*. Además, la decisión de archivo no contiene un pronunciamiento judicial que afecte a la responsabilidad del acusado, pues ni siquiera ha llegado a ejercerse la acción penal. En cambio, en una transacción el MF y el acusado reconocen la existencia de culpabilidad y negocian la consecuencia jurídica.

Tampoco tienen cabida en el concepto de sentencia firme las decisiones de archivo de diligencias penales por falta de pruebas y por causa de prescripción dictadas por una autoridad policial (STJUE, de 22 de diciembre de 2008, Asunto C-491/07, *Turansky*). Asimismo, las decisiones de archivo dictadas por el MF sin haber llevado a cabo una investigación exhaustiva tampoco dan lugar a la aplicación del principio

de *ne bis in idem* (STJUE, de 29 de junio de 2016, Asunto C-486/14, Kossowski) si (1) no impiden una investigación posterior según el Derecho del Estado en el que se han dictado y si (2) no se fundamentan en una investigación exhaustiva de los hechos (por ejemplo, no se ha tomado declaración al acusado, víctima, testigos).

Finalmente, en AY (STJUE, de 25 de julio de 2018, Asunto C-268/17), el TJUE tuvo que dilucidar si una resolución de archivo del procedimiento cuando la persona reclamada ha intervenido como testigo se considera que ha sido juzgada dos veces por los mismos hechos. Los jueces croatas habían emitido varias euroórdenes a sus homólogos húngaros que habían sido rechazadas porque los hechos imputados a la persona reclamada (cohecho) habían sido previamente investigados y archivados. Sin embargo, la persona reclamada había sido citada en el procedimiento en el Estado de ejecución (Hungría) en calidad de testigo, no de imputada. El TJUE llega a la conclusión de que el archivo de una investigación contra una persona desconocida, durante la cual se ha tomado declaración a la persona reclamada en calidad de testigo, no puede invocarse como motivo de denegación.

3. *La garantía de ejecución: ¿cuándo se considera que la sanción se ha ejecutado, se está ejecutando o ya no puede ejecutarse?*

La condición de ejecución solo aparece en el artículo 54 CAAS, no así en el artículo 50 CDFUE. No obstante, el TJUE ha reconocido su importancia para el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y su compatibilidad con la CDFUE (STJUE, de 27 de mayo de 2014, C-129/14 PPU, Zoran Spasic).

Para el TJUE las consecuencias jurídicas que estipulan los acuerdos prejudiciales (acuerdos amistosos y transacciones) así como las condenas suspendidas (asuntos Brügge/Gözütok y Kretzinger) deben considerarse sanciones que están en proceso de ser ejecutadas o que ya han sido ejecutadas. Es decir, cumplen la garantía de ejecución prevista en el

artículo 54 CAAS. Así, en relación con las condenas suspendidas, el TJUE ha indicado que la suspensión de la pena es una medida alternativa en los sistemas penales de los EEMM que implica que la pena se está ejecutando en el caso de infracciones menos graves.

También se cumple esta garantía de ejecución cuando la pena ya no puede ser ejecutada con independencia de que pudiera haberlo sido en la práctica. En el asunto *Bourquain* (STJUE, de 11 de diciembre de 2008, Asunto C-297/07) se debatía si una sentencia condenatoria dictada en rebeldía que ya no podía ejecutarse por motivo de prescripción activaba la garantía del *ne bis in idem*. El sujeto había sido condenado en rebeldía en Francia por un delito de desertión y asesinato cometido durante la guerra de Argelia. Según el Derecho procesal francés existe la posibilidad de repetir el juicio si el sujeto aparece siempre y cuando la pena no haya prescrito. La pena ya había prescrito y además el delito se había amnistiado. La condena impuesta en rebeldía nunca se ejecutó porque cuando se podía haber ejecutado, el condenado no estaba a disposición de las autoridades francesas. El problema que se planteaba era cuándo determinar que la sanción ya no podía ejecutarse: en el momento en el que se dicta o en el momento en el que se inicia el segundo procedimiento en otro Estado miembro. Si se tenía en cuenta la fecha en la que se dictó la primera sentencia, la condena sí podía ejecutarse y, por tanto, al no estar ejecutándose ni total ni parcialmente era posible abrir un segundo procedimiento en otro Estado miembro. El TJUE optó por verificar la garantía de ejecución en el momento en que se inicia un nuevo proceso penal, en cuyo marco el órgano judicial competente del segundo Estado debe comprobar si se reúnen los requisitos contemplados en el precepto. Y es que no importa que no haya armonización en materia de prescripción, pues la aplicación del artículo 54 CAAS no se supedita a su preexistencia.

Por el contrario, el TJUE consideró que, a efectos de valorar el cumplimiento de la garantía de ejecución, no pueden tenerse en cuenta los periodos de detención policial o en prisión preventiva (asunto

Kretzinger) por dos razones: (1) el artículo 54 CAAS no hace referencia a las medidas adoptadas con anterioridad al juicio y (2) la finalidad de la prisión provisional y de la garantía de ejecución es distinto: en la prisión provisional se persigue fundamentalmente asegurar la presencia del imputado en el proceso, mientras que la garantía de ejecución persigue evitar la impunidad.

Tampoco se cumple la garantía de ejecución cuando se ha ejecutado parcialmente la condena (asunto Spasic). El Sr. Spasic había sido condenado en Italia una pena de prisión y a otra una multa. Posteriormente, fue perseguido en Alemania por los mismos hechos. En este último procedimiento alegó la vulneración del *ne bis in idem*, pues había cumplido parcialmente la condena al haber pagado la multa. El TJUE indicó el objetivo del artículo 54 CAAS no es solo evitar la impunidad sino también garantizar la seguridad jurídica a través del respeto de las decisiones judiciales que devienen firmes. El artículo 54 CAAS incluye supuestos de condenas a una única pena como condenas a varias penas. Por tanto, sus requisitos de aplicación no pueden verificarse únicamente respecto a una de las penas impuestas sino a la totalidad. Si una de esas penas no se ha ejecutado, no se está ejecutando y puede ejecutarse, entonces no podrá decirse que se cumple la garantía de ejecución y, en consecuencia, el principio de *ne bis in idem* no será de aplicación.

*Autora: Marta Muñoz de Morales Romero
(Profesora titular de Derecho Penal,
Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional,
Universidad de Castilla-La Mancha)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MORÁN MARTÍNEZ, Rosa. «Conflictos de jurisdicción, “ne bis in idem” y transferencia de procedimientos». En CARMONA RUANO, Miguel; GONZÁLEZ VEGA, Ignacio U.; MORENO CATENA, Víctor (directores) y ARNÁIZ SERRANO, Amaya (coordinadora). *Cooperación Judicial Penal en Europa*. Madrid:

CGPJ, 2013; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. *Derecho penal europeo*. Valencia, Titant lo Blanch, 2020; SARMIENTO, Daniel. «El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TJUE». En ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán. (coordinadores). *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.

NULLA TRADITIO SINE LEGE

1. Formulación

Es un principio expresado en términos latinos, que como su traducción indica «no puede haber entrega si no lo determina así una ley», entendiendo el término ley en sentido amplio, incluyendo el tratado como fuente de la extradición. En este sentido, se proclama el principio de legalidad en materia extradicional, de tal manera, que esta no puede llevarse a cabo con arbitrariedad por parte del órgano competente para establecerla, sino solo ajustándose a lo establecido en la norma aplicable al caso.

En algunos países se proclama el principio a nivel constitucional, tal es el caso de España en su artículo 13.3 de la CE «La extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo» (también en la Constitución italiana de 1947, artículo 26; la portuguesa de 1976, artículo 23).

Por tanto, se puede concluir que, de dicho principio proclamado, en algunos casos a nivel constitucional, las fuentes de la extradición son: los tratados internacionales (bilaterales y multilaterales); y las leyes internas que regulen tal instrumento, aplicables en defecto de tratado o para lo no previsto en ellos (según determinada interpretación doctrinal, ya que

existen distintas opiniones sobre la prelación de fuentes en la extradición y sobre la consideración de la reciprocidad como fuente de la extradición). En lo que sí parece haber consenso es que dicho principio (*nulla traditio sine lege*) y su proclamación rechazan a la costumbre como fuente de la extradición, a no ser que esa sea cristalizada en un tratado que regule el instrumento ahora tratado.

En definitiva, la declaración del principio de legalidad en materia de extradición a nivel constitucional viene a garantizar que la decisión sobre la entrega (al menos) se plasme en una resolución fundada en Derecho acorde con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (ALCÁCER: p. 14). Por ello, se defiende de manera mayoritaria que la reciprocidad no puede constituir una fuente de la extradición, sino un principio más que limitaría la entrega de un sujeto a otro Estado (como una causa de denegación). Y ello en contra de otra postura doctrinal y jurisprudencial defensora de configurar a la reciprocidad como fuente autónoma de la extradición, aplicable en defecto de tratado y de la ley, que actuaría como un acuerdo o pacto entre los Estados implicados para la entrega de los sujetos. Ello supondría, desde la perspectiva mayoritaria, discrecionalidad e inseguridad jurídica en las extradiciones.

Otra cuestión polémica es si para la orden de detención y entrega (coloquialmente denominada euroorden) está vigente dicho principio, ya que está regulada por la DM de 13 de junio de 2002 que viene a sustituir el instrumento de la Extradición en el ámbito de la Unión Europea (y por tanto al Convenio Europeo de Extradición de 1957, vigente hasta ese momento para dichos países que forman parte de la UE). No obstante, debemos tener en cuenta que las DM carecían de efecto directo y debían ser desarrolladas por una ley en cada país miembro, con lo que ya se cumplía la exigencia de ley para fundamentar una orden de detención y entrega (en España, Ley 23/14, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, que vino a sustituir a la Ley anterior 3/2002). De esta manera, el artículo 1.2 de la DM, establece que la orden europea de detención y entrega se configura como un procedimiento

reglado para conseguir la aprehensión de delincuentes, es decir, un acto jurídico sujeto a requisitos legales, a los que los Estados intervinientes deben someterse.

2. *Fundamento*

El fundamento de esta limitación es el respeto de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Así lo apuntó el TC español en la STC 141/98, de 28 de junio de 1998, declarando la vigencia del principio *nulla traditio sine lege*, como una de las garantías fundamentales del proceso extraditorio, ya que en su virtud la entrega viene autorizada por algunas de las disposiciones mencionadas en nuestra Constitución, esto es, los tratados o la ley. Dicha sentencia fundamenta la vigencia en las siguientes finalidades: en primer lugar, pretende que la extradición quede sometida a reglas jurídicas y no a la voluntad de los Estados; en segundo lugar, dicha norma supone someter a normas adoptadas por los legítimos representantes la actuación de los órganos judiciales que contribuyen a la decisión favorable o desfavorable respecto de la entrega; y, por último, permite ofrecer a los destinatarios una mayor seguridad jurídica, en atención a la previsibilidad de las consecuencias de sus actos.

Y ello, sobre todo, teniendo en cuenta que en los procesos extradicionales están en juego los derechos fundamentales de los individuos, ya que, no debemos olvidar, que se trata de detener a un sujeto para entregarlo a otro país y someterlo bien a un procedimiento penal, o bien a la imposición de una condena penal recaída con anterioridad sobre ese sujeto.

3. *Conclusiones*

Por tanto, la vigencia de este principio, proclamado en algunas constituciones, en los tratados de extradición y en las leyes internas de la mayoría de los países, impedirá las entregas de sujetos para ser juzgados por un delito o ejecutar una condena penal que no se ajusten a las disposiciones

de la norma aplicable al caso; esto es, a los tratados de extradición o las leyes de extradición si no existiera tratado. Por ello, desde esta perspectiva estarían prohibidas las entregas irregulares (entregas al margen del procedimiento de extradición), los secuestros internacionales, y, en definitiva, las entregas que según las normas contenidas en los tratados o las leyes no pudieran llevarse a cabo, a pesar de que se afirmara la reciprocidad con el país en cuestión. Ello en virtud de la seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales en los procedimientos extradicionales.

Autora: Beatriz García Sánchez

*(Titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid - URJC,
doctora en Derecho penal por la URJC)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Madrid: Comares, 2005; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección de los derechos fundamentales en la extradición y la euroorden: texto adaptado a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015; HURTADO ADRIAN, Ángel Luis. «Extradición y euroorden. ¿Hemos avanzado algo...?». En ORTEGA BURGOS, Enrique (director) y otros. *Derecho penal 2020*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 413-442.

O

OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL (EN EL MARCO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL)

Esta voz ofrece una perspectiva práctica de la obligación de cooperar en el marco de un proceso penal internacional. Se exponen los argumentos

que motivaron la solicitud de cooperación internacional por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (en adelante, la CPI) al Reino Hachemita de Jordania (en adelante, Jordania) para la detención y entrega de Al-Bashir (entonces jefe de Estado de Sudán). Los argumentos son tres: 1) la obligación de cooperación de los Estados con la CPI y la prevalencia del Estatuto de Roma (en adelante, el Estatuto) sobre los tratados y normas de derecho consuetudinario relativas a inmunidades; 2) la cooperación vertical requerida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a todos los Estados con respecto a la detención y entrega de Al-Bashir de acuerdo con el artículo 89 del Estatuto; y, 3) las obligaciones internacionales derivadas del Estatuto y de la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y sus obligaciones en virtud de otros convenios bilaterales o multilaterales (más ampliamente tratado en GAMARRA, «Observaciones como *Amica Curiae* en el caso Al-Bashir ante la Corte Penal Internacional, pp. 395-427).

1. Obligación de cooperación internacional: la prevalencia del Estatuto

En 2005, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1593 en la que se instaba a la Fiscalía de la CPI a que iniciase investigaciones sobre los crímenes cometidos por Al-Bashir en la región de Darfur (Sudán). En marzo de 2017, la CPI emitió una (tercera) orden de detención y entrega cuando Al-Bashir viajó a Jordania para asistir a la cumbre anual de la Liga de Estados Árabes (la CPI había dictado anteriormente dos órdenes de detención y entrega, una en 2009 y otra en 2010). Jordania rechazó la solicitud de cooperación para detener y entregar a Al-Bashir a la Fiscalía de la CPI alegando que gozaba de inmunidades como jefe de Estado de acuerdo con «las normas de Derecho internacional consuetudinario» (*The Prosecutor vs. Al-Bashir, Decision requesting the Hashemite Kingdom of Jordan to provide further information. ICC-02/05-01/09-301-Conf-Anx, párr. 3. [18 September 2017]*). La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI confirmó que, debido a la naturaleza de los crímenes, Al-Bashir no gozaba de inmunidad para la detención y entrega tradicionalmente reconocida a los

jefes de Estado y de Gobierno y, como tal, Jordania violaba su deber de cooperar con la CPI al no detenerlo y entregarlo a la Fiscalía. Jordania apeló la decisión y la Sala de Apelaciones de la CPI inició un proceso de revisión del caso entre marzo y octubre de 2018 que culminó con la sentencia de 6 de mayo de 2019. La Sala de Apelaciones de la CPI dictaminó que no existía una práctica estatal que respaldase la existencia de inmunidad del Jefe del Estado en virtud del Derecho internacional (*Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*. 6 May 2019. ICC-02/05-01/09 OA2, párr. 52).

En este caso se planteó el conflicto de normas entre el Estatuto de la CPI y los tratados y costumbres sobre inmunidades de los jefes de Estado. La Sala de Apelaciones de la CPI se propuso aclarar el alcance y la interrelación de los artículos 27 y 98 párr. 1 del Estatuto cuando se requiriese el enjuiciamiento de los funcionarios del Estado (incluido el jefe de Estado o presidente de Gobierno) en situaciones remitidas a la CPI por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

La CPI puede aplicar fuentes de Derecho internas y externas de acuerdo con el artículo 21 del Estatuto. En particular, el artículo 21 párr. 1 (a) enumera las fuentes internas de la ley aplicable: «[...] Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba». Existe una barrera entre esos tres instrumentos y otros como el Reglamento de la CPI o de la Secretaría de la CPI, que son textos puramente procesales, al margen de gozar de su relevancia.

Jordania invocó la Convención de 1953 sobre los privilegios e inmunidades de la Liga Árabe (Convención de 1953) y el Derecho internacional consuetudinario sobre inmunidades para justificar la no detención de Al-Bashir. La reclamación de Jordania aludía a las fuentes externas de Derecho internacional mencionadas en el artículo 21 párr. 1 (b) del Estatuto, en particular «los tratados aplicables, los principios y normas del Derecho internacional, incluidos los principios establecidos del Derecho internacional de los conflictos armados».

El artículo 21 párr. 1(a) prioriza la aplicación del Estatuto sobre la fuente externa mencionada en los subpárrafos (b) y (c). La CPI ha reconocido en su jurisprudencia que solo puede recurrirse a fuentes externas «cuando se cumplen dos condiciones: i) hay una laguna en la ley escrita contenida en el Estatuto [...]; y ii) dicha laguna no puede cubrirse mediante la aplicación de los criterios de interpretación previstos en la Convención de Viena y el artículo 21 párr. 3 del Estatuto» (*The Prosecutor vs. Al-Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 marzo 2009, párr. 44. ICC-02/05-01/09-3).

Estas dos condiciones no concurren en el caso Al-Bashir. Primero, las cuestiones de inmunidades están reguladas explícitamente en el artículo 27 del Estatuto de la CPI. Este artículo en el pár. 1 es claro al respecto: «El [...] Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o Parlamento [...]». De ahí que la solicitud de Jordania no tenía cabida teniendo en cuenta la Convención de 1953, el derecho consuetudinario sobre inmunidades, y la disposición del artículo 27 del Estatuto. Además, de acuerdo con el Derecho de los tratados, ante dos normas del mismo rango, una norma especial y otra general, prevalece la especial. El Estatuto de la CPI estableció un régimen autónomo con sus propias normas sustantivas y de procedimiento. Por esta razón, el Estatuto de la CPI prevalece sobre la Convención de 1953 y el derecho consuetudinario sobre inmunidades. De la misma manera, es necesario considerar el principio según el cual la norma posterior prevalece sobre la anterior. En este sentido, el artículo 27 del Estatuto prevalece sobre la Convención de 1953 y el derecho consuetudinario sobre inmunidades.

Segundo, la CPI utiliza fuentes de Derecho externo como apoyo para la interpretación. El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) es manifiesto a este respecto. Sin embargo, este tipo de fuentes no pueden utilizarse para contrarrestar las disposi-

ciones del Estatuto de la CPI, como se reconoce en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. A ello cabe sumar que esta observación está respaldada por los artículos 10, 121, 122 y 123 del Estatuto.

Ni el derecho consuetudinario ni el Derecho de los tratados pueden ser invocados para la inaplicación del artículo 27 del Estatuto. Hay que tener presente que los delitos investigados por la CPI son los delitos más graves reconocidos por la comunidad internacional. En conclusión, el artículo 27 del Estatuto prevalece sobre el resto de tratados y normas consuetudinarias sobre inmunidades. Los Estados partes del Estatuto (extensible a todos los Estados por las funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) tienen la obligación de cooperar con la CPI. Es por ello que los Estados tienen argumentos jurídicos limitados para rechazar la entrega de un perpetrador a la CPI.

2. Cooperación horizontal y vertical con un tercer Estado

El segundo argumento abunda en la cooperación vertical requerida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su Resolución 1593 (2005) a los Estados en relación con la detención y entrega de Al-Bashir a la CPI de acuerdo con el artículo 89 del Estatuto. Se cuestionaba aquí la voluntad de Jordania de cumplir con su obligación de cooperar con la CPI.

Jordania invocó el artículo 98 párr. 1 del Estatuto según el cual la CPI no podía cursar:

una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define a un «tercer Estado» como un Estado que no es parte en el tratado. Por esta razón, el artículo 98 párr. 1 del Estatuto no se aplica a las relaciones entre los Estados partes que han consentido en el artículo 27 del Estatuto erradicar las inmunidades de los jefes de Estado. Ahora, la pregunta es si Sudán puede considerarse como tal de conformidad con el artículo 98 párr. 1 del Estatuto.

La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió remitir la situación de Darfur al Fiscal de la CPI con el objetivo de disuadir de la comisión de nuevos abusos y restablecer la paz y la seguridad internacionales, y estableció la obligación de «cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria [...]» y «exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente».

En este caso, Sudán se encuentra en una situación «particular». Se trata de un Estado no parte del Estatuto, pero es miembro de las Naciones Unidas y, además, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remitió la situación de Sudán a la Fiscalía de la CPI que actúa en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para mantener la paz y seguridad internacionales. De modo que Sudán, como miembro de las Naciones Unidas, debe cumplir con las obligaciones adoptadas en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es obligatoria para Sudán.

La jurisdicción de la CPI, según el artículo 13 b) del Estatuto, junto con la necesidad de asistencia estatal ha creado una nueva forma de cooperación para ser efectiva. Las normas que rigen la cooperación interestatal tradicional en materia penal y judicial se basan en la igualdad soberana de los Estados y, por lo tanto, la jurisdicción de un Estado no tiene primacía sobre la jurisdicción de otro. La cooperación interestatal se co-

noce como cooperación «horizontal». Sin embargo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha reconocido a la CPI el derecho a solicitar la cooperación de los Estados en ciertos asuntos judiciales. En la medida en que la relación entre la CPI y los Estados miembros de las Naciones Unidas no se basa en el principio de la igualdad soberana, sino en la primacía de la CPI, dicha cooperación se conoce como «vertical».

El artículo 27 del Estatuto incluye la cooperación horizontal y vertical. También existe cooperación vertical sobre la detención y la entrega a la CPI de personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención. De modo que las reglas de extradición que generalmente se aplican entre los Estados cuando se transfieren criminales no son necesariamente aplicables cuando se entregan acusados a la CPI. De lo contrario, los Estados podrían invocar fácilmente inmunidades o la no extradición de nacionales para evitar detenciones y entregas. Este no es el caso de la CPI (y el resto de los tribunales internacionales), ya que el Estatuto incorpora normas que excluyen ciertas inmunidades y señala que la entrega de los acusados no debe tratarse como extradiciones. La distinción es lógica si se considera que la CPI no es una jurisdicción extranjera; por lo tanto, las reglas de extradición que generalmente se aplican entre los Estados no tienen sentido en el contexto de la CPI.

Dado que en el caso de Darfur la obligación de los Estados miembros de las Naciones Unidas de entregar a los perpetradores contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención no se fundamenta en un tratado de extradición, sino en sus obligaciones internacionales de acuerdo con la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la discrecionalidad para considerar la entrega de las personas contra las cuales la CPI ha emitido una orden de detención es muy limitada. Existe una obligación fundamental de cumplir con las solicitudes formuladas por la CPI. Incluso si un Estado no cumple con su obligación internacional de detener y entregar a personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención, la obligación internacional persiste en el tiempo. En ese caso, lo más probable es que el Estado que incum-

plió su obligación internacional justifique las acciones tomadas y/o las razones de su incumplimiento. Si el Estado no justifica el incumplimiento de manera satisfactoria incurrirá en responsabilidad internacional.

La CPI tiene ciertos mecanismos para informar del incumplimiento de los Estados con sus obligaciones internacionales al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que de ser el caso puede tomar medidas contra el Estado que incurrió en responsabilidad internacional. Los artículos 40 y 41 de la Carta de las Naciones Unidas facultan al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a adoptar medidas que no impliquen el uso de la Fuerza Armada con el objeto de dar efecto a sus decisiones y cumplir con su obligación de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas). Además, el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas declara que «los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta». Por ello, los Estados miembros de las Naciones Unidas tienen la obligación de cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

No se puede subestimar la importancia de las obligaciones de los Estados miembros de las Naciones Unidas hacia la CPI y otros tribunales internacionales. La obligación particular de los Estados de cooperar en la detención y entrega de personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención y entrega constituye un factor clave para abordar los delitos más graves contra los derechos humanos y proporcionar reparación a las víctimas. La cooperación plena y expedita en la transferencia de personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención es un elemento nuclear del régimen de cooperación.

3. Obligaciones internacionales derivadas del Estatuto de la CPI y las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

El tercer argumento analiza las relaciones entre unas obligaciones y otras, en particular las obligaciones de cooperar resultantes del Estatuto de la CPI y la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y las obligaciones recogidas en otras convenciones bilaterales y multilaterales. La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas enfatiza las obligaciones internacionales de los Estados miembros de las Naciones Unidas con respecto a la CPI. La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su párr. 2 determinó lo siguiente:

Actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas

[...]

2. Decide que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente.

En términos prácticos, esto significa que todos los Estados y las organizaciones internacionales tienen la obligación de cooperar con la CPI y colaborar en todas las etapas del procedimiento para garantizar el cumplimiento de las solicitudes de asistencia en la recopilación de pruebas, audiencias de testigos, sospechosos y expertos, identificación y localización de personas y la entrega de documentos.

La cooperación vertical también se aplica a la detención y entrega de personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención (artículo 89 del Estatuto). Las reglas de extradición, que generalmente se

aplican entre los Estados cuando se transfieren personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención no son necesariamente aplicables cuando se transfieren perpetradores a la CPI.

La obligación de los Estados miembros de las Naciones Unidas, en particular de Jordania, de detener y entregar a Al-Bashir a la CPI no se basa en un tratado de extradición sino en sus obligaciones internacionales, y su discrecionalidad para decidir sobre las transferencias es muy limitada. Existe una obligación de cumplir con las solicitudes formuladas por la CPI (artículo 27 párr. 2 del Estatuto). Si un Estado no cumple con su obligación internacional de detener y entregar (o transferir) a sospechosos de crímenes de guerra a la CPI, lo más probable es que tenga que justificar las acciones tomadas y/o las razones de su incumplimiento antes los órganos habilitados al efecto.

En la relación vertical entre la CPI y los Estados miembros de las Naciones Unidas existe un mecanismo por el cual la falta de cooperación con la CPI tiene consecuencias negativas para el Estado incumplidor. La CPI no tiene poderes de ejecución, pero es competente para emitir un informe sobre la falta de cooperación de un Estado y para informar de dicha situación a la Asamblea de Estados parte de la CPI y al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Dichos poderes de presentación de informes constituyen el instrumento de presión que tiene la Fiscalía de la CPI para garantizar la cooperación y cumplir con el mandato que le ha encomendado el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con el fin de enjuiciar a los responsables de cometer las violaciones más graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Sudán.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es el órgano internacional habilitado, en su caso, para adoptar las medidas apropiadas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas como parte del Estatuto. Este mecanismo se ha aplicado en numerosas ocasiones en el marco del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY). Ahora

bien, su alcance es limitado en la medida en que cualquiera de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede vetar medidas contra el Estado que no pudo detener y/o entregar al perpetrador. De modo que la efectividad de este mecanismo puede verse obstaculizado por consideraciones políticas entre los miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Hay que señalar que los Estados miembros de las Naciones Unidas también pueden tomar medidas ante la falta de cooperación de otro Estado miembro con la CPI, siempre y cuando haya una decisión previa que acredite que el Estado en cuestión no ha cooperado.

Las obligaciones de los Estados miembros de las Naciones Unidas hacia la CPI han sido desarrolladas por los Estados a través de leyes nacionales sobre cooperación con la CPI. El Estatuto de la CPI requiere a los Estados partes el dictado de una legislación nacional específica de cooperación. Dichas leyes regulan cómo y qué órganos dentro de la jurisdicción nacional del Estado tramitan las solicitudes de asistencia de la CPI, incluidas las órdenes de detención y las solicitudes de entrega de personas contra quienes la CPI emite una orden de detención. La existencia de legislaciones nacionales facilita y hace más eficiente el proceso de detención y transferencia de perpetradores a tribunales internacionales.

Autora: Yolanda Gamarra Chopo
(*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,*
Universidad de Zaragoza)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AKANDE, Dapo. «The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir Immunities». En *Journal of International Criminal Justice*, 2009, vol. 7, n.º 2, pp. 333-352; CIAMPI, Annalisa. «The Obligation to Cooperate». En CASSESE, Antonio y otros (editores). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 1607-1638; CORTRIGHT, David y LÓPEZ, George A. *Smart Sanctions. Targeting Economic Statecraft*. Maryland: Rowman and Littlefield

Publishers, 2002; SELDEN, Zachary. *Economic Sanctions as Instruments of American Foreign Policy*. Connecticut: Praeger, 1999; GAMARRA, Yolanda. y VICENTE, Alejandra. «United Nations Member States' Obligations Towards the ICTY: Arresting and Transferring Lukic, Gotovina and Zelenovic». En *International Criminal Law Review*, 2008, n.º 4, pp. 627-653; GAMARRA, Yolanda. «Observaciones de una *amica curiae* en el caso Al-Bashir ante la Corte Penal Internacional». En *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2020, pp. 395-427; JACOBS, Dov. «The Frog that wanted to be an Ox: the ICC's Approach to Immunities and Cooperation». En STAHN, Carsten. (editor). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 281-302; MAO, Xiao. «The Function of *Amicus Curiae* Participation by Legal Scholars: The Al-Bashir Appeal Case at the International Criminal Court as an Illustration». En *Chinese Journal of International Law*, 2019, vol. 18, n.º 2, pp. 393-424; SKANDER GALAND, Alexandre. «A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber's Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir». En *EJIL: Talk!*, 6 June 2019, disponible en <https://www.ejiltalk.org/a-hidden-reading-of-the-icc-appeals-chambers-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir>; SLUITER, Göran. «Obtaining Co-operation from Sudan. Where is the Law?». En *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pp. 871-884; SLUITER, Göran. «Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the Al-Bashir Case». En *Journal of International Criminal Justice*, 2010, pp. 365-382.

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA

1. Introducción

Dentro de la expresión «obstrucción a la justicia» se recogen una serie de delitos que tienen como denominador común el bien jurídico que se ve atacado, a saber, el correcto funcionamiento de la administración de justicia. Dependiendo del ordenamiento jurídico que se tome como referencia, los tipos penales que pueden incluirse dentro de la expresión

«obstrucción a la justicia» varían. Por ejemplo, se pueden mencionar la intimidación de testigos, la inducción a prestar falso testimonio, la destrucción u ocultamiento de pruebas, la revelación de actuaciones procesales secretas, etc. Por esta razón, en una publicación como esta, con vocación universal, no se toma como referencia la legislación de ningún Estado sino que se parte de un instrumento internacional. En concreto, se utiliza aquí la definición de «obstrucción a la justicia» que aparece en uno de los tratados internacionales con más ratificaciones, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptada en Palermo en el año 2000 (en adelante, Convención de Palermo). El artículo 23 del referido texto considera que las conductas de obstrucción a la justicia que deben ser tipificadas penalmente por los Estados son las siguientes:

- a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención;
- b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscabará el derecho de los Estados parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

Tomando como referencia esas definiciones, en los siguientes apartados se explican algunos delitos concretos que pueden tener cabida en ella, recurriendo a ejemplos de diferentes ordenamientos jurídicos.

2. Inducción al falso testimonio y obstaculización de la prestación de testimonio o de la aportación de pruebas en un proceso

La primera conducta a la que se refiere la Convención de Palermo es la inducción al falso testimonio. Lo que se exige castigar no es, por tanto, el falso testimonio en sí, que en varios códigos penales también se ubica dentro de los delitos contra la administración de justicia, pues afecta a la fase probatoria del proceso (p. ej. CP Colombia: artículos 442-444A; CP España: artículos 458-462; CP Italia: artículos 372-373), sino la conducta de inducir a otro a llevarlo a cabo. En realidad, la Convención da por hecho que el falso testimonio ya es delito en los diferentes ordenamientos jurídicos, por eso pone el foco en el castigo de estas formas de inducción, como complemento —como establece la Guía legislativa de la Convención de Palermo— al delito de falso testimonio.

La inducción al falso testimonio debe entenderse que puede dirigirse tanto al testigo en sentido estricto como a peritos o intérpretes, ya que suele ser habitual en las diferentes legislaciones incluir a estas personas respecto del propio delito de falso testimonio.

El delito que se describe en el artículo 23 de la Convención de Palermo exige unos medios comisivos determinados, a saber, medios coercitivos (violencia o intimidación) o el pago de un beneficio indebido, que según la Guía Legislativa de la Convención de Palermo puede ser tangible o intangible, pecuniario o no. Algunos ordenamientos jurídicos, como el español, solo castigan esta forma de obstrucción a la justicia cuando se emplea violencia o intimidación, pero no cuando se ha recurrido al pago de un beneficio indebido (CP España: artículo 464.1). Otros ordenamientos sí prevén expresamente el castigo de este soborno al testigo para que incurra en falso testimonio (CP Alemania: § 160; CP Colombia: artículos 444-444A; CP Francia: artículo 434-15; CP Italia: artículo 377; CP Perú: artículo 409-A).

Para la Convención de Palermo es importante que se penalice el simple intento de influir en el testigo, con los medios descritos, con independencia del resultado logrado. De hecho, en las evaluaciones sobre la aplicación de esta Convención y de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, que reproduce en su artículo 25 el artículo 23 de la Convención de Palermo, se considera insuficiente que los Estados recurran a las reglas generales de autoría y participación porque en esos casos, por ejemplo, si se toma como referencia la inducción al falso testimonio, solo sería posible su castigo si efectivamente el falso testimonio se llevara a cabo (inducción eficaz). Lo que ambas convenciones pretenden es adelantar la barrera de punición, de modo tal que el mero intento de influir en el testigo, aunque sea un intento infructuoso, debe considerarse delito.

En el texto de la Guía de Palermo es irrelevante que el sujeto activo consiga su propósito, es decir, por ejemplo, que logre que el testigo amenazado finalmente mienta en el proceso. Algunos ordenamientos, por el contrario, sí lo consideran relevante y lo castigan, de hecho, con más pena. Tal es el caso del CP español en su artículo 464.1 y del CP italiano en su artículo 377.

La segunda conducta a la que se hace referencia en la letra a) del artículo 23 de la Convención de Palermo es la obstaculización de la prestación de testimonio o la obstaculización de la aportación de pruebas en un proceso, que también debe perpretarse haciendo uso los medios citados. Aquí tienen encaje una diversidad de conductas. Si la obstaculización se refiere a la prestación de testimonio, ha de recaer sobre quien es llamado al proceso tanto en calidad de testigo como de perito o traductor, como se hace extensible a ellos normalmente el delito de falso testimonio. Tendría cabida aquí, por ejemplo, la amenaza a un testigo para que no acuda a declarar, a diferencia de la amenaza para que mienta en la declaración, que encajaría en la inducción al falso testimonio ya comentada. Si la obstaculización se refiere a la aportación de pruebas, puede recaer sobre otras personas que actúan en el proceso, como por

ejemplo, el abogado o el fiscal. Es decir, de acuerdo con la Convención de Palermo, se debe castigar la conducta de amenazar a un abogado para que, por ejemplo, destruya u oculte una prueba. Como ejemplos se puede consultar la legislación francesa y la española. En la legislación francesa se prevé expresamente el castigo de la conducta consistente en amenazar a un abogado, perito, árbitro, intérprete, así como a un magistrado, jurado u otra persona del ámbito judicial, con el fin de influir en su comportamiento (artículo 434-8 CP Francia). Si tomamos como referencia la legislación española, el artículo 465 del CP castiga una modalidad de obstrucción a la justicia consistente en la destrucción, inutilización u ocultamiento de pruebas por parte de un abogado o procurador (o particular, como tipo atenuado). No obstante, si lo que se pretende castigar es, por ejemplo, el uso de intimidación para coartar su libertad y obligarle a destruir una prueba, habría que recurrir a los delitos de amenazas. Si se le entregara una cantidad de dinero para proceder de este modo, se castigaría como forma de inducción, siempre que tal inducción fuera eficaz. Cuando esas conductas de destrucción, inutilización u ocultación de documentos las realice un servidor público, por ejemplo, el fiscal o el juez, algunos textos punitivos lo castigan de manera general como delito contra la Administración Pública (p. ej. En España se aplicaría el artículo 413 CP, que hace referencia al delito de infidelidad en la custodia de documentos) o específicamente en los delitos contra la administración de justicia (p. ej. en Italia se aplicaría el artículo 375 CP, que recoge el delito de fraude procesal y desvío). Si la conducta del abogado o del servidor público (fiscal, juez, etc.) consiste en revelar actuaciones procesales secretas, en el caso de España se castiga específicamente en los delitos contra la administración de justicia (artículo 466 CP), y no de manera general a través del delito de revelación de secretos.

Nótese que las actuaciones en relación con los delitos de obstrucción a la justicia deben estar relacionadas con un proceso. La duda que se plantea es qué tipo de proceso. La Guía legislativa de la Convención de Palermo pone de manifiesto que deberá ser un proceso penal, pero no

se ciñe a la etapa del juicio oral sino a cualquier actuación oficial, lo que incluye, sin duda, la fase de instrucción. En algunos ordenamientos jurídicos estos delitos se refieren a cualquier tipo de proceso, no solo al penal. Tal es el caso del CP de España en su artículo 464.

La Convención de Palermo no hace referencia al castigo de las represalias sobre, por ejemplo, un testigo o un abogado por actuaciones procesales ya llevadas a cabo, conducta que sí se castiga expresamente en algunos ordenamientos jurídicos dentro de los delitos de obstrucción a la justicia. En este sentido, el CP español, en su artículo 464.2, penaliza los atentados contra la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual o el patrimonio perpetrados contra testigos, peritos, abogados, intérpretes, etc.

3. Obstaculización del cumplimiento de funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley

El supuesto recogido en la letra b) del artículo 23 de la Convención de Palermo hace referencia al castigo como delito de la conducta consistente en obstaculizar la labor de los servidores públicos que aplican la ley o que se encargan de hacerla cumplir. De nuevo, esta conducta debe llevarse a cabo a través de unos medios comisivos determinados, en concreto, a través de la violencia o de la intimidación. En este caso no se plantea como posible medio comisivo el pago de un beneficio indebido pues si así sucediera se debería acudir a los delitos de cohecho, ya presentes de manera clásica en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados, pues esos sujetos mencionados son funcionarios públicos, por lo tanto, la entrega o el ofrecimiento de un soborno encaja en el tipo penal del cohecho activo, y la recepción o solicitud del soborno, en el tipo penal del cohecho pasivo. Quedaría por determinar la modalidad concreta del cohecho dependiendo de la actuación u omisión llevada a cabo por el servidor público.

De acuerdo con la Guía legislativa de la Convención de Palermo, los sujetos pueden ser policías, jueces, magistrados, así como otros miembros de la judicatura. Además, el precepto deja la puerta abierta a que los Estados amplíen este círculo de sujetos.

En los diferentes ordenamientos jurídicos la conducta a la que hace referencia la letra b) del artículo 23 de la Convención de Palermo suele castigarse a través de delitos generales contra el orden público, que ya recogen el uso de intimidación, de violencia, el acometimiento, etc. contra diferentes categorías de funcionarios públicos o contra la autoridad. Tal es el caso de España, que en los artículos 550 a 556 CP se castigan diferentes modalidades de atentado a la autoridad, a sus agentes y a otros funcionarios públicos. Y en el artículo 138.2 CP se castiga, como modalidad agravada de homicidio, matar a alguna de las personas mencionadas. Por poner otros ejemplos, en el caso de Colombia, el artículo 429 CP castiga también de manera general la violencia ejercida contra servidor público. En Italia, el artículo 336 CP castiga asimismo la violencia o las amenazas al servidor público de manera general, y el artículo 338, entre otras cosas, a miembros de un órgano judicial para perturbar su actividad. En el CP francés también se prevé el delito específico de amenazar a miembros de la Administración de Justicia para influir en su comportamiento (artículo 434-8 CP Francia).

*Autora: Demelsa Benito Sánchez
(Profesora de Derecho Penal en la Universidad de Deusto,
doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PÉREZ ARIAS, Jacinto. «Delitos contra la libertad de los sujetos intervinientes en el proceso y de represalias». En *Cuadernos de Política Criminal*, 2015, n.º 115, época II, pp. 201-230; OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional*, Naciones Unidas. Viena, 2017; OFICINA DE NACIONES UNIDAS

CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

OPINIÓN CONSULTIVA (EN EL MARCO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS)

El Protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) incorpora la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados parte del Consejo de Europa (CdE) formulen solicitudes de opinión consultiva (*advisory opinion*) al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación del CEDH o sus Protocolos.

Este mecanismo procesal puede tornarse efectivo y complementario a los ya existentes en el marco del CEDH para promover una articulación coherente, armónica y eficaz del sistema multinivel de protección de los derechos humanos en Europa.

En esta voz se analiza el rol de la opinión consultiva en el sistema de protección de derechos humanos del CdE (1); el procedimiento a seguir en la formulación y resolución de las opiniones consultivas, así como su ámbito de aplicación (2); la aparente naturaleza no vinculante de los dictámenes emitidos (3); y, por último, la aplicación práctica del Protocolo en las dos únicas solicitudes resueltas hasta la fecha, así como la contribución de estas a la configuración del mecanismo (4).

1. El rol de la opinión consultiva en el sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa

El Protocolo 16, en vigor desde el 1 de agosto de 2018, está ratificado, en la actualidad, por 16 Estados parte del CdE (Albania, Andorra, Armenia, Bosnia y Herzegovina, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia,

Francia, Georgia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, San Marino y Ucrania), y firmado por un total de 23, tras la reciente suscripción por parte de Azerbaiyán en noviembre de 2021.

A la luz de otras experiencias similares (aunque con notables diferencias en su procedimiento y naturaleza: la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las opiniones consultivas ante la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o la Corte Interamericana de Derechos Humanos), este nuevo mecanismo procesal se configuró con la pretensión, según el propio Preámbulo del Protocolo, de reforzar «la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales» para consolidar «la implementación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad».

De su articulado se deduce que persigue dos grandes objetivos. Por un lado, busca mejorar el diálogo judicial, pues las opiniones consultivas aspiran a contribuir tanto a que los Estados parte eviten vulneraciones del CEDH o sus Protocolos como a que se interprete correctamente la Convención en el marco de sus ordenamientos internos. Por otro lado, persigue reducir el número de casos que llegan a Estrasburgo, lo que anhela propiciar una descongestión del Tribunal en aras de una más rápida y eficaz tutela de los derechos humanos.

2. Procedimiento y ámbito de aplicación del Protocolo 16 al CEDH

De acuerdo con su artículo 1.1, el Protocolo incorpora la posibilidad de que «los órganos jurisdiccionales de mayor rango» de los Estados parte del CdE soliciten al TEDH opiniones consultivas sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación del Convenio o sus protocolos en el marco de un asunto que estén conociendo (artículo 1.2).

Una de las cuestiones más controvertidas es la relativa a cuáles son esos «órganos jurisdiccionales de mayor rango» que pueden plantear la solicitud. Habida cuenta de los diferentes sistemas judiciales y de control de

constitucionalidad de los Estados parte del Consejo de Europa, el Protocolo se remite a la discrecionalidad de cada Estado, que en el momento de la firma o el depósito del instrumento de ratificación debe indicar los órganos jurisdiccionales que designa a tal efecto, sin perjuicio de que posteriormente puedan modificarse en cualquier momento (artículo 10). En la práctica, es posible diferenciar cuatro grupos de Estados en atención a los órganos jurisdiccionales seleccionados.

Un primer grupo está formado por los Estados que han designado a su Tribunal Supremo y a su Tribunal Constitucional: Albania, Andorra, Armenia (con la salvedad de que su Alto Tribunal se denomina de Casación y no Supremo), Georgia, Eslovaquia y Eslovenia. De forma similar, también Lituania designó a su Tribunal Constitucional, su Tribunal Supremo y su Tribunal Supremo Administrativo; y, con matices, Francia, también se incluiría aquí, pues designó al Consejo Constitucional, al Tribunal de Casación y al Consejo de Estado, en tanto última instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En segundo lugar, se agrupan las altas partes contratantes que han designado exclusivamente a sus tribunales supremos: Estonia, San Marino (con la denominación de Corte de la República) y Ucrania. Es importante señalar que ninguno de estos Estados cuenta con un órgano concentrado de control de constitucionalidad independiente del Tribunal Supremo.

En tercer lugar se hallan los Estados que han designado a su Tribunal Supremo y otros órganos judiciales materialmente específicos: Finlandia (Tribunal Supremo en su sala Civil y Penal, Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Tribunal de Trabajo y Tribunal de Seguros); Grecia (Tribunal Especial Supremo, similar en funciones a un Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Civil y Penal, Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo, y Tribunal de Cuentas); y Países Bajos (Tribunal Supremo, división administrativa del Consejo de Estado, Tribunal Central de Apelación, Tribunal

Superior Administrativo de Negocio e Industria y la Corte Conjunta de Justicia de Aruba, Curazao, Sint Maarten y Bonaire, San Eustaquio y Saba cuando actúan como última instancia).

El cuarto grupo es el conformado por los Estados que permiten presentar la solicitud a su Tribunal Constitucional, su Tribunal Supremo y tribunales jerárquicamente inferiores a estos. Un claro ejemplo es Rumania, que, aunque no ha ratificado aún el Protocolo, en el momento de la firma designó a su Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo de Casación y Justicia y a sus 15 tribunales de apelación, ubicados en un nivel inferior directamente al Supremo.

Sea cual fuere el tribunal solicitante, de forma previa a la consulta ha de reflexionar sobre la necesidad y utilidad de la opinión consultiva al explicar sus motivos y exponer los antecedentes jurídicos y fácticos pertinentes, pues debe indicar al TEDH las disposiciones jurídicas internas aplicables, los derechos o libertades que, a su juicio, están en juego, un resumen de los argumentos de las partes acerca de la pregunta planteada y, de ser posible, su opinión al respecto (párrs. 12 y 13 del *Explanatory report* del Protocolo).

Solicitada la opinión, un colegio de cinco jueces de la Gran Sala debe decidir sobre su admisión; y, en caso de denegarla, habría de motivar la resolución a efectos de disuadir futuras solicitudes similares que no sean relativas a cuestiones de interpretación, facilitando así el diálogo (artículo 2.1 del Protocolo). Tanto en este colegio como en la Gran Sala, competente de resolver la solicitud (artículo 2.2), uno de los miembros de pleno derecho debe ser obligatoriamente el juez elegido por el Estado del que depende el órgano jurisdiccional que lleva a cabo la solicitud; en cuya ausencia intervendría como juez una persona designada por el presidente del Tribunal a partir de una lista presentada previamente por dicha parte contratante (artículo 2.3).

En caso de admisión de la solicitud, el TEDH debe notificar al Estado parte en cuestión la aceptación de una petición hecha por uno de sus tribunales, y tanto este como el Comisario de Derechos Humanos del CdE tienen derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias (artículo 3), si bien, dado que no se trata de un procedimiento de naturaleza contradictoria sino consultiva, ni la participación de los Estados es preceptiva ni se prevé la intervención de las partes del proceso *a quo*.

Los jueces que componen la Gran Sala tienen derecho a formular opiniones separadas (discrepantes o concurrentes) en caso de disentir con la decisión adoptada (artículo 4.2); y tanto la opinión consultiva como dichas opiniones separadas serán notificadas al órgano jurisdiccional formulador de la cuestión y al Estado al que pertenece (artículo 4.3), así como a las partes que pudieran haber participado en el procedimiento. De igual modo, deben ser publicadas (artículo 4.4).

3. *Naturaleza de los dictámenes emitidos en respuesta a las solicitudes de opinión consultiva*

Es especialmente contraintuitiva la naturaleza vinculante o no de la opinión del Tribunal, pues mientras que el artículo 5 del Protocolo niega rotundamente tal vinculatoriedad («las opiniones consultivas no serán vinculantes»), una eventual contradicción de un órgano nacional respecto de la opinión de Estrasburgo facilitaría la ulterior vía de las demandas individuales de los afectados. De este modo, pese a que no puede estarse a la lógica del *stare decisis*, hay una cierta vinculación *de facto*, hasta el punto de que el *Explanatory report* del Protocolo 16 establece que si se presenta una demanda individual ante el TEDH después de un procedimiento en el que se ha formulado una opinión consultiva «se espera que los elementos de la solicitud relacionados con las cuestiones abordadas en la opinión consultiva se declaren inadmisibles o se supriman» (ap. 26). Además, establece que las opiniones consultivas forman parte de la jurisprudencia del Tribunal, por lo que la interpretación que se haga

en ellas sobre el CEDH y/o sus Protocolos «tiene un efecto análogo al de los elementos interpretativos establecidos por el Tribunal en sus sentencias y decisiones» (ap. 27); esto es, ostentan forzosamente la fuerza interpretativa del artículo 32.1 del Convenio no solo para el tribunal consultante sino para todos los Estados parte.

4. *La contribución de las opiniones consultiva dictadas hasta la fecha a la configuración del mecanismo*

A fecha de redacción de esta voz, a finales de noviembre de 2021, el TEDH ha recibido seis solicitudes de opinión consultiva. Dos de ellas ya han sido resueltas (P16-2018-001, formulada por la Corte de Casación francesa; y P16-2019-001, formulada por el Tribunal Constitucional de Armenia), una ha sido inadmitida (P16-2020-001, formulada por la Corte Suprema de Eslovaquia), y tres han sido admitidas y están pendientes de resolución (P16-2020-002, formulada por el Tribunal Supremo Administrativo de Lituania; P16-2021-001, formulada por la Corte de Casación de Armenia; y P16-2021-002, formulada por el Consejo de Estado de Francia).

La primera opinión consultiva elevada al TEDH la solicitó la Corte de Casación francesa mediante el Arrêt 638, de 5 de octubre de 2018, a propósito del artículo 8 CEDH en un asunto sobre gestación por sustitución. Tan solo seis meses después, el 10 de abril de 2019, dando muestra de la rapidez del proceso, el TEDH publicó su dictamen. En el mismo, ensalzando el interés superior del menor, apeló al margen de apreciación de los Estados para decidir cuándo, cómo y dónde se torna en realidad la relación de filiación, respetando los estándares convencionales, pero sin impedimento de ir más allá de estos en cuanto a protección se refiere.

Más allá de lo incidental del caso, la Gran Sala aludió en sus consideraciones previas a la diferente naturaleza y características de la nueva opinión consultiva, cuyo objetivo es «orientar al órgano jurisdiccional soli-

citante sobre las cuestiones relativas al Convenio a la hora de decidir el asunto planteado» (ap. 25 del dictamen), indicando, en línea con el *self-restraint*, que los dictámenes «deben limitarse a los puntos directamente relacionados con los procedimientos pendientes a nivel nacional», si bien han de servir como orientación en asuntos similares (ap. 26). En línea con el Preámbulo del Protocolo 16, el TEDH afirmó que el procedimiento pretende reducir la ingente carga de asuntos por resolver, así como reforzar la subsidiariedad, en consonancia con el margen de apreciación, por cuanto los órganos jurisdiccionales nacionales mantienen su posición de ejercicio del control de convencionalidad de los actos u omisiones de los poderes públicos nacionales (ap. 25). De este modo, la formulación de una opinión consultiva no supone una mera traslación de un pleito del órgano nacional hasta Estrasburgo, sino que aquel pretende encontrar en estas directrices sobre una cuestión regulada en el Convenio.

Un año después, el 29 de mayo de 2020, el TEDH publicó su segundo —y hasta el momento último— dictamen en respuesta a una opinión consultiva. En este caso, la consulta fue elevada por el Tribunal Constitucional armenio el 5 de agosto de 2019 en relación con dos conflictos relativos al principio de irretroactividad de las leyes penales y el reenvío legal al determinar tipos penales en el ámbito del artículo 300.1 de su Código Penal, regulador del delito de rebelión y de las violaciones de la integridad territorial y el orden constitucional.

En las consideraciones preliminares, el TEDH enfatizó en que sus dictámenes se deben limitar a «los puntos que están directamente conectados con los procedimientos internos» (ap. 44), base sobre la cual la Gran Sala se encuentra facultada para reformular las preguntas remitidas por el Tribunal solicitante en atención a las circunstancias específicas de hecho y de derecho de los procedimientos internos (ap. 45). Ello también le permite combinar y aunar varias preguntas que puede responder de forma conjunta. Este dictamen cuenta con una opinión concurrente del

juez Savarian, que, compartiendo los fundamentos de la Gran Sala, expuso algunas matizaciones sobre la estructura argumentativa.

5. Perspectivas de futuro de la opinión consultiva al TEDH

La entrada en vigor del Protocolo 16 al CEDH, que, en cierto modo, pretende contribuir a la constitucionalización del Tribunal —razón por la cual no ha estado exenta de críticas— ha generado un mecanismo procesal presumiblemente efectivo y complementario a los ya existentes que, de acomodarse adecuadamente a los ordenamientos de los Estados parte del Consejo de Europa, permitiría responder a las necesidades de protección de todos los sujetos y promovería un funcionamiento coherente, armónico y eficaz del sistema multinivel de protección, que ahora se basará todavía más en el diálogo.

La articulación de este nuevo mecanismo parece acorde a los objetivos perseguidos en su implantación, si bien existen algunas cuestiones que deben ser clarificadas a partir de futuras opiniones consultivas dictadas por el Tribunal de Estrasburgo; especialmente, la vinculatoriedad o no de los dictámenes, los órganos legitimados para formular las solicitudes de opinión consultiva, y la coordinación de este mecanismo con las vías internas de impugnación de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial al TJUE.

Las ventajas del Protocolo, que no ha de mitigar las vías de acceso ya existentes al Tribunal (especialmente, el acceso directo de las víctimas), parecen múltiples: con él se intenta fortalecer el vínculo entre el TEDH y las altas cortes de los Estados por medio del diálogo judicial; se pretende reducir la cantidad de asuntos futuros; se trata de reforzar el principio de subsidiariedad; se aspira a dotar de celeridad al proceso y se ambiciona que el Tribunal de Estrasburgo evalúe las cuestiones sobre una base más objetiva que a través de la demanda individual. Sin embargo, el mecanismo es aún incipiente, por lo que más allá de lo que de este se espera, se debe prestar atención a su evolución. A este respecto,

parece necesaria su firma y ratificación por parte de todos los Estados; por un lado, para ampliar el ámbito de aplicación del Protocolo y, con ello, contribuir a la armonización de los estándares europeos de protección; por otro, para asegurar una mejor garantía de los derechos y las libertades en el conjunto del continente.

Autor: Miguel Ángel Sevilla Duro
(Profesor Universitario en Formación - FPU en Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha - UCLM, doctor en Derecho en la UCLM, máster en Derecho Constitucional en el CEPC, máster en abogacía en la URJC)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA ROCA, Javier. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Navarra: Civitas, 2019; LEMMENS, Koen. «Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?». En *European Constitutional Law Review*, 2019, vol. 15, issue 4, pp. 691-713; SEVILLA DURO, Miguel Ángel. «El Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos». En *Anales de Derecho*, 2020, número especial «El TEDH en su sesenta aniversario», pp. 1-25; VV. AA. *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme. Actes de la Journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg*. Université de Strasbourg, 2019.

ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

La también conocida como «orden de detención y entrega inmediata» (en adelante, ODE) o «euroorden» es el método que rige en la Unión Europea como sustitución de los antiguos mecanismos de extradición, aunque la sustitución no ha sido completa ya que estos siguen vigentes para contadas excepciones. Se trata, por tanto, de un mecanismo de colaboración entre los Estados miembros de la Unión Europea en el marco

de la cooperación judicial penal que se engloba en el objetivo del Espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia, regulado en el capítulo IV del título V del TFUE, bajo la premisa de que se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales (artículo 82.1 TFUE).

El objeto de la ODE es lograr, como su propio nombre indica, la detención o entrega de personas buscadas por las instituciones competentes de cada uno de los Estados miembros para bien llevar a cabo el enjuiciamiento penal de aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea al menos de doce meses (durante las fases de investigación, instrucción y juicio, hasta que la sentencia sea firme) o bien lograr la ejecución de sentencias o de medidas de seguridad privativas de libertad de duración no inferior a cuatro meses.

Es formalmente, en cualquier caso, una resolución judicial con fuerza ejecutiva en el territorio de la Unión Europea, emitida por las autoridades judiciales de un Estado miembro y ejecutada en otro sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, entendiendo como autoridades judiciales todas aquellas que participan en la administración de la justicia en el ordenamiento jurídico de que se trate. Sin embargo, no se trata, como veremos, de una obligación de carácter absoluto, sino que está abierta a excepciones.

La regulación común de la ODE se contiene en la Decisión Marco sobre la ODE adoptada por el Consejo el 13 de junio de 2002, modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, y mediante la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de detención.

Cada Estado miembro ha promulgado su legislación interna de adaptación. En el caso de España, tal incorporación se realizó mediante la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resolucio-

nes penales en la Unión Europea, publicada en el *BOE* n.º 282, de 21 de noviembre de 2014, y modificada por la Ley 3/2018, de 11 de junio, publicada a su vez en el *BOE* n.º 142, de 12 de junio de 2018.

La formulación de la ODE, su tramitación y su cumplimiento siguen un proceso aparentemente sencillo. La autoridad judicial competente en cada uno de los supuestos señalados (enjuiciamiento o ejecución) realiza la evaluación de la necesidad de su emisión, pudiéndose llegar a acumular varias de estas órdenes. Una vez evaluada su pertinencia, se enviará al Estado receptor la solicitud pertinente, debiendo contarse siempre con una resolución nacional previa (ya sea una sentencia nacional firme, una orden de detención nacional o una resolución judicial similar).

Esta solicitud deberá contener cierta información considerada como necesaria. En primer lugar, toda aquella que permita identificar al sujeto del procedimiento, es decir, su identidad y nacionalidad.

En segundo lugar, la solicitud deberá contener los datos de la autoridad judicial que emite la orden y la indicación de la resolución judicial ejecutiva que se pretende efectuar (ya sea una sentencia, una orden de detención, u otro tipo de resolución con fuerza ejecutiva).

Tras estos datos, la solicitud contendrá la naturaleza y tipificación legal del delito por el que se solicita, al igual que una descripción de las circunstancias de la comisión del delito o de la pena dictada o que pudiera dictarse, al igual que respecto a las consecuencias del delito que pudieran haber acontecido.

Por último, la solicitud también deberá contener cualquier otro tipo de información que permita clarificar de forma suficiente la inexistencia de cualquier motivo para denegar la ODE por el Estado receptor.

Este formulario o solicitud se envía traducido no solo al Estado receptor sino también a los conocidos como servicios Sirene (Supplementary Information Request at the National Entry) de los Estados miembros.

Los plazos de ejecución de la Orden dependerán del consentimiento de la persona implicada en la misma, pero en cualquier caso se define por su carácter de urgencia. Dos son los plazos recogidos por la Decisión Marco para la ejecución en el artículo 17: a) diez días desde consentimiento del sujeto de la Orden a la ejecución de esta, aunque se plantean problemas respecto a la posibilidad de revocar tal consentimiento por parte del sujeto; o, b) sesenta días desde la detención del sujeto. Tal plazo podrá ser ampliado en treinta días adicionales en aquellos casos en los que se considere debidamente justificada la demora y se proceda a dar aviso al Estado emisor de la ODE.

Con relación a la naturaleza y tipificación del delito, la Decisión Marco establece un listado de treinta y dos categorías de delitos en los cuales el ejercicio de la ODE no obliga a hacer un control o verificación de tipificación del delito en ambos Estados miembros implicados; es decir, la autoridad judicial de ejecución solo podrá controlar la doble tipificación de los delitos que no se incluyan en la lista anterior, siendo la propia definición de estas infracciones y las penas aplicables las establecidas en el Derecho del Estado miembro emisor.

Las categorías delictivas que no requieren doble verificación son:

1. Pertenencia a organización delictiva
2. Terrorismo
3. Trata de seres humanos
4. Explotación sexual de niños y pornografía infantil

5. Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas
6. Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos
7. Corrupción
8. Fraude
9. Blanqueo del producto del delito
10. Falsificación de moneda
11. Delitos de alta tecnología (particularmente, el delito informático)
12. Delitos contra el medio ambiente (incluye tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas)
13. Ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal
14. Homicidio voluntario
15. Agresión con lesiones graves
16. Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos
17. Secuestro, detención ilegal y toma de rehenes
18. Racismo y xenofobia (conocidos como delitos de odio)
19. Robos organizados o a mano armada
20. Tráfico ilícito de bienes culturales (incluye antigüedades y obras de arte)

21. Chantaje y extorsión de fondos
22. Violación de los derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías
23. Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos.
24. Falsificación de medios de pago
25. Tráfico ilícito de sustancias y hormonales y otros factores de crecimiento.
26. Tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares
27. Tráfico de vehículos robados
28. Violación
29. Incendio voluntario
30. Delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión)
31. Secuestro de aeronaves y buques
32. Sabotaje

La normativa establece la posibilidad de proceder a la denegación de la entrega y, por tanto, a la denegación de la ejecución de la euroorden en una serie de supuestos que se enumeran exhaustivamente en los artículos 3, 4 y 4 bis de la Decisión marco sobre la ODE. Los motivos para la no ejecución obligatoria y facultativa de la ODE son los únicos que la au-

toridad judicial de ejecución puede alegar como base para la no ejecución. En cuanto a los motivos para la no ejecución facultativa, la autoridad judicial de ejecución solo puede alegar aquellos transpuestos a su legislación nacional.

En consecuencia, la autoridad jurisdiccional de ejecución «solo podrá negarse» a ejecutarla cuando haya motivos que justifiquen tal negativa:

1). Motivos para la no ejecución obligatoria (artículo 3 de la Decisión Marco): la amnistía en el Estado miembro de ejecución; cosa juzgada en otro Estado miembro (*ne bis in idem*); minoría de edad respecto a la responsabilidad penal con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución;

2). Motivos transpuestos al Derecho nacional de no ejecución facultativa (artículos 4 y 4 bis de la Decisión Marco: respecto a los delitos no incluidos en el listado de treinta y dos categorías, que los hechos que motivan la ODE no sean tipificados como tal en el Derecho del Estado de ejecución, aunque se excepcionan los supuestos de delitos en materia de tasas, aduanas o impuestos; que aún en los casos referidos al listado de treinta y dos categorías, el delito en cuestión sea punible con una pena o medida privativas de libertad por un periodo máximo inferior a tres años en la legislación del Estado miembro de emisión y no constituya delito en virtud de la legislación del Estado miembro de ejecución; que exista un procedimiento pendiente por los mismos hechos en el Estado miembro de ejecución o que se haya archivado en este; que el delito o la pena resulten prescritos; que la persona sea nacional del Estado de ejecución y se considere que debe cumplir la pena en dicho Estado; que la persona haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena; que la resolución que da lugar a la ODE se haya dictado en rebeldía, pero con ciertas

limitaciones procesales derivadas del conocimiento del proceso por parte del rebelde.

A estos supuestos, y tras las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2016 (Gran Sala), Aranyosi-Căldăraru, Asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, y de 25 de julio de 2018 (Gran Sala), LM, Asunto C-216/18 PPU, se permite a las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros abstenerse de aplicar, con carácter excepcional, la Decisión Marco invocando el artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes), en relación con la previsión contenida en el artículo 1.3 de la Decisión Marco. Para tal denegación, el Estado miembro de ejecución deberá aplicar una prueba de dos etapas (el conocido como test Aranyosi) en el que, en primer lugar, verifique si existe un riesgo real de que se inflija un trato inhumano y degradante a la persona buscada a causa de las condiciones generales de reclusión en el Estado miembro emisor de la ODE. Tras dicha verificación, basada en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados de diversa procedencia, el Estado miembro receptor de la ODE deberá proceder a verificar si existen razones serias y fundadas para creer que existe dicho riesgo real de que se inflija un trato inhumano y degradante en las circunstancias del caso de autos para la persona buscada solicitando a las autoridades judiciales del Estado emisor la transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria sobre las condiciones de reclusión previstas para la persona buscada. Si en ambos casos se produce tal verificación, el Estado receptor deberá suspender la ejecución de la ODE en cuestión.

Autora: María Torres Pérez

*(Profesora contratada en la Universitat de València, Facultad de Derecho,
Departamento de Derecho Internacional «Adolfo Miaja de la Muela»,
ORCID Id. <https://orcid.org/0000-0003-4829-1380>)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. *Manual Europeo para la Emisión y Ejecución de Órdenes de Detención Europeas*. Bruselas, 28.9.2017 C(2017) 6389 final, disponible en https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-es.do; RUIZ TARRÍAS, Susana. «La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2019, vol. 23, n.º 2, pp. 459-490.

ORDEN EUROPEA DE SUPERVISIÓN

La Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (en adelante, la decisión marco o DM) crea, a nivel de la Unión Europea, el instrumento de cooperación llamado «orden europea de supervisión» (en adelante, OES).

1. *Objetivos*

La decisión marco ha venido a completar el Programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000. El objetivo, entonces y ahora, era «garantizar la cooperación cuando se trate de una persona sometida a obligaciones o medidas de vigilancia y de asistencia con arreglo, en particular, a una condena en suspenso o a la libertad condicional». En él se insistió tanto en el Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea (COM/2004/0334 final), y en el Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, como en el Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo

de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, que incluía en su lista de medidas para reforzar la cooperación judicial en asuntos penales una «Propuesta referente al reconocimiento y ejecución de las sanciones alternativas y a las condenas condicionales», a presentar en 2007. En este contexto, a iniciativa de la República Federal de Alemania y de la República francesa, se presentó en 2007 la Propuesta de una Decisión Marco «relativa al reconocimiento y vigilancia de penas suspendidas, penas sustitutivas y condenas condicionales». Su adopción supuso el reconocimiento de la importancia de estas medidas tanto para conseguir la rehabilitación y reinserción de los condenados no residentes como para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. En esta línea, el considerando 8º de la decisión marco explica que los objetivos que se persiguen con su adopción son, por un lado, incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado al permitirle mantener sus lazos familiares, lingüísticos, culturales y de otra índole, y, por otro, mejorar el control del cumplimiento de las medidas de libertad vigilada y de las penas sustitutivas con objeto de evitar la reincidencia y de este modo tener en cuenta el principio de la protección de las víctimas y del público en general. El artículo 1 DM, dedicado a los «Objetivos y ámbito de aplicación», insiste en las mismas ideas.

La preocupación por la reinserción social de los condenados no residentes en el Estado de condena, la mayoría extranjeros, está fundada. Ciertamente que tanto a nivel internacional como en los sistemas penales y penitenciarios de los Estados miembros de la Unión Europea rige el principio de no discriminación. Sin embargo, en la práctica los no residentes se ven privados en muchas ocasiones de la aplicación de alternativas a la prisión o formas de liberación anticipada simplemente por esa condición de no residentes. Los extranjeros y no residentes reciben más penas de prisión que los nacionales, sin poder acceder a la suspensión de la ejecución o a penas no privativas de libertad ante el temor de los jueces de que se fuguen. Cuando ingresan en prisión se quedan más tiempo en ella, sin poder acceder a la libertad condicional, sin olvidar que cuando son puestos en libertad en muchos casos es para ser expulsados inme-

diatamente. Por tanto, no cabe duda de la utilidad de un mecanismo destinado a permitir que estas personas cumplan la libertad condicional, el periodo de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o las penas sustitutivas en su país de origen o de residencia. Por su parte, la contribución de la OES a la protección de las víctimas y del público en general se limita a la mejora del control del cumplimiento de las medidas de libertad vigilada y de las penas sustitutivas con objeto de evitar la reincidencia (considerando 8º). La decisión marco no vuelve a mencionar a las víctimas ni al público en el resto del articulado.

2. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la decisión marco está constituido por las resoluciones u órdenes firmes de un órgano judicial del Estado de emisión por las que se establece que una persona física ha cometido una infracción penal y se le impone:

- a) una pena privativa de libertad o cualquier medida privativa de libertad, si se ha concedido la puesta en libertad condicional sobre la base de dicha sentencia o mediante una resolución ulterior de libertad vigilada;
- b) una pena suspendida, entendiendo por tal cualquier pena privativa de libertad o medida privativa de libertad cuya ejecución se suspende de forma condicional, en su totalidad o en parte, al dictarse sentencia, imponiendo una o más medidas de libertad vigilada que pueden incluirse en la propia sentencia o determinarse en una resolución de libertad vigilada aparte dictada por una autoridad competente;
- c) una condena condicional, definida como la sentencia en virtud de la cual se difiere de forma condicional la imposición de una pena imponiendo una o más medidas de libertad vigilada, o en la que se imponen medidas de libertad vigilada en lugar de una pena priva-

tiva de libertad o una medida privativa de libertad; tales medidas de libertad vigilada pueden incluirse en la propia sentencia o determinarse en una resolución de libertad vigilada aparte dictada por una autoridad competente;

- d) una pena sustitutiva, definida como la pena que no constituye ni una pena privativa de libertad, ni una medida privativa de libertad, ni una sanción pecuniaria, y que impone una obligación o instrucción (artículo 2 DM).

Por su parte, constituyen medidas de libertad vigilada a efectos de la decisión marco las obligaciones impuestas e instrucciones dictadas por una autoridad competente a una persona física de conformidad con el Derecho nacional del Estado de emisión en relación con una pena suspendida, una condena condicional o una libertad condicional (artículo 2.7 DM). En el artículo 4.1 DM se recoge la lista de medidas a las que se aplica la decisión marco:

- a) obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio o lugar de trabajo;
- b) obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución;
- c) imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución;
- d) requerimientos relativos a la conducta, la residencia, la educación y la formación o las actividades de ocio, o que establezcan límites al ejercicio de una actividad profesional o determinen modalidades de tal ejercicio;
- e) obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica;

- f) obligación de evitar todo el contacto con personas específicas;
- g) obligación de evitar todo el contacto con objetos específicos que la persona condenada ha utilizado o podría utilizar para cometer infracciones penales;
- h) obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación;
- i) obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad;
- j) obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada;
- k) obligación de someterse a tratamiento terapéutico o a tratamiento de deshabitación.

Hay consenso doctrinal acerca de que la decisión marco se aplica a todas las mencionadas, con independencia de su naturaleza jurídica en el Estado miembro, siempre que se impongan en una sentencia penal. Se trata de una lista abierta, puesto que el artículo 4.2 indica que «cuando incorpore la presente Decisión Marco a su Derecho nacional, cada Estado miembro deberá notificar a la Secretaría General del Consejo las medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas, además de las mencionadas en el apartado 1, cuya vigilancia está dispuesto a asumir». Por tanto, cabe incluir otras medidas, siempre, eso sí, que impongan una «obligación o instrucción», esto es, una regla de conducta.

Respecto de la necesidad de que las medidas objeto de supervisión incluyan una obligación o instrucción ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) en la Sentencia de 26 de marzo de 2020, A. P., C-2/19, EU:C:2020:237. A la pre-

gunta relativa a si es posible el reconocimiento de una sentencia de un Estado miembro y la vigilancia de su ejecución cuando mediante dicha sentencia se impone a una persona una condena condicional sin más exigencias adicionales, de suerte que la única obligación que recae sobre esta consiste en abstenerse de cometer una nueva infracción penal intencionada durante el periodo de libertad vigilada, el Tribunal de Justicia ha respondido que el artículo 1.2 DM, en relación con el artículo 4.1 d) DM, «debe interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de una sentencia que ha impuesto una pena privativa de libertad cuya ejecución se ha suspendido con la única condición de que se respete una obligación legal de abstenerse de cometer una nueva infracción penal durante un periodo de suspensión de ejecución de la pena está comprendido en el ámbito de aplicación de la citada Decisión Marco, siempre que esa obligación legal se desprenda de esa sentencia o de una resolución de libertad vigilada dictada sobre la base de esa sentencia, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente». Todavía sin respuesta quedan otras dudas, como la relativa a si es posible el reconocimiento mutuo de las penas privativas de derechos impuestas como penas principales o accesorias, no como substitutivas de la prisión ni como condiciones de la suspensión o de la libertad condicional, o de las medidas de seguridad postpenitenciarias contempladas en el Ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros, como la custodia de seguridad alemana o la medida de seguridad de libertad vigilada española.

3. Procedimiento

La sentencia que imponga las medidas o sanciones, así como el certificado anexo a la decisión marco, deben ser enviados por la autoridad competente del Estado de emisión a la autoridad competente del Estado de ejecución, esto es, del Estado miembro en cuyo territorio la persona condenada tenga su domicilio legal y habitual, o al que haya regresado o desee regresar, o de cualquier otro Estado miembro al que la persona condenada solicite cumplir la condena en su territorio, si tal solicitud es aceptada por dicho Estado (artículos 5 y 6 DM).

La autoridad competente del Estado de ejecución debe decidir sobre el reconocimiento de la sentencia sin dilación y, en todo caso, antes de 60 días a contar desde la recepción de la solicitud. Dicha autoridad también podrá acordar la adaptación de las medidas de libertad vigilada o de la pena sustitutiva si no son compatibles con el Derecho nacional debido a su naturaleza o duración (artículos 8, 9 y 12 DM).

Los motivos que facultan para la denegación del reconocimiento y vigilancia se recogen en el artículo 11 DM:

- a) que el certificado esté incompleto o no corresponda manifiestamente a la sentencia o a la resolución de libertad vigilada y no haya sido completado o corregido dentro de un plazo razonable fijado por la autoridad competente del Estado de ejecución;
- b) que no se cumplan los criterios expuestos en el artículo 5.1 y 2, o en el artículo 6.4 DM, esto es, que el Estado miembro al que se remite la solicitud no pueda actuar como Estado de ejecución por no tener su residencia en él la persona condenada, o que las medidas cuya ejecución se solicita no se encuentren entre las previstas por la decisión marco;
- c) que el reconocimiento de la sentencia y la asunción de responsabilidad respecto de la vigilancia de las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas vulneren el principio *ne bis in idem*;
- d) que los hechos en virtud de los cuales se imponga la condena no estén tipificados en el Estado de ejecución y tampoco entren en el ámbito de aplicación del principio de doble tipificación. En efecto, el Estado de ejecución puede supeditar el reconocimiento de la sentencia y la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y de las penas sustitutivas a la condición de que la sentencia se refiera a hechos que sean también constitutivos de infracción según el Derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos

constitutivos o su calificación. Ahora bien, se identifican en la decisión marco treinta y dos categorías de ilícitos penales (incluyendo terrorismo, trata de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, delitos informáticos) a los cuales no se aplica el requisito de la doble tipificación, siempre que estén castigadas en el Estado de emisión con pena privativa de libertad o medida de privación de libertad de un máximo de al menos tres años (artículo 10.1 DM);

- e) que la ejecución de la pena haya prescrito según el Derecho del Estado de ejecución y la pena se refiera a hechos que sean competencia del Estado de ejecución conforme a su Derecho nacional;
- f) que el Derecho del Estado de ejecución reconozca una inmunidad que impida la vigilancia de las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas;
- g) que la persona condenada, debido a su edad, no pueda ser considerada penalmente responsable de los hechos en que se basa la sentencia según el Derecho del Estado de ejecución;
- h) que la sentencia se haya dictado en rebeldía, a no ser que en el certificado conste que la persona fue convocada personalmente o que se le notificó la fecha y lugar del procedimiento que dio lugar a la sentencia dictada en rebeldía, o bien que el interesado haya indicado a una autoridad competente que no impugna la resolución;
- i) que la sentencia o, en su caso, la resolución de libertad vigilada incluya medidas médicas o terapéuticas que, no obstante lo dispuesto en el artículo 9 DM, el Estado de ejecución no puede vigilar debido a su sistema jurídico o sanitario;

- j) que la duración de la medida de libertad vigilada o de la pena sustitutiva sea inferior a seis meses;
- k) que la sentencia se refiera a infracciones penales que, con arreglo a la legislación del Estado de ejecución, se consideran cometidas en su totalidad, en su mayor parte o esencialmente dentro de su territorio.

Tras el reconocimiento, la vigilancia y ejecución de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas se regirán por el Derecho del Estado de ejecución (artículo 13 DM). Conciérne, pues, al Estado de ejecución decidir sobre la modificación de las obligaciones impuestas, la revocación de la suspensión de la condena o de la decisión sobre libertad condicional, así como de la subsiguiente imposición de medidas o penas privativas de libertad en caso de incumplimiento de las obligaciones acordadas (artículo 14 DM). En tales casos, la autoridad competente del Estado de ejecución está obligada a informar sin demora de todas sus decisiones a la autoridad del Estado de emisión (artículo 16 DM).

Tanto el Estado de emisión como el Estado de ejecución podrán conceder amnistía e indulto. Solo el Estado de emisión podrá decidir sobre las solicitudes de revisión de la sentencia en que se basen las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas que hayan de vigilarse en virtud de la presente Decisión Marco (artículo 19 DM).

En caso de que la persona condenada se fugue o deje de tener una residencia legal habitual en el Estado de ejecución, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá volver a transferir a la autoridad competente del Estado de emisión la competencia respecto de la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas y respecto de cualquier decisión ulterior relacionada con la sentencia. Por otro lado, En caso de que se estén llevando a cabo nuevos procesos penales contra el interesado en el Estado de emisión, la autoridad competente del Estado de emisión podrá solicitar a la autoridad competente del Estado de

ejecución que le vuelva a transferir la competencia respecto de la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas y respecto de cualquier resolución ulterior relacionada con la sentencia. En tal caso, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá transferir dicha competencia a la autoridad competente del Estado de emisión. Cuando se devuelva la competencia al Estado de emisión, la autoridad competente de dicho Estado reasumirá dicha competencia. Para la ulterior vigilancia de las medidas de libertad vigilada o la aplicación de las penas sustitutivas, la autoridad competente del Estado de emisión tendrá en cuenta el periodo y grado de cumplimiento de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas en el Estado de ejecución, así como toda decisión adoptada por el Estado de ejecución (artículo 20 DM).

4. Aplicación

En la doctrina se ha venido poniendo de manifiesto desde hace años que los mecanismos de reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada se han diseñado más en clave de protección del interés de los Estados de emisión en vaciar de extranjeros sus sobrecargados sistemas penitenciarios que de aplicar efectivamente el principio de rehabilitación social a los condenados extranjeros y no residentes. Sin embargo, ese temor a la utilización del reconocimiento mutuo en clave migratoria no parece haberse materializado en la práctica. Antes bien, se reconoce en general el bajo nivel de aplicación alcanzado hasta el momento. Ese relativo fracaso resulta bastante sorprendente, por varios motivos. Por un lado, porque se reconoce unánimemente la importancia de estas medidas tanto para el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, como para el de conseguir la rehabilitación y reinserción de los condenados extranjeros de nacionalidad comunitaria. Por otro, porque el número de penas privativas de libertad impuestas a extranjeros de nacionalidad comunitaria —no hay datos de nacionales no residentes— en la Unión Europea no es precisamente bajo, con lo que hay un ámbito de aplicación potencial bastante amplio. En 2018, el 15,9 % de la población

penitenciaria en Europa era extranjera, y dentro de ella el 32,8 % eran ciudadanos comunitarios, unas 37 000 personas.

El poco uso de este instrumento tiene varias explicaciones posibles y, seguramente, complementarias. Hay cuestiones de política criminal, que tienen que ver con la prevalencia en algunos países, en términos cuantitativos, de los procedimientos de expulsión de condenados comunitarios frente a los de reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una medida de libertad vigilada, pese a que la lógica que informa la expulsión de condenados extranjeros nada tiene que ver con sus posibilidades de rehabilitación social. De hecho, aunque se podría pensar que el retorno a su país de residencia favorece su reinserción social, lo cierto es que ese retorno se produce sin control, tratamiento ni asistencia de ningún tipo, sin tener en cuenta dónde tiene el condenado los lazos familiares más fuertes o las mejores perspectivas de trabajo, y en muchas ocasiones contra su voluntad. La escasa aplicación también podría tratarse de una consecuencia de la deriva securitaria que ha impulsado en los últimos años la agenda en materia de reconocimiento mutuo, reflejo de la falta de compromiso con la protección de los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros que, al menos a nivel supranacional, parecen concentrar sus esfuerzos en la prevención y represión de los delitos frente a la necesidad de garantizar los derechos de las personas condenadas. No contribuye positivamente a una mayor aplicación el carácter discrecional que informa la decisión de emitir este instrumento: mientras que para el Estado de ejecución el reconocimiento es una actividad reglada, estando obligado a reconocer y ejecutar las medidas de vigilancia, salvo que concurra alguna de las causas tasadas de denegación que le permita no hacerlo, para el Estado de emisión hacer uso de este instrumento constituye una mera posibilidad. Y, a diferencia de lo que ocurre en el caso de una OEDE, cuya emisión es necesaria para la autoridad que quiere cumplir con su función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en el caso de la OES la autoridad de emisión, en realidad, al recurrir a este instrumento cede el control a una autoridad extranjera, de tal forma que el efectivo ejercicio del *ius*

puniendi queda supeditado, desde ese momento, a que la autoridad de ejecución cumpla de forma eficaz con su deber de vigilancia. Además, la OES requiere una coordinación constante entre las autoridades competentes de los Estados implicados. Esto se refleja claramente en las diferentes formas de consulta y comunicación que la decisión marco prevé entre las autoridades competentes, lo cual evidencia la considerable carga de trabajo que conlleva el correcto funcionamiento de este instrumento. A estos factores cabe añadir la falta de conocimiento sobre la existencia y la forma de funcionamiento del instrumento por parte de los posibles beneficiarios y quienes les asisten legalmente, agudizada por una insuficiente formación de las autoridades competentes, tanto en lo que se refiere a la dinámica del procedimiento y sus potencialidades, como en lo relativo a los sistemas penales existentes en el resto de Estados miembros. En este sentido, seguramente las diferentes culturas jurídicas y un nivel de confianza insuficiente entre los diversos Estados miembros podrían estar detrás de la infrautilización de este instrumento. Otras cuestiones más directamente relacionadas con la decisión marco en sí, como la dificultad de delimitación de su objeto, que ha generado dudas sobre la posibilidad de reconocimiento mutuo de algunas resoluciones. El resultado es un instrumento con un gran potencial lamentablemente desaprovechado.

*Autora: Patricia Faraldo Cabana
(Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña - España,
adjunct professor, Queensland University of Technology - Australia)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DURNESCU, Ioan. «Framework decisions 2008/947 and 2009/829: state of play and challenges». En *ERA Forum*, 2017, vol. 18 n.º 1, pp. 355-363; FARALDO CABANA, Patricia. «One step forward, two steps back? Social rehabilitation of foreign offenders under Framework Decisions 2008/909/JHA and 2008/947/JHA». En *New Journal of European Criminal Law*, 2019, vol. 10 n.º 2, pp. 151-167; FARALDO CABANA, Patricia y FERNÁNDEZ BESSA, Cristina. «¿Fracaso del reconocimiento mutuo de resoluciones de liber-

tad vigilada? Una reflexión sobre la situación de los condenados extranjeros de nacionalidad comunitaria». En *Migraciones*, 2019, n.º 47, pp. 151-175; FLORE, Daniel; BOSLY, Stéphanie; HONHON, Amandine y MAGGIO, Jacqueline (editores). *Probation measures and alternative sanctions in the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2012; MONTALDO, Stefano. «Offenders' rehabilitation and the cross-border transfer of prisoners and persons subject to probation measures and alternative sanctions: a stress test for EU judicial cooperation in criminal matters». En *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, vol. 5 n.º 2, pp. 925-960; NEVEU, Suliane. «Probation Measures and Alternative Sanctions in Europe: From the 1964 Convention to the 2008 Framework Decision». En *New Journal of European Criminal Law*, 2013, vol. 4, n.ºs 1-2, pp. 134-153; ROSANÒ, Alessandro. «Tristes, solitarias y finales: la Convenzione di Strasburgo del 1964 e la Decisione Quadro 2008/947/GAI sulla sorveglianza all'estero delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive». En *Freedom, Security & Justice*, 2019, n.º 3, pp. 139-159.

ORDEN INTERNACIONAL DE BÚSQUEDA Y CAPTURA

La orden internacional de búsqueda y captura es un procedimiento iniciado por una autoridad competente de una jurisdicción, por la cual se ordena la busca y captura de una persona cuyo paradero es desconocido. Con carácter previo a la extradición como procedimiento habitual de asistencia jurídica internacional entre dos Estados en el respeto mutuo de sus soberanías de acuerdo con el Derecho internacional, generalmente los Estados emiten con carácter previo esta orden de busca y captura internacional solicitada por autoridad judicial o no, que difunden a través de Interpol. En el contexto de la cooperación penal internacional, la busca y detención de personas cobra un particular interés, en torno al que las legislaciones nacionales han convergido de forma palpable en los últimos años.

1. *Naturaleza de «búsqueda y captura»*

Por la propia naturaleza de la orden internacional de búsqueda y captura, cuya definición no se encuentra regulada en ninguna norma de Derecho internacional, a diferencia de otros instrumentos (*e. g.*, la orden europea de detención y entrega), no es posible dar un parámetro único y uniforme de sus características. En cualquier caso, su propia denominación revela el aspecto diferenciador y genuino de esta orden, que es el desconocimiento del paradero de la persona sobre la que se emite. Así, en general en la naturaleza de la orden de busca y captura radica una circunstancia esencial que es precisamente el desconocimiento del concreto paradero del individuo afectado y su búsqueda por una autoridad competente, siendo la ignorancia de este extremo lo que justifica su emisión.

A título de ejemplo, en España el principal fundamento para la emisión de una orden internacional de búsqueda y captura lo encontramos en el artículo 835 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Será llamado y buscado por requisitoria:

- 1.º El procesado que al ir a notificársele cualquiera resolución judicial no fuere hallado en su domicilio por haberse ausentado, si se ignorase su paradero; y el que no tuviese domicilio conocido. El que practique la diligencia interrogará sobre el punto en que se hallarse el procesado a la persona con quien dicha diligencia deba entenderse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 172 de esta Ley.
- 2.º El que se hubiera fugado del establecimiento en que se hallase detenido o preso.
- 3.º El que, hallándose en libertad provisional, dejare de concurrir a la presencia judicial el día que le esté señalado, o cuando sea llamado.

En la extradición, la misiva fundamental es la entrega del sujeto extraditado para su enjuiciamiento en el país reclamante o bien para el cumplimiento efectivo en él de una condena ya impuesta, bajo los concretos parámetros especificados en cada Convenio. Por el contrario, la busca y captura en general irá dirigida a localizar al procesado que, ausentado del domicilio designado para notificaciones, no fuere hallado en el mismo y careciere de otra residencia conocida en la que localizarlo.

En cuanto al fin de la orden de busca y captura, esta irá dirigida a localizar al procesado que, ausentado del domicilio designado para notificaciones, no fuere hallado en el mismo y careciere de otra residencia conocida en la que localizarlo.

En otras palabras, la premisa esencial es el señalado carácter ilocalizable del sujeto al que se dirigen, cuya necesidad de ubicación puede obedecer a fines bien distintos de los de enjuiciamiento o ejecución de condena que directamente justifican la extradición.

2. Sobre la Interpol como principal mecanismo de difusión

Como hemos mencionado anteriormente, la eficacia de esta orden dependerá en buena medida de que el resto de Estados, sean o no miembros de la UE, tengan la información actualizada de qué personas están en búsqueda y captura, de manera que puedan desplegar sus propios mecanismos de respuesta.

La Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) es una estructura policial internacional que integra a 194 países miembros, y que se encarga de ayudar a la policía de las distintas jurisdicciones para colaborar entre sí y facilitar el acceso a la información sobre delitos y delinquentes, así como brindar apoyo técnico y operativo, de acuerdo con la información que ofrece la propia institución en su página web.

La Interpol se rige, entre otros, por su Estatuto propio, aprobado en 1956. Establece las normas y principios fundamentales mediante los que opera, y define la estructura y cometidos de cada órgano de Interpol:

- conseguir y promover, dentro del marco de las leyes de los diferentes países y del respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la más amplia asistencia recíproca de las autoridades de policía criminal;
- establecer y desarrollar todas las instituciones que puedan contribuir eficazmente a la prevención y a la represión de las infracciones de derecho común.

Otros documentos que regulan esta institución son el Reglamento sobre Tratamiento de Datos, el Estatuto de la Comisión de Control de los Ficheros, el Reglamento Financieros, y el Reglamento Interno de la Asamblea General y el Comité Ejecutivo.

Dentro de su labor de asistencia, las notificaciones que emite Interpol juegan un papel fundamental. Son alertas internacionales que permiten a la policía de los países miembros compartir información de importancia relacionada con el delito.

La Secretaría General de Interpol es la encargada de publicar las Notificaciones a pedido de las Oficinas Centrales Nacionales (OCN) y entidades autorizadas. Pueden ser publicadas en cualquiera de los idiomas oficiales de la Organización: árabe, inglés, francés y español.

La mayoría de las notificaciones son únicamente de uso policial y no se hacen públicas. No obstante, en algunos casos (e.g. para alertar a la ciudadanía, o para solicitar su colaboración), puede divulgarse un extracto de la notificación. Las notificaciones especiales de las Naciones Unidas son públicas. Así, existen diversos tipos de notificaciones:

- Notificación roja: tiene por objeto lograr la detención o detención preventiva de personas buscadas con miras a su extradición.
- Notificación azul: tiene por objeto la localización o identificación de una persona que resulta de interés en una investigación penal, o la obtención de información relativa a ella.
- Notificación verde: tiene por objeto advertir sobre las actividades delictivas de una persona que es considerada como una posible amenaza para la seguridad pública.
- Notificación especial del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas e Interpol: se utilizan para informar sobre personas o grupos objeto de sanciones impuestas por las Naciones Unidas.
- Notificación amarilla: se utiliza con el fin de colaborar en la localización de personas desaparecidas, comúnmente menores de edad, o en la identificación de personas que son incapaces de identificarse por sí mismas.
- Notificación negra: se utiliza con el fin de obtener información sobre cadáveres no identificados.
- Notificación naranja: tiene por objeto advertir sobre un hecho, persona, objeto o proceso que representa una amenaza y peligro inminente para las personas o las cosas.
- Notificación morada: tiene por objeto proveer información sobre modus operandi, objetos, dispositivos y métodos de ocultamiento utilizados por los delincuentes.

Las notificaciones se publican solo si se cumplen las condiciones relativas al procesamiento de la información. Así, no se publicarán aquellas que no cumplan con el artículo 3 del Estatuto de Interpol, el cual

prohíbe a la Organización la participación o desarrollo de actividades de índole político, militar, religioso o racial.

Teniendo en cuenta la importancia otorgada al cumplimiento del artículo 3, así como la amplia experiencia acumulada por la Organización con respecto a la aplicación de esta importante disposición, la normativa obliga a la Secretaría General a elaborar un directorio de prácticas sobre la aplicación del artículo 3 del Estatuto basándose en las directrices marcadas por la Asamblea General, las nuevas disposiciones en materia de Derecho internacional y otros elementos pertinentes. Así, pues, se ha constituido un directorio de prácticas habituales a la vista de estos principios rectores y de la jurisprudencia acumulada por Interpol relativa a la aplicación del artículo 3 en el ámbito de la protección de datos.

Las notificaciones se procesan de acuerdo con las siguientes normas, las cuales garantizan la legalidad y calidad de la información, y la protección de los datos personales:

- normas sobre el procesamiento de la información a los fines de la cooperación policial internacional;
- normas de aplicación de las normas sobre el procesamiento de la información a los fines de la cooperación policial internacional.

3. Particular atención a las Notificaciones Rojas de Interpol

El sustento legal de la Notificación Roja es la orden de detención o la resolución judicial emitida por las autoridades judiciales del país respectivo. Gran parte de los países miembros de Interpol consideran a la Notificación Roja como solicitud de detención preventiva válida.

De hecho, Interpol es reconocida como canal oficial para la transmisión de solicitudes de detención preventiva en una serie de tratados de extradición bilaterales y multilaterales, dentro de los cuales podemos mencio-

nar al Convenio Europeo de Extradición, el Convenio de Extradición de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental —Eco-was—, y el Tratado Modelo de Extradición de las Naciones Unidas.

Se emiten notificaciones rojas sobre fugitivos buscados para su enjuiciamiento o para cumplir condena. Una notificación roja es una solicitud a fuerzas del orden de todo el mundo para localizar y detener provisionalmente a una persona en espera de extradición, entrega o acción judicial similar.

4. Duración de la orden de busca y captura

La prescripción de esta orden dependerá fundamentalmente de la regulación propia de cada Estado. En este sentido, y a efectos meramente ejemplificativos, el Código de Procedimiento Penal colombiano prevé en su artículo 298 que:

La orden de captura tendrá una vigencia máxima de un (1) año, pero podrá prorrogarse tantas veces como resulte necesario, a petición del fiscal correspondiente, quien estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de Policía Judicial encargado de hacerla efectiva.

Por su parte, siguiendo el Código Penal español la acción requisitoria prescribirá conforme a las causas generales de extinción de responsabilidad criminal enumeradas en su artículo 130, o cuando la misma se deje sin efecto por la autoridad competente.

*Autor: Sonsoles Callejo Goena
(Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DENZA, Eileen. *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Oxford: Oxford University Press, 2016; GARROCHO, Ana y OTERO, Pilar. «El Derecho penal interno ante los atentados contra personas internacionalmente protegidas y locales de legaciones extranjeras: el ordenamiento

español». En *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, 2016, n.º 1, pp. 33-41; Sentencia 41/2021, de 21 de enero, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español.

P

POLICÍA PREDICTIVA

1. Definición

Definir un concepto de policía predictiva es una tarea compleja, ya que en ese concepto se pueden englobar distintas actividades, lo que genera, al mismo tiempo, perplejidad y confusión en la doctrina.

Para Provost y Fawcett (2013, p. 22 y ss.), el uso de una cantidad masiva de datos históricos que se analiza mediante una técnica cuantitativa para estimar un valor desconocido a través de algoritmos sirve de base para el funcionamiento de estas tecnologías, operando, como señala Santos-Hermoso y otros (2020, pp. 26-41), a través de similitudes y analogías.

Otros autores, como Cinelli (2019, pp. 1-19), destacan que la policía predictiva no goza de autonomía conceptual, estando incluida entre los diferentes recursos que integran la inteligencia policial, restringiéndose al concepto de análisis predictivo.

Sin embargo, reduciendo esta concepción técnica a la simple función de predecir delitos con fines de prevención, otra parte de la doctrina impone un carácter utópico a la policía predictiva, como Miró Llinars (2020, pp. 6-7), quien defiende que aunque no puede (y nunca podrá) predecir la comisión de delitos, la policía predictiva ayuda a identificar la probabilidad de eventos futuros basándose en un mejor conocimiento

de los eventos pasados y sus condicionantes. Así, permite la adopción de estrategias con fines de prevención, reducción o mitigación del delito.

De hecho, si analizamos los conceptos expuestos anteriormente notaremos que, de forma aislada, ninguno de ellos es suficiente para caracterizar completamente el concepto de policía predictiva. Sin embargo, una interpretación conjunta de las reflexiones expuestas nos permitiría elaborar un concepto más completo.

En este sentido, sería correcto decir que la policía predictiva no se constituye como un conjunto de aplicaciones, mas sí como una técnica que emplea el conocimiento y una base científico-criminológica y estadística, utilizando cantidades masivas de datos procesados por algoritmos y sistemas expertos de diversa índole, con fines de prestarse a la realización y apoyo de las actividades policiales.

Es predictiva porque funciona extrapolando datos e informaciones obtenidas de una o más bases de datos (*data set*) por criterios previamente definidos por la experiencia, o por criterios cronológicos, estadísticos o de cualquier otro tipo cuya definición es responsabilidad de un experto humano.

Así, el primer punto que debemos tener en cuenta cuando queremos conceptualizar la policía predictiva es que su margen de acierto se basa en dos factores fundamentales: el primero es que su margen de falibilidad es directamente proporcional al del experto humano o grupo de expertos que realizan la definición de los criterios que debe utilizar el algoritmo en el proceso de entrenamiento o en el proceso de definición de indicadores e información relevante a observar en el proceso de desarrollo del algoritmo.

En segundo lugar, también es fundamental entender que el nivel de precisión, exactitud de las conclusiones extraídas en estos procesos dependen fundamentalmente de la cantidad de información disponible para el

algoritmo, así como del modelo de algoritmo utilizado, especialmente en lo que se refiere a cuestiones relacionadas con las llamadas *black box* presentes en algunos modelos de algoritmos como bosques aleatorios o redes bayesianas, además de otros modelos como el Tensor Flow (STEYVERS, Mark y otros, 15 de marzo de 2021).

Lo que sí está claro es que, como sostiene Miró Llinares, ninguna tecnología, por muy futurista y actual que sea, puede predecir con precisión el comportamiento y las actitudes humanas, y más aún la mera probabilidad de que se produzca una conducta delictiva no puede considerarse como un correspondiente al crimen mismo, ya que en este caso ni siquiera estaríamos ante actos preparatorios, en referencia a la dogmática penal y al creciente expansionismo penal en la sociedad global (sobre este tema, véase VARONA GÓMEZ, 2009, pp. 1-31; así como MILANESE, 2019).

2. *Técnicas predictivas y Data Set*

En este sentido, la idea de cómo funcionan las técnicas policiales predictivas presupone la necesidad de crear, mantener y ampliar bases de datos relacionadas no solo con las políticas y estadísticas delictivas, sino también con datos personales capaces de indicar preferencias políticas, de edad, posición social y económicas, entre otras, que configuran el conjunto de datos que alimentan estos algoritmos, cuya dinámica interna de trabajo no se abordará, pero sobre la que señalamos que subvierte la idea clásica de programas informáticos, como destaca Pino Diez (2001, p. 3).

Así, podemos concluir que las técnicas policiales predictivas y su aplicación involucran dos problemas fundamentales: el primero se refiere a las normas de recolección, mantenimiento y procesamiento de datos que conforman las bases de datos que permiten la operación de los sistemas que emplea; y el segundo se refiere a la identificación de las normas legales aplicables a su funcionamiento, ya que en esta dinámica no estamos

ni en el ámbito de un proceso penal ni de una investigación penal, sino en acciones prospectivas y actividades administrativas cuyos contornos aún no están definidos en derecho positivo, más allá de las actuaciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

En este sentido, podríamos indicar como principales puntos de aplicación de la policía predictiva la actuación en el ámbito de la policía administrativa, incluyendo tantas competencias administrativas, cuantas su aplicación fuese posible (como la policía en el control y planificación urbanístico, tráfico y una serie de actuaciones administrativas relacionadas al mantenimiento del orden público), mas también en lo que concierne a las actividades de policía judicial en los dos distintos ámbitos de su actuación, procesal y extraprocesal, es decir, dentro y fuera del ámbito de la actuaciones relacionadas al enjuiciamiento de delitos.

Por último, cabe señalar que también las actuaciones llevadas a cabo bajo el amparo de la Ley Orgánica 04/2015, de protección de la seguridad ciudadana, especialmente las disposiciones de los artículos 9, apartado 2 (ver anexo 1), referente al deber de tenencia y exhibición, las del artículo 15 (leer anexo 2), de forma automatizada, por drones, por ejemplo.

Por otro lado, considerando los avances tecnológicos, podríamos indicar una serie de medidas también señaladas en la Ley de protección y seguridad ciudadana que podrían ser automatizados —y, de hecho, ya ocurre en algunos sitios (leer anexo 3)—, pero parece que la más relevante medida se concreta en el artículo 16 (leer anexo 4) de la Ley, relativo al procedimiento de identificación de personas.

Para su adopción, el artículo 16 en su apartado 1 requiere uno de los siguientes supuestos: a) cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción; o, b) cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

En estos supuestos —determina el párrafo segundo— los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación cuando fuere preciso a los efectos indicados.

Se trata de uno de los supuestos permitidos por el artículo 13 apartado 2 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales que permite el tratamiento de datos biométricos dirigidos (ver el anexo 5) a identificar de manera unívoca a una persona física con los fines de prevención, investigación, detección de infracciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

Sobre este tema vale destacar que desde la vigencia del Reglamento (UE) 2019/1157 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos de la Unión y de los documentos de residencia expedidos a ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias que ejerzan su derecho a la libre circulación, los Estados miembros están, por fuerza de su artículo 10, combinado con el artículo 3 apartado 5, obligados a almacenar una imagen facial del ciudadano (los requisitos de calidad y normas técnicas para la obtención de dichas imágenes serán establecidos por la Comisión por medio de actos de ejecución) (ver el anexo 6).

Téngase en cuenta que las actuaciones definidas por la Ley de Seguridad Ciudadana en los supuestos antes indicados, especialmente la entrada y registro en los supuestos del artículo 15, no dependen de autorización judicial, por lo que sería posible el mantenimiento de sistemas de toma de imagen y sonido, tal y como autorizan los artículos 15 y 16 para los

supuestos de sistemas fijos, y 15 y 17 para los supuestos de dispositivos móviles de la Ley Orgánica 07/2021, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (ver el anexo 7).

En este sentido, cabe destacar que el artículo 16 requiere, para la utilización de sistemas fijos la realización de una valoración, por parte de la autoridad administrativa (aunque, efectivamente, también se autoriza el tratamiento por órganos judiciales y por la fiscalía), del principio de proporcionalidad en sus vertientes de idoneidad e intervención mínima, pero no indica el soporte de conservación de dicho juicio, así como no requiere la adopción de un procedimiento específico, es decir, de un procedimiento administrativo en el que figure constancia y memoria de estas actuaciones, disponibles para consulta de los interesados.

Ahora bien, también es posible que la utilización de imágenes para tratamiento automatizado ocurra en soportes tanto físico como digital, de los que no sea titular la Administración Pública, por lo que el apartado 2 del artículo 16 determina la aplicación de estos mismos principios de proporcionalidad en la decisión del tratamiento.

Se excluye, además, el control de estas instalaciones fijas del control preventivo en materia urbanística por parte de las entidades locales; sin embargo, parece que en los casos de ruina urbanística contemplados en la legislación autonómica, en los supuestos de urgencia, sí que se aplicaría la legislación urbanística.

Lo llamativo de esta regulación es que el legislador optó por entender que el tratamiento de las imágenes se configura como un hecho aislado en el sistema, sin definir absolutamente nada en lo que afecta al régimen de garantías de los ciudadanos respecto a la constitución, uso y mantenimiento de bancos de datos utilizados en estos sistemas de reconoci-

miento facial que emplean la técnica de policía predictiva (ver el anexo 8).

3. Anexos legislativos citados y transcripciones para una mejor comprensión

Anexo 1

Ley Orgánica 04/2015, de protección de la seguridad ciudadana, artículo 9 apartado 2:

Todas las personas obligadas a obtener el Documento Nacional de Identidad lo están también a exhibirlo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad a las que se refiere el apartado 2 del artículo 8 cuando fueren requeridas para ello por la autoridad o sus agentes, para el cumplimiento de los fines previstos en el apartado 1 del artículo 16. De su sustracción o extravío deberá darse cuenta tan pronto como sea posible a la comisaría de Policía o puesto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad más próximo.

Anexo 2

Ley Orgánica 04/2015, de protección de la seguridad ciudadana, artículo 15:

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes. 2. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad. 3. Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo. 4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente.

Anexo 3

Un buen ejemplo de ello es el conjunto de aplicaciones y aparatos de vigilancia predictiva instalados en Salvador de Bahía, Brasil, en el Centro Integrado de Gestión de Emergencias - CIGE, que adopta un procedimiento de policía predictiva que incluye la identificación de imágenes por vectores, así como el reconocimiento facial, que hasta diciembre de 2020 había ya identificado 200 sospechosos, frente a los cuales hubo un resultado positivo de 89 personas con mandato de búsqueda y captura en abierto. En este sentido véase A TARDE, 18/12/2020, disponible en: <https://cutt.ly/iwBjLJJK>

Anexo 4

Ley Orgánica 04/2015, de protección de la seguridad ciudadana, artículo 16:

1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito. En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados. En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 2. Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción,

podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas. La persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales. 3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado 2 se llevará un libro-registro en el que solo se practicarán asientos relacionados con la seguridad ciudadana. Constarán en él las diligencias de identificación practicadas, así como los motivos, circunstancias y duración de las mismas, y solo podrán ser comunicados sus datos a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal. El órgano competente de la Administración remitirá mensualmente al Ministerio Fiscal extracto de las diligencias de identificación con expresión del tiempo utilizado en cada una. Los asientos de este libro-registro se cancelarán de oficio a los tres años. 4. A las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación se les deberá expedir a su salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes. 5. En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en esta Ley.

Anexo 5

Dicho sistema de implementación, discretamente puesto en marcha por la UE y los Estados miembros, se completa con la obligación de utilización de fotografías digitales y posibilidad de tratamiento de los datos biométricos puestos a la disposición por los interesados, con fundamento en el artículo 10 del Reglamento UE 2019/1157, que dispone:

1. Los identificadores biométricos serán recogidos exclusivamente por personal cualificado y debidamente autorizado designado por las autoridades responsables de la expedición de los documentos de identidad o las tarjetas de residencia con el fin de integrarlos en el medio de almacenamiento de alta seguridad a que se refiere el artículo 3, apartado 5, para

los documentos de identidad y el artículo 7, apartado 1, para las tarjetas de residencia. Como excepción a lo que precede, únicamente el personal cualificado y debidamente autorizado de dichas autoridades recogerá las impresiones dactilares, salvo en el caso de solicitudes presentadas por autoridades diplomáticas y consulares del Estado miembro.

Con objeto de garantizar la coherencia de los identificadores biométricos con la identidad del solicitante, este deberá comparecer en persona por lo menos una vez durante el proceso de expedición para cada solicitud.

2. Los Estados miembros garantizarán que se establezcan procedimientos adecuados y eficaces para la recogida de identificadores biométricos, que respeten los derechos y principios establecidos en la Carta, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Si se presentan dificultades en la recogida de los identificadores biométricos, los Estados miembros garantizarán que se establezcan procedimientos adecuados que respeten la dignidad del interesado.

3. Además de cuando sea necesario para fines de tratamiento acorde con el Derecho de la Unión y nacional, los identificadores biométricos almacenados a fines de personalización de los documentos de identidad o de los documentos de residencia deben mantenerse de manera extremadamente segura y solo hasta la fecha de recogida del documento y, en cualquier caso, no más de 90 días después de la fecha de expedición del documento. Superado este periodo, dichos identificadores biométricos deben ser suprimidos o destruidos inmediatamente.

Anexo 6

Artículo 3, apartado 5 del Reglamento UE 2019/1157:

Los documentos de identidad incluirán un medio de almacenamiento de alta seguridad que contendrá una imagen facial del titular del documento y dos impresiones dactilares en formatos digitales interoperables. Para la captura de identificadores biométricos, los Estados miembros aplicarán

las especificaciones técnicas definidas en la Decisión de ejecución C. (2018) 7767 de la Comisión.

Anexo 7

Artículo 15. Sistemas de grabación de imágenes y sonido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

1. La captación, reproducción y tratamiento de datos personales por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los términos previstos en esta Ley Orgánica, así como las actividades preparatorias, no se considerarán intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a los efectos de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. En la instalación de sistemas de grabación de imágenes y sonidos se tendrán en cuenta, conforme al principio de proporcionalidad, los siguientes criterios: asegurar la protección de los edificios e instalaciones propias; asegurar la protección de edificios e instalaciones públicas y de sus accesos que estén bajo custodia; salvaguardar y proteger las instalaciones útiles para la seguridad nacional y prevenir, detectar o investigar la comisión de infracciones penales y la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

Artículo 16. Instalación de sistemas fijos

1. En las vías o lugares públicos donde se instalen videocámaras fijas, el responsable del tratamiento deberá realizar una valoración del citado principio de proporcionalidad en su doble versión de idoneidad e intervención mínima. Asimismo, deberá llevar a cabo un análisis de los riesgos o una evaluación de impacto de protección de datos relativo al tratamiento que se pretenda realizar, en función del nivel de perjuicio que se pueda derivar para la ciudadanía y de la finalidad perseguida.

Se entenderá por videocámara fija aquella anclada a un soporte fijo o fachada, aunque el sistema de grabación se pueda mover en cualquier dirección.

2. Esta disposición se aplicará asimismo cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad utilicen instalaciones fijas de videocámaras de las que no sean titulares y exista, por su parte, un control y dirección efectiva del proceso completo de tratamiento.

3. Estas instalaciones fijas de videocámaras no estarán sujetas al control preventivo de las entidades locales previsto en su legislación reguladora básica, ni al ejercicio de las competencias de las diferentes administraciones públicas, sin perjuicio de que deban respetar los principios de la legislación vigente en cada ámbito material de la actuación administrativa.

4. Los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre los bienes afectados por estas instalaciones, o quienes los posean por cualquier título, están obligados a facilitar y permitir su instalación y mantenimiento, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan.

5. Los ciudadanos serán informados de manera clara y permanente de la existencia de estas videocámaras fijas, sin especificar su emplazamiento, así como de la autoridad responsable del tratamiento ante la que poder ejercer sus derechos.

Artículo 17. Dispositivos móviles

1. Podrán utilizarse dispositivos de toma de imágenes y sonido de carácter móvil para el mejor cumplimiento de los fines previstos en esta Ley Orgánica, conforme a las competencias específicas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La toma de imagen y sonido, que ha de ser conjunta, queda supeditada, en todo caso, a la concurrencia de un peligro o evento concreto. El uso de los dispositivos móviles deberá estar autorizado por la persona titular de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, quien atenderá a la naturaleza de los eventuales hechos susceptibles de filmación, adecuando la utilización de dichos dispositivos a los principios de tratamiento y al de proporcionalidad.

En el caso de los Cuerpos de Policía propios de las Comunidades Autónomas que tengan y ejerzan competencias asumidas para la protección de las personas y bienes y para el mantenimiento del orden público, serán sus órganos correspondientes los que autorizarán este tipo de actuación.

nes para sus fuerzas policiales, así como para las dependientes de las Corporaciones locales radicadas en su territorio.

2. En estos supuestos de dispositivos móviles, las autorizaciones no se podrán conceder en ningún caso con carácter indefinido o permanente, siendo otorgadas por el plazo adecuado a la naturaleza y las circunstancias derivadas del peligro o evento concreto, por un periodo máximo de un mes prorrogable por otro.

3. En casos de urgencia o necesidad inaplazable será el responsable operativo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes el que podrá determinar su uso, siendo comunicada tal actuación con la mayor brevedad posible, y siempre en el plazo de 24 horas, al delegado o subdelegado del Gobierno o autoridad competente de las comunidades autónomas».

Anexo 8

Cabe destacar que pese a que España haya finalmente desarrollado la Directiva UE 2016/680, tras haber sido condenada por no trasponerla en el plazo definido, gran parte de su regulación, especialmente la relativa al tratamiento de datos personales por sistemas automatizados, parece estar en consonancia con el proyecto de Reglamento Europeo sobre la inteligencia artificial, considerando que se permite el tratamiento de imágenes en vías públicas, incluyendo la biometría remota.

Véase que el reglamento establece cuatro categorías de niveles de riesgo, que condicionan la utilización de estas tecnologías: Riesgo inadmisibles: se prohibirá un conjunto muy limitado de usos especialmente nocivos de la IA que contravienen los valores de la Unión al violar los derechos fundamentales (por ejemplo, puntuación social por parte de los gobiernos, explotación de los puntos débiles de los niños, uso de técnicas subliminales y, salvo contadas excepciones, determinados sistemas de identificación biométrica remota en directo en espacios públicos con fines policiales).

Alto riesgo: se considera de alto riesgo un número limitado de sistemas de IA definidos en la propuesta y que tienen un impacto negativo en la seguridad de las personas o en sus derechos fundamentales (protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Se adjunta a la propuesta la lista de sistemas de IA de alto riesgo, que puede revisarse para adaptarla a la evolución de los casos de uso de la IA (a prueba de futuro).

Entre ellos figuran los componentes de seguridad de los productos contemplados en la legislación sectorial de la Unión. Siempre serán de alto riesgo cuando estén sujetos a una evaluación de la conformidad por terceros con arreglo a dicha legislación sectorial.

A fin de garantizar la confianza y un nivel elevado y coherente de protección de la seguridad y los derechos fundamentales, se proponen requisitos obligatorios para todos los sistemas de IA de alto riesgo. Esos requisitos se refieren a la calidad de los conjuntos de datos utilizados; la documentación técnica y la llevanza de registro; la transparencia y la divulgación de información a los usuarios; la supervisión humana, y la solidez, la precisión y la ciberseguridad. En caso de infracción, los requisitos permitirán a las autoridades nacionales acceder a la información necesaria para investigar si el uso de la IA cumplió la legislación.

La normativa propuesta es coherente con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y está en consonancia con los compromisos internacionales de la Unión en materia de comercio.

Riesgo limitado: en el caso de determinados sistemas de IA se imponen obligaciones específicas de transparencia, por ejemplo, cuando exista un riesgo claro de manipulación (por ejemplo, mediante el uso de robots conversacionales). Los usuarios deben ser conscientes de que están interactuando con una máquina.

Riesgo mínimo: todos los demás sistemas de IA pueden desarrollarse y utilizarse con arreglo a la legislación vigente sin obligaciones jurídicas adicionales. La inmensa mayoría de los sistemas de IA utilizados actualmente en la UE pertenece a esta categoría. De forma voluntaria, los proveedores de estos sistemas pueden optar por aplicar los requisitos de una IA digna de confianza y adherirse a códigos de conducta voluntarios.

El contenido íntegro de la Propuesta de Reglamento puede ser consultado en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>

*Autor: Paulo Ramón Suárez Xavier
(Profesor ayudante. Doctor de Derecho Procesal,
Universidad de Sevilla)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PROVOST, F y FAWCETT, Tom. *Data Science for Business: What you need to know about data mining and data - analytic thinking*. California: O'Reilly Media, 2013, p. 22 y ss.; SANTOS-HERMOSO, Jorge y otros. (2020). «Policía predictiva en España. Aplicación y retos futuros». En *Behavior & Law Journal*, 6(1), pp. 26-41; CINELLI, Virginia. (2019). «El uso de programas de análisis predictivo en la inteligencia policial: una comparativa europea». En *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 5(2), p. 1-19; MIRÓ LLINARES, Fernando. (2020). «Policía predictiva: ¿utopía o distopía? Sobre les actituds cap a l'ús d'algorismes de big data per a l'aplicació de la llei». En *IDP: Revista d'Internet, Dret i Política*, (30), pp. 6-7; STEYVERS, Mark y otros. (15 de marzo de 2021). «Active Bayesian Assessment for Black-Box Classifiers». En *ArXiv* (Cornel University). Recuperado de: <https://arxiv.org/pdf/2002.06532.pdf>; VARONA GÓMEZ, Daniel. (Febrero 2009). «¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España». En *InDret*, pp. 1-31; así como MILANESE, Pablo. (2019). *Criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la pro-*

tección de bienes jurídicos colectivos. [Tesis doctoral]. Granada: Universidad de Granada; PINO DIEZ, Raúl. (2001). *Introducción a la inteligencia artificial*. Oviedo: Universidad de Oviedo.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Introducción y breve reseña histórica

La presunción de inocencia constituye una de las garantías básicas de los justiciables en el proceso penal para protegerlos frente a la tentación en que podría caer el Estado de utilizar al acusado o investigado como medio de prueba en los juicios penales y, por ende, de obligarles a declarar (incluso bajo coerción) para conseguir la determinación de la verdad de lo ocurrido. Aunque el Estado sucumbió a esta tentación en algún momento histórico mientras el proceso estuvo regido por el principio inquisitivo, lo cierto es que la protección del inocente en el enjuiciamiento de delitos es una de las garantías con un mayor recorrido histórico. Ya desde los primeros textos legales de la Antigüedad que se ocupaban del proceso penal se establecía que quien acusaba tenía que probar sus alegaciones, castigando severamente a quien lo hiciera falsamente, ensuciando la reputación del inocente. Así, por ejemplo, el Código de Hammurabi (aproximadamente en el 1792-1750 a. C.) preveía que: «si un hombre acusa a otro de homicidio y no puede aportar pruebas contra él, el acusador será condenado a muerte». O de forma análoga, también se contemplaba esta garantía en el Derecho romano: así en el Código de Justiniano 2.1.4: «actore non probante, reus absolutus» (también en Digesto 48.1.5). Aunque durante la oscura etapa medieval y hasta que no se consolidó con firmeza el principio acusatorio se aplicó el criterio contrario (acudiéndose a la llamada «presunción de culpabilidad» (ALONSO ROMERO) que debía ser desvirtuada por el acusado), lo cierto es que desde la doctrina se seguía considerando importante respetar esta garantía en los juicios penales de tal modo que no pocas veces defendían la preferencia por absolver a varios culpables (mil en la formulación de

Maimónides, siglo XII) antes que imponer injustamente una condena a un inocente. Desde mitad del siglo XX el derecho a la presunción de inocencia se ha consagrado como uno de los derechos fundamentales que debe garantizarse a todo investigado o acusado en un proceso penal justo, por lo que es merecedor de la más alta protección no solo en la mayor parte de las Constituciones nacionales de los países tildados de democráticos (en España, por ejemplo, en el artículo 24.2 CE) sino también como garantía básica en los textos internacionales de protección de derechos humanos (artículo 14 PIDCP; artículo 6 CEDH; y, en el ámbito de la Unión Europea, artículo 47 CDFUE, desarrollado por la Directiva 343/2016, de 9 de marzo).

2. *Naturaleza jurídica*

Pese a su denominación, realmente no se trata de una verdadera presunción; esto es, la inocencia no es un hecho presunto que se deriva de la concurrencia de un cierto indicio apreciado en el caso concreto que se enjuicia; por el contrario, todo individuo goza de esta «presunción» al adquirir la condición de acusado o investigado en un contexto sancionador. Se trata, así, de un principio general que debe orientar la actuación de las autoridades públicas (y, en ocasiones, también privadas) frente al sujeto pasivo de las causas penales (y otros procesos sancionadores de naturaleza distinta: así, es también aplicable a procesos militares (STEDH Engel y otros vs. Holanda, de 23 de noviembre de 1976) o procesos administrativos sancionadores de corte muy variada: por ejemplo, en materia de tráfico (asunto Lutz vs. Alemania, de 25 de agosto de 1987) o en aplicación del Derecho aduanero (asunto Salabiaku vs. Francia, de 7 de octubre de 1988).

3. *Contenido*

Aunque la presunción de inocencia se define con frecuencia de forma genérica como el «derecho a ser considerado inocente mientras no se demuestre lo contrario», doctrina y jurisprudencia distinguen con clari-

dad dos ámbitos distintos en los que despliega sus efectos: primero, durante todo el curso del proceso como regla de tratamiento, informando a las autoridades sobre el modo en que deben referirse al investigado o acusado mientras no sea condenado por sentencia firme; segundo, como regla de juicio, a modo de garantía en la fase de juicio oral para garantizar que solo se le pueda condenar si existen pruebas de contenido incriminatorio suficientes que justifiquen esa decisión.

4. *Regla de tratamiento*

Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia obliga a las autoridades a mantener una mirada especial cuando adopten cualesquiera medidas frente al investigado o acusado durante todo el curso del proceso dado que deben partir de su inocencia. Esta consideración tiene repercusión, al menos, a la hora de llevar a cabo las siguientes actuaciones: a) informar sobre los sospechosos o acusados; b) presentar a estos sujetos públicamente durante el curso de la causa; c) adoptar de medidas cautelares. En cuanto a la información sobre los sospechosos y acusados, la presunción de inocencia impone una prohibición a las autoridades públicas de referirse a ellos como si fueran culpables (así en el artículo 4 de la Directiva 2016/343 antes citada, cuya doctrina está en línea con la jurisprudencia del TEDH: asuntos *Ismoilov y otros c. Rusia*, de 24 de abril de 2008 o *Butkevicius c. Lituania*, de 26 de marzo de 2002). Complementaria a esta exigencia es la protección de los sospechosos y acusados frente al uso injustificado de medios de coerción física tanto durante la detención de estos sujetos como posteriormente durante su traslado o su presentación al juicio (artículo 5 de la Directiva, en línea con SSTEDH como en asunto *Ramishvili y Kohreidze c. Georgia*, de 27 de enero de 2009 o *Svinarenko y Slyadene c. Rusia*, de 17 de julio de 2014). Por último, destaca la necesidad de que únicamente se adopten frente a estos sujetos las medidas cautelares cuando sean estrictamente necesarias (y, por tanto, siempre que estén muy bien fundadas: *vid.* SSTEDH *Magnitskiy y otros c. Rusia* y *Zherebin c. Rusia*, en aplicación

del artículo 5 CEDH) y por el tiempo mínimo imprescindible, salvaguardando siempre su proporcionalidad.

Aunque es discutido si forman o no parte de la presunción de inocencia, no cabe duda de la íntima relación con ella de los derechos a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo, puesto que difícilmente podría salvaguardarse esta presunción de inocencia si se obligara a los sujetos a declarar en el proceso o a emplear en su contra su silencio (véase en este sentido el artículo 7 de la Directiva, que pone fin a una línea interpretativa del TEDH (así en asunto Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, o John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996) limitativa de este derecho: «el ejercicio por parte de los acusados y sospechosos del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido al infracción penal de que se trate»). Por su especial consideración como garantías esenciales del proceso estos dos derechos que también gozan de un generalizado reconocimiento tanto a nivel nacional (artículo 24.1 Constitución Española) como internacional.

5. Regla de juicio

Como regla de juicio, la presunción de inocencia juega un papel fundamental a la hora de determinar tanto el rol que acusación y defensa ocupan en la fase de juicio oral como el del propio órgano enjuiciador. Pueden apreciarse de este modo dos derivas de este principio. Primera, la determinación de los sujetos sobre quienes recae el peso de probar los hechos. Dado que el acusado ha de ser reputado como inocente mientras no haya sentencia en su contra, no tendría sentido que se hiciera reposar sobre él la carga de introducir elementos probatorios para demostrar su inocencia, por lo que es generalmente aceptado que «la carga de la prueba recae sobre el acusador» (asunto Barberá y otros c. España, antes citado). Así lo recoge también el artículo 6.1 de la Directiva 343/2016 antes citada: «Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusa-

dos recaiga en la acusación». En palabras similares, nuestro Tribunal Constitucional afirma que este derecho del artículo 24.2 «se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos» (STC 123/2006, dnde 24 de abril). Esto se traduce en la posibilidad de que el acusado puede permanecer durante la fase de enjuiciamiento en una actitud plenamente inactiva, sin colaborar en nada en la tarea de determinación de los hechos, sin que esta conducta pueda de ninguna forma perjudicarle, si bien nada le impide que, una vez introducidas las pruebas inculpativas contra él por las acusaciones, pueda desplegar toda su energía para restarles valor, solicitando que se practique prueba para desvirtuar la fuerza del material probatorio de las acusaciones.

Derivado de este primer significado resulta una segunda exigencia que se impone a quien ha de decidir sobre la inocencia o la culpabilidad del sujeto, ya sea un órgano judicial o un tribunal por jurado: que, dada su posición neutral a resultados del principio acusatorio, desde el primer momento en que presencien la celebración del juicio, deben adoptar una posición coherente con la regla de reparto de la prueba antes señalada, de tal modo que se mantengan en todo momento en el convencimiento interno de que el sujeto es inocente y solo puedan alterar este parecer en caso de que resulten persuadidos por la prueba de cargo practicada durante esta fase de forma pública con todas las garantías. En otras palabras, la presunción de inocencia obliga al enjuiciador a situarse en una posición imparcial que le permita evaluar lo que suceda en el juicio con una mente despejada, y así «luchar contra el prejuicio social de culpabilidad» (NIEVA FENOLL). Practicada toda la actividad probatoria inculpativa, es posible que el juez no haya quedado plenamente convencido por ella como para dictar una sentencia de condena al albergar dudas sobre la culpabilidad del sujeto. En estos casos entra en juego una deriva

de la presunción de inocencia (así lo reconoce desde hace unos años el Tribunal Supremo español: véase, por todas, en la STS 4448/2020 antes citada) como es la regla *in dubio pro reo*, que opera «como norma de interpretación para establecer que, en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado». Con todo, obsérvese que no resulta de aplicación cuando haya insuficiencia probatoria, sino que, como afirma nuestro Tribunal Supremo, «presupone [...] la existencia de actividad probatoria válida como signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado» (STS 4448/2020, de 10 de diciembre). Esta exigencia también es objeto de protección en la Directiva 2016/343 en la que se garantiza que «cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto» (artículo 6.2).

Autora: María Luisa Villamarín López

(Profesora titular de Derecho Procesal, Universidad Complutense de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: 1) españolas: VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: Wolters Kluwer, 1993; MORENO CATENA, Víctor. «Sobre la presunción de inocencia». En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal en la encrucijada*. Valencia: Universitat Jaume I, 2015, pp. 865-894; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005; NIEVA FENOLL, Jordi. «La razón de ser de la presunción de inocencia». En *Indret*, n.º 1, 2016; VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. «La Directiva 343/2016, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio». En *Indret*, 2017, n.º 3; DE HOYOS SANCHO, Monserrat y GUERRERO PALOMARES, Salvador. «Directiva 2016/343, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia». En ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat (directoras) y HERNÁNDEZ LÓPEZ,

Alejandro (coordinador). *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 93-109; ALONSO ROMERO, María Paz. *El proceso penal en Castilla*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982; 2) extranjeras: ASHWORTH, Andrew. «Four threats to the presumption of innocence». En *Int. J. Evid. Proof*, 2006, n.º 10; QUINTARD-MORENÉS, Francois. «The presumption of innocence in the French and the Anglo-American traditions». En *Am.J. Comp.Law*, 2010, n.º 107; SORRENTINO, Joseph N. «Desmystifying the presumption of innocence». En *Glendale Law Review*, 1996, vol. 15.

PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Conforme al *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la primacía es la

[a]plicación preferente de una norma sobre otra, que produce un efecto de desplazamiento de esta última.

La primacía es, por tanto, una noción instrumental para ordenar la coexistencia de normas y seleccionar la norma aplicable en una situación dada. Al mismo tiempo, es una categoría sustantiva en tanto en cuanto determina un régimen jurídico de consecuencias legales específicas en la relación de las normas que trata de ordenar (1). La primacía se aplica con carácter general para relacionar normas que proceden de ordenamientos jurídicos distintos. En tal sentido, la primacía se aplica en el Derecho internacional para estructurar la relación de normas de Derecho interno en el marco de una relación jurídica internacional (2). Asimismo, la primacía es un recurso a disposición del Derecho interno para determinar la relación de normas internacionales y normas internas en su aplicación interna (3). La primacía adquiere contornos específicos en el caso del Derecho de la Unión Europea tanto en su relación con los derechos internos de los Estados miembros como con el Derecho internacional (4). Finalmente, la primacía es uno de los criterios a los que se ha recu-

rrido en el Derecho internacional penal para articular el ejercicio concurrente de la jurisdicción penal, internacional e interna (5).

1. *Naturaleza de la primacía*

La determinación de reglas de conflicto es uno de los aspectos tradicionales de la teoría del Derecho, que intenta ordenar y articular tanto la relación en abstracto como la aplicación concreta de normas concurrentes. El concepto de primacía, como el de jerarquía son instrumentos que permiten articular dicha relación.

Clásicamente, la relación entre normas se analizaba desde el prisma de la jerarquía (visión Kelseniana, unida al debate del monismo y dualismo en la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno). En una concepción actual de la cuestión, conviene distinguir la relación entre normas dentro de un mismo ordenamiento jurídico, de la relación entre normas que pertenecen a ordenamientos diferentes (como lo son el Derecho internacional y cada uno de los derechos internos de los Estados).

El conflicto normativo interno, dentro de un mismo ordenamiento jurídico, se resuelve mediante la aplicación de la noción de jerarquía cuando las normas pertenecen a categorías jurídicas distintas. La relación de jerarquía entre normas es una relación de (in)validez. La jerarquía, conforme al *Diccionario panhispánico del español jurídico* es el «[p]rincipio que permite la ordenación de las normas jurídicas en función de su rango de manera que una norma que contravenga otra de rango superior se considera nula».

Cuando el conflicto entre normas del mismo ordenamiento se produce entre normas de una misma categoría, en cambio, se recurre generalmente a principios como *lex posterior derogat priori* o *lex specialis derogat generali*, esto es, mediante la aplicación de un criterio temporal o bien de especialidad de la norma.

Sin embargo, cuando el conflicto de normas se produce entre normas de distintos ordenamientos jurídicos la jerarquía no es un criterio adecuado, dado que no existe una relación lógica de validez entre normas que proceden de fuentes diferentes que no tienen relación de sujeción unas a otras: el consentimiento concurrente y/o el consenso de los Estados en el caso de las normas de Derecho internacional; los órganos legislativos o ejecutivos internos, en el caso de las normas de Derecho interno.

En este caso la aplicación del criterio de primacía permite optar por una norma, sin juzgar ni determinar la (in)validez de la norma no aplicada. La primacía, por tanto, no tiene nunca como consecuencia la invalidez, sino la inaplicación.

2. La primacía y la relación entre Derecho internacional y Derecho interno en Derecho internacional

No hay una regulación específica del concepto de primacía en el Derecho internacional público, aunque ciertas normas específicas llevan a establecer la primacía de la norma internacional como principio general del Derecho internacional.

Así, en el ámbito de las normas convencionales, un conflicto entre norma internacional y norma interna se resuelve en favor de la norma internacional por mor del artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de Tratados, de 23 de mayo de 1969 (United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331), que en relación con «[e]l Derecho interno y la observancia de los tratados» establece que:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

El referido artículo 46 introduce una excepción, puesto que admite la invalidez del consentimiento a un tratado —y por tanto anula la sujeción

del Estado a la norma internacional— cuando haya sido expresado en manifiesta oposición a una norma fundamental de su Derecho interno. Esta excepción es de interpretación restrictiva por varios motivos: formulada en negativo, solo permite oponer normas de relevancia fundamental para la manifestación del consentimiento. La propia Convención de Viena define la violación manifiesta como la que «resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe». En este caso, la consecuencia de la nulidad del consentimiento interno irradia al Derecho internacional, sin que en sentido propio, puede sostenerse que la norma interna tenga primacía o jerarquía sobre la internacional. Existe, en puridad, una remisión desde la norma internacional a la norma interna para configurar los requisitos que debe reunir el consentimiento.

La consecuencia de este par de normas es que en el ámbito de la aplicación del Derecho internacional convencional, el Estado debe honrar siempre sus obligaciones internacionales como norma general. Esta misma consecuencia es inherente a la aplicación del principio *pacta sunt servanda* desde la perspectiva consuetudinaria.

En paralelo, la codificación de las normas consuetudinarias de responsabilidad internacional por la Comisión de Derecho Internacional, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/56/83, de 12 de diciembre de 2001) recoge de manera expresa la «irrelevancia del Derecho interno» en su artículo 32, con el siguiente tenor:

El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

Por tanto, en un eventual conflicto entre norma internacional y norma interna, en las relaciones entre Estados, sujetas al Derecho internacional, siempre prima la norma internacional, con independencia de la solución adoptada por el Derecho interno del Estado respecto del que se produce el conflicto normativo. Pero la contradicción de norma internacional e

interna no tiene por efecto invalidar la norma interna: tan solo es inoponible, inaplicable en la esfera internacional.

De forma complementaria, hay que subrayar que la norma internacional puede remitir a la norma interna, en cuyo caso estará dándose un supuesto de reenvío, como hemos visto en relación con el consentimiento para celebrar tratados. Tal reenvío no modifica la consideración en torno a la primacía efectuada con anterioridad, pues la norma interna opera en la medida en la que se aplica con primacía la norma internacional que efectúa la remisión.

Cuestión diferente es el abordaje del concepto de jerarquía dentro del Derecho internacional. Como ya señalábamos en la introducción, la jerarquía es un instrumento para ordenar la relación entre fuentes y/o entre normas que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico. El concepto de jerarquía ha sido extraño al Derecho internacional durante mucho tiempo. Existía y existe una «equivalencia» en el valor jurídico de las normas en función de su fuente de producción —tratado o costumbre—. En cambio, tras la Segunda Guerra Mundial, comienza a discutirse la noción de derecho imperativo —*ius cogens*— que introduciría una relación jerárquica entre normas de Derecho internacional, basada el valor jurídico protegido por la norma. Este concepto queda plasmado en el artículo 53 de la Convención de Viena de Derecho de Tratados, citada, y en los artículos 40 y 41 sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, aprobados por la CDI en 2001 (y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/56/83, de 12 de diciembre de 2001).

3. *La primacía y la relación entre Derecho internacional y Derecho interno en Derecho interno*

Es propio de cada ordenamiento jurídico interno, como manifestación misma de la idea de soberanía del Estado, definir cómo se recibe y con qué valor el Derecho internacional que obliga al Estado en el plano internacional. Se trata de una cuestión clásica analizada tanto desde el De-

recho internacional, bajo la noción de aplicación interna del Derecho internacional, como desde el Derecho constitucional y la teoría del Derecho, bajo el estudio de las fuentes del ordenamiento y la prelación de las mismas.

El debate académico nace a final del siglo XIX y comienzo del siglo XX y se construye en torno a las nociones de monismo y dualismo, para definir el modelo de recepción, según la norma internacional se integre de forma automática o no en el ordenamiento interno. Como problema subsiguiente, la determinación de la relación de la norma internacional ya introducida en el ordenamiento interno y el resto de fuentes normativas —de producción interna, generalmente— suele abordarse bajo el prisma de la «jerarquía». Esa noción, como hemos explicado, implica una relación de subordinación que determina la invalidez de la norma que contradice una de rango superior. En algunos ordenamientos nacionales, las normas internacionales se insertan en el ordenamiento interno en relación jerárquica, a veces cuasi constitucional o incluso constitucional (por ejemplo, el valor dado a los tratados internacionales de derechos humanos por el artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, según la reforma de DO de 10 de junio de 2011), o infraconstitucional, aunque supralegal (véanse referencias de diversos Estados en CARRILLO SALCEDO, pp. 152-154).

Sin embargo, en la mayoría de los casos, las normas internacionales una vez introducidas en el ordenamiento interno y con independencia del nivel normativo en el que se inserten, no se sitúan en una relación de jerarquía con las demás fuentes internas. Estamos ante una relación de jerarquía en sentido estricto solo si cabe la constatación de la nulidad de la norma nacional que contradiga la norma internacional. Dicha constatación dependerá a veces de una jurisdicción constitucional, en otros de la jurisdicción ordinaria, y en algunos podría incluso darse en sede administrativa.

En realidad, con más frecuencia la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno, vista la relación desde este último, es una relación que se resuelve con el concepto de primacía. Esto es, se aplica la norma a la que se confiere la primacía, sin afectar a la validez de la norma inaplicada.

En el caso de la Constitución española, por ejemplo, no cabe dentro del ordenamiento la incongruencia entre Constitución y tratado internacional, por ejemplo. Pero la existencia de tal contradicción no implica la nulidad ni de la norma constitucional ni de la norma internacional. Requerirá la modificación de la Constitución (artículo 95.1 de la Constitución española de 1978), o en su defecto, la expulsión de la norma internacional. En este último caso, «[s]us disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional» (artículo 96.1 de la Constitución española de 1978). Por tanto, dicha relación está determinada por la «primacía» del Derecho internacional en ambos supuestos, aunque la doctrina española y alguna jurisprudencia califican generalmente al tratado como norma «infraconstitucional», con una resabio jerárquico.

En relación con el resto de las fuentes del ordenamiento español, cierta doctrina y alguna jurisprudencia califican a los tratados internacionales como normas de rango «supralegal». Sin embargo, dicha denominación no puede ser entendida nunca en términos de jerarquía, sino de primacía. De manera clara, y conforme al artículo 96.1 de la Constitución española, no hay una relación de validez/nulidad con normas de rango legal —mucho menos reglamentario— anteriores o posteriores. La relación entre ellas se determina por el principio de primacía. Aunque la Constitución no ha establecido de manera expresa que es el tratado quien debe primar sobre la ley, sí lo ha hecho la jurisprudencia de manera constante. El tratado desplaza a la ley —y a las normas reglamentarias— y deja a esta «inaplicada», sin afectar a su validez. El Tribunal Constitucional ha definido recientemente la labor de controlar la compatibilidad de una ley

interna posterior a un tratado que obliga a España como una «una mera regla de selección de Derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria» (STC 140/2018, de 20 de diciembre), inaplicando la norma de rango legal si existe tal contradicción, como viene siendo aceptado por jurisprudencia previa del propio Tribunal Constitucional (f. j. 6).

Dicha relación basada en la primacía ha sido explicitada en la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos internacionales (BOE n.º 288, de 28 de noviembre de 2014). Su artículo 31, bajo la denominación de «prevalencia», en los siguientes términos:

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

Los tribunales españoles aplican de manera similar la costumbre internacional, aunque no existe previsión constitucional específica.

Cuestión diferente es la determinación de la eficacia directa de las normas internacionales, lo cual determina la posibilidad de ser invocadas por los particulares ante la administración y los tribunales internos (véase al respecto y como presunción de eficacia directa el artículo 30 LO 25/2014; antes de la ley, puede verse, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009, SAN 6337/2009, ECLI:ES:AN:2009:5337).

4. La primacía y la relación entre Derecho internacional y Derecho interno en el Derecho de la Unión Europea

El Derecho de la Unión Europea es un ordenamiento jurídico autónomo, distinto y separado del Derecho internacional y del Derecho de sus Estados miembros. Ello ha sido afirmado por el Tribunal de Justicia (hoy) de la Unión Europea desde su sentencia *Costa c. Enel* de 15 de

julio de 1964. No obstante, no podemos dejar de considerar el Derecho de la UE como el ordenamiento jurídico de una organización internacional y, por tanto, como un subsistema específico de Derecho internacional. De ahí que tenga interés examinar el concepto de primacía aplicado tanto a la relación del Derecho de la UE con el Derecho de los Estados miembros, como a la relación entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea.

4.1. *La relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros*

La relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros se rige por el principio de primacía del primero sobre los segundos. El Tribunal de Justicia (hoy) de la Unión Europea ha afirmado la primacía del Derecho de la Unión incluso frente a normas constitucionales nacionales.

De origen jurisprudencial, este principio nunca ha figurado en los Tratados vigentes. El fallido Tratado por el que se establecía una Constitución para la Unión Europea, de 2004, quiso recoger el principio de primacía en el artículo I-6, suscitando el rechazo de los Tribunales constitucionales nacionales. El Tratado de Lisboa, de 2007 y en vigor desde 2009, tan solo recoge la referencia al principio tal y como ha sido definido por la jurisprudencia en la Declaración 17, anexa al Tratado.

La peculiaridad, en relación con lo ya explicado de la primacía como instrumento de determinación del Derecho aplicable, es que es el Derecho de la Unión —Derecho internacional, producto de una Organización internacional, aunque sui géneris—, el que determina a qué norma se concede la primacía, excluyendo la posibilidad de una solución distinta desde el ordenamiento interno de los Estados miembros.

4.2. *La relación entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea*

Conforme al artículo 216.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea «los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros», por lo que el Tribunal de justicia ha considerado que son parte del Derecho de la Unión.

La relación entre los Tratados de la Unión (Derecho originario) y los convenios internacionales adoptados por la Unión, ha sido calificada de jerárquica (SARMIENTO), puesto que en caso de incompatibilidad —detectada por el Tribunal de Justicia en una vía de control previo, en un recurso de anulación o en un recurso de responsabilidad extracontractual— el tratado no puede entrar en vigor para la Unión Europea o la decisión para su adopción puede ser objeto de anulación.

En nuestra opinión, sin embargo, hay que diferenciar la facultad del TJUE de anular una decisión de adoptar un tratado, de la invalidez del tratado mismo: el tratado se sitúa en relación de primacía, por cuanto que el tratado internacional ya celebrado sigue obligando internacionalmente a la UE, y deberá ser denunciado por la vía oportuna (regulada por el Derecho internacional y no por el Derecho de la UE). Así lo ha indicado el propio Tribunal de Justicia, estableciendo a la par un plazo de «vigencia temporal» de la decisión anulada para facilitar ese procedimiento internacional (véase como ejemplo las sentencias en los asuntos T-279/19, T-344/19 y T-356/19, luego recurridas en casación y anuladas sobre la base del análisis de compatibilidad de los acuerdos con el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional). En consecuencia, la incompatibilidad entre el Derecho originario y un tratado internacional concluido por la UE no genera la invalidez del tratado por sí misma, aunque no pueda ser aplicado internamente si el Tribunal de Justicia estima la invalidez del acto por el que la UE se obliga por el tratado.

Reforzando nuestro razonamiento, el Tribunal de Justicia recurrió al argumento de la necesidad de preservar la primacía del Derecho originario de la Unión (en concreto, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) frente al Convenio Europeo de Derechos Humanos para rechazar la compatibilidad de la propuesta negociada para la adhesión de la UE a dicho tratado (Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (pleno), de 18 de diciembre de 2014 paras. 188-189). Ello confirma a nuestro entender la asunción implícita de que, para el Tribunal de Justicia, una vez ratificado el CEDH este tendría como efecto interno desplazar al Derecho de la UE, incluso de naturaleza originaria, salvo declaración expresa de invalidez. Dicha declaración conllevaría la inaplicación interna del tratado, pero no su nulidad internacional en ningún caso (característica de la jerarquía).

En cambio, la relación entre los tratados internacionales y el derecho derivado (las normas adoptadas por las instituciones de la Unión en ejercicio de sus competencias) es definida sin ambages por el Tribunal de Justicia como una relación de primacía a favor de la norma internacional (Comisión/Alemania, C-6194, EU:C:2006:313, para. 52). Sin embargo, desde una perspectiva técnico-jurídica, en este caso la relación se configura como una de jerarquía, puesto que el Tribunal de Justicia permite su invocación como parámetro de control de validez de un acto de derecho derivado (aunque solo si el convenio internacional tiene efecto directo, como requisito para su invocación). La relación entre la norma del Tratado internacional y la norma de derecho derivado (interno) de la UE no se traduce en la inaplicación de la segunda, sino en su invalidez. Ello prueba, a nuestro entender, la existencia de una relación jerárquica y no de una relación de primacía, aunque limitada por el requisito (procesal) de la aplicabilidad directa del tratado.

5. Primacía y jurisdicción penal

El concepto de primacía y las consecuencias jurídicas que implica (desplazamiento de un ordenamiento o norma por otro, sin afectar a la vali-

dez) ha sido igualmente aplicado a la relación entre jurisdicciones penales. En concreto, la relación entre el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia o el Tribunal Penal para Ruanda y las jurisdicciones penales nacionales se definía en términos de primacía de los primeros frente a los segundos.

Así, tras establecer como punto de partida la «conurrencia» de jurisdicciones (artículo 9.1 del Estatuto del TPY, S/RES/827, de 25 de mayo de 1993, y artículo 8.1 del Estatuto del TPR, S/RES/995, de 8 de noviembre de 1994), ambos estatutos establecían que:

El Tribunal Internacional tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional.

Sin embargo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional modificó la relación existente en casos de concurrencia de jurisdicción. De un lado, adoptó el término de «complementariedad» para definir esa relación (artículo 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, p. 3). De otro lado, la determinación de cuál es la jurisdicción que goza de primacía se analiza expresamente en términos de «causas de inadmisibilidad» de un asunto ante la propia Corte Penal Internacional, por tanto, como regla procesal de determinación de foro aplicable. La primacía opera, en este caso, en favor de la jurisdicción nacional.

Así, el artículo 17.1 del Estatuto confiere primacía a la jurisdicción nacional frente a la CPI en un número de casos, que admiten excepciones: cuando el «asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo», cuando «el asunto haya sido objeto de investigación

por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo» y cuando «la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia» salvo que el procedimiento nacional tratara de sustraer al acusado de la acción de la justicia o el juicio no fuera imparcial y respetando las normas del debido proceso.

En este caso, se confiere tal relevancia a la primacía de la jurisdicción nacional eventualmente competente sobre la jurisdicción internacional que se configura como un motivo de impugnación de la competencia de la Corte o admisibilidad de la causa conforme al artículo 19.2.b) del Estatuto de Roma.

Este supuesto, como ocurre en la relación entre el Derecho de la UE y el Derecho de sus Estados miembros, es una *rara avis*, por cuanto la regla de primacía no queda en manos de los ordenamientos nacionales, sino de la norma internacional. Paradójicamente, mientras en el caso del Derecho de la UE la primacía beneficiaba al Derecho de la Unión, en el supuesto de la jurisdicción penal internacional y nacional (sobre crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y, cuando aplica, agresión), la primacía tal y como la regula la norma internacional —el Estatuto de la Corte Penal Internacional— juega en favor de las jurisdicciones nacionales.

Autora: Eulalia W. Petit de Gabriel
(Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BJÖRGVINSSON, Davíd Thór. The intersection of international law and domestic law: a theoretical and practical analysis. Cheltenham: Edward Elgar, 2015; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Curso de Derecho Internacional Público. Madrid:

Tecnos, 1991, pp. 148-161; D'ASPREMONT, Jean. «The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order». En NOLLKAEMPER, André y FAUCHALD, Ole (editores). *The Practice of International and National Courts and the (De)Fragmentation of International Law*. Hart Publishing, 2012, epub; Kelsen, Hans. «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public». En *C.A.D.I.*, 1926, tomo 14; Kelsen, Hans. «La transformation du Droit international en Droit inter». En *R.C.A.D.I.*, 1936, vol. 43; RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J. *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación. Su recepción en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 269-330; SARMIENTO, Daniel. *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2020, tercera edición, pp. 242-246 y 329-377; TRIEPEL, Heinrich. «Les rapports entre le droit interne et le droit international». En *R.C.A.D.I.*, 1923, tomo 1, vol. 1.

PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

1. *Las relaciones entre los tribunales internacionales penales y los tribunales penales nacionales*

El establecimiento de un tribunal penal internacional o internacionalizado exige establecer unas relaciones claras entre el ejercicio de la jurisdicción de estos tribunales con el ejercicio de la jurisdicción penal por los tribunales nacionales. Con ello se trata de evitar incumplimientos del principio fundamental del Derecho penal *ne bis in idem*, por el que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Se persigue, en definitiva, evitar que por el mismo comportamiento una persona pueda ser condenada y absuelta, o viceversa, por un tribunal internacional penal y por un tribunal penal nacional. También se pretende evitar que por el mismo comportamiento una persona sea condenada dos veces en ambas

instancias jurisdiccionales, pero con penas de diferente gravedad o duración.

2. Las relaciones entre los tribunales internacionales penales de la antigua Yugoslavia y Ruanda con los tribunales penales nacionales

Los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (TIPY) establecieron una relación de «jurisdicción concurrente» entre el TIPY y los tribunales penales nacionales, aunque con primacía del primero, en los siguientes términos:

Artículo 9. Jurisdicción concurrente. 1. El Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del Derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991.

2. El Tribunal Internacional tendrá primacía respecto de los Tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los Tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional».

Artículo 10. «Cosa juzgada. 1. Ninguna persona será sometida a juicio en un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del Derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional.

2. Una persona que haya sido juzgada por un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del Derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal solamente si:

a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o

b) La vista de la causa por el Tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente Estatuto, el Tribunal Internacional tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por un Tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida.

Esta jurisdicción «concurrente», aunque con primacía del TIPY sobre los tribunales penales internacionales, estuvo favorecida por el hecho de que la creación del TIPY se produjo como una medida de sanción adoptada por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) actuando en el marco del capítulo VII de Carta de San Francisco. De hecho, el Estatuto del TIPY es un anexo a la Resolución 827 (1993), del 5 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad. Por lo tanto, todos los Estados miembros de la ONU debían cumplirla.

Además, con el fin de garantizar la primacía de la jurisdicción del TIPY sobre los tribunales penales nacionales, el artículo 29 de su Estatuto fijó las obligaciones de cooperación y asistencia judicial que asumían los Estados miembros de la ONU en virtud de esta Resolución del Consejo de Seguridad, en los siguientes términos:

Artículo 29. Cooperación y asistencial judicial. 1. Los Estados cooperarán con el Tribunal Internacional en la investigación y enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del Derecho internacional humanitario.

2. Los Estados atenderán sin demora toda petición de asistencia de una Sala de Primera Instancia o cumplirán toda resolución dictada por ésta, en relación con, entre otras cosas:

a) La identificación y localización de personas;

b) Las deposiciones de testigos y la presentación de pruebas;

- c) La tramitación de documentos;
- d) La detención de personas;
- e) La entrega o traslado de los acusados para ponerlos a disposición del Tribunal Internacional.

Esta misma solución se «exportó» al Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR). El Estatuto de este tribunal internacional penal figura anexo a la Resolución 955 (1994), del 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de la ONU. El Consejo de Seguridad de la ONU también adoptó esta Resolución actuando en el ámbito del capítulo VII de la Carta de San Francisco. Los artículos 8, 9 y 28 del Estatuto del TIPR son una mera copia de los artículos 9, 10 y 29 del Estatuto del TIPY.

3. Las relaciones entre el Tribunal Especial para Sierra Leona y los tribunales penales nacionales

El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) figura en un anexo al Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona (4 de octubre de 2000). La forma por la que se creó el TESL también determina las relaciones entre el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal penal internacionalizado y la jurisdicción penal de los tribunales de Sierra Leona. Debe tenerse en cuenta que debido a que su creación fue mediante un acuerdo internacional celebrado exclusivamente entre la ONU y Sierra Leona no se pudo establecer ningún tipo de relación entre el TESL y los tribunales penales de los demás Estados miembros de la ONU. Para ello hubiera sido necesario que el tratado constitutivo los obligase jurídicamente. En consecuencia, en este acuerdo internacional solo se prevén las relaciones entre el TESL y los tribunales penales de Sierra Leona.

Con esta salvedad, y de manera similar a la solución que se dio en los Estatutos del TIPY y del TIPR, el artículo 16 del Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona acerca del establecimiento del TESL regula las obligaciones de cooperación del Gobierno de Sierra Leona (no del resto de Estados miembros de la ONU) con el TESL del siguiente modo:

Artículo 16. Cooperación con el Tribunal Especial

1. El Gobierno cooperará con todos los órganos del Tribunal Especial en todas las etapas de las actuaciones. En particular, facilitará el acceso del Fiscal a los lugares, las personas y los documentos necesarios para una investigación.
2. El Gobierno cumplirá sin demora indebida las solicitudes de asistencia que le formule el Tribunal Especial o las órdenes que emitan las Salas, con inclusión de, entre otras cosas:
 - a) La identificación y el paradero de personas;
 - b) La identificación de documentos;
 - c) La detención o aprehensión de personas;
 - d) El traslado de un acusado al Tribunal.

Por su parte, los artículos 8 y 9 del Estatuto del TESL establecieron el mismo sistema de jurisdicción «concurrente», aunque con primacía del TESL, pero solo respecto del ejercicio de la jurisdicción penal de los tribunales nacionales. Nada se dice respecto de lo que pudiera suceder en el caso de que los tribunales de otros Estados miembros ejercieran su jurisdicción penal universal, conforme a su legislación nacional.

Artículo 8. Jurisdicción concurrente

1. El Tribunal Especial y los tribunales nacionales de Sierra Leona tendrán jurisdicción concurrente.

2. El Tribunal Especial tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales de Sierra Leona. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Especial podrá presentar oficialmente a los tribunales nacionales una petición de inhibitoria de jurisdicción de conformidad con el presente Estatuto y con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Artículo 9. Cosa juzgada. 1. Nadie será sometido a juicio ante un tribunal nacional de Sierra Leona por actos por los cuales haya sido encausado ya por el Tribunal Especial.

2. Quien haya sido sometido a juicio por un tribunal nacional por un acto de aquéllos a que se hace referencia en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto podrá ser encausado posteriormente por el Tribunal Especial si:

a) El acto por el cual fue sometido a juicio constituía un delito ordinario;

b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue imparcial ni independiente o tuvo por objeto proteger al acusado de responsabilidad penal internacional o la causa no fue tramitada con la diligencia necesaria.

3. Al considerar la pena que ha de imponerse a quien sea declarado culpable de un crimen con arreglo al presente Estatuto, el Tribunal Especial tendrá en cuenta la medida en que ya haya cumplido una pena que le haya impuesto un tribunal nacional por el mismo acto.

Por lo tanto, en el caso del TESL se alcanzó la misma solución que para el TIPY y el TIPR, aunque limitada exclusivamente al ejercicio de la jurisdicción del TESL en relación con la jurisdicción penal de los tribunales nacionales de Sierra Leona.

4. Las relaciones entre la Corte Penal Internacional y los tribunales penales nacionales.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) (Roma, 17 de julio de 1998) es un tratado internacional de carácter multilateral que fue aprobado por una conferencia internacional de representantes plenipotenciarios de los Estados miembros de la ONU. Por ello, tiene un marcado

carácter consensual toda vez que solo resultará obligatorio para aquellos Estados que expresen por escrito su consentimiento en aceptar los derechos y deberes previstos en el Estatuto de Roma. Este origen de la CPI no cuadra bien con el hecho de que se estableciera su jurisdicción «concurrente», aunque prioritaria, respecto de la jurisdicción penal de los tribunales de los Estados contratantes. De hecho, se llegó a una solución diferente.

Tanto el párrafo 10 del Preámbulo como el artículo 1 del Estatuto afirman que la CPI «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». Ninguna de estas dos disposiciones, sin embargo, definen qué debe entenderse con el término «complementario».

Debemos recordar previamente que la competencia de la CPI está limitada a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Estos crímenes son: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; y d) el crimen de agresión (artículo 5). Es más, la CPI solo podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de estos crímenes si: a) un Estado parte remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) el Fiscal ha iniciado de oficio una investigación respecto de uno de estos crímenes (artículo 13).

Si se cumplen estos requisitos, es entonces cuando se tendrá en cuenta el carácter “complementario” de la jurisdicción de la CPI, toda vez que la CPI deberá pronunciarse expresamente sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de un asunto, fijando el alcance del principio de complementariedad. Según el artículo 17:

Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Por lo tanto, la solución que se alcanza al establecer el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de la CPI en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal de los tribunales nacionales es, en principio, la contraria a la que se estableció en los casos del TIPY, del TIPR y del TESL. En este caso, la jurisdicción «complementaria» de la CPI supone, en principio, la primacía de la jurisdicción penal de los tribunales nacionales de los Estados contratantes y la declaración de inadmisibilidad de estos asuntos si se presentan a la CPI. La jurisdicción «complementaria» de la CPI significa que la jurisdicción de la CPI solo se ejercerá si el Estado que en principio debe ejercer su jurisdicción penal «no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo».

Este significado de la jurisdicción «complementaria» de la CPI se encuentra reforzado por la regulación que el propio Estatuto de la CPI realiza de la «cosa juzgada».

Artículo 20. Cosa juzgada

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Autor: Valentín Bou Franch

*(Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Valencia, España)*

ORCID Id.: <https://orcid.org/0000-0002-4046-6337>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: WILLIAMS, Sharon A. «Article 17. Issues of admissibility». En TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article*. Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 383-394; HOLMES, John T. «Complementarity: National Courts *versus* the ICC». En CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; y JONES, John R.W. D. *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Nueva York: Oxford University Press, 2002, vol. 1, pp. 667-686.

PRINCIPIO DE NO INDAGACIÓN

El principio de *no indagación* (*rule of non-inquiry*) supone la (auto) prohibición de escrutinio sobre la validez de una fuente de prueba

generada u obtenida en el extranjero que se imponen las autoridades del Estado donde está llamada a surtir sus efectos probatorios.

Este principio entra en juego cuando un Estado recibe vía cooperación internacional medios probatorios generados en el extranjero y determina que el Estado receptor de la prueba *no supervise* el modo en el que ha sido obtenida ni si, por tanto, su obtención se ajustó a la legislación del Estado emisor, que es la que rige a la hora de obtener o practicar la prueba (*vid.* el artículo 3 del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal).

La regla de no indagación supone un cómodo expediente para que las autoridades judiciales del Estado receptor no deban preocuparse de la *validez* de la prueba y goza de un desaforado predicamento en nuestros tribunales de justicia.

Como afirma BLANCO CORDERO, existen tres razones básicas que han venido justificando la vigencia del principio de no indagación: i) el respeto a la *soberanía* del Estado al que se solicita asistencia; ii) la imposibilidad de comprobar si la cooperación judicial merced a la cual se obtuvo la prueba se ajustó a la legislación del Estado cooperante; y, iii) el principio de confianza mutua.

Puede convenirse que el argumento relativo a la soberanía debe considerarse trasnochado, sin que sea factible anteponer semejante cuestión al respeto del derecho a un proceso con todas las garantías.

Por otro lado, en pleno siglo XXI se antoja harto complicado afirmar la imposibilidad de comprobación de una legislación concreta, pues amén de estar disponibles en fuentes abiertas puede perfectamente recurrirse a dictámenes, lo cual resulta muy habitual en Reino Unido.

Por último, la idea de la confianza mutua podría llegar a aceptarse en espacios limitados como la Unión Europea. Sin embargo, resulta obvio

que todavía quedan muchos pasos para lograr una armonización legislativa y homogenización de garantías que permita a los Estados confiar sin más, máxime teniendo en cuenta que la denominada Europa de los quince nada tiene que ver con la de los veintisiete.

El principio de no indagación supone un *acto de fe* con respecto a los materiales probatorios generados en el extranjero —que, paradójicamente, despliegan sus efectos ante un tribunal español en un proceso español— y una seria limitación del derecho de defensa, pues el trabajo de las partes procesales no es confiar, sino cuestionar los medios probatorios cuyo origen sea discutible (CORDERO BLANCO).

Debe recordarse que el artículo 11.1 LOPJ, que regula la regla de *exclusión*, debe ser aplicada de oficio, por lo que es misión del propio órgano jurisdiccional cerciorarse de que no tienen entrada en el proceso español —que es su responsabilidad directa— pruebas ilícitas. Lo contrario implicaría una *abdicación* de funciones jurisdiccionales que, además, de acuerdo con la tesis de BLANCO CORDERO, blanquearía pruebas ilícitas por razón de la vía en la que se facilita la prueba a nuestro país.

Resulta incongruente, en suma, excepcionar del régimen de exclusión probatoria los materiales procedentes del extranjero, por el mero hecho de no haber sido producidos en España. El artículo 287.1 LEC, de aplicación supletoria en el proceso penal, establece un tratamiento procesal de la prueba ilícita que debe alcanzar a la prueba extranjera llamada a surtir efectos en cualquier proceso español, de suerte que la consecuencia de una eventual obtención con vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales no puede admitir excepción alguna: la nulidad *ex* artículo 11.1 LOPJ.

Lo que no parece plausible es que en el espacio de seguridad, libertad y justicia que constituye la Unión Europea (artículo 67.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) sigan existiendo pequeños reinos

de taifas y que además no sea posible cuestionar la licitud en la obtención de la prueba en el país en el que se ha generado.

Con todo, los tribunales, en la práctica, vienen a establecer una distinción entre violaciones de primera (intolerables) y de segunda (tolerables), a pesar de que el artículo 11.1 LOPJ es cristalino y *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

La STS 197/2021, de 4 de marzo, aborda esta cuestión con encomiable sinceridad, cuando explica que el principio de no indagación «no aboca a taparse los ojos ante cualquier afectación de un derecho fundamental por el simple hecho de aparentar conformidad con una determinada legalidad». En efecto, considera que «vulneraciones clamorosas, universales, cuya evidencia las hace intolerables, solo permiten una única respuesta: el rechazo tajante. Para ellas las fronteras están cerradas. Carecerán de toda eficacia transfronteriza. Está vedada su evaluación por mucho que hipotéticamente pudieran encontrarse amparadas por una legislación o praxis nacional foránea».

A continuación, el alto tribunal matiza que:

en materias más versátiles y poliédricas (un ejemplo paradigmático puede ser la técnica de las entregas vigiladas; otro, el agente encubierto) en que son constatables divergencias entre las distintas legislaciones que arbitran desarrollos diferenciados, no podemos instalarnos en una suerte de imperialismo o colonialismo jurídico imponiendo las soluciones adoptadas por nuestro legislador ordinario a los demás países como si fuesen las únicas aceptables; y negando, desde un infantil supremacismo, calidad democrática o déficit de tutela de derechos fundamentales a otros posibles y aceptables desarrollos legislativos, dentro de nuestro entorno jurídico y en el marco de una cultura de respeto a los derechos fundamentales. Hay principios no negociables (prohibición de la tortura, secreto de las comunicaciones salvo autorización judicial). Pero aparecen otras cuestiones, especialmente algunas atinentes a derechos de nueva generación (autodeterminación informativa, derecho al entorno virtual), o en que confluyen derechos e intereses variados y contrapuestos (v. gr.,

infiltración policial como método de investigación) conformando una encrucijada susceptible de matices y modulaciones, en que las legislaciones nacionales presentan divergencias (quién debe autorizar la técnica del agente infiltrado —policía, fiscal o autoridad judicial—, v. gr). Estas propician mayor permeabilidad transfronteriza. No está legitimado un Estado para exigir que las actuaciones de otros países se atengan a su específica legislación cuando las soluciones admisibles, y respetuosas todas en lo esencial con la tutela del derecho fundamental, pueden ser variadas.

Establece, así, derechos fundamentales de primera y segunda categoría con olvido de que los derechos y libertades contemplados en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución española gozan del mismo rango y son acreedores del mismo nivel de protección por parte de los poderes públicos. En este sentido, el artículo 7 de la LOPJ no puede ser más diáfano cuando afirma, en su apartado 1º, que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos», mientras que el apartado 2º enfatiza que «en especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido».

*Autor: Jaime Campaner Muñoz
(Profesor titular (acr.) de Derecho Procesal,
Universidad de las Islas Baleares)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BLANCO CORDERO, Isidoro. «La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales». En *InDret*, 2015, n.º 3; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. «La eficacia de las pruebas penales obtenidas en el extranjero al amparo del régimen

convencional : apogeo y declive del principio de no indagación». En GONZÁLEZ CANO, Isabel. (coordinadora). *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 31-63.

PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVA

En la actualidad, la aplicación de la ley penal en el espacio se rige, en la mayoría de los ordenamientos, por el principio de territorialidad de manera que la ley penal de un Estado se aplica a todos aquellos hechos cometidos dentro de su territorio. Ahora bien, casi todos los ordenamientos incorporan una serie de principios complementarios que permiten la aplicación extraterritorial o ultraterritorial de sus leyes penales de modo que, excepcionalmente, pueden aplicarse a delitos cometidos fuera del territorio nacional. Estos principios son, básicamente, el de personalidad activa, el principio real o de protección, el de justicia universal, el de personalidad pasiva y el de representación. En este momento vamos a referirnos al primero, el de personalidad activa.

1. *Fundamento*

Tradicionalmente, el principio general que regulaba la aplicación espacial de la ley penal no era el de territorialidad, sino el de personalidad activa, debido a la especial vinculación que, se entendía, existía entre los Estados y sus nacionales; por este motivo, suele ser también el principio general en los Estados totalitarios y absolutistas.

Con la aparición de los Estados modernos, después de la revolución francesa, se impuso el principio de territorialidad al ponerse en tela de juicio esa conexión extrema entre el Estado y sus súbditos y al reconocer que resulta más práctico, entre otros motivos, por la mayor facilidad que existe para encontrar pruebas en el lugar de los hechos.

De este modo, en la actualidad, en la mayoría de los ordenamientos se contempla como principio básico el de territorialidad y subsidiariamente el de personalidad activa, si bien su fundamento no es tanto esa vinculación estrecha entre el ciudadano y la ley penal de su país, como la necesidad de evitar lagunas de impunidad, tal y como se explica a continuación.

Imaginemos un supuesto en el cual un ciudadano español mata a un extranjero en otro país y posteriormente se refugia en España. Aplicando el principio de territorialidad no se le podría juzgar en España, sino en el país en el que ocurrieron los hechos. Si dicho país pide la extradición del ciudadano español para ser juzgado allí, puede que no exista acuerdo de extradición entre ambos países o que, existiendo, haya que acudir al principio general de no entrega de nacionales, por lo que España no entregaría al autor de los hechos. En este caso el autor no podría ser juzgado en ninguno de los dos países.

Para evitar estas lagunas de impunidad y cumplir con el principio existente en Derecho internacional denominado *aut dedere aut indicare* (entregar o juzgar), nos encontramos el principio de personalidad activa: no se entrega al nacional, sino que se le juzga aplicando esta excepción al principio de territorialidad.

2. *Artículo 23.2 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial)*

Aunque la mayoría de los Estados incluyen en su ordenamiento estos principios, no todos lo hacen del mismo modo. Ante la imposibilidad de hacer aquí un análisis de todas las regulaciones existentes al respecto se ha optado por analizar la española de modo que, al hacer un estudio de sus requisitos, lo que se diga al respecto será útil para aplicarlo, en un sentido u otro, a cualquier otra regulación.

El ordenamiento jurídico español reconoce en el artículo 23.1 LOPJ el principio general de territorialidad y en el apartado segundo el de personalidad activa cuando señala que:

También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles. Este requisito se considerará cumplido en relación con los delitos competencia de la Fiscalía Europea cuando esta ejercite efectivamente su competencia
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

Vamos a analizar a continuación el contenido de este precepto.

3. Nacionalidad del sujeto activo

Lo relevante, como se desprende del texto legal, no va a ser la nacionalidad del sujeto activo en el momento de los hechos, sino en el momento del enjuiciamiento, puesto que se aplicará la ley penal española tanto si en el momento de los hechos es nacional como si en ese momento no lo era y posteriormente adquirió la nacionalidad.

Esta exigencia tiene como objetivo evitar la impunidad que existiría si, por ejemplo, el nacional de otro país comete un delito en el extranjero y

se esconde posteriormente en España donde adquiere la nacionalidad española. Según el principio de no entrega de nacionales, si se solicitara la extradición por parte del país en el que se ha cometido el delito para ser juzgado allí, no se concedería, pero tampoco podría ser juzgado según el Derecho penal español porque en el momento de los hechos no era nacional.

La LOPJ exige, como acabamos de ver, que el sujeto sea español (en el momento de los hechos o posteriormente) si bien algunos autores consideran que no debería exigirse un nexo formal, un documento de identidad que acredite la relación entre el Estado y el ciudadano, sino un nexo real basado en su participación en las instituciones del mismo, en la protección que el Estado le da o en otro tipo de criterios materiales. En este sentido, el Código Penal alemán en el § 5 condiciona la aplicación extraterritorial de algunos preceptos a que el autor del delito sea alemán o tenga su medio de vida (*Lebensgrundlage*) en el país.

4. Doble incriminación

Como señala la letra a), para que el delito pueda ser juzgado aplicando el Derecho penal español, los hechos deben ser punibles, no solo según regulación penal española sino también según la ley penal del lugar en el que se cometieron.

En relación con esta necesidad de doble incriminación señala el Tribunal Supremo en algunas de sus resoluciones que:

de forma bien plástica podría decirse que el ciudadano español o el extranjero naturalizado que viaja más allá de nuestras fronteras, no lleva en su mochila un código penal con vocación de reprimir hechos cometidos allí donde tales conductas no han sido penalmente desvaloradas por el legislador del país de destino. De ahí la trascendencia de la doble incriminación como elemento llamado a contrarrestar cualquier tentación de vigencia ultraterritorial de la ley penal, más allá de la referencia axiológica

que impone la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados. SSTs 178/2019 de 2 de abril; 974/2016 de 23 de diciembre

Este requisito no exige, como es lógico, que ambas legislaciones utilicen la misma denominación para referirse al delito cometido ni que la redacción de los tipos penales sea la misma. Lo que habrá que comprobar, básicamente, es que dichos tipos penales protejan los mismos bienes jurídicos.

La aplicación de este requisito puede plantear problemas en aquellos supuestos en los cuales los hechos se llevan a cabo en lugares en los que ningún país ejerce jurisdicción. En estos supuestos, salvo que sea de aplicación otro principio, la conducta debería quedar impune por aplicación del principio de legalidad.

El precepto señala que este requisito será necesario «salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito». Hay que destacar que cada vez es más frecuente que la regulación de las excepciones al principio de territorialidad incluya este tipo de cláusulas que se remiten a Tratados internacionales para establecer excepciones a los requisitos de los ordenamientos internos.

5. Necesidad de querella

El texto original del artículo 23.2 LOPJ exigía que el agraviado o el Ministerio Fiscal denunciaran o interpusieran querella ante los tribunales españoles. La LO 1/2014 de 14 de marzo eliminó la referencia a la denuncia, redacción que se mantiene hasta la actualidad y la LO 9/2021 de 1 de julio, por su parte, añadió que «este requisito se considerará cumplido en relación con los delitos competencia de la Fiscalía Europea cuando esta ejercite efectivamente su competencia».

La eliminación de la referencia a la denuncia y la falta de mención a la acción popular es objeto de crítica por entender un sector doctrinal que vulnera principios y derechos básicos como el acceso a un proceso justo con todas las garantías o la participación en la administración de justicia. El Tribunal Constitucional se ha posicionado al respecto en la STC 140/2018 de 20 diciembre y ha declarado que estas limitaciones del artículo 23.2 LOPJ no suponen la infracción de esos derechos y no plantean ningún problema de constitucionalidad.

6. *Excepción de cosa juzgada*

El requisito de la letra c) se refiere a la excepción de cosa juzgada, estrechamente unida al principio *non bis in idem*, al señalar que solo se podrá aplicar el principio de personalidad activa si el delincuente no ha sido «absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

Los términos absuelto, indultado y penado pueden plantear dudas de interpretación en algunos supuestos. Por ejemplo, la utilización del vocablo penado no aclara qué ocurre si al sujeto se le ha impuesto una medida de seguridad, no una pena. Entiendo que no se podrá volver a juzgar y que habrá que interpretar el vocablo en sentido amplio, «sancionado penalmente», lo que incluye las penas y las medidas de seguridad.

También pueden plantearse problemas cuando el sujeto haya sido amnistiado, no indultado. La falta de referencia a estos supuestos en dicha letra c) junto con lo polémicas y discutidas que pueden ser las amnistías parece que deben llevarnos a concluir que difícilmente podrá aplicarse la excepción de cosa juzgada en estos casos.

El término absolución, por su parte, se interpreta en sentido amplio incluyendo, no solo la determinada en sentencia firme sino también los autos de sobreseimiento y otro tipo de acuerdos, siempre que hayan entrado en el fondo del asunto.

En relación con este punto, en la STS 687/2014 de 10 de octubre se analiza un supuesto en el cual el Ministerio Fiscal francés decidió no proseguir con la acción penal y archivó la causa porque se habían iniciado actuaciones penales en España por los mismos hechos, pero sin que hubiera ninguna valoración en cuanto al fondo. En este caso, afirmó el TS que «no existe ningún riesgo de que se estén sancionando doblemente los mismos hechos, y no puede operar el principio *non bis in idem* para excluir la tramitación de este procedimiento» al no haber «pronunciamiento sobre el fondo, y ello es lo que hace que la cosa juzgada no pueda operar en este caso».

En sentido similar, la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el Asunto C-469/2003 de 10 de marzo de 2005, en relación con el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen que alude también a la excepción de cosa juzgada, señala que no se aplica cuando «el Ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo».

Por último, hay que destacar que la letra c) indica que en caso de que el sujeto haya sido penado en el extranjero, no debe haber cumplido condena y «si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

Es decir, se deja abierta la posibilidad de que se juzgue a una persona que ya ha sido previamente juzgada y condenada, siempre que se tenga en cuenta la pena impuesta y/o cumplida para descontarla proporcionalmente. La STS 380/2003 de 22 diciembre, después de afirmar que el

texto es «evidentemente defectuoso», señala que parece claro que el legislador ha entendido que el principio *non bis in idem* no impide un nuevo enjuiciamiento en España de un condenado en el extranjero por un delito cometido fuera del territorio nacional, lo decisivo es que «el autor no sufra una pena más grave que la de la gravedad del hecho cometido». Esta sentencia continua señalando que la mayoría de los Estados miembros de la UE tienen una normativa similar a la española estableciendo limitaciones al efecto transnacional del *ne bis in idem*, posibilitando un nuevo enjuiciamiento en el que se deberá computar la pena sufrida en el extranjero.

7. Artículo 23.4 LOPJ

Aunque el principio de personalidad activa se regula, de manera general, en el artículo 23.2 LOPJ, el artículo 23.4 de dicha LO que se refiere al principio de justicia universal, después de la modificación llevada a cabo por la LO 1/2014, introduce algunas referencias al principio de personalidad. El principio de justicia universal permite aplicar la ley penal de un país aunque el delito se cometa en el extranjero y el autor sea extranjero y su fundamento radica en el tipo de delitos a los que se puede aplicar este principio de ultraterritorialidad, puesto que se trata de tipos penales que se refieren a bienes jurídicos cuya protección interesa a toda la Comunidad Internacional.

Antes de la modificación introducida en la LOPJ por la LO 1/2009, el artículo 23.4 señalaba que:

será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) genocidio

b) terrorismo

- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves
- d) Falsificación de menores o incapaces
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes
- g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores
- h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España
- i) Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Como observará el lector, el precepto no establecía ningún tipo de limitación, no se exigía ningún punto de conexión adicional ni tampoco la doble incriminación, bastaba con que el hecho se pudiera tipificar conforme a alguno de estos delitos según la legislación penal española.

La LO 1/2009 modificó este precepto. Por un lado se produjeron pequeñas modificaciones en la lista de delitos pero, lo que más nos interesa en este momento, es que se introdujo la necesidad de que existiera algún nexo de conexión con España para juzgar estas conductas.

Posteriormente, la LO 1/2014 introdujo cambios muy importantes en el artículo 23.4 ampliando la lista de los delitos citados y regulando de manera más exhaustiva los criterios de conexión que deben aparecer para juzgarlos en España. La diferencia es que, a partir de ese momento, esos nexos de conexión no se aplican a todos los delitos sino que, dependiendo del delito, los requisitos serán unos u otros.

En casi todos los supuestos uno de los criterios (no siempre el único) que permiten su enjuiciamiento en España es el hecho de que el autor sea español, es decir, el fundamento del principio de personalidad activa (supuestos de las letras a, b, c, e, f, h, i, k, l, m, n y o). En ocasiones, también es un vínculo de conexión el hecho de que el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España (supuestos de las letras a, e, k, l, m, n y o).

Llama la atención que también hay referencias a personas jurídicas, señalando que un nexo que permitirá el enjuiciamiento es que el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España (en el caso del delito de terrorismo), que el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España (en los supuestos recogidos en las letras k, m, n, o); o que el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España (en el caso de los delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales).

Además de los requisitos específicos exigidos para juzgar cada delito o grupo de delitos mencionados en el artículo 23.4, el artículo 23.5 de la LOPJ se refiere a la necesidad de respetar la excepción de cosa juzgada y el artículo 23.6 a la necesidad de interposición de querrela por el agraviado o ministerio fiscal para perseguir estas conductas.

*Autora: Itziar Casanueva Sanz
(Profesora de Derecho Penal,
Universidad de Deusto)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: IRARRÁZAVAL, Cristián. «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica». En *Indret*, 2021, n.º 1, pp. 228-258;

VELÁZQUEZ, David. «Caso “Volkswagen” (principio de nacionalidad o personalidad activa)». En GÓMEZ, Francisco J. *Espacios de confluencia entre el Derecho internacional público y el Derecho penal*. Madrid: Comares, 2020, pp. 17-30.

PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA

En la actualidad, la aplicación de la ley penal en el espacio se rige, en la mayoría de los ordenamientos, por el principio de territorialidad, de manera que la ley penal de un Estado se aplica a todos aquellos hechos cometidos dentro de su territorio. Ahora bien, casi todos los ordenamientos incorporan una serie de principios complementarios que permiten la aplicación extraterritorial o ultraterritorial de sus leyes penales de modo que, excepcionalmente, pueden aplicarse a delitos cometidos fuera del territorio nacional. Estos principios son el de personalidad activa, el principio real o de protección, el de justicia universal, el de personalidad pasiva y el de representación. En este momento vamos a referirnos al tercero, el principio de personalidad pasiva.

1. *Fundamento*

Según este principio la ley penal nacional será de aplicación cuando la víctima del delito sea un nacional, aunque el delito se haya cometido en el extranjero y el presunto autor sea extranjero. Se puede entender como una manifestación o modalidad del principio real o de protección en el cual el interés del Estado es precisamente el hecho de que la víctima del delito sea un nacional, así el Estado tendría un especial interés en proteger a sus súbditos.

En otros tiempos este principio se aplicaba de manera muy amplia y llegaba a extenderse a cualquier delito cometido contra los nacionales de un Estado, pero actualmente muy pocas legislaciones de nuestro entorno lo recogen de manera general en su ordenamiento. La utiliza-

ción de este criterio es valorada negativamente por algunos sectores al entender que responde a un modelo ya superado de relación entre el Estado y sus nacionales y, además, muestra un criticable nacionalismo y desconfianza hacia los sistemas jurídicos de otros países.

Como en un texto de estas características sería imposible analizar todas las regulaciones existentes al respecto, nos centraremos en la española y haremos también alguna referencia a la legislación alemana. De esta manera podremos ver diferentes formas en las que este principio se puede recoger en los distintos ordenamientos.

2. Artículo 23.4 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial)

Del mismo modo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro ámbito cultural, tampoco en España se reconoce de manera genérica este principio de personalidad pasiva, aunque, tras la última modificación del artículo 23.4 LOPJ, se introduce de manera parcial e indirecta en nuestro ordenamiento en relación con algunos delitos vinculados al principio de justicia universal. No es este el momento de hablar de este principio, pero es necesario una breve referencia al mismo para entender mejor lo que nos ocupa en este punto.

El artículo 23.4 LOPJ, como se acaba de indicar, regula el principio de justicia universal, un principio según el cual puede aplicarse la ley penal de un país, aunque el delito se cometa en el extranjero y el autor sea extranjero. El fundamento radica en el tipo de delitos a los que se puede aplicar este principio de ultraterritorialidad, puesto que se trata de tipos penales que se refieren a bienes jurídicos cuya protección interesa a toda la Comunidad Internacional.

Antes de la modificación introducida en la LOPJ por la LO 1/2009, el artículo 23.4 señalaba que:

será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) genocidio
- b) terrorismo
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves
- d) Falsificación de menores o incapaces
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes
- g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores
- h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España
- i) Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Como observará el lector, el precepto no establecía ningún tipo de limitación, no se exigía ningún punto de conexión adicional ni tampoco la doble incriminación, bastaba con que el hecho se pudiera tipificar conforme a alguno de estos delitos según la legislación penal española.

La LO 1/2009 modificó este precepto. Por un lado, se produjeron pequeñas modificaciones en la lista de delitos, pero, lo que más nos interesa en este momento, es que se introdujo la necesidad de que existiera algún nexo de conexión para juzgar estas conductas en España, entre ellos que

alguna víctima fuera de nacionalidad española, dando entrada así al principio de personalidad pasiva.

Posteriormente, la LO 1/2014 modificó de nuevo este precepto ampliando la lista de los delitos citados y regulando de manera más exhaustiva los criterios de conexión que deben aparecer para juzgarlos en España. La diferencia es que, a partir de ese momento, esos nexos de conexión no se aplican a todos los delitos, sino que, dependiendo del delito, los requisitos serán unos u otros. En algunos de los delitos, como veremos a continuación, uno de los criterios (no siempre el único) que permiten su enjuiciamiento en España es el principio de personalidad pasiva, pero, ni siquiera en todos los casos se le da el mismo contenido a este requisito.

Por ejemplo, si se trata de delitos de terrorismo, uno de los supuestos que permite juzgar la conducta en España, aunque los hechos se hayan cometido en el extranjero y el sujeto activo sea extranjero, es que la víctima tenga nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos (letra e). Si se trata de delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, uno de los criterios también es que la víctima, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española pero aquí también se permite que, aunque no tenga dicha nacionalidad, tenga la residencia habitual en España (letra k).

En relación con los delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal y los delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, uno de los nexos de conexión es el hecho de que la víctima tenga nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos, pero a esto se añade como requisito necesario que la persona a la que ese impute la comisión del delito se encuentra en

territorio español (letras b) y c), es decir que no se usa un criterio «puro» de personalidad pasiva.

Finalmente, si se trata de delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica o trata de seres humanos, también se hace referencia al principio de personalidad pasiva, al referirse a que la víctima en el momento de la comisión de los hechos tenga nacionalidad española o residencia habitual en España, pero a este requisito se le suma la necesidad de que la persona a la que se le impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España (letras l y m).

Es decir, en ocasiones es suficiente con que el sujeto pasivo tenga nacionalidad española, otras se equiparan a este requisito el hecho de que el sujeto pasivo resida habitualmente en España y otras veces, a estos requisitos se suma la necesidad de que a la persona a la que se impute la comisión del hecho se encuentre en España. Sorprende que en algunos delitos como genocidio o de lesa humanidad (letra a), no se establezca como nexo de conexión la nacionalidad o residencia habitual de la víctima, que sí lo era antes de la modificación de 2014.

Además de los requisitos específicos exigidos para juzgar cada delito o grupo de delitos mencionados en el artículo 23.4, el artículo 23.5 de la LOPJ se refiere a la necesidad de respetar la excepción de cosa juzgada y el artículo 23.6 a la necesidad de interposición de querrela por el agraviado o ministerio fiscal para perseguir estas conductas. La falta de referencia a la denuncia y a la acción popular es objeto de crítica por entender un sector doctrinal que vulnera principios y derechos básicos como el acceso a un proceso justo con todas las garantías o la participación en la administración de justicia. El Tribunal Constitucional se ha posicionado al respecto en la STC 140/2018 de 20 diciembre y ha declarado que estas limitaciones del artículo 23.2 LOPJ no suponen la infracción de esos derechos y, por tanto, no plantean ningún problema de constitucionalidad.

3. *Código penal alemán*

Para completar la exposición, se va a hacer referencia brevemente al Código Penal alemán, una de las regulaciones penales de nuestro entorno que más ampliamente reconoce el principio de personalidad pasiva en su ordenamiento.

El § 5 de dicha norma se refiere al principio real o de protección que tiene como fundamento la protección de especiales intereses para el Estado de que se trate. Lo que llama la atención es que, en relación con algunos delitos, se exigen requisitos que parecen propios del principio de personalidad pasiva al referirse a la necesidad de que la víctima sea alemana o bien tenga su domicilio, residencia habitual o medio de vida en el país.

El § 7, por su parte, regula de manera más general el principio de personalidad pasiva al señalar que el Derecho penal alemán puede aplicarse para hechos cometidos en el extranjero si la víctima es alemana, siempre que el hecho esté castigado con pena en el lugar de los hechos o dicho lugar no esté sometido a ninguna ley penal. Como puede observarse, el precepto exige la doble incriminación.

Autora: Itziar Casanueva Sanz
(Profesora de Derecho Penal, Universidad de Deusto)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: IRARRÁZAVAL, Cristián. «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica». En *Indret*, 2021, n.º 1, pp. 228-258; ORIHUELA, Esperanza. «La obligación *aut dedere aut indicare* y su cumplimiento en España». En *REDI*, 2016, vol. 68, pp. 207-228.

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE INTERESES

En la actualidad, la aplicación de la ley penal en el espacio se rige, en la mayoría de los ordenamientos, por el principio de territorialidad, de manera que la ley penal de un Estado se aplica a todos aquellos hechos cometidos dentro de su territorio. Ahora bien, casi todos los ordenamientos incorporan una serie de principios complementarios que permiten la aplicación extraterritorial o ultraterritorial de sus leyes penales de modo que, excepcionalmente, pueden aplicarse a delitos cometidos fuera del territorio nacional. Estos principios son, básicamente, el de personalidad activa, el principio real o de protección, el de justicia universal, el de personalidad pasiva y el de representación. En este momento vamos a referirnos al segundo, el de protección de intereses.

1. Fundamento

Este principio denominado real, de protección (de intereses) o de defensa permite que la ley penal de un Estado puede ser aplicada, aunque el delito se haya cometido en el extranjero y con independencia de la nacionalidad del autor. Su fundamento reside en la naturaleza de los delitos a los que se extiende, puesto que se trata de conductas que atentan contra bienes jurídicos que son de especial interés para el propio Estado soberano, en palabras del Tribunal Supremo, bienes jurídicos «de valor singular para la comunidad nacional» (STS 974/2016 de 23 de diciembre) y que pueden no verse tan bien protegidos por la legislación extranjera.

Hay que ser cautos en la regulación de este principio puesto que, llevado al límite, podría llevar a un paternalismo mal entendido y ser aplicado siempre que la víctima sea nacional del Estado, entendiendo que la protección de los nacionales es un interés especial, lo que supondría aplicar el denominado principio de personalidad pasiva.

Aunque la mayoría de los Estados incluye en su ordenamiento este principio, no todos lo hacen del mismo modo. Ante la imposibilidad de hacer un análisis de todas las regulaciones existentes al respecto, se ha optado por estudiar la española de modo que, al hacer un estudio de sus requisitos, lo que se diga al respecto será útil para aplicarlo, en un sentido u otro, a cualquier otra regulación que se quiera estudiar.

2. *Artículos 23.3 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial)*

El ordenamiento jurídico español reconoce en el artículo 23.1 LOPJ el principio general de territorialidad y en el apartado tercero el de protección de intereses cuando señala que:

Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

3. Delitos a los que se aplica

El catálogo de delitos a los que afecta el principio de protección de intereses es cerrado, tal y como se desprende del texto citado. Hay que señalar que, a diferencia de los requisitos para aplicar el artículo 23.2 referido al principio de personalidad activa, aquí no se exige el requisito de doble incriminación; basta con que la conducta objeto de enjuiciamiento se pueda tipificar como alguna de las recogidas en el artículo 23.3 según la legislación penal española, sin que sea necesario que ocurra lo mismo en el Estado en el que se han llevado a cabo los hechos. Se trata de una consecuencia lógica derivada del fundamento de dicho principio: proteger intereses especiales para el Estado de que se trate.

A la lista del artículo 23.3 habría que añadir los delitos incluidos en el Código Penal Militar español aprobado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre. El artículo 1.6 del mismo indica que «sin perjuicio de lo establecido en los Tratados Internacionales, los preceptos de este Código son aplicables a todos los hechos previstos en el mismo, con independencia del lugar de comisión». Este tipo de cláusulas abiertas que remiten a tratados internacionales son cada vez más frecuentes en las normas que regulan las excepciones al principio de territorialidad.

Si bien no todos los países incluyen los mismos delitos cuando regulan este principio de extraterritorialidad, el catálogo existente en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno es similar.

4. Mención especial a las falsificaciones

La mayoría de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años relacionada con este principio se refiere a la posibilidad de aplicarlo en los supuestos de la letra f), en concreto, en aquellos casos en los cuales un extranjero falsifica fuera del territorio español un documento de identidad extranjero.

Dicha letra f) se refiere a «cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado».

El Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998 determinó que ese tipo de falsificaciones (documento extranjero, sujeto activo extranjero y falsificación cometida en el extranjero) no afectan a los intereses o crédito del Estado Español, de modo que no podía ser competencia de los tribunales españoles su enjuiciamiento acudiendo al principio real o de protección. Pero pocos años después la jurisprudencia de este tribunal ha dado un giro de 180 grados.

Según esta nueva jurisprudencia que se mantiene hasta la actualidad, lo relativo a la identificación de personas dentro del territorio nacional tiene una importante relevancia e interés para el Estado, por lo tanto, si una persona residente en España dispone de un documento falso destinado a su identificación, sobre todo si se trata de documentos oficiales, podemos hablar de una afectación al interés de España. Por un lado, desde la perspectiva de la seguridad nacional interna, porque todo Estado tiene interés en controlar, a través de la documentación personal, la identidad de los residentes en su territorio, por lo que la falsedad de los mismos afecta a temas de seguridad, inmigración, visados, circulación de personas, etc. Por otro lado, también está en juego el propio crédito del Estado en las relaciones internacionales debido a los compromisos adquiridos a través de distintos tratados y convenios ratificados por España en las materias citadas, especialmente en el ámbito de la Unión Europea (SSTS 646/2012 de 13 de julio; 206/2011 de 31 de octubre; 522/2011 de 1 de junio).

5. Excepción de cosa juzgada

Antes de la modificación llevada a cabo por la LO 1/2014, el artículo 23.5 LOPJ señalaba que «Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso

de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo». El artículo 23.2 c) por su parte, exigía que «el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

Esta referencia a la excepción de cosa juzgada desaparece tras la modificación del año 2014, puesto que el artículo 23.5, con una nueva redacción modificada, solo se refiere al artículo 23.4, precepto que regula el principio de justicia universal. Es decir que, si bien se mantiene en el artículo 23.2c) la referencia a dicha excepción que será aplicable al principio de personalidad activa desaparece en relación con el principio real o de protección.

No descartan algunos autores que esta omisión sea un error del legislador, un olvido al dar una nueva redacción a este precepto. En todo caso, sea un error o sea una omisión querida por el legislador, el principio *ne bis in idem* tiene rango constitucional y está vinculado al principio de proporcionalidad, por lo que debe ser respetado en todo caso.

De esta manera, si el sujeto activo ya ha sido absuelto por los mismos hechos, no se le podrá volver a juzgar. El término absolución suele interpretarse en sentido amplio incluyendo, no solo la determinada en sentencia firme sino también los autos de sobreseimiento y otro tipo de acuerdos, siempre que hayan entrado en el fondo del asunto. Si no se ha entrado en el fondo, sí podrá juzgarse de nuevo. De hecho, son numerosas las resoluciones en las que se afirma que no se vulnera este principio puesto que los ministerios fiscales deciden no proseguir la acción porque se han iniciado actuaciones en otro Estado, sin entrar en el fondo del asunto (STS 687/2014 de 10 de octubre; Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Asunto C-469/2003 de 10 de marzo de 2005).

6. *Necesidad de querella*

Por otra parte, la LO 1/2014 de 13 de marzo ha introducido un sexto apartado en el artículo 23 según el cual los delitos a los que se refieren los apartados 3 (principio real o de protección) y 4 (principio de justicia universal) de dicho precepto solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.

La falta de referencia a la posibilidad de denunciar, así como a la acción popular es objeto de crítica por entender, un sector doctrinal, que vulnera principios y derechos básicos como el acceso a un proceso justo con todas las garantías o la participación en la administración de justicia. El TC se ha posicionado al respecto en la STC 140/2018 de 20 diciembre y ha declarado que estas limitaciones del artículo 23.2 LOPJ no suponen la infracción de esos derechos y no plantean ningún problema de constitucionalidad.

Autora: Itziar Casanueva Sanz
(Profesora de Derecho Penal, Universidad de Deusto)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: IRARRÁZAVAL, Cristián. «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica». En *Indret*, 2021, n.º 1, pp. 228-258; QUINTERO, Gonzalo. *Parte general del Derecho penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

PRINCIPIOS RECTORES DE NACIONES UNIDAS SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos son un texto de especial interés en la medida que juegan un papel importante en el marco de la prevención a las

violaciones a los derechos humanos y en ámbito de la diligencia y responsabilidad de cara a empresas de actividad multinacional. En este sentido, estos principios aparecen como pertinentes en el marco del compliance y deberían ser tenidos presente por las empresas de actividad transfronteriza.

En el entorno de la investigación académica, estos principios han llamado la atención a parte del sector del Derecho penal; y así, por ejemplo, la profesora Marta Muñoz, al tratar la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos anota lo siguiente:

Aunque ha habido varios intentos de adoptar un tratado internacional sobre la materia, lo cierto es que hasta la fecha todos han fracasado, si bien actualmente se está discutiendo un proyecto de Tratado Internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, cuyo proceso de gestación no puede entenderse sin hacer referencia a los Principios Rectores de Naciones Unidas. Puede así decirse que, en realidad, ha sido el soft law el que ha tomado la delantera en el camino de la responsabilización corporativa. (MUÑOZ DE MORALES, Marta. «Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos». En *Política Criminal*, diciembre 2020, vol. 15, n.º 30, artículo 14, pp. 948-992, p. 967)

1. *¿Qué son los Principios Rectores?*

Los Principios Rectores sobre empresas y los derechos humanos (Principios Rectores) son un conjunto de pautas a nivel internacional cuyo objetivo es la protección, garantía y retribución de los derechos de cualquier persona frente a las actividades empresariales.

«Estos Principios Rectores deben entenderse como un todo coherente y ser interpretados, individual y colectivamente, en términos de su objetivo de mejorar las normas y prácticas en relación con las empresas y los derechos humanos a fin de obtener resultados tangibles para las personas y las comunidades afectadas, y contribuir así también a una globalización socialmente sostenible» (NACIONES UNIDAS, DERECHOS

HUMANOS, Oficina del Alto Comisionado: «Principios rectores sobre las empresas y derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”», Nueva York y Ginebra, 2011, p. 6).

2. ¿Quién elaboró los Principios Rectores?

El Representante Especial del Secretario General, John Ruggie, para la cuestión de los derechos humanos (DD. HH.) y las empresas transnacionales y otras empresas y adjuntó en el informe final al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31). El 16 de junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos mediante Resolución 17/4, hizo suyo los principios. De esta forma, Naciones Unidas, una organización internacional compuesta por 193 Estados, pone en práctica estos Principios.

3. ¿Son obligatorios los Principios Rectores?

No son obligatorios. No es un tratado y por ende no es vinculante. Se trata de pautas de buena conducta que deben tener en cuenta las empresas frente a los DD. HH. y los Estados. No establecen obligaciones nuevas de Derecho internacional de DD. HH. para los Estados, ni restringen obligaciones asumidas con anterioridad, al ratificar los diversos instrumentos internacionales de DD. HH. como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos u otros instrumentos de carácter temático.

4. ¿Quién o quiénes deben aplicar los Principios Rectores?

Todos los Estados y todas las empresas sean transnacionales o no, sin tener en cuenta el tamaño, el sector, la ubicación, su estructura, ni ningún otro aspecto. En su aplicación no hay discriminación de ninguna naturaleza, pero prestan especial atención a los derechos, las necesidades

y los problemas de los grupos vulnerables, teniendo en cuenta los riesgos que pueden enfrentar las mujeres y los hombres.

5. ¿Cuál es el objetivo de los Principios Rectores?

El objetivo de los Principios Rectores se define en: «proteger, respetar y remediar» los DD. HH. Estos tres puntos constituyen la piedra angular de los Principios.

6. ¿Cuántos Principios Rectores existen?

Son 31 Principios Rectores.

7. ¿Dónde está recogidos los Principios Rectores?

En un documento de Naciones Unidas (HR/PUB/11/04). Están divididos en tres grandes partes:

- El deber del Estado de Proteger los DD. HH.;
- La responsabilidad de las empresas de respetar los DD. HH.; y
- El acceso a mecanismos de reparación.

Cada una de las partes recoge principios fundacionales, focalizado en el deber, y principios operativos, que establecen las medidas a adoptar. La primera parte recoge 10 principios; la segunda 14 principios, y la tercera 7 principios.

8. *¿Cuáles son los 31 Principios Rectores?*

I. EL DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DD. HH.

a. Principios fundacionales

1. El deber de los Estados de proteger los DD. HH. de todos aquellos que se encuentren en su territorio y/o jurisdicción. Esto incluye la protección contra las violaciones de los DD. HH. cometidas por terceros, incluidas las empresas. Para ello debe adoptar las medidas necesarias para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.
2. Los Estados deben dejar claro que espera, de las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción, el respeto de los DD. HH. en todas sus actividades.

b. Principios operativos, están las funciones reglamentarias y normativas del Estado de carácter general

3. En cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben: a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los DD. HH. a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el Derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; c) Brindar asesoría a las empresas sobre cómo respetar los DD. HH. en sus actividades; d) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los DD. HH.

4. El nexo entre el Estados y las empresas. Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de DD. HH. cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.
5. Conforme a las obligaciones internacionales adquiridas en materia de DD. HH. y a fin de dar cumplimiento, los Estados deben ejercer una supervisión adecuada cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los DD. HH.
6. Los Estados realizan muchas transacciones comerciales con empresas, y en todas debe promover el respeto de los DD. HH. por parte de estas.

Los Principios Rectores, 7-10, se refieren a fomentar el respeto de los DD. HH. por las empresas en zonas afectadas por conflictos:

7. El riesgo de violaciones graves de los DD. HH. en zonas afectadas por conflictos es mayor, y por ello, los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en dichas zonas no se vean implicadas en abusos de este tipo, y para ello adoptar las medidas: a) Colaborar cuanto antes con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los DD. HH.; b) Prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, con especial atención a la violencia de género como a la violencia sexual; c) Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a las empresas implicadas en graves violaciones de los DD. HH. y no coopere para resolver la

situación; d) Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los DD. HH.

8. El Estado debe garantizar coherencia política, al asegurar que los departamentos y organismos gubernamentales y otras instituciones estatales que configuran las prácticas empresariales sean conscientes de las obligaciones de DD. HH. del Estado y las respeten en el desempeño de sus respectivos mandatos, en particular ofreciéndoles la información, la capacitación y el apoyo pertinentes.
9. Al concluir acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de DD. HH. Por ejemplo, a través de tratados o contratos de inversión.
10. Los Estados cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales que tratan cuestiones relacionadas con las empresas, deberán: a) Tratar de asegurarse de que esas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir su deber de protección ni pongan trabas a la observancia de los DD. HH. por las empresas; b) Alentar a esas instituciones, en el marco de sus respectivos mandatos y capacidades, a promover el respeto de los DD. HH. entre las empresas y a ayudar a los Estados que lo soliciten a cumplir su deber de protección contra las violaciones de los DD. HH. cometidas por empresas, en particular mediante iniciativas de asistencia técnica, fomento de la capacidad y sensibilización; c) Inspirarse los Principios Rectores para promover el mutuo entendimiento y la cooperación internacional en la gestión de problemas relacionados con las empresas y los DD. HH.

II. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DD. HH.

a. Principios fundacionales

11. Las empresas deben respetar los DD. HH., lo que implica abstenerse de infringir los DD. HH. de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los DD. HH. en las que tengan alguna participación.
12. La responsabilidad de las empresas de respetar los DD. HH. se refiere a los DD. HH. internacionalmente reconocidos, como mínimo, los derechos recogidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a 16 los derechos fundamentales de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
13. La responsabilidad de respetar los DD. HH. exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los DD. HH. y si se producen hagan frente a esas consecuencias; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los DD. HH. directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, aunque no hayan contribuido a generar
14. La responsabilidad de las empresas de respetar los DD. HH. se aplica a todas las empresas al margen de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los DD. HH..

15. Para cumplir con su responsabilidad de respetar los DD. HH., las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los DD. HH.; b) Un proceso de diligencia debida en materia de DD. HH. para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los DD. HH.; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los DD. HH. que hayan provocado o contribuido a provocar.

b. Principios operativos: compromiso político

16. Para asumir su responsabilidad de respetar los DD. HH., las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que: a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa; b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo; c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los DD. HH., de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios; d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas; e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

17. Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los DD. HH., las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de DD. HH. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los DD. HH., la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida

diligencia en materia de DD. HH.: a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; 21 b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los DD. HH. y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los DD. HH. pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

18. A fin de examinar los riesgos en materia de DD. HH., las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los DD. HH. en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe: a) Recurrir a expertos en DD. HH. internos y/o independientes; 23 b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.
19. Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los DD. HH., las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas. a) Para que esa integración sea eficaz es preciso que: i) La responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa; ii) La adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos. b) Las medidas que deban adoptarse variarán en función de: i) Que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que su implicación se reduzca a una

relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial; ii) su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas».

20. Para verificar si se están adoptando medidas para prevenir las consecuencias negativas sobre los DD. HH., las empresas deben hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta. Este seguimiento debe: a) Basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados; b) Tener en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas
21. Las empresas para proteger los DD. HH. deben contar con políticas claras y si sus actividades implican graves riesgos de impacto sobre los DD. HH. deberían informar oficialmente sobre las medidas adoptadas.
22. Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.
23. En cualquier contexto, las empresas deben: a) Cumplir todas las leyes aplicables y respetar los DD. HH. internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen; b) Buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de DD. HH. internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas; c) Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los DD. HH. como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.
24. Cuando sea necesario dar prioridad a las medidas para hacer frente a las consecuencias negativas, reales y potenciales, sobre los DD. HH., las empresas deben ante todo tratar de prevenir y

atenuar las consecuencias que sean más graves o que puedan resultar irreversibles si no reciben una respuesta inmediata.

ACCESO A MECANISMOS DE REPARACIÓN

a. Principio fundacional

25. Los Estados, como parte de su deber de protección contra las violaciones de los DD. HH. vinculados con actividades empresariales, deben adoptar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaz.

b. Principios operativos: recoge mecanismos judiciales estatales y extrajudiciales

26. Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de DD. HH. relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.

27. Paralelamente a los mecanismos judiciales, los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas

28. Los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a los mecanismos de reclamación no estatales que se ocupan de las violaciones de los DD. HH. relacionadas con empresas.

29. Para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas.
30. Las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces.
31. Para garantizar su eficacia, los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, deben ser: a) legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación; b) accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos; c) predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación; d) equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto; e) transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego; f) compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos; g) una

fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro; Los mecanismos de nivel operacional también deberían; h) Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.

9. ¿Cuál es el papel del Estado respecto a los derechos humanos?

Conforme al Derecho internacional de los DD. HH., en primer término, son los Estados los encargados de respetar, proteger y cumplir los DD. HH. y las libertades fundamentales de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin importar la nacionalidad ni otra distinción. Son los responsables de garantizar el goce efectivo de los DD. HH. Por otro lado, las empresas que realizan actividades especializadas en una sociedad deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los DD. HH.; y en caso de incumplimiento, los derechos y obligaciones deben ir acompañados de recursos adecuados y efectivos.

10. ¿Qué implica la adopción de los Principios Rectores?

Un paso importante en el esfuerzo para prevenir, proteger y garantizar los DD. HH. por parte de las empresas. Es una herramienta esencial para «vigilar» la actividad empresarial, proporcionan un marco autoritativo global para que los deberes del Estado y las responsabilidades de las empresas obtengan la visión de los Principios Rectores de «resultados tangibles para las personas y las comunidades afectadas, y contribuir así también a una globalización socialmente sostenible». Su aporte más importante es recoger de manera detallada y clara las obligaciones de los Estados y las responsabilidades de las empresas para asegurar que sus actividades se lleven a cabo respetando a los DD. HH., en un único documento. Estos Principios desde su

aprobación «han impulsado una convergencia en las normas sobre empresas y derechos humanos en el ámbito internacional, lo que refuerza su posición como el estándar global autorizado sobre empresa y derechos humanos».

11. ¿Qué implica el cumplimiento de los Principios Rectores por parte de los Estados y las empresas?

Una mayor y mejor protección de los DD. HH. en el mundo. Todos los Estados que han ratificado instrumentos internacionales de DD. HH. están obligados a asegurar el ejercicio efectivo de los DD. HH. de todas aquellas personas que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción. En este contexto, los Principios Rectores contribuyen o refuerzan a una mejor protección. Al fin y al cabo, los obligados y responsables de proteger los DD. HH. de las personas en cualquier lugar del mundo son los Estados y por ende también los responsables de vigilar el respeto de los mismos por parte de cualquier empresa que opere en su territorio.

12. ¿Existe algún órgano destinado a promover los Principios Rectores?

Sí. El 6 de julio de 2011 mediante Resolución 17/4, el Consejo de Derechos Humanos ha creado el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos) compuesto por cinco expertos independientes, con el objetivo, entre otros, de promover la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores, identificar, intercambiar y promover las buenas prácticas y lecciones aprendidas sobre la aplicación de estos Principios, prestar asesoría a los Estados en la elaboración de leyes y políticas relativas a las empresas y DD. HH., así como visitar a los países. El Consejo de Derechos Humanos pidió a este Grupo de Trabajo prestar atención a la aplicación de los Principios Rectores en el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

13. *¿Existe algún espacio en el que se discuten los avances y los posibles problemas de los Principios Rectores?*

Mediante Resolución 17/4, en 2011, el Consejo de Derechos Humanos estableció el Foro con el fin de servir como una plataforma global para «discutir las tendencias y desafíos en la aplicación de los Principios Rectores y promover el diálogo y la cooperación sobre cuestiones relacionadas con las empresas y los derechos humanos». Este Foro está abierto a todos los grupos interesados, incluidos los Estados, el sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y regionales, empresas, sindicatos, instituciones nacionales de DD. HH., organizaciones no gubernamentales y los grupos de interés afectados, entre otros. El Foro lo preside y dirige el Grupo de Trabajo sobre empresas y DD. HH.. Del 29 al 1 de diciembre de 2021, se desarrollará con motivo de la celebración del décimo aniversario de los Principios Rectores, el Foro de 2021. En este Foro se evaluarán los logros y las carencias de los Principios Rectores.

Autora: Florabel Quispe Remón

*(Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (director). *Empresas y derechos humanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018; MUÑOZ DE MORALES, Marta. «Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos». En *Política Criminal*, diciembre 2020, vol. 15, n.º 30, pp. 948-992; RODRÍGUEZ GARAVITO, César (editor). *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017; BAUMANN-PAULY, Dorothee y DULAN, Justin. *Business and Human Rights: From Principles to practice*. Londres: Routledge, 2016; QUISPE REMÓN, Florabel. *El debido proceso en el Derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 650; OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Principios rectores sobre las empresas y derechos huma-*

nos. *Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011. OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Foro de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos humanos*, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Forum/Pages/ForumonBusinessandHumanRights.aspx>; OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Empresas y derechos humanos: hacia una década de implementación global*, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/UNGPsBizHRsnext10.aspx>; NACIONES UNIDAS. *UN guiding principles, reporting framework. Principios Rectores de las Naciones Unidas Marco para el Informe*, disponible en https://www.ungpreporting.org/wp-content/uploads/UNGPRF_SP-Dec2017.pdf

PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional es una institución de naturaleza procesal de especial trascendencia en el proceso penal y para el Derecho internacional de los derechos humanos, tal como queda reflejado, entre otros tratados internacionales, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el cual se reconoce el derecho a la libertad.

Centrados en el ámbito procesal, importa retener que el artículo 9.3 del citado Pacto reconoce lo siguiente:

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

1. *Concepto de prisión provisional*

A fin de contextualizar este tema en el ámbito procesal, resulta pertinente definir la prisión provisional en términos jurídicos. En este sentido, una voz autorizada nos ofrece la siguiente definición:

La prisión provisional es una medida cautelar penal, provisional y de duración limitada que puede dictar el juez de instrucción mediante un auto especialmente motivado, por el que se restringe el derecho a la libertad del imputado de la comisión de un delito de especial gravedad y en quien concurra un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al acto del juicio oral, destinada a asegurar dicha comparecencia, así como a conjurar los riesgos de reiteración delictiva, de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba o la puesta en peligro de la integridad de la víctima. (GIMENO SENDRA)

Se trata de una medida excepcional, que solo puede ser adoptada en los supuestos expresamente previstos en la ley, por la autoridad judicial competente, en el marco de un proceso penal, por un tiempo determinado, condicionada al mantenimiento de determinadas circunstancias que motivaron su adopción y solo en los casos en que el delito lleve aparejada una pena de prisión.

2. *Caracteres de la prisión provisional*

De la anterior definición de la prisión provisional cabe destacar las siguientes notas: la prisión provisional tiene naturaleza cautelar, no sancionatoria, y su aplicación se rige por los principios de legalidad —necesaria previsión legal en cuanto a sus finalidades, presupuestos y duración—, jurisdiccionalidad —necesaria adopción por una autoridad judicial independiente—, excepcionalidad —adopción solo como *última ratio*, debiendo optarse por la imposición de medidas cautelares alternativas a la prisión provisional siempre que sea posible—, variabilidad —sujeta a cambios en las circunstancias que motivaron su adopción—, temporalidad —de duración limitada en el tiempo de acuerdo con las

previsiones legales— y homogeneidad —ha de ser homogénea en relación con la naturaleza de la pena que pueda llegar a imponerse en caso de condena, de ahí que solo proceda en relación con delitos que llevan aparejada pena de prisión— (Cfr. STC 29/2019, de 28 de febrero).

De los referidos principios, vale la pena llamar la atención respecto del principio de excepcionalidad, que se vincula a los principios de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertatis* que rigen en el proceso penal y que conducen a que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la medida de prisión provisional deban hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, f. j. 1; 98/2002, de 29 de abril, y 95/2007, de 7 de mayo). Del referido principio se deriva, asimismo, la naturaleza subsidiaria de ese instituto, que impide acordar la prisión provisional cuando existan medidas alternativas menos onerosas para los derechos del encausado e igualmente idóneas para la finalidad cautelar perseguida.

El principio de variabilidad parte del hecho de que las medidas cautelares personales se adoptan y desenvuelven en un contexto de provisionalidad y, por tanto, esencialmente mutable. Tal y como señala la STC 66/1997, de 7 de abril, la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional *obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal*.

Por su parte, el principio de temporalidad opera como mecanismo de cierre con el fin de evitar, en última instancia, que la prisión provisional alcance una duración excesiva (STC 95/2007, de 7 de mayo), en consonancia con el contenido de la disposición 6.2 de las reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45-110, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de Tokio), la cual establece que la prisión provisional no podrá durar más tiempo del necesario para lograr sus objetivos y de-

berá cesar, a instancia de parte o de oficio, cuando su perpetuación ya no resulte estrictamente necesaria.

Por último, la homogeneidad es una exigencia del principio de proporcionalidad, e implica que la prisión provisional solo puede acordarse para delitos que lleven aparejada pena de prisión, debiendo abonarse el tiempo de prisión provisional a la pena privativa de libertad que, en su caso, llegue a imponerse (artículo 58 CP).

3. Fines legítimos de la prisión provisional

La delimitación legal de los fines que justifican la prisión provisional ha venido a desterrar el uso de esta institución para fines ajenos a la función cautelar, tales como la satisfacción del sentimiento de indignación, venganza o inseguridad de la sociedad (BARONA VILAR).

La imposición de la prisión provisional a modo de sanción anticipada constituye una finalidad expresamente proscrita por la doctrina constitucional, al descartar, como fines constitucionalmente admisibles los retributivos o de anticipación de pena, siendo la finalidad cautelar, y no represiva, de la medida, la que permite compatibilizar su adopción con el respeto a la presunción de inocencia (STC 128/1995, de 26 de julio). Igualmente, están vedados los fines de impulso de la instrucción sumarial, tales como la obtención de pruebas o de declaraciones de los imputados, ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excedería los límites constitucionales de la misma (STC 128/1995, de 26 de julio).

En definitiva, el fin primordial de la prisión provisional se vincula a la *necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo* (SSTC 138/2002, de 3 de junio y 23/2002, de 28 de enero, entre otras muchas). En concreto, *la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que medida cautelar limitativa del derecho a la libertad adoptada en el marco de un proceso penal, exige como presupuesto*

la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (STC 138/2002, de 6 de junio).

4. Presupuestos de adopción de la prisión provisional

La doctrina concuerda en que, para acordar cualquier medida cautelar, incluida, por lo tanto, la prisión provisional, han de concurrir dos presupuestos: el *fumus boni iuris* o *fumus commissi delicti* y el *periculum in mora* o *periculum in libertatis*.

El *fumus boni iuris*, referido a la apariencia de buen Derecho, en el proceso penal se traduce en un juicio de imputación reforzado que a, su vez, se compone por una doble exigencia: la existencia objetiva de un hecho con apariencia delictiva que revista una cierta gravedad y los motivos bastantes para creer que el encausado es responsable de tal hecho delictivo. Se exige, en definitiva, la concurrencia de indicios o datos que sustenten la verosimilitud de la comisión de un hecho delictivo y de la participación en el mismo del afectado por la medida (STC 60/2001, de 26 de febrero; STC 35/2007, de 12 de febrero).

El *periculum in mora*, por su parte, se concreta en una serie de peligros o riesgos para el normal desarrollo de la causa o para la ejecución del fallo, que parten del investigado o encausado, y que podrían materializarse en el lapso de tiempo que se da entre la determinación del investigado y la finalización del proceso, los cuales se tratan de conjurar con la adopción de la prisión provisional.

Estos peligros son determinados taxativamente por ley, con lo que la prisión provisional solo podrá decretarse para conjurar estos riesgos y no otros. Se trata del riesgo de fuga o de sustracción del encausado a la acción de la justicia, del riesgo de obstrucción del normal desarrollo del proceso a través de la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de

prueba, así como del riesgo de reiteración delictiva, ya atacando bienes jurídicos de la víctima, ya cometiendo otros hechos delictivos.

*Autora: Ana María Neira Pena
(Profesora contratada de Derecho Procesal,
Universidad de A Coruña)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho procesal penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015; NEIRA PENA, Ana María. «Tema 14. Medidas cautelares personales. Detención y prisión provisional. La incomunicación. La libertad provisional y otras medidas cautelares personales. El procedimiento de “habeas corpus”». En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús (coordinador). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988.

PROTECCIÓN CONSULAR

Conforme al Diccionario panhispánico del español jurídico, «protección consular» es:

Acción que un funcionario consular ejerce ante las autoridades locales del Estado receptor para prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado acreditante que residen o se encuentran en su circunscripción consular y que tiene causa en una conducta de esas autoridades, que supone a su entender una infracción de las normas del ordenamiento internacional o del interno que regulan el trato a los extranjeros.

Asistencia y protección consular son términos cercanos, aunque deben diferenciarse. Remitimos al examen complementario del término de «asistencia consular».

La protección de los nacionales en el extranjero es una de las funciones básicas y primigenias de la institución consular, que debe diferenciarse

de la «asistencia consular» (1). La regulación de la protección consular se encuentra básicamente en normas convencionales, universales o regionales (2). Igualmente importante es la consideración de la regulación nacional del alcance y condiciones específicas que la protección consular comprende (3).

1. Funciones consulares: asistencia vs. protección consular

La institución consular «tiene desde sus orígenes un carácter permanente, precede en buen número de siglos a la aparición de la diplomacia permanente, siendo así la primera institución estable en el exterior» (VILARIÑO PINTOS, 2018, p. 83). No obstante, las múltiples manifestaciones históricas de la institución consular en la Antigüedad y en la Edad Media, la concepción moderna de la misma como órgano del Estado que se establece, para actuar en su nombre, no solo directamente ante los connacionales, sino también para su asistencia y protección ante las autoridades locales de residencia se desarrolla entre los siglos XIV y XV.

Dentro de las funciones consulares, la protección consular «en sentido propio o estricto es una función paralela a la protección diplomática, que no se puede confundir con lo que en sentido genérico se denomina protección [...] que hace referencia a funciones de asistencia» (VILARIÑO PINTOS, 2018, p. 385). Esto es, si la función de asistencia consular pone en relación estrecha agente consular y ciudadano destinatario de la asistencia, la función de protección se ancla en la relación entre el agente y las autoridades del Estado de residencia. En paralelo, la asistencia consular reviste una «función asistencial», mientras que la protección consular implica una «función política» de la misión consular (YTURRIAGA, 2015, cfr. p. 242 y ss. ver p. 270 y ss.).

2. Regulación jurídica

Como se indica en la entrada dedicada a la «asistencia consular» (*vid.*), y aunque por su antigüedad pudiera pensarse que la institución consular

ha estado tradicionalmente regulada por normas consuetudinarias, la realidad ha sido siempre el predominio de las normas convencionales, básicamente bilaterales. El camino hacia la codificación de las mismas ha sido lento, iniciándose en el ámbito privado por Bluntschli (1868), Field (1876) o Fiore (1890), y en el ámbito institucional por el Instituto de Derecho Internacional (1888-1896 y, nuevamente en 1927), el Instituto Americano de Derecho Internacional (1925), la Asociación de Derecho Internacional (1926 y 1928) o la Harvard Law School (1928). Tras esfuerzos codificadores en el continente americano, el tema se consideraría apto para su codificación universal ya antes de la creación de las Naciones Unidas. Sería uno de los temas inicialmente inscritos en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional en 1949, bajo el título de «relaciones e inmunidades consulares». La Comisión adoptó un texto en 1961, decidiendo la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su Resolución 1685 (XVI), que se celebró entre marzo y abril de 1963. El 24 de abril, se adoptó por unanimidad la Convención de Viena de Relaciones Consulares (Doc. Of. A/Conf. 25/16, Add. 1, vol. II, pp. 179-192), compuesta por 73 artículos y dos Protocolos facultativos, así como tres resoluciones. La mayor parte de la doctrina ha afirmado que este tratado «en razón de su formación y origen de las normas del Derecho consular, tiene más de desarrollo progresivo que de codificación estricta». En la actualidad (enero de 2023), este convenio tiene 182 Estados parte.

2.1. *La regulación universal*

Actualmente y en el ámbito de los convenios multilaterales universales, la protección consular se encuentra recogida como una de las funciones propias de la oficina consular en el artículo 5.a) de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261), que establece:

Las funciones consulares consistirán en:

[...]

- a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional.

La doctrina considera que esta función tiene un carácter consuetudinario, hasta el punto de que el Estado receptor no puede oponerse a su ejercicio. Se concreta en la posibilidad de reclamar y dirigirse a las autoridades locales solicitando la reparación adecuada en relación con los intereses legítimos del Estado que envía o los de sus nacionales. No se trata de una reclamación internacional —de Estado a Estado— como la llamada protección diplomática, sino una reclamación interna ante el Estado que recibe. En la práctica puede funcionar como paso previo, aunque no es una exigencia normativa, del ejercicio de la protección diplomática, puesto que no se integra en el concepto de «agotamiento de recursos internos».

El artículo 8 del Convenio de 1963 prevé el «ejercicio de funciones consulares por cuenta de un tercer Estado» en los siguientes términos:

Una oficina consular del Estado que envía podrá, previa la adecuada notificación al Estado receptor y siempre que este no se oponga, ejercer funciones consulares por cuenta de un tercer Estado, en el Estado receptor.

Como se desarrolla en el apartado siguiente, a partir del siglo XX dicha prestación por tercero va a ser objeto de una red de tratados bilaterales, mientras que en el siglo XXI ha alcanzado nuevos desarrollos de la mano de la normativa de la Unión Europea.

2.2. *La regulación regional y bilateral*

En el ámbito regional europeo, en el marco del Consejo de Europa, se adoptó en París, el 11 de diciembre de 1967 el Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares. A fecha actual (enero de 2023), cuenta tan solo con 5 Estados parte: Georgia, Grecia, Noruega, Portugal y España

(BOE n.º 84, de 8 de abril de 2011), para los que entró en vigor el 9 de junio de 2011.

El artículo 2.1 del Convenio está redactado en términos que aparentemente conectan protección y asistencia, aunque debe quedar clara la dimensión política —más que asistencial— de la función de protección:

Los funcionarios consulares tendrán derecho a proteger a los nacionales del Estado que envía y a defender sus derechos e intereses.

El Convenio europeo prevé igualmente la protección de intereses de un tercer Estado en su artículo 2.3:

Previa notificación al Estado que recibe, cualquier parte contratante tendrá el derecho a confiar la protección de sus nacionales y la defensa de sus derechos e intereses a los funcionarios consulares de otra parte contratante.

La diferencia más significativa entre el Convenio universal de 1963 y el Convenio europeo de 1967 es la posible oposición del Estado que recibe, que queda clara en el Convenio universal. Sin duda, dicha oposición debe ser posible también en el más restringido regional, dado que las relaciones consulares están siempre basadas en el consentimiento de los Estados implicados.

Muy frecuentemente, dicha prestación de funciones por un tercero se sustancia en acuerdos bilaterales, entre quienes se auxilian recíprocamente. En tal sentido, a modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, España ha concluido acuerdos de esta naturaleza con Argentina (de 3 de junio de 1988, BOE n.º 205, de 28 de agosto de 1989, artículo 11), Chile (de 19 de octubre de 1990, BOE n.º 223, de 17 de septiembre de 1991, artículo 16), México (de 11 de enero de 1990, BOE n.º 169, de 16 de julio de 1991, artículo 11), Uruguay (de 23 de julio de 1992, BOE n.º 131, de 2 de junio de 1994, artículo 13) y Venezuela (de 7 de junio de 1990, BOE n.º 170, de 16 de julio de 1992, artículo 10). También se han fir-

mado acuerdos con cláusulas de apoyo mutuo consular más genérico con Bolivia (de 16 de marzo de 1998, *BOE* n.º 56, de 6 de marzo de 1999, artículo 11), Brasil (de 23 de julio de 1992, *BOE* n.º 162, de 8 de julio de 1994, artículos 13-15), Colombia (de 29 de octubre de 1992, *BOE* n.º 182, de 1 de agosto de 1995, artículos 12-14) y Ecuador (de 30 de junio de 1999, *BOE* n.º 97, de 21 de abril de 2004, artículo 11).

Un caso más excepcional, pero más completo técnicamente porque traba el consentimiento de todas las partes implicadas, lo encontramos el Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación entre Francia, Andorra y España de 1993 (de 3 de junio de 1993, *BOE* n.º 155, de 30 de junio de 1993, artículo 7).

En línea análoga, aunque con una estructura jurídica más compleja, el Tratado de la Unión Europea de 1992 introdujo el concepto de ciudadanía europea, entre cuyos derechos recoge la posibilidad de los ciudadanos de

acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Originalmente recogido en el artículo 9 del TUE, hoy se encuentra explicitado en el artículo 20.2.c del Tratado de Funcionamiento de la UE y en el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta norma genera un derecho para todos los nacionales de los Estados miembros (que por esa condición gozan automáticamente del estatuto de ciudadanía europea) cuando se encuentran en el territorio de países terceros. Esta disposición, al estar inserta en un tratado que vincula a todos los Estados miembros de la UE, viene a sustituir los acuerdos bilaterales entre Estado que representa y Estado representado. Sin embargo, ello no exime de la búsqueda de la aceptación o al menos no oposición de los terceros Estados, en los que la protección consular debe tener lugar.

La Comisión presentó el 28 de noviembre de 2006 un Libro Verde titulado *La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países* (COM [2006] 712 final), en el que recomendaba que se lograra la aceptación expresa de los Estados receptores por cuanto generaría una mayor seguridad jurídica. Con posterioridad la Comisión presentó un plan de acción 2007-2010 sobre Protección consular eficaz en los terceros países: la contribución de la Unión Europea (COM [2007] 767 final). En estos documentos, la Comisión proponía igualmente incluir una cláusula de protección consular en los acuerdos mixtos celebrados por la UE, los Estados miembros y terceros Estados. En dos casos, al menos, se ha hecho realidad esta propuesta. En concreto, se trata del Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros y Kazajistán, de 26 de octubre de 2015 (DO L 29, de 4 de febrero de 2016, artículo 239), y el Acuerdo sobre Asociación y Desarrollo entre la Unión Europea y sus Estados miembros y la República de Afganistán, de 18 de febrero de 2017 (DO L 67, de 14 de marzo de 2017, artículo 29). El texto es en ambos casos equivalente, aceptándose que «las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro de la Unión Europea representado en el país den protección a todos los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea que no cuente con una representación permanente en [Kazajistán/Afganistán] en disposición de proporcionar protección consular de manera efectiva en un caso determinado, y en las mismas condiciones que a los ciudadanos de dicho Estado miembro de la Unión Europea». En ambos casos los tratados han sido objeto de firma y aplicación provisional por parte de la UE. Con relación al tratado con Afganistán puede verse la Notificación relativa a la aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación sobre Asociación y Desarrollo entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Islámica de Afganistán, por otra (DO L 273 de 24 de octubre de 2017). En el caso de Kazajistán, el acuerdo ha sido definitivamente aprobado mediante la Decisión (UE) 2020/244 del Consejo (DO L 52 de 25 de febrero de 2020).

La protección consular fue regulada en la Unión Europea mediante la Decisión 95/553/CE, de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares (DO L 314 de 28 de diciembre de 1995). Ha sido sustituida con posterioridad por la Directiva del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países (DOUE L106, de 24 de abril de 2015). Su plazo de transposición (adaptación de la normativa interna de los Estados miembros) terminó el 1 de mayo de 2018. España, como luego analizamos, ha transpuesto la Directiva fuera de plazo.

3. *La regulación nacional*

El contenido preciso de la protección consular vendrá definido por cada ordenamiento nacional y su regulación. Ello esencialmente definirá si la protección consular es, además de una función estatal, un derecho del nacional y en qué medida y con qué contenidos.

Como ejemplo, baste una referencia a las normas españolas. Tradicionalmente, se ha regulado la protección y asistencia consular mediante órdenes ministeriales e instrucciones de servicio dirigidas al cuerpo diplomático y consular, como la Orden Circular 3252, que regula las obligaciones del funcionario consular y la Instrucción de Servicio 118 de 5 de abril de 2005, que establece un listado más detallado de obligaciones.

Las referencias legislativas son escasas y recientes, no distinguiendo de manera técnica la función de protección y la función de asistencia. De un lado, la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, en su artículo 5 regula la asistencia y protección de los españoles en el exterior. En su conjunto, esta disposición es relevante por cuanto que su contenido determina legalmente la base de la asistencia que deberá prestarse tanto a nacionales, como a los ciuda-

danos europeos que puedan solicitar la asistencia a las autoridades consulares en el exterior, de no contar con representación de su propia nacionalidad.

Por su parte, la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (*BOE* n.º 74, de 26/03/2014) hace referencia a la asistencia y protección consular, aunque limitándose a la constitución del llamado «grupo de emergencia consular» (artículo 40), para supuestos de emergencia colectiva y grave («crisis bélica, de seguridad, desastre natural, de emergencia sanitaria o alimentaria o de cualquier otra índole»). Esta disposición no hace referencia alguna a la prestación de asistencia y/o protección a ciudadanos europeos no representados en el Estado donde ocurre la situación. En cambio, la misma ley prevé la posibilidad de creación

de Oficinas Consulares conjuntas en terceros Estados, así como [de] compartir servicios comunes con las Oficinas Consulares de otros Estados de la Unión, en particular en materia de visados Schengen. 2. En los acuerdos que se formalicen con las autoridades competentes se concretarán las condiciones que regirán estas oficinas.

Conforme a esta regulación, de crearse dichas oficinas, tales acuerdos deberán hacerse públicos. Primará la competencia de estas oficinas sobre la voluntad del ciudadano de dirigirse a una u otra representación diplomática o consular situada en el Estado receptor. Ante la solicitud de protección a un Estado diferente del ligado por el acuerdo, la solicitud deberá ser redirigida de oficio por las autoridades consulares ante las que se haya presentado conforme al artículo 7 de la ley:

a menos que la protección consular se vea comprometida, en particular si la urgencia del caso requiere una intervención inmediata por parte de la embajada o consulado que reciba la solicitud.

Más recientemente, la Ley 3/2018, de 11 de junio (*BOE* n.º 142, de 12 de junio de 2018), por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de no-

viembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, ha introducido las normas específicas de transposición de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países. La reforma ha añadido las disposiciones adicionales décima séptima, décima octava y décima novena a la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. En ellas se hace extensivo a los familiares no ciudadanos europeos los derechos de protección consular reconocidos de los ciudadanos españoles en el extranjero. Dicha normativa de rango legal ha sido completada recientemente por el desarrollo reglamentario mediante Real Decreto 561/2019, de 9 de octubre, por el que se completa la transposición de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE (BOE n.º 244 de 10 de octubre de 2019).

Todos estos desarrollos nacionales (caso español) ilustran la confusión que indicábamos al inicio entre la función de protección y la función de asistencia consular, a nivel dogmático. Sigue abierto a la par el debate de la exigibilidad de las protección y asistencia consular tanto como derecho individual ante el ordenamiento jurídico interno como su naturaleza de garantía básica desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Eso último es, sin duda, determinante para valorar su papel en el ámbito de la justicia penal internacional.

Autora: Eulalia W. Petit de Gabriel
(Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Sevilla)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AHMAD, Mohammed Ali. *L'institution consulaire et le droit international*. París: L. G. D. J., 1973; MARESCA,

Adolfo. *Relazioni consolari*. Madrid: Aguilar, 1974; MORTAROTTI, Pablo César. «La protección diplomática y consular en la Unión Europea: ¿un Derecho con perspectivas de desarrollo y evolución?». En *Revista de la Facultad*, 2020, vol. XI, n.º 2, nueva serie II, pp. 11-44; NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús. *La función consular en el Derecho español*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 1980; PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. «Los “derechos consulares” de los extranjeros detenidos: ¿nuevas cartas en la baraja de los derechos fundamentales?». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2017, n.º 33; PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. «Intertwining Consular and Human Rights Law: a European Contribution to the Humanisation of International Law». En *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, 2021, vol. 22, n.º 1; TORROBA SACRISTÁN, José. *Derecho consular: guía práctica de los consulados de España*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993; VILARIÑO PINTOS, Eduardo. *Curso de Derecho diplomático y consular*. Madrid: Tecnos, 2018, sexta edición; YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho diplomático y consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Colección Escuela Diplomática, 2015.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

El término protección diplomática abarca un número de relaciones jurídicas de distinto orden y que se pueden enmarcar en diferentes áreas del Derecho internacional público, pero que tienen en común un objetivo principal: la protección y defensa de los nacionales de un Estado en el extranjero. Esta institución se desarrolla para favorecer la defensa de los derechos e intereses de los nacionales del Estado que la ejerce y, cabe decir, que tal institución no es ajena a los procedimientos penales, tal como se evidencia, por ejemplo, en los casos *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos) y *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), ambos ventilados ante la Corte Internacional de Justicia, en los cuales tanto México como Alemania, respectivamente, consideraron que la ausencia de notificación consular —por parte de la justicia americana

a las autoridades mexicanas— de la situación personal de sus nacionales —quienes se hallaban privados de libertad en medio de un proceso penal— era contraria al Derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963

El concepto de protección diplomática como tal, admite definiciones más amplias y más restrictivas. En este segundo grupo es en el que nos situaremos, siguiendo el concepto y características que recoge la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su texto de Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática del 2006. Esta institución de Derecho internacional cuenta con un conjunto normativo de costumbres internacionales, más o menos asentada, en constante evolución y sobre la que existen aún prácticas nacionales muy diversas. En este sentido, el Proyecto de artículos de la CDI sobre esta materia, no solo cristaliza la normativa existente, sino que despliega una labor de desarrollo progresivo de la misma, que no ha logrado contar con el consenso internacional necesario para que el proyecto de artículos se convierta en tratado internacional.

1. Noción

Desde un punto de vista amplio, resulta muy completa la definición de Castor M. Díaz Barrado, quien recoge que la expresión «protección diplomática» se utiliza:

para referirse a determinados comportamientos, acciones o actividades de los Estados en los que el objetivo perseguido será la protección de los nacionales que se encuentran en el extranjero y que han sido sujetos pasivos de la violación de alguna norma de Derecho internacional, o se hallan en situaciones o circunstancias que no implicando, en sentido estricto, la violación de normas internacionales, resultan, no obstante, difíciles para el normal desarrollo de su actividad o de los derechos que les correspondan e, incluso, de la defensa de sus intereses.

Dentro de esta definición se pueden incluir acciones y comportamientos de muy distinta índole, y que tengan tanto naturaleza jurídica como política.

En esta definición más amplia se podrían incluir las acciones tanto de la protección diplomática en sentido estricto, que a continuación se define, como las de la protección consular o la asistencia consular. Estas dos últimas instituciones presentan características particulares y cuenta con su propia singularidad. Sin embargo, en la práctica, como reconoce la propia CDI, es complicado en ocasiones distinguirlas de la protección diplomática en sentido estricto. En todo caso, debemos tener en cuenta que se trata de instituciones diferentes, pero no excluyentes, ni subordinadas, de manera que el ejercicio de unas u otras es una decisión del Estado, que puede desarrollarse de forma independiente, sucesiva, o instantánea, o decidir que accionará unas sí y otras no.

Desde un punto de vista más estricto, la CDI define la protección diplomática como:

la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad. (artículo 1 Proyecto de Artículos de 2006)

Desde esta concepción, la protección diplomática se sitúa en el plano jurídico y se enmarca en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados. Su objetivo final es la protección de los derechos e intereses de los nacionales del Estado que reclama. Se configura como un último recurso por parte del Estado que lo ejercita, en otros motivos, porque tiene como consecuencia el inicio de una controversia internacional con otro Estado.

2. *Naturaleza jurídica*

Al abordar la naturaleza jurídica de la protección diplomática, se van a tratar dos cuestiones: la relativa a la titularidad del derecho a la protección diplomática, y la que afecta a la discrecional en su ejercicio.

2.1. *Titularidad del derecho a la protección diplomática*

La protección diplomática surge como un derecho entre Estados y se mantiene en este ámbito, puesto que las relaciones jurídicas que se derivan de su ejercicio vinculan a los Estados implicados. Así se ha reconocido desde los orígenes de la institución en la jurisprudencia internacional. El TPIJ en la Sentencia relativa al asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido) en agosto de 1924 afirmó que:

es un principio elemental del Derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho internacional cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial este Estado hace valer, a decir verdad, su propio Derecho, el Derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho internacional. (CPIJ Rec. 1924, p. 12)

En este sentido, son los Estados casi exclusivamente los destinatarios de las normas internacionales que estructuran la protección diplomática. El particular, que es el que sufre la lesión por parte del otro Estado y soporta las consecuencias negativas de este hecho, no es titular del derecho que su Estado ejercita, lo que implica que no puede renunciar a que el Estado inicie o prosiga la acción.

Podemos preguntarnos cómo se otorga al Estado de la nacionalidad del particular el derecho a proteger a su nacional frente a otro Estado, responsable de la comisión de un daño. Dicho de otro modo, qué justifica

la intervención de un Estado, que no ha sido lesionado directamente por el hecho dañoso, en la relación entre el particular y el Estado que ha cometido el daño. Como reconoce la CDI, es la creación de una ficción jurídica la que permite la intervención del Estado del que el particular es nacional en la relación existente entre el Estado que lesiona al particular y el particular. Esta ficción jurídica supone que un perjuicio causado al nacional de un Estado implica un perjuicio al propio Estado. De este modo surge el derecho del Estado a reclamar frente al otro Estado. Esta ficción hace que se sitúe en el plano del Derecho internacional exclusivamente la violación de la norma o el supuesto dañoso, y que la relación se convierta en una relación de Estado a Estado, en la que la presencia del particular se difumina.

En esta línea, si bien la evolución de los derechos humanos y de la subjetividad internacional de los individuos, ha encontrado también un reflejo en esta institución, que con el paso de los años ha ido dotando de protagonismo al individuo, que es el sujeto pasivo de este derecho del Estado. Lo cierto es que no se han articulado a nivel internacional obligaciones jurídicas para que los Estados, doten al participar de cierta presencia con respecto a la titularidad del ejercicio de la protección diplomática.

2.2. *Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática*

Asentada la idea de que nos encontramos ante un derecho del Estado, podemos preguntarnos si existe en el ámbito internacional alguna obligación por parte del Estado de ejercitar la protección diplomática con respecto a sus nacionales. La respuesta es negativa. Se trata, por tanto, de un derecho cuyo ejercicio es completamente discrecional por parte de los Estados. La citada sentencia del asunto de las concesiones *Mavrommatis en Palestina* (Grecia c. Reino Unido) en 1924 ya recogía que se trabaja de un derecho que facultaba al Estado. En esa misma línea, la Sentencia del TIJ en el asunto *Barcelona Traction* en 1970 reconocía que:

el Estado debe ser considerado como el único juez facultado para decidir si concederá su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, en particular de orden político, ajenas al presente asunto. (CIJ Rec. 1970, p. 44)

Por su parte, la CDI en los diversos informes presentados a la Asamblea General ha reconocido siempre que nos encontramos ante un derecho discrecional de los Estados y que dicha discrecionalidad afecta, no solo a la decisión del ejercicio de la protección diplomática, sino a la elección de medios, y a la continuación o renuncia, en su caso, a la protección diplomática, una vez iniciado su ejercicio. Por tanto, en la esfera del Derecho internacional no encontramos obligación jurídica en el ejercicio de la protección diplomática y se mantiene como un derecho discrecional del Estado.

Ahora bien, la propia CDI en su sexto informe sobre el Proyecto de Artículo de 2006, reconoce que las actuaciones de los Estados en otros ámbitos, como el de los derechos humanos, puede apoyar la restricción de la discrecionalidad de los Estados con respecto al ejercicio de la protección diplomática. Y se propuso un capítulo, de desarrollo progresivo, que contuviese el derecho de los nacionales lesionados a ser indemnizados. Sin embargo, este nuevo capítulo no tuvo acogida suficiente entre los Estados y finalmente se incluyó en el Proyecto de Artículos de 2006 como «práctica recomendada» para los Estados. En este sentido, el artículo 19 recomienda que:

Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente Proyecto de artículos debería:

- a) Considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave;
- b) Tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener; y

- c) Transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables.

Al margen del Derecho internacional, la sentencia del TIJ en el asunto *Barcelona Traction* de 1970 ya reconocía la posibilidad de que «el legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede además conceder a los ciudadanos el derecho a exigir que esa obligación sea respetada y apoyar tal derecho con sanciones» (CIJ Rec. 1970, pág. 44). Por tanto, los derechos nacionales sí que pueden otorgar a sus ciudadanos nacionales la titularidad de un derecho a que su Estado ejercite la protección diplomática en su beneficio. De esta forma, dentro del ordenamiento jurídico nacional el particular se convertiría en titular de un derecho a que su Estado ejercite la protección diplomática en su beneficio. En la práctica esta posibilidad, que podría limitar la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática, ha sido muy poco desarrollada por los Estados, por lo que no se puede afirmar que la tendencia de los Estados sea al reconocimiento de un derecho al ejercicio de la protección diplomática por parte de sus nacionales.

3. Requisitos para su ejercicio

En la identificación de los requisitos necesarios para el ejercicio de la protección diplomática es donde se puede distinguir mejor la protección diplomática en sentido estricto de otras figuras afines. Y ello porque, para que un Estado puede ejercitar la protección diplomática en favor de un particular, de acuerdo con el Derecho internacional, se tienen que cumplir dos requisitos: en primer lugar, que existe un vínculo de nacionalidad entre el particular y el Estado que le protege a través de la protección diplomática, y en segundo lugar, que el particular haya utilizado los medios previstos en el ordenamiento jurídico del Estado que le ha producido el daño para obtener una reparación, sin haberlo logrado.

Se habla de la existencia de un tercer requisito, «las manos limpias», es decir, que la conducta desarrollada por el particular no haya intervenido de manera directa o indirecta en la aparición de las consecuencias negativas. En concreto, se suele referir a que el comportamiento del particular no haya violado el ordenamiento interno del Estado que causa la lesión, o el Derecho internacional, o que el individuo no asuma voluntariamente una posición de peligro o riesgo. No obstante, este requisito no está realmente asentado en la práctica y, por tanto, no se puede considerar como necesario para el ejercicio de la protección diplomática.

3.1. La nacionalidad del particular

El Derecho internacional establece como necesaria la existencia de un vínculo entre el Estado que ejerce la protección diplomática y el particular en cuyo favor se ejercita. Ese vínculo es la nacionalidad. De manera que, de acuerdo con el artículo 3.1. del Proyecto de A de 2006: «el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad», entendiendo por tal, a los efectos del ejercicio de la protección diplomática, el Estado «cuya nacionalidad ha adquirido dicha persona, de conformidad con la legislación de ese Estado, en razón del lugar de nacimiento, la filiación, la naturalización, la sucesión de Estados o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el Derecho internacional» (artículo 4 del Proyecto de Artículos de 2006). La determinación del régimen jurídico de la nacionalidad sigue las reglas que el propio Estado haya establecido en su Derecho nacional, siendo este dominio reservado de los Estados, tal y como reconoce la jurisprudencia internacional (TPJI Opinión Consultiva en el asunto de los Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y en Marruecos (zona francesa), 1923).

Para el ejercicio de la protección diplomática se exige que el particular haya ostentado la nacionalidad del Estado que le protege de modo continuado, es decir, «desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación» (artículo 5.1 del Proyecto de Artículos de 2006). Además, se establece la presunción de la

continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas. Con esta regla se evitan los posibles abusos de derecho y los cambios de nacionalidad para aprovecharse del ejercicio de este derecho (*nationality shopping*). No obstante, se reconocen excepciones a esta regla. Así, el Proyecto de Artículos de la CDI establece que:

un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en la fecha en la que se produjo el perjuicio, siempre que esa persona haya tenido la nacionalidad de un Estado predecesor o haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado reclamante de un modo que no esté en contradicción con el Derecho internacional. (artículo 5.2)

Y en este contexto, se fija como límite a esta excepción el que no se podrá presentar la reclamación contra el Estado del que fuese nacional el particular en el momento de la comisión del hecho internacionalmente ilícito.

En los supuestos de doble o múltiple nacionalidad se prescribe que se podrá ejercitar la protección diplomática por cualquiera de los Estados de la nacionalidad, o por varios de ellos de manera conjunta, siempre y cuando no se ejercite contra otro Estado del que el particular ostente la nacionalidad (artículo 6). El Proyecto de Artículos se aleja en este punto de la regla de la «nacionalidad efectiva» que la jurisprudencia del TIJ estableció en el asunto *Nottebhom* (*Liechtenstein c. Guatemala*), en 1955. Por otra parte, el artículo 7 recoge que:

un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

Con respecto a los apátridas, el artículo 8 del Proyecto de Artículos del 2006 establece que se podrá ejercer la protección diplomática a favor de una persona apátrida, que tenga residencia legal y habitual en ese Estado, debiéndose cumplir el requisito de la continuidad en este supuesto. En iguales condiciones se reconoce la posibilidad de ejercicio de la protección diplomática en el caso de los refugiados, con la limitación de no poder ejercer la protección diplomática contra el Estado de la nacionalidad del refugiado.

Las personas jurídicas también pueden ser sujeto pasivo del ejercicio de la protección diplomática. A estos efectos, se entenderá que el Estado de su nacionalidad es el Estado de su constitución, o el Estado en el que tengan su sede y control financiero (artículos 9 y 10). Por otra parte, el Estado de la nacionalidad de los accionistas no tiene derecho a ejercer la protección diplomática para proteger a estas personas en los casos de perjuicios causados a la sociedad, salvo en tres supuestos:

- a) Cuando la sociedad haya dejado de existir (artículo 11.a).
- b) Cuando «la sociedad haya tenido, en la fecha en la que se produjo el perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca y la constitución de la sociedad en ese Estado haya sido exigida por este como condición previa para realizar negocios en dicho Estado» (artículo 11.b).
- c) Cuando los accionistas vean lesionados sus derechos propios de-
rechos en cuanto accionistas (artículo 12).

3.2. *El agotamiento previo de los recursos internos*

El segundo requisito que se instituye en el ordenamiento jurídico internacional para ejercitarse la protección diplomática se asienta sobre la premisa de dar la oportunidad al Estado que ha cometido la lesión de repararla por sus propios medios, es decir, por los que se establezcan en

su Derecho interno. De ahí que, el Estado que ejerza la protección diplomática deba solicitar al particular que haya agotado previamente todos los recursos disponibles en el ordenamiento interno del Estado que le provocó el daño (artículo 14 del Proyecto de Artículos de 2006).

Se trata de una norma consuetudinaria, bien asentada en la práctica y la jurisprudencia internacionales, de la que se derivan algunas conclusiones. En primer lugar, se prioriza el tratar de solucionar la cuestión en el ámbito interno del Estado infractor, ofreciéndole al Estado la posibilidad de solventar la cuestión en su foro y evitando el inicio de una reclamación internacional.

En segundo lugar, el particular tiene que utilizar todos los mecanismos posibles de defensa que le ofrezca el ordenamiento interno del Estado infractor, lo cual incluye tanto mecanismos jurisdiccionales como administrativos. Y en tercer lugar y como consecuencia de lo anterior, la protección diplomática se configura como un último recurso para la protección de los derechos del particular, por eso hay que agotar todos los recursos disponibles antes de acudir a ella.

Ahora bien, se trata de una regla que no es absoluta, sino que admite excepciones. En concreto, el artículo 15 del proyecto de artículos reconoce cinco, es decir, que no se exige el agotamiento previo de los recursos internos:

- a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación.
- b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca.
- c) No existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca.

d) La persona perjudicada esté manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos (por los costes elevados de los recursos o porque no pueda entrar en el Estado)

e) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos (siendo necesario que la renuncia sea expresa y conste por escrito; Sentencia CIJ en el asunto Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), 20 de julio de 1989, párrafo 50).

4. Ejercicio de la protección diplomática

Desde el punto de vista del Derecho internacional, no existe una obligación de presentar de una forma específica la reclamación para el ejercicio de la protección diplomática. En este sentido, en la Sentencia en el asunto relativo a la Barcelona Traction en 1970, el TIJ en su párrafo 43 reconoce que: «en los límites establecidos por el Derecho internacional, un Estado puede ejercitar la protección diplomática por los medios y en la medida en que le parezca necesario, pues es su propio derecho lo que el Estado hace valer».

Así pues, puede realizarse mediante la presentación de una reclamación formal por parte del Estado que protege a su nacional o nacionales, o bien con la firma de un acuerdo. El primer supuesto es el más habitual y se suele gestionar por medios diplomáticos. Si esta vía resultase infructuosa, se podría recurrir a cualquiera de los medios de arreglo pacíficos de controversias que se admiten en el Derecho internacional (artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas). En el segundo supuesto citado, la firma de un acuerdo, este debe tener como objeto la protección de los intereses y derechos de los nacionales de un Estado. Se podría tratar de acuerdos firmados una vez surge una controversia internacional, por ejemplo, los acuerdos de compensación global, generalmente de contenido económico, o acuerdos previos de contenido más amplio, como algunos acuerdos de cooperación judicial en materia penal.

5. Límites al ejercicio de la protección diplomática

El ejercicio de la protección diplomática debe desarrollarse en el marco de los principios que rigen las relaciones internacionales y el Derecho internacional. Es decir, que se solo puede ejercitarse la protección diplomática por medios lícitos y pacíficos, quedando prohibida la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza para su ejercicio.

6. La protección diplomática por las Organizaciones Internacionales

Las organizaciones internacionales también son titulares del derecho a la protección diplomática. Hay que recordar que en 1949 el TIJ fue preguntado sobre si Las Naciones Unidas, como organización internacional, tenía capacidad para presentar una reclamación contra un Estado, con la finalidad de obtener una reparación por los perjuicios que hubieren podido causar a la organización, tanto directamente a ella, como a sus funcionarios o agentes. En su Opinión consultiva sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas el Alto Tribunal confirmó que la ONU poseía una personalidad internacional objetiva, lo que implicaba que contaba con capacidad para presentar reclamaciones internacionales; y añadía que esta capacidad, si bien no se encontraba expresamente enunciada en la Carta, era consecuencia necesaria y esencial para el ejercicio de las funciones que tenía atribuidas (Opinión consultiva sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, 1949, p. 185). A raíz de esta opinión, hay que considerar que estos sujetos de Derecho internacional podrán ejercer la protección diplomática contra un Estado u otra organización internacional, con el objetivo de dar protección a sus funcionarios y agentes por los daños que se les ocasionen en el ejercicio de sus funciones. En este caso, la base del ejercicio de este derecho es la protección funcional. En el resto, es decir, en cuanto a los requisitos y las formas de ejercicio de la protección diplomática por las organizaciones internacionales, este derecho resulta idéntico al que rigen para los Estados.

Autora: Esther López Barrero
(Profesora titular de Derecho Internacional Público,
Universidad a Distancia de Madrid - Udimma)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Texto del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática*, 2006; DÍAZ BARRADO, Castor M. «La protección diplomática en el Derecho internacional contemporáneo: cuestiones generales». En *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, 2016, n.º 1, pp. 163-182; RIPOL CARULLA, Santiago. *Derecho internacional público. La paz a través del Derecho*. Madrid: Udimma, 2017, pp. 294-302.

PRUEBA ILÍCITA

1. Concepto

Entendemos por prueba en el proceso penal «aquella actividad procesal de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de este último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes» (TOMÉ GARCÍA). Pues bien, no parece correcto desde el punto de vista del desarrollo de un proceso justo que se incorpore material probatorio que se haya obtenido vulnerando la ley ni desde la perspectiva de la presunción de inocencia que se pueda condenar a un sujeto basándose en pruebas obtenidas de este modo. En este contexto surge el concepto de la prueba ilícita. Con todo, su definición no es unívoca, como veremos en el apartado siguiente, ya que según los valores y principios que primen en cada ordenamiento, se ha optado por un concepto más o menos amplio: a) concepto amplio: es prueba ilícita la que se ha obtenido vulnerando las leyes (por ejemplo, es el que se defiende en Brasil); b) posición intermedia: es prueba ilícita la que se produce con violación de derechos y garantías fundamentales (por ejemplo, en Colombia, México o tradicionalmente España, en virtud del artículo 11.1 LOPJ); c) concepto restringido: desde un prisma más estricto, se exige para considerar la prueba

ilícita no solo que con su obtención se hayan vulnerado derechos fundamentales sino también que se hayan infringido las garantías propias del proceso justo (posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que está siendo acogida recientemente por el Tribunal Constitucional español tras la STC 97/2019).

2. *Tratamiento legal*

El tipo de tratamiento legal que se da a la prueba ilícita es muy diverso en los distintos Estados. En no pocos ordenamientos reviste protección constitucional (por ejemplo, en Portugal, Brasil, Colombia o México) mientras que en otros se aborda como una cuestión de legalidad ordinaria (así, por ejemplo, en Reino Unido, Alemania o Italia). Tras la Constitución de 1978, en España se ha otorgado a la cuestión de la prueba ilícita una protección especial en una norma de carácter orgánico: en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto, su artículo 11.1 dispone lo siguiente: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales». Con todo, esta norma tiene un claro apoyo constitucional desde el momento en que la práctica de pruebas conculcando derechos fundamentales resulta contraria al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, amparados en el artículo 24.2 CE (por todas, STS 1190/2017, de 6 de abril). Pese que, como se ve, son distintas las formas de regular a nivel nacional la prueba ilícita, en lo que casi todos los países suelen coincidir es en la necesidad de excluir todo aquel material probatorio que se haya obtenido con violación de normas esenciales y, desde luego, con contravención de derechos fundamentales.

Pese a este reconocimiento generalizado a nivel nacional, en el marco del Consejo de Europa la protección ha quedado más mitigada: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que no debe entrar a examinar la admisibilidad de las pruebas, que «corresponde ante todo al Derecho interno» (asunto Schenck vs. Suiza, de 12 de julio de 1988, resolución objeto de voto disidente de 6 de sus Magistrados, que

entendía que debía bastar la infracción de un derecho fundamental para apreciar la lesión del artículo 6 CEDH) y, por consiguiente, entiende que no puede «excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente». Así, con arreglo a las exigencias del artículo 6 CEDH (o a otro precepto que también merezca idéntica protección: véase asunto *Cwik c. Polonia*, de 5 de noviembre de 2020, que excluye una prueba de confesión obtenida con malos tratos de particulares, en virtud del artículo 3 CEDH; o asunto *Khan c. Reino Unido*, de 12 de mayo de 2000, o *Allan c. Reino Unido*, de 5 de noviembre de 2002, en los que se estimó el quebranto del artículo 8 CEDH), únicamente atenderá a aquellos supuestos concretos en los que la no exclusión de la prueba ilícita hubiera dado lugar a un proceso no equitativo.

3. *Alcance*

La ilicitud no solo puede predicarse de los medios de prueba practicados en el juicio oral (sí, por ejemplo, se emplea la tortura o tratos degradantes para extraer una confesión del acusado) sino que también puede afectar a las denominadas fuentes de prueba que se obtienen durante la fase de investigación y que luego se incorporan a la fase oral y pública (como ocurriría, por ejemplo, si se hubiera obtenido información sobre el hecho punible entrando a un domicilio sin autorización judicial).

4. *Eficacia*

Lógicamente, las pruebas ilícitas son apartadas de los procesos en prácticamente todos los ordenamientos con mayor o menor alcance. Cuando la vulneración de las leyes no implica lesión de derechos fundamentales, la sanción que se impone se limita a declarar la nulidad de dicha actividad probatoria, sin que deba extenderse a otras pruebas existentes en el proceso.

Sin embargo, cuando la obtención de la prueba ha lesionado derechos fundamentales se plantea el dilema sobre su eficacia y, sobre todo, la del

material probatorio que se haya podido conseguir a partir de ella. Aquí entra en juego la ponderación entre dos bienes en pugna: por un lado, el deber estatal de perseguir los delitos y de castigar a los culpables, a partir de la averiguación de la verdad, y, por otro, la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos. Plasmada esta diatriba en términos de prueba ilícita, cabría plantear las dos opciones siguientes: excluir por completo todo lo que derive de dicha prueba por entenderlo contaminado por la nulidad, con el riesgo que esto conlleva de que el Estado se priva de todo o parte del material incriminatorio necesario para condenar a los culpables o, por el contrario, admitir las pruebas obtenidas indirectamente al menos en parte bajo determinadas circunstancias para salvar parte del material probatorio reflejo. En este sentido, señala el Tribunal Constitucional español que «el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos» (STC 114/84, de 29 de noviembre).

La opción de la exclusión total se ha explicado por doctrina y jurisprudencia a partir de la «teoría de los frutos del árbol envenenado» (*the fruit of the poisonous tree*), defendida por la jurisprudencia de Estados Unidos desde 1920 a raíz del caso *Silverthorne Lumber Company c. Estados Unidos*, de 26 de enero, con objeto de excluir el material obtenido en un registro realizado sin cobertura judicial por los agentes del Gobierno. Esta doctrina fue posteriormente incorporada por el Tribunal Supremo estadounidense tras el caso *Nardone* en 1939 para excluir los datos obtenidos mediante una intervención de las comunicaciones telefónicas realizada de forma ilegal.

Esta aproximación a la ilicitud fue incorporada en diversos ordenamientos nacionales.

En España, tras la Constitución de 1978, las primeras referencias a la exclusión probatoria toman como punto de referencia esta «teoría de los

frutos del árbol envenenado». Así, en la conocida STC 114/1984 antes citada, se defendía con firmeza que no solo estaba prohibido tener en cuenta la prueba obtenida directamente lesionando derechos fundamentales sino también todo aquello procurado de forma indirecta a partir de ella (por el denominado «efecto reflejo» de la prueba ilícita). Esta tesis derivaba, según el Tribunal, de la exigencia constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE. Un año más tarde, con esta doctrina como referencia, el legislador construyó la regla de exclusión en el artículo 11.1 LOPJ, que, como antes hemos señalado, resta toda eficacia tanto a lo obtenido directa como indirectamente violentando derechos fundamentales. Ahora bien, la aplicación a ultranza de esta teoría conducía a situaciones poco deseables para la sociedad y para el Estado, ya que conllevaba con frecuencia dejar libre a sujetos claramente culpables y a excluir pruebas que no necesariamente estaban envenenadas. Por esta razón su aplicación estricta se fue suavizando en España, en línea con lo que se estaban haciendo otros países, contemplándose ciertas excepciones, exclusiones o criterios mitigadores. En nuestro país este cambio interpretativo se consagró a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, que abrió camino a la denominada «conexión de antijuridicidad», que exige que, para que se aplique la teoría de los frutos del árbol envenenado, deba apreciarse una relación de causalidad entre las dos pruebas (la lícita y la ilícita), que determine una efectiva transmisión jurídica de la ilicitud de una prueba a la otra. Para ello el tribunal deberá analizar caso por caso, en función de las circunstancias concurrentes, lo que se denomina un «juicio de experiencia» que permite saber si ha de concederse o no eficacia a la prueba vinculada a la prueba ilícita. En concreto, aunque los criterios de ponderación son indeterminados y algo difusos (ASENCIO MELLADO), podrían identificarse los siguientes factores como ejemplos de esa «desvinculación» entre las dos pruebas los siguientes: a) posibilidad de que la información se hubiera podido obtener por fuentes independientes de la prueba ilícita; b) que el descubrimiento fuera inevitable, esto es, que se hubiera conocido aunque no se hubiera practicada dicha prueba; c) la buena fe de los agentes actuantes; d) la importancia de la fuente en el conjunto de la prueba; e)

en ocasiones, la propia confesión del acusado. Tras años interpretando el artículo 11.1 LOPJ conforme a estos parámetros, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, dictada en el conocido como caso Falciani (que avala la línea marcada sobre este caso la STS 471/2017, de 23 de febrero), pese a que comienza haciendo un recorrido por toda la doctrina constitucional antes señalada, opta finalmente por un camino de rumbo (en palabras de ASENSIO MELLADO, establece «una teoría absolutamente contraria a la mantenida desde 1984»), modificando el juego de las reglas sobre la prueba ilícita en España, siguiendo esquemas más propios de sistemas jurídicos anglosajones. Así, vino a afirmar el Constitucional que, incluso en los casos en los que haya una vulneración de un derecho fundamental (como ocurrió en ese caso con el derecho a la intimidad), no se produce automáticamente ni la exclusión probatoria ni la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. En otras palabras, que «la violación de derechos y la aportación de lo obtenido de este modo como prueba no constituye en sí mismo una vulneración de una garantía propia, ínsita en el artículo 24.2 y en el artículo 14 CE, sino que esa violación solo producirá el efecto anulatorio si, a su vez, infringe los principios del proceso justo y equitativo, es decir, la de otras garantías que, ya por sí solas, ya producirán la correspondiente nulidad» (ASENCIO MELLADO).

Autora: María Luisa Villamarín López

(Profesora titular de Derecho Procesal, Universidad Complutense de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. Madrid: Marcial Pons, 2009; ARMENTA DEU, Teresa. «Prueba ilícita y reforma del proceso penal». En *Revista del Poder Judicial*, 2006, n.º especial XIX, pp. 177-211; AGUILERA MORALES, Marien. «Regla de exclusión y acusatorio». En AA. VV. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008; ASENSIO MELLADO, José María. «Prueba ilícita: declaración y efectos». En *Revista General de Derecho Procesal*, 2012, n.º 26; ASENSIO MELLADO, José María. «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita». En *Diario La Ley*, 3 de

octubre del 2019; CHOZAS ALONSO, José Manuel. «Breve reflexión sobre la prueba ilícita en el proceso penal español». En ROBLES GARZÓN, Juan Antonio y ORTELLS RAMOS, Manuel (directores). *Problemas actuales del proceso iberoamericano*. Málaga: Diputación Provincial de Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (Cedma), 2006, p. 483 y ss.; PICÓ I JUNOY, Joan. «Nuevas perspectivas sobre la prueba ilícita». En ALONSO SALGADO, Cristina y CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 627-648; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús. «El proceso penal español y la prueba ilícita». En *Revista de Derecho*, 2005, vol. 18, pp. 187-211; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 2004; MADRID-BOQUÍN, Christa. «La prueba prohibida ante el TEDH: luces y sombras del caso Zherdev c. Ucrania». En *Revista de estudios europeos*, 2017, n.º especial; THAMAN, Stephen. *Exclusionary rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013; CUADRADO SALINAS, Carmen. *Fundamento y efectos de la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

PRUEBA TECNOLÓGICA

La prueba es un elemento de especial importancia en el proceso penal y un aspecto ineludible en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos. La prueba en la era de las nuevas tecnologías no escapa de esta afirmación, incluyendo la prueba tecnológica.

La prueba tecnológica es una fuente de prueba (apelando a la diferencia clásica entre fuente y medio de prueba acuñada por CARNELUTTI) consistente en un archivo o dispositivo informático que contiene «metadatos», esto es, información adicional sobre su contenido almacenado en forma de ceros y unos que necesita de su transformación en información legible.

Los «metadatos» que contienen este tipo de evidencias son útiles en ocasiones para aportar al proceso ulterior información que no está disponible en otras pruebas que no tienen relación con las TIC (tecnologías de la información y de la comunicación). Así, por ejemplo, una fotografía digital almacena la hora y el día en la que la han tomado e, incluso, el modelo del dispositivo utilizado; las comunicaciones a través de aplicaciones de mensajería bidireccional permiten conocer desde qué terminal las han enviado y/o recibido y en qué momento; y los documentos Word guardan el contenido sobre el momento de su creación y, en su caso, de su posterior modificación.

Las pruebas tecnológicas son, por tanto, prácticamente ilimitadas: un *pendrive*, un ordenador, un WhatsApp, un correo electrónico, un comentario en un foro, un tuit, un documento digital, un vídeo de YouTube, una publicación temporal en Instagram.

En el ordenamiento jurídico español, el contenido tecnológico tiene cabida en el proceso —siempre que sea útil, pertinente y se haya obtenido con pleno respeto a los derechos fundamentales— a través de la prueba documental, de la prueba pericial, del reconocimiento judicial o de la «de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso». Sin embargo, habrá que estar al tipo de prueba tecnológica de que se trate, ya que existen importantes diferencias entre ellas. Así, por ejemplo, no es equiparable, por sus propias características, un documento en PDF a un *pendrive*.

La aportación de elementos tecnológicos para acreditar hechos en un proceso se hará en otros ordenamientos utilizando los medios de prueba equiparables.

La documental es el cauce más utilizado para la práctica de las pruebas tecnológicas. Ello suele hacerse imprimiendo el archivo digital (un

correo electrónico, un WhastApp, etc.) y aportándolo, con lo que se pierden los metadatos que caracterizan a la prueba tecnológica. Esto no puede hacerse, por razones obvias, con los dispositivos (ordenadores, teléfonos móviles, USB, etc.), ya que no puede documentarse en papel.

El ordenamiento procesal español reconoce a los documentos eficacia tasada en relación con su existencia cierta, aunque no pueda entenderse como un valor de autenticidad de la veracidad intrínseca de su contenido. Para el caso de que se impugnen de contrario, la ley procesal española exige la práctica de prueba instrumental que acredite su autenticidad.

Igual eficacia se reconoce a los documentos públicos (aquellos testimonios de los fedatarios públicos, por ejemplo), pero, en este caso, su impugnación conlleva únicamente su cotejo o comprobación con el original. Es por ello que se ha convertido en práctica forense habitual la aportación del documento de un fedatario que corrobore que en una página web consta una información determinada o que una conversación escrita impresa concuerda con lo que puede leerse en la pantalla de un teléfono móvil. Ello no obstante, tal documento solo hace prueba de que el profesional realizó el acta en una fecha concreta, con la presencia de las personas identificadas y de la realidad percibida, pero no sobre si el contenido es real o si, por el contrario, ha sido creado ficticiamente o modificado.

Otro medio de prueba útil para la aportación de fuentes de prueba tecnológicas es la pericial, que se practica a través de la aportación de un informe escrito elaborado de acuerdo con su conocimiento técnico y de su ratificación por parte del especialista que lo ha realizado en el acto del juicio. Aunque desde algunas posiciones se ha señalado que este medio de prueba es indispensable para introducir evidencias tecnológicas al proceso por ser el único que podrá aportar total convicción científica sobre la originalidad y autenticidad de una comunicación telemática, no siempre resulta necesario alcanzar tal grado de convicción técnica, pues

hay otros medios de prueba igualmente útiles para advenir tal información (como, por ejemplo, una declaración testifical o la mera aportación documental).

Además, un informe de estas características, que muchas veces deberá realizarse sobre el dispositivo (lo que no siempre es posible), es complejo, costoso y lento. Así, la elaboración de esta pericia es complicada porque ni siquiera los expertos pueden acreditar con total fiabilidad la autenticidad o no de una prueba pericial y ya hay experimentos que demuestran que es posible manipular el contenido de una conversación de mensajería instantánea de uno de los terminales sin dejar rastro aparente ante un peritaje informático tipo. Será necesario, además, examinar la cadena de custodia, que no es posible garantizar en todas los casos. A ello cabe añadir que la práctica de un informe pericial informático es también gravosa porque su aportación y práctica supone unos gastos económicos añadidos, tanto para las partes, cuanto para la Administración de Justicia, pues en muchos asuntos es preciso suspender la vista y citar a las partes para continuar con la celebración en otro momento. Y, por tanto, es dilatorio del procedimiento porque en ocasiones se alarga el juicio para practicar esta prueba como instrumental a fin de determinar la autenticidad del elemento digital, lo que puede derivar, incluso, en la transformación del procedimiento.

También el reconocimiento judicial parece un medio apto para incorporar evidencias tecnológicas a través de la percepción directa por el juez de aquellos datos objeto de prueba, como el acceso desde el ordenador del juzgado a una determinada página web, el examen en Sala de los correos electrónicos remitidos desde una dirección de email o la exploración del contenido de un teléfono móvil. El problema, no obstante, puede darse en relación con la posible alteración de una prueba tecnológica previamente al reconocimiento judicial. A estos efectos, una posible solución es, en primer lugar, que se asegure previamente la evidencia a través de un sellado tecnológico conocido como *hash* y que, posteriormente, la práctica se auxilie con un perito para comprobar que

la fuente probatoria no ha sido alterada con respecto a aquella «marcada». Otra técnica a disposición de la parte en la práctica del reconocimiento judicial es el recurso a páginas web que almacenan registros del histórico de los cambios de otras URL y que permiten consultar su contenido en una fecha concreta anterior.

Finalmente, los «medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso» son también un medio de prueba útil para introducir vídeos, audios, archivos informáticos, ordenadores, CD, *pendrives*, teléfonos móviles, tabletas, discos duros u otros dispositivos de estas características. Esto es, componentes intangibles digitales que, o bien no pueden practicarse como documental, o bien su incorporación por este medio conlleva la pérdida de sus «metadatos» cuando esta información resulte imprescindible.

Estos son, por tanto, los medios de prueba aptos para la práctica de pruebas tecnológicas en el proceso. Es recomendable, en todo caso, que, siempre que sea posible, estas evidencias digitales vengan reforzadas por varios elementos de prueba. Así, por ejemplo, si la parte reconoce o afirma los hechos controvertidos (que ha enviado un correo electrónico, que ha visto una fotografía digital, etc.); o si un testigo declara que ha participado de una conversación de mensajería instantánea, que ha sido uno de los destinatarios de un correo electrónico controvertido o que ha sido llamado para certificar el registro del ordenador de un compañero de trabajo por parte del empleador, esta información contribuirá al acervo probatorio del asunto para introducir la prueba tecnológica al proceso.

*Autora: Paloma Arrabal Platero
(Profesora de Derecho Procesal,
Universidad Miguel Hernández - Elche)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARMENTA DEU, Teresa. «Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales)». En *IDP: Revista de Internet, Derecho Y Política*, 2018, n.º 27; ARRABAL PLATERO, P. «El derecho fundamental al propio entorno virtual y su incidencia en el proceso». En FUENTES SORIANO, Olga (directora) y otros. *Era Digital, sociedad y Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; ARRABAL PLATERO, Paloma. «La videovigilancia como prueba en el proceso». En *Revista General de Derecho Procesal*, 2015, n.º 37; ARRABAL PLATERO, Paloma y FUENTES SORIANO, Olga. «Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un “principio de prueba. Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio»». En *Revista General de Derecho Procesal*, 2019, n.º 47; ARRABAL PLATERO, Paloma. *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; ASECIO MELLADO, José María. «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales». En *Diario La Ley*, 2013, n.º 8009; ASECIO MELLADO, José María. *Derecho procesal civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; BUENO DE MATA, Federico. «La validez de los “screenshots” o “pantallazos” como prueba electrónica a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». En NEIRA PENA, Ana María (directora) y otros. *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 141-152; BUENO DE MATA, Federico. «La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica». En *Diario La Ley*, sección «Tribuna», n.º 8728, 23 de marzo de 2016; BUENO DE MATA, Federico. *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019; BUENO DE MATA, Federico. *Prueba electrónica y proceso 2.0*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014; BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. «La valoración de la prueba electrónica». En BUENO DE MATA, Federico (coordinador). *Fodertics 3.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*. Granada: Comares, 2015; CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982; FUENTES SORIANO, Olga. «El valor probatorio de los correos electrónicos». En ASECIO MELLADO, José María (director) y otros. *Justicia*

penal y nuevas formas de delincuencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 183-212; FUENTES SORIANO, Olga. «La impugnación de la prueba digital». En ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo y GARCÍA MOLINA, Pablo (directores). *Tendencias actuales del Derecho Procesal*. Granada: Comares, 2019; FUENTES SORIANO, Olga. «Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias». En *Práctica de Tribunales*, noviembre-diciembre 2018, n.º 135; GARCÍA MESCUA, Daniel. *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales*. Granada: Comares, 2018; GIMENO SENDRA, Vicente. «Las intervenciones electrónicas y la policía judicial». En *Diario La Ley*, 4 de diciembre de 2009, n.º 7298, sección «Tribuna»; GIMENO SENDRA, Vicente. «Libertad de expresión, honor e intimidad personal». En *Economist & Jurist*, 2010, vol. 17, n.º 136; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. «La prohibición constitucional del uso de cámaras ocultas en el marco del denominado periodismo de investigación». En *Derecomm, Nueva Época*, 2012, n.º 10; GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. Madrid: Wolters Kluwer, 2017; GUERRERO PICÓ, Maria del Carmen. *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Cizur Menor: Thomson Civitas-Aranzadi, 2006; HERRERO GIMÉNEZ, Rubén. «Intimidad (artículo 18.2 CE), investigación policial y sus límites: la intromisión virtual. Estudio de la STS n.º 329/2016, de 20 de abril de 2016 y algunas manifestaciones jurisprudenciales». En *Estudios penales y criminológicos*, 2017, vol. XXXVII; LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. «Intervenciones de las comunicaciones». En RIVES SEVA, Antonio (director). *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, tomo II, pp. 233-578; LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo. «Prueba electrónica y notariado». En OLIVA LEÓN, Ricardo y VALERO BARCELÓ, Sonsoles (coordinadores). *La prueba electrónica. Validez y eficacia probatoria*. Juristas con futuro, 2016; LUCENA CID, Isabel Victoria. «La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización». En *Revista Internacional de Pensamiento Político, primera época*, 2012, vol. 7; ORTEGA GIMENEZ, Alfonso y GONZALEZ MARTÍNEZ, José Antonio. «Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización

del correo electrónico por los trabajadores y control empresarial». En *Diario La Ley*, 2009, n.º 7188, sección «Doctrina»; ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2004; PÉREZ GIL, J. «Investigación penal y nuevas tecnologías: algunos de los retos pendientes». En *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2005, n.º 7; PINTO PALACIOS, Fernando y PUJOL CAPILLA, Purificación. *La prueba en la era digital*. Madrid: Wolters Kluwer, 2017; PUYOL MONTERO, J. *Una aproximación a los aspectos legales de las nuevas tecnologías*. Madrid: Sepín, 2017; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. «¿Sobran las palabras? Los emojis como prueba en el proceso judicial». En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, septiembre-diciembre 2019, tomo LXIX, n.º 275; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. «Me lo ha contado un pajarito: los tweets como prueba en el proceso». En BUENO DE MATA, Federico (director) y otros. *Processulus: estudios sobre Derecho procesal*. Madrid: Comares, pp. 191-201; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. «Redes sociales y proceso penal. Una radiografía». En CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (directora) y ALONSO SALGADO, Cristina (coordinadora). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal*. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 321-346; RUBIO ALAMILLO, Javier. «Cadena de custodia y análisis forense de smartphones y otros dispositivos móviles en procesos judiciales». En *Diario La Ley*, 2018, n.º 22; VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Sepín, 2016.

PRUEBA TRANSFRONTERIZA (EN EL ÁMBITO DE LA UE)

Desde el punto de vista procesal, la prueba es necesaria en la investigación, en la demostración y/o verificación de los hechos.

En el marco de la Unión Europea (UE), desde 1999 viene desarrollando un sistema de libre circulación y admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros. Se trata de una iniciativa en constante evolución en la medida en que una mirada retrospectiva al tema permite ver que van apareciendo nuevos instrumentos jurídicos en la búsqueda de un

mecanismo de obtención de prueba eficaz en los diferentes ámbitos de la práctica jurídica en materia penal (VERMEULEN, Gert; DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin. *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?* Antwerpen: Maklu, 2010; GLESS, Sabine. «Free movement of evidence in Europe». En ARMENTA DEU, Teresa; GASCIN INCHAUSTI, Fernando y CEDEÑO HERNAN, Marina. *El Derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de future*. Madrid: Colex, 2006; VERVAELE, John (editor). *European evidence warrant: transnational judicial enquiries in the EU*. Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2005), build on the principle of mutual recognition (SUOMINEN, Annika. *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*. Bergen: Intersentia, 2010).

Para explicar esta evolución es necesario comenzar abordando lo que implicaría el reconocimiento mutuo (MR) en el seno de la UE.

En puridad, el MR de pruebas significaría que las pruebas obtenidas legalmente en un Estado miembro de la UE deberían ser libremente transferibles y *per se* admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros. Sin embargo, el camino hacia este objetivo ha resultado ser largo y tortuoso debido a la complejidad de los sistemas nacionales probatorios entre los distintos Estados de la UE y al hecho de que la recopilación de pruebas está estrechamente vinculada con los principios básicos de los sistemas nacionales de justicia penal.

El desarrollo de un nuevo régimen basado en el MR para la libre circulación y la admisibilidad mutua de pruebas también ha requerido la transición del sistema ya existente de recopilación de pruebas: la asistencia legal (o judicial) mutua (MLA).

De hecho, en una etapa anterior al reconocimiento mutuo, la cooperación probatoria se regía por el régimen de MLA basado en tratados multilaterales y bilaterales. En líneas generales, la MLA se basa en una soli-

citud de cooperación y, mas concretamente, en Comisiones rogatorias (emitidas de conformidad con la ley interna del Estado que solicita la asistencia) y el canal que sigue esta solicitud de cooperación involucra a las autoridades del Estado requerido (generalmente al Ministerio de Justicia, o a la justicia del Estado cooperante en determinados casos). Asimismo, es importante tener presente que la asistencia judicial recíproca no suele contemplar plazos para responder a la Comisión rogatoria y deja un amplio margen de discrecionalidad al país requerido en cuanto a la ejecución de la solicitud de cooperación.

El principal instrumento de asistencia judicial en materia penal utilizado en Europa fue el Convenio Europeo de Asistencia Mutua en Materia Penal de 1959 y el cual fue desarrollado en el marco del Consejo de Europa (ETS 030, a menudo llamado «tratado madre»), acompañado de los Protocolos Adicionales del 17 de marzo de 1978 (ETS 099) y de 8 de noviembre de 2001 (ETS 182). El Convenio cubre la medida más amplia de asistencia mutua con miras, entre otras cosas, a reunir pruebas, escuchar a testigos, expertos y personas procesadas, proporcionar información en relación con los procedimientos e intercambiar información de los registros judiciales. Y es oportuno anotar que el Consejo de Europa no es una institución de la UE, sino una organización internacional diferente a la UE).

En este escenario, es importante anotar que otro instrumento previo al reconocimiento mutuo es el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (Diario Oficial L 239), que complementa el «tratado madre» en el contexto de los países de la UE con, entre otras cosas, las normas específicas sobre comisiones rogatorias para el registro o la incautación.

Asimismo, debido a la creciente importancia de la asistencia judicial recíproca y la necesidad de mejorar la rapidez y eficacia de la cooperación judicial, la UE adoptó el Convenio de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de

conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea (Convenio MLA 2000) (Diario Oficial C 197).

El objetivo principal del Convenio MLA 2000 fue complementar las disposiciones y facilitar la aplicación entre los Estados miembros de la UE de los instrumentos mencionados anteriormente, a saber, el Convenio de 1959 y su Protocolo de 1978, así como el Convenio de Implementación de Schengen. Para tal efecto, el Convenio MLA 2000 establece reglas sobre las formas especiales de ALM: audiencia por videoconferencia o conferencia telefónica, entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación, investigaciones encubiertas, interceptación de telecomunicaciones, traslado temporal de personas detenidas, así como canales para intercambiar información de manera espontánea. El Convenio MLA 2000 ha sido complementado por el Protocolo de 2001 (Diario Oficial 326) que ha ampliado aún más su alcance a las normas específicas sobre la recopilación de información transfronteriza sobre cuentas bancarias y transacciones bancarias, así como sobre el seguimiento de las transacciones bancarias.

Los instrumentos MLA, con todos los beneficios derivados de esta forma de cooperación (como la flexibilidad y el amplio ámbito de aplicación), se han vuelto ineficaces para abordar las necesidades de la Unión Europea en expansión.

Los procedimientos de ALM demostraron ser demasiado lentos y engorrosos, y no aseguraron que la emisión de la Comisión rogatoria resulte provechosa en la obtención de asistencia. Por lo tanto, la UE ha comenzado a trabajar en las soluciones que mejor se adapten a sus necesidades y reemplacen el régimen de asistencia mutua, centrado en las comisiones rogatorias, por un régimen de reconocimiento mutuo. Con este nuevo enfoque, se cambió el canal de cooperación de las autoridades centrales a las judiciales y de las comisiones rogatorias a las órdenes estándar, lo que agilizó y estructuró significativamente el procedimiento.

Por su parte, los instrumentos basados en MR también introdujeron plazos para el reconocimiento y ejecución de las órdenes y motivos comunes de denegación. Esto es muy importante en un mercado único y en un espacio de libertad y seguridad que comparten los Estados de la UE y, a la vez, mejora la transparencia de la cooperación y tiene un impacto positivo en su rapidez.

La facilitación de la cooperación también debía lograrse mediante la limitación del control de la doble incriminación si el delito, en cuyo contexto se buscan las pruebas, se relaciona con los denominados «eurodelitos» y si son punibles en el Estado de emisión por una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos tres años (la misma lógica que la adoptada en la Orden de detención europea).

El primer instrumento basado en el reconocimiento mutuo fue la Decisión marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de órdenes de embargo preventivo de bienes probatorios (DO L 196). De acuerdo con este instrumento, la autoridad judicial que recibió la orden de congelamiento podía reconocerla y ejecutarla de inmediato de la misma manera que lo hace con su propia orden de congelamiento. A la autoridad de ejecución se le permitió denegar solo si uno de los motivos de denegación, enumerados en el artículo 7 de la Decisión Marco 2003/577, se aplica (por ejemplo, si la orden está incompleta o si existe una inmunidad en virtud de la ley del Estado de ejecución que hace que sea imposible ejecutar la orden). Las órdenes debían transmitirse directamente de la autoridad judicial de emisión a la de ejecución. A pesar de todo esto, la orden de congelamiento resultó ser insuficiente. La primera razón fue el ámbito de su aplicación, acotado a «objetos, documentos o datos que pudieran ser producidos como prueba en procesos penales». La segunda razón fue la falta de canal para la transmisión de las pruebas congeladas. En consecuencia, el Convenio MLA 2000 todavía estaba en uso, para todas las medidas no cubiertas por la Decisión marco 2007/577 (como el interrogatorio de testigos) y

para la transmisión de pruebas congeladas mediante la Decisión marco 2007/577.

El siguiente intento de elevar la cooperación probatoria al nivel de reconocimiento mutuo fue el Título Europeo de Obtención de Pruebas (Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, DO L 350). Se suponía que este instrumento reemplazaría el sistema de la UE de asistencia mutua en materia penal para obtener objetos, documentos y datos para su uso en materia penal. El ámbito de aplicación, esta vez limitado a las pruebas ya existentes, de nuevo condujo a un uso marginal del exhorto europeo de obtención de pruebas en la práctica. El Convenio MLA 2000 seguía siendo el principal instrumento de obtención de pruebas en la UE, por lo que este ámbito de cooperación seguía regido por el régimen de asistencia judicial recíproca.

El siguiente paso hacia el sistema común de obtención de pruebas en toda la UE, fue la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal (DO L 130, en adelante: Directiva EIO), que entró en vigor en 2017. Esta Directiva, a diferencia de los instrumentos anteriores basados en el reconocimiento mutuo, tiene un amplio ámbito de aplicación que cubre «cualquier medida de investigación» (excepto la creación de un equipo conjunto de investigación). La cooperación mediante la Orden Europea de Investigación (OEI) implica mecanismos típicos de los instrumentos de reconocimiento mutuo, tales como: contacto directo entre las autoridades cooperantes (que, en esta ocasión, no se limitan a las autoridades judiciales), reconocimiento fluido y ejecución sin más formalidad requerido, posibilidad de denegar solo en caso de que se apliquen los motivos de denegación enumerados en la Directiva EIO, plazos estrictos para el reconocimiento y la ejecución, y forma estandarizada de la orden.

La Directiva EIO también ha introducido disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación, tales como: traslado temporal de personas detenidas con el fin de llevar a cabo una medida de investigación, audiencia por videoconferencia u otra transmisión audiovisual, información sobre operaciones y cuentas bancarias y financieras, investigaciones encubiertas e interceptación de telecomunicaciones. A diferencia de los instrumentos anteriores basados en el reconocimiento mutuo, la EIO finalmente cubre tanto la recopilación como la transferencia de pruebas en los Estados miembros de la UE.

Aunque la EIO logró convertirse en el principal instrumento basado en MR para la recopilación de pruebas en la UE, no resuelve todos los problemas derivados de la libre circulación y admisibilidad de las pruebas. También ha recibido muchas críticas por abordar de manera insuficiente los derechos fundamentales y por confiar demasiado en la confianza mutua. (ARMADA, Inés. «The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?». En *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 1; L. BACHMAIER WINTER, Lorena. «European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive». En *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, n.º 9; HEARD, Catherine y MANSELL, Daniel. «The European Investigation Order. Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases». En *New Journal of European Criminal Law*, 2011, vol. 2, issue 4; MANGIARACINA, Annalisa. «A New Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level. The Proposal for a Directive on the European Investigative Order». En *Utrecht Law Review*, enero 2014, vol. 10, issue 1, pp. 113-133; The EIO's flaw that negatively impacts on its effectiveness is also the lack of any rules on admissibility of the evidence gathered using this instrument (KUSAK, Martyna. *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU. A study of telephone tapping and house search*. Antwerpen: Maklu 2016).

La EIO funciona en el entorno legal de la UE ampliamente basado en la confianza mutua entre los Estados miembros. Esta confianza mutua, sin embargo, no se ha visto reforzada en absoluto (ya sea por la Directiva EIO o cualquier otro instrumento legal) por normas procesales comunes sobre la recopilación de pruebas, especialmente en el contexto de medidas intrusivas. Dada la ausencia de tales reglas comunes, las pruebas en el contexto transfronterizo de la UE todavía se recopilan de acuerdo con las regulaciones internas de los Estados miembros en cuestión, que pueden diferir significativamente de un ordenamiento jurídico nacional a otro. Como resultado de las incompatibilidades entre los procedimientos nacionales, en algunos casos las pruebas reunidas en un Estado miembro no pueden utilizarse en otro Estado miembro porque la forma en que se obtuvo la información no se ajusta a los requisitos procesales nacionales. En consecuencia, pese al largo camino recorrido en el seno de la UE en materia penal, la UE aún carece de un mecanismo que permita a los Estados miembros reconocer pruebas, provenientes de otros Estados miembros de la UE, admisibles *per se*. En cambio, la Directiva EIO todavía opera bajo el *principio forum regit actum* (en adelante: FRA), copiado del régimen MLA. De acuerdo con este principio, el Estado miembro que recibe una solicitud de asistencia judicial recíproca debe en principio cumplir con las formalidades y procedimientos expresamente indicados por el Estado miembro requirente, salvo que causen incompatibilidades con los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro de ejecución (el Estado requerido). Dado que el principio FRA, desarrollado a los efectos de la MLA, no cumple con el principio de reconocimiento mutuo (porque el reconocimiento mutuo no solo debe verse desde la perspectiva del Estado miembro ejecutor y su obligación de ejecutar una Orden, sino también desde la perspectiva del Estado miembro emisor para aceptar y reconocer la forma en que se está ejecutando la solicitud en el otro Estado miembro (DE BONDY, Wendy y VERMEULEN, Gert. «Free movement of scientific expert evidence in criminal matters». En COOLS, Marc y otros. *EU Criminal Justice, Financial and Economic Crime: new perspectives*. Antwerpen: Maklu, 2011, pp. 71-72), el actual Derecho de la UE es incapaz de acomodar las preocupaciones

de admisibilidad en la UE (VERMEULEN, Gert. *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU. Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*. Antwerpen: Maklu, 2011, p. 4243). Resumidamente, el uso de la EIO no garantiza que las pruebas obtenidas en un Estado de la UE sean admisibles en el Estado de emisión de la EIO o en cualquier otro Estado miembro de la UE.

Dicho de otra manera, la Decision EIO rige la recopilación de pruebas en el seno de la UE, pero no hace ningún esfuerzo para garantizar la admisibilidad de la EIO, que aún depende de las normas internas de los Estados miembros cooperantes. Y así, el camino hacia el reconocimiento mutuo de pruebas en materia penal en la UE sigue abierto.

Autora: Martyna Kusak

*(Profesora adjunta de la Cátedra de Derecho Procesal Penal,
Adam Mickiewicz University - Poznań - Polonia)*

R

RECONOCIMIENTO DE SANCIONES PECUNIARIAS (EN EL ÁMBITO DE LA UE)

El principio de reconocimiento mutuo, rector de la cooperación judicial en la Unión Europea, se aplica también a las sanciones pecuniarias en casos transfronterizos, con independencia del territorio de la Unión en que se hayan impuesto.

Se trata de una materia regulada en el marco UE mediante la Decisión Marco 2005/214/JAI (DM/214, en adelante), modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI que determina las disposiciones aplicables a

los supuestos de decisiones dictadas *in absentia* y establece una nueva versión consolidada de los oportunos certificados.

La norma europea fue adoptada para garantizar la recaudación de un modo ágil por el Estado donde la persona (física o jurídica) sancionada tiene determinados vínculos (domicilio, bienes o fuentes de ingreso) de las multas impuestas con carácter definitivo por otro Estado miembro evitando así situaciones de impunidad e incrementando la eficacia ejecutiva con relación a un ámbito punitivo de singular importancia (el de las sanciones pecuniarias).

1. Aspectos generales

1.1. Concepto y finalidad

Se trata de un instrumento de reconocimiento mutuo articulado sobre una resolución de naturaleza ejecutiva adoptada por una autoridad competente en un Estado miembro imponiendo una sanción pecuniaria cuyo reconocimiento y ejecución se pretende llevar a cabo en el Estado miembro en que la persona (física o jurídica) sobre la que recae tiene determinados vínculos (domicilio, bienes o fuentes de ingreso).

1.2. Ámbito de aplicación

El ámbito *espacial o geográfico* de aplicación coincide con el propio de la UE (artículo 19 DM/214).

Ámbito subjetivo: la sanción pecuniaria que se puede transferir a través de este instrumento de reconocimiento mutuo puede haber sido impuesta a una persona física o jurídica, incluso en aquellos supuestos de infracción penal en que la responsabilidad de la persona jurídica no esté contemplada en la legislación del Estado de ejecución [artículo 1.a DM/214].

El TJUE ha precisado que el concepto de «persona jurídica» debe interpretarse de conformidad con el Derecho del Estado de emisión de la resolución por la que se impone una sanción pecuniaria (STJUE de 4 de marzo de 2020, *Bank BGŻ BNP Paribas*, C-183/18).

Ámbito objetivo: Su determinación exige concretar dos extremos:

- el tipo de «resolución» en que puede imponerse la sanción: el artículo 1 a) DM/214 contiene un abanico muy amplio, reflejo de la variedad de sistemas legales existentes en la Unión Europea, según cuál sea la autoridad que la dicte. Concretamente, las resoluciones dictadas:
 - i. Por un órgano jurisdiccional respecto de una infracción penal según la Ley del Estado de emisión.
 - ii. Por una autoridad *no* jurisdiccional, respecto de una infracción también penal según su Ley, siempre que el sancionado «tenga la oportunidad de que su caso sea juzgado por un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales».
 - iii. Por una autoridad *no* jurisdiccional, respecto de una infracción *no* penal, en las mismas condiciones de revisión que las del supuesto anterior.
 - iv. Por un órgano jurisdiccional con competencia penal, al revisar una resolución impuesta por una autoridad no jurisdiccional en los dos casos anteriores.

La definición de órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales ha sido analizada por el TJUE en el caso Baláž (STJUE —Gran Sala— de 14 de noviembre de 2013, C-60/12) precisando que constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión

y debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en él todo órgano jurisdiccional que aplique un procedimiento en el que concurran las características esenciales de un procedimiento penal, extendiendo la noción a un Tribunal administrativo. Línea seguida en las posteriores sentencias de 5 de diciembre de 2019, C-671/18, Centraal Justitieel Incassobureau y 7 de abril de 2022, C-150/21, Prokuratura Rejonowa Łódź-Bałuty.

- la clase de «sanción pecuniaria»: el concepto de sanción pecuniaria recogido en el artículo 1.b) de la DM/214 es muy extenso, pues no se limita a la pena de multa en sentido propio, sino que abarca igualmente la compensación impuesta en beneficio de la víctima, siempre que, con arreglo al ordenamiento del Estado de emisión, no pueda ser parte civil en el procedimiento penal, así como las costas judiciales o gastos generados en el curso del procedimiento administrativo del que proceda la resolución y, por último, las cantidades a entregar a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas. Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la norma comunitaria las decisiones de confiscación de instrumentos y efectos del delito, y los pronunciamientos civiles por daños y perjuicios o una restitución a ejecutar de acuerdo con el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Bruselas I bis» o «Bruselas Refundido»).

1.3. *Características*

El instrumento tiene un carácter esencialmente (pero no exclusivamente) judicial, ya que está basado por regla general en un intercambio directo entre autoridades judiciales (emisión y ejecución). Con todo, hay que matizar esta afirmación dado que la DM/214 —artículo 1.a)— permite la ejecución de resoluciones muy diversas entre las que se encuen-

tran las de tipo administrativo sancionador siempre que dicha decisión pueda ser revisada ante un tribunal enjuiciada *ante un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales*.

De ahí que se permita la designación de autoridades no judiciales como autoridades competentes a efectos de dictar resoluciones con arreglo a la DM/214 (lo que se deduce de los abiertos términos del artículo 2).

2. Procedimiento para la emisión y posterior reconocimiento y ejecución

El procedimiento a seguir se basa en un intercambio directo entre las autoridades competentes, de emisión y ejecución, con posible auxilio de una autoridad central.

Y se articula, como es propio de los instrumentos de reconocimiento mutuo, a través de la cumplimentación por la autoridad de emisión del certificado uniforme y de uso obligatorio incorporado como Anexo a la DM/214 que debidamente traducido al idioma oficial del Estado miembro de ejecución (o a otra lengua oficial de las instituciones de la UE que este acepte) y acompañado de testimonio de la resolución firme que impone la sanción pecuniaria se transmite a la autoridad competente de otro Estado miembro para su ejecución.

Aunque la Decisión marco deja un amplio margen a las legislaciones domésticas para que regulen el procedimiento de emisión y de ejecución, sí determina cual haya de ser el destino legal de las cantidades ejecutadas, que quedarán en poder del Estado de ejecución —artículo 13 DM/214— a menos que se acuerde otra cosa con el Estado de emisión.

2.1. Emisión

Punto de partida para activar este instrumento, de empleo preferente sobre eventuales convenios bilaterales o multilaterales (artículo 18 DM/214) es la existencia de una resolución firme imponiendo una san-

ción pecuniaria a una persona física o jurídica que tenga residencia/domicilio social, posea propiedades u obtenga ingresos en otro Estado miembro de la UE.

No hay un límite de cuantía mínimo; el instrumento puede ser emitido cualquiera que sea el importe. No obstante, puede ser causa de denegación que la cuantía de la multa sea inferior a 70 euros, por ser esta una de las que recoge la DM y que los Estados pueden haber introducido en su legislación interna al trasponer la norma europea. El principio de proporcionalidad que informa la aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo puede desaconsejar iniciar un procedimiento de este tipo ante tan exigua cuantía.

La transmisión de la documentación exigida (testimonio de la resolución firme sancionatoria y certificado traducido) se lleva a cabo directamente por la autoridad de emisión a la de ejecución a través de cualquier medio que deje constancia escrita y que permita acreditar su autenticidad (artículo 4.3 DM/214).

Podrá transmitirse al Estado donde la persona sancionada tenga propiedades, obtenga ingresos o tenga su residencia habitual o su sede social (artículo 4.1 DM/214). Se trata de criterios alternativos (no principales y/o subsidiarios).

Solo podrá transmitirse a un único Estado para su reconocimiento y ejecución, según prescribe el artículo 4.4 DM/214; lo que no obsta para la remisión sucesiva; esto es, que, de denegarse en un Estado el reconocimiento y ejecución (v. gr. el de residencia al que se envió), se opte por remitirlo a otro, siempre que se cumplan los requisitos a tal efecto (v. gr. a otro Estado en el que el sancionado tiene bienes).

Cualquier duda que surja en relación con la transmisión o autenticidad de algún documento se solventará mediante comunicación directa entre las autoridades judiciales implicadas, con el auxilio, en su caso, de la Red

Judicial Europea y Eurojust en el ámbito de sus competencias. En 2017, a iniciativa de algunos Estados miembros, se elaboraron cinco formularios normalizados para agilizar las comunicaciones entre las autoridades de emisión y ejecución concernidas y minimizar los problemas de idioma. Si bien no tienen carácter vinculante, pretenden facilitar el mecanismo de ejecución de sanciones pecuniarias transfronterizas que establece la Decisión Marco y reducir la carga financiera y administrativa asociada al procedimiento (disponibles en la web de la Red judicial europea <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=25>).

2.2. *Reconocimiento y ejecución*

Recibido el certificado por la autoridad de ejecución verificará esta que lo recibido consiste precisamente en una resolución y certificado regulares. Comprobará asimismo su propia competencia y, de no reputarse competente, acordará la remisión inmediata a la autoridad que entienda competente, notificando dicha resolución a la autoridad del Estado de emisión (artículo 4.6 DM/214)

La transmisión de este instrumento de reconocimiento mutuo implica que la ejecución de la sanción pecuniaria pasa a corresponder a la autoridad competente del otro Estado que la llevará a cabo conforme a su legislación nacional del mismo modo que si se tratara de una sanción pecuniaria allí impuesta (artículo 9.1 DM/214).

De hecho, de conformidad con el artículo 13 DM/214, las cantidades percibidas corresponderán al Estado de ejecución (salvo acuerdo en contrario). No obstante, si una vez transmitida la resolución se recibiera alguna cantidad en el Estado miembro de emisión (bien por pago voluntario o como consecuencia de actuaciones anteriores) se aplicará a la multa o sanción allí impuesta con la obligación por parte de la autoridad de emisión de informar a la autoridad de ejecución a fin de que el im-

porte de la cuantía se reduzca en dicho importe y concepto (artículo 9.2 DM/214).

Por otra parte, la autoridad de ejecución podrá imponer la pena privativa de libertad o de otra naturaleza que esté prevista por su legislación nacional como medida sustitutoria en caso de no percepción de la sanción pecuniaria.

Según lo dispuesto en el artículo 17 DM/214, los gastos que cause la ejecución de la sanción pecuniaria en el Estado de ejecución serán sufragados por dicho Estado, siendo este el reverso natural de la consecuencia de la ejecución que es como regla general el ingreso de las sumas obtenidas también en las arcas públicas de dicho Estado.

Frente a la regla general del reconocimiento y ejecución (artículo 6 DM/214), cabe excepcionalmente su denegación por concurrir alguno de los motivos expresamente recogidos con carácter facultativo en el artículo 7 DM/214, de necesaria interpretación restrictiva según ha indicado el TJUE (SSTJUE de 14 de noviembre de 2013, Baláž, C-60/12 y de 5 de diciembre de 2019, C-671/18, Centraal Justitieel Incassobureau): defectos en el certificado no subsanados en plazo, vulneración del *non bis in idem*, falta de tipificación penal del hecho en el Estado de ejecución en los casos en que sea operativo el control de la doble incriminación al no figurar el hecho generador de la sanción en una de las 39 categorías delictivas que recoge la *eurolista* del artículo 5 DM/214, prescripción, inmunidad, aplicación del principio de territorialidad, minoría de edad penal, sanción de cuantía inferior a 70 euros, condena en rebeldía sin observar los requisitos que garanticen el derecho de defensa). No obstante, en los casos de certificado defectuoso, prescripción o rebeldía, antes de tomar semejante decisión, la autoridad judicial de ejecución deberá consultar con la de emisión pidiéndole, en su caso, la información adicional necesaria (artículo 7.3 DM/214).

Mención especial reviste el motivo articulado en el artículo 20.3 DM/214 de hipotética vulneración de los derechos fundamentales, recogido fuera de los motivos de denegación, aunque en la práctica funciona como motivo de «oposición al reconocimiento» que sigue la solución de consulta previa con la autoridad de emisión a que se refiere el artículo 7.3 DM/214. Debe entenderse como un motivo denegatorio extraordinario, desplegable en atención a una duda objetiva, razonable y motivada, tomando como marco de referencia «los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del TUE y reflejados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (cfr. STJUE [Gran Sala], de 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, Melloni; STJUE [Gran Sala], de 26 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C 411/10 y C 493/10, N.S.; STJUE [Gran Sala], de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, Pál Aranyosi y Robert Căldăraru).

A modo de ejemplo, el Tribunal de Justicia ha considerado justificada la denegación de la ejecución de una resolución que imponga una sanción pecuniaria por una infracción de tráfico, cuando dicha decisión haya sido notificada a su destinatario sin ir acompañada de la traducción, en una lengua que este entienda, de los elementos de la resolución que sean esenciales para permitirle comprender el cargo que se le imputa y ejercer plenamente su derecho de defensa, y sin que se le haya dado la oportunidad de obtener dicha traducción previa solicitud (STJUE de 6 de octubre de 2021, Asunto C-338/20, DP).

En cualquier caso, la decisión rechazando el reconocimiento, así como las razones justificativas de dicha negativa deberán ser comunicadas sin demora a la autoridad judicial de emisión por cualquier medio que deje constancia escrita (artículo 14 b) DM/214).

*Autora: Coral Arangüena Fanego
(Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Valladolid.
Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación*

*I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación:
proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas - PID2020-116848GB-
100).*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARANGÜENA FANEGO, Coral. «El reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias: análisis normativo». En ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat y RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen (coordinadoras). *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 441-470; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen y SEBASTIÁN MONTESINOS, Ángeles. *Manual práctico de reconocimiento mutuo penal en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp.699-718; RUIZ YAMUZA, Florentino. «Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de sanciones pecuniarias». En ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat y RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen (coordinadoras). *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 471-503.

RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

1. La recuperación de activos como una cuestión de Derecho global

La recuperación de activos es un instrumento de política criminal destinado a luchar contra la delincuencia, especialmente la organizada, aunque no solo. No hay nada más disuasorio a la hora de cometer un delito que saber que muy probablemente serás privado de los bienes, instrumentos, productos y ganancias derivadas de tus delitos. Se configura así como una herramienta disuasoria que desemboca en una poco favorable relación coste-beneficio a la hora de cometer la infracción penal.

A la finalidad disuasoria se añade otra: Los productos fruto del crimen deben decomisarse y utilizarse para compensar a la víctima, ya sea un individuo concreto o el Estado allí donde la víctima es difusa o el delito no tiene víctima. En este sentido, se indica que la devolución de los bienes a las víctimas del delito vincula con el rol del Estado para restablecer justicia y eliminar las conductas delictivas de las organizaciones criminales y los corruptos.

La recuperación de activos se define como un proceso que abarca distintas fases con herramientas jurídicas de distinta naturaleza y que desemboca en la privación definitiva de bienes procedentes de actividades delictivas, es decir, en un decomiso. La penúltima fase se corresponde con el decomiso cuya regulación en los códigos penales se remontan, al menos en España, a hace más de dos siglos. Sin embargo, ha sido hace relativamente poco cuando se le ha atribuido más relevancia tanto a nivel nacional como internacional y ello por varias razones. En primer lugar, porque a nivel nacional el proceso penal se centra fundamentalmente en la imposición de la pena y no tanto la recuperación de los activos. En segundo lugar, y casi más importante, porque las autoridades judiciales no han contado con medios suficientes para localizar e identificar los activos ilícitos ni tampoco para su gestión. La globalización de la delincuencia convirtió la recuperación de activos en uno de los puntos clave de la política criminal, sobre todo en determinados ámbitos como son la corrupción o la delincuencia organizada. Y es que los bienes derivados de la comisión de un delito no se quedan normalmente en el Estado en el que se cometió el delito, sino que suelen trasladarse a otros países para su posterior blanqueo. A ello contribuyen los paraísos fiscales, los entramados empresariales, etc. En consecuencia, la recuperación de activos es hoy en día una herramienta cuya finalidad primordial es el retorno de los bienes procedentes de un delito ocultos en países extranjeros al Estado del que salieron.

Esta nota de transnacionalidad ha convertido la recuperación de activos en una cuestión de Derecho global, es decir, un Derecho caracterizado

por la pérdida de protagonismo del Estado como regulador. El sistema de gobernanza se caracteriza fundamentalmente por ser multinivel y por nutrirse a efectos regulatorios de normas tanto de *hard-law* como *soft-law*. En relación con lo primero, los Estados siguen siendo necesarios, pues a la postre son ellos quienes implementan el Derecho internacional o supranacional pero quienes llevan la batuta son las organizaciones internacionales (NN. UU., OCDE, Consejo de Europa, Banco Mundial), las redes intergubernamentales (G8), las redes de trabajo transnacionales compuestas de personas con perfiles muy variopintos, como jueces, fiscales y policías (CARIN, GAFI), organizaciones de la sociedad civil (ICAR), etc.

En cuanto al carácter híbrido del sistema de fuentes normativas, se observa claramente con las convenciones de NN. UU., los dos convenios europeos y toda la marabunta de normas de la UE con disposiciones sobre la materia (tabla 1). Al Derecho duro se suma la cantidad de documentos con recomendaciones con orígenes muy distintos: desde el Banco Mundial y la iniciativa StAR, el GAFI, etc.

Tabla 1. Listado de los principales instrumentos vinculantes de recuperación de activos en España

Marco internacional	NN.UU.: Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000; Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. OCDE: Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997.
Marco europeo	Consejo de Europa: Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990; Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. UE: Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito; Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito; Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; Directiva 2014/42/EU del PE y Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE; Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; Directiva 2014/41/CE del PE y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal; Reglamento (UE) 2018/1805 del PE y Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso; Decisión del Consejo 2007/845/JAI, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre Oficinas de Recuperación de Activos de los EEMM; Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (CARIN).
Marco nacional	<i>Derecho sustantivo:</i> artículos 127-128 y ss. CP; artículo 362 <i>sexies</i> CP; artículos 5-9 LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. <i>Derecho procesal:</i> artículo 803 ter - 803 ter d de la LECrim (intervención de terceros afectados por el decomiso); artículos. 803 ter e - 803 ter u de la LECrim (proceso de decomiso autónomo); artículo 127 <i>octies</i> 1 CP (embargo preventivo); Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo; artículo 20 <i>in fine</i> Ley Hipotecaria (anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer como medida cautelar). <i>Arquitectura institucional:</i> Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos; Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el fondo de bienes Decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

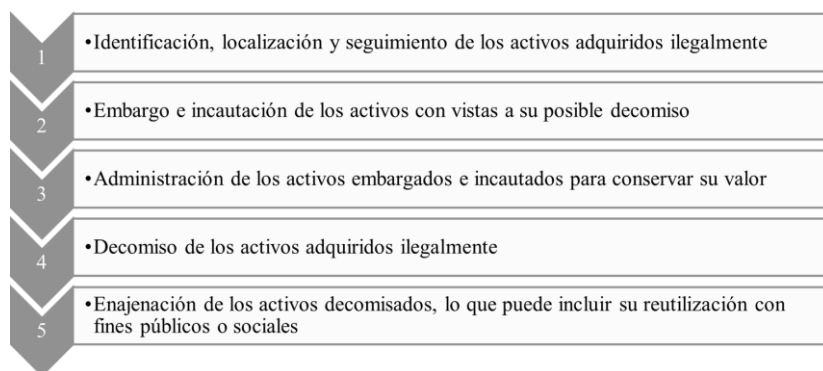
*A los instrumentos de cooperación internacional hay que añadir los diversos tratados bilaterales. De hecho, los propios convenios internacionales inciden en el fomento de la celebración de tratados,

acuerdos o arreglos bilaterales para mejorar la cooperación internacional (p. ej. artículo 13 UNTOC).

2. *Concepto de recuperación de activos*

La recuperación de activos es compleja de definir. La principal convención internacional sobre la materia, la UNCAC, no la define expresamente, pero existe cierto consenso en caracterizarla como un proceso multifase (tabla 2) que abarca una serie de herramientas jurídicas con distinta denominación. Por otro lado, la estrategia de la recuperación de activos se perfila en torno a tres aristas: la sustantiva, la procesal y la no menos importante institucional. De hecho, cualquier instrumento internacional, supranacional y, por ende, nacional que verse sobre la recuperación de activos hace referencia a estas tres vertientes.

Tabla 2. Fases de la recuperación de activos



Estas fases no son necesariamente consecutivas. Es una sistematización que se sigue desde la UNCAC para simplificar un proceso de carácter complejo. Además, ha de tenerse en cuenta que no todas las fases tienen lugar en una misma jurisdicción, pues muchas veces —la gran mayoría— los activos no se encuentran en el mismo lugar en el que se gesta el procedimiento. Se ha de recurrir pues a la cooperación judicial

internacional, por ejemplo, para la identificación e incautación de activos y su embargo preventivo.

En efecto, la recuperación de activos es una quimera si no se cuenta con recursos en el inicio del proceso. Dicho de otra forma, el rastreo y localización de los bienes y fondos es crucial, así como su posterior gestión ya sea en fase preventiva (cuando se decreta el embargo preventivo) o tras la ejecución del decomiso. Por eso el primer paso en este *iter* consiste en saber dónde están los bienes, ganancias o productos del delito. A esta fase, la más compleja de todas, se denomina la fase de investigación patrimonial. Para tener una «foto patrimonial» con la que empezar a trabajar para que el posterior decomiso sea fructífero, se cuenta normalmente con órganos especializados como las Unidades de Inteligencia Financiera (FIU) o las propias oficinas de recuperación y gestión de activos (ORA).

Una vez que se sabe el paradero de los activos, es necesario inmovilizarlos o congelarlos con la finalidad de evitar su pérdida. Los instrumentos internacionales insisten en ello. Aquí se recurre a las órdenes de embargo preventivo o aseguramiento de bienes (también conocidas como órdenes de incautación).

Finalmente, se precisa una sentencia judicial (no necesariamente dictada por un juez penal) que ordene el decomiso, comiso, confiscación o incautación. Aquí la terminología es muy variada en función de cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en Italia, el término empleado es *confisca*, al igual que en Francia (*confiscation*), Uruguay, República Dominicana, Dinamarca, Puerto Rico, etc. En Alemania la privación de los bienes del delito recibe el nombre comiso o confiscación dependiendo de su objeto: comiso (*Verfall*) de ganancias ilícitas y confiscación (*Einziehung*) de los productos y objetos utilizados en la preparación o ejecución del hecho. En otros ordenamientos (por ejemplo, el Reino Unido) también se utilizan los dos términos pero como sinónimos. El Derecho español utiliza en el CP el término

«decomiso» y, por herencia española también en algunos países latinoamericanos.

La idea básica detrás de todas estas denominaciones es despojar definitivamente al titular de los bienes obtenidos ilícitamente para evitar su enriquecimiento injusto y reincidencia. Existen muchos tipos de decomiso y no todos ellos requieren una condena previa. Sobre esta cuestión véase la voz *decomiso*.

Autora: Marta Muñoz de Morales Romero
(Profesora titular de Derecho Penal,
Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional,
Universidad de Castilla-La Mancha)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA. VV. *Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States, Laws and Practices*. Sofía: Center for the Study of Democracy, 2014; ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003; BLANCO CORDERO, Isidoro. «La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos». En *ReAIDP*, 2007; CARRILLO DEL TESO, Ana. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018; CHAMBERLAIN, Kevin. «Recovering the proceeds of corruption». En *Journal of Money Laundering*, 2002, vol. 6, n.º 2; GREEBERG, Theodore y otros. *Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Washington D. C., StAR, 2009; IVORY, Radha. *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014; NIETO MARTÍN, Adán. «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global». En NIETO MARTÍN, Adán y GARCÍA MORENO, Beatriz (directores). *Ius puniendi y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; NIETO MARTÍN, Adán; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta y HERRERA DEL CAMPO, Beatriz. *La recuperación de activos en el Derecho español*. Transparencia Venezuela, 2020; PRIETO DEL PINO, Ana María. «Asset Recovery: ... Gonna Try with a

Little help from our friends...». En NIETO MARTÍN, Adán y GARCÍA MORENO, Beatriz (directores). *Ius puniendi y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; ROIG TORRES, Margarita. «El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: Interpretación jurisprudencial». En *Estudios Penales y Criminológicos*, 2018, vol. XXXVIII (extr.); SANTANDER ABRIL, Gilmar. «La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado». En AA. VV. *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. Washington, D. C.: Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional de la Organización de Estados Americanos, 2017; TRINCHERA, Tommaso. «Confiscation and Asset Recovery: Better Tools to Fight Bribery and Corruption Crime». En *Criminal Law Forum*, 2020, n.º 39; VARGAS GONZÁLEZ, Patricia. *El comiso del patrimonio criminal*. Tesis doctoral dirigida por Eduardo Fabián Caparrós, Salamanca, 2012.

REFUGIADO

El concepto de refugiado aparece expresamente recogido en el artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los refugiados (1). Este concepto fue completado por el Protocolo de 1967 y ampliado por definiciones en el ámbito regional (2). Estas definiciones junto a la obligación de no devolución (artículo 33) (3) siguen constituyendo el núcleo esencial en materia de protección de los refugiados.

1. La Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 (Convención de 1951)

La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiado fue adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 con el objeto de dar solución al problema del desplazamiento forzado como uno de los mayores problemas generados con la Segunda Guerra Mundial.

El párrafo 1º de la Sección A del artículo 1 establece que:

A los efectos de la presente Convención, el término refugiado se aplicará a toda persona: 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

El párrafo 2º de la Sección A contiene una definición general de los refugiados. De esta forma en virtud del Convenio será refugiado toda aquella persona que:

como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a continuación de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Tanto la limitación temporal como espacial pueden darse hoy por superadas fundamentalmente tras la entrada en vigor del Protocolo Adicional de Nueva York de 1967, manteniéndose el carácter netamente individualista del concepto de refugiado no pudiéndose aplicar estrictamente a los denominados refugiados en masa o desplazados. Por su parte, los criterios señalados siguen siendo el marco de referencia para el reconocimiento de la condición de refugiado:

1.a) Fundados temores de persecución:

Está considerado la parte esencial de la definición de refugiado; pudiéndose diferenciar por un lado los «fundados temores» donde hay que señalar un elemento subjetivo y otro objetivo, y

por otro «ser perseguido» como situación especialmente abierta al no recoger la Convención del 51 un concepto de persecución.

1.b) Por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas:

La persecución puede deberse a la concurrencia de una única causa o bien por la coexistencia de varias de ellas.

1.c) Se encuentren fuera del país de su nacionalidad:

Este criterio no admite excepción alguna, es el requisito indispensable para que los demás Estados puedan reconocer a los extranjeros la condición de refugiados.

1.d) Y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país:

El solicitante debe encontrarse en una situación de desprotección con un doble carácter objetivo y subjetivo en la mediada en que no pueda o no quiera acogerse a la protección del Estado del que es nacional.

2. Ampliación del concepto en ámbitos regionales

El concepto de refugiado de la Convención de 1951 ha sido objeto de referencia y modificación en el ámbito de diferentes sistemas regionales, destacando especialmente el sistema latinoamericano y europeo.

2.a) Sistema latinoamericano

En este sistema cobra especial relevancia la Declaración de Cartagena de 1984 que a pesar de su inicial carácter no obligatorio jurídicamente ha sido incorporado con naturaleza vinculante en una amplia mayoría de

Estados de América Central, del Sur y del Caribe. El contenido de esta Declaración se reafirmó en la Declaración de San José de 1994.

La conocida Declaración de Cartagena recoge una recomendación a los Estados para que adopten la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York y para que incorporen la ampliación de la definición de refugiado conforme a los siguientes elementos:

[...] de este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

2.b) *Sistema europeo*

Dentro del sistema europeo deben distinguirse dos ámbitos diferentes en torno a la configuración de la protección específica de los refugiados: Unión Europea y Consejo de Europa. En el marco del Consejo de Europa, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 ni sus diferentes Protocolos Adicionales hacen mención al concepto de refugiado, si bien la interpretación de los derechos contemplados, especialmente en el artículo 3 (derecho a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, artículo 5 (el derecho a la libertad deambulatoria) y artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) , han permitido la configuración de una protección de la que específicamente se benefician los refugiados y los demandantes de asilo.

En la Unión Europea, el denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) no recoge ninguna norma que amplie la noción de refugiado de la Convención de 1951, en este ámbito, se ha adoptado una nueva institución para atender a situaciones de necesidad de protección internacio-

nal que no quedan cubiertas por la definición de refugiado de la mencionada Convención, denominado como «sistema de protección subsidiaria»; es una persona con derecho a protección subsidiaria «un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15».

Junto al sistema americano y europeo cabe mencionar, la precaria situación en esta materia, en el continente asiático. Solo algunos Estados son partes en la Convención de 1951 (Camboya, China, Corea del Sur, Japón, Filipinas).

3. *La prohibición de no devolución, artículo 33 Convención de 1951*

El artículo 33 de la Convención de 1951 recoge este principio en los siguientes términos:

Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por culpa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la seguridad de tal país.

La prohibición de no devolución o principio del *non-refoulement* constituye la piedra angular del Derecho internacional de los refugiados en su carácter de principio general del Derecho internacional, costumbre general y norma de *ius cogens*; en primer lugar este principio es concebido, por la mayor parte de la doctrina, como un principio dentro de la cate-

goría de los principios generales del Derecho internacional propiamente dichos los cuales se deducen de la propias normas internacionales , tanto de carácter convencional como consuetudinario; en segundo lugar, su consideración como norma consuetudinaria viene determinada por el cumplimiento de los dos elementos básicos de la costumbre internacinal, el elemento material y el elemento espiritual u *opinio iuris*; por último y de carácter más controvertido resulta su posible consideración como norma de *ius cogens*. Mientras su consideración de norma de *ius cogens* puede apoyarse en su vinculación directa con la protección de los derechos humanos, este mismo carácter resulta cuestionado al preverse en la propia Convención dos excepciones como son la seguridad nacional y el orden público.

4. *Refugiados y extradiciones*

En lo que concierne al ámbito penal, se hace necesario conciliar las obligaciones de los Estados que pueden estar en juego y, concretamente, la encrucijada que puede representar el hecho de encontrarse, simultaneamente, con una solicitud de extradición y con la obligación de protección que pesa sobre el Estado requerido. En este contexto, es oportuno recordar la Nota de orientación sobre extradición y la Protección internacional de refugiados del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal), Ginebra, abril de 2008, en donde leemos lo siguiente:

cuando una solicitud de extradición afecta a un refugiado o solicitante de asilo, los Estados deben cumplir con sus obligaciones de protección establecidas en el Derecho internacional de los refugiados y en los derechos humanos. Estas obligaciones forman parte del marco jurídico que rige la extradición y se deben tomar en consideración para determinar si la persona requerida puede ser entregada al Estado requirente legalmente. Más importante aún es el hecho de que, al considerar la extradición de un refugiado o de un solicitante de asilo, los Estados tienen la obligación de asegurar que se respete a cabalidad el principio de no devolución (*non-refoulement*) en virtud del Derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos. (párr. 100)

*Autor: Casilda Rueda Fernández
(Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Sevilla)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Nota de orientación sobre extradición y la Protección internacional de refugiados*, 2008; ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: ONU, 1992; GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina. *Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas - Dykinson, 1997; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *La revitalización de la protección de los refugiados*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002; VALDEZ ARROYO, Flor de María. *Ampliación del concepto de refugiado en el Derecho internacional contemporáneo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

REMISIÓN DE LAS ACTUACIONES EN ASUNTOS PENALES

1. Concepto. Consideraciones preliminares

La remisión de las actuaciones penales es una herramienta de cooperación que posibilita que los Estados se transfieran la responsabilidad de la sustanciación del proceso penal de un país a otro que se considere un foro más apropiado para ejercer la jurisdicción penal en interés de la justicia, así como también en pos de la protección de los derechos de los interesados —delincuente y víctima—. Para ello debe existir un acuerdo entre los Estados que prevea esa alternativa y, en algunos casos, se puede dar bajo ofrecimiento de reciprocidad para casos análogos, aunque en este último escenario hay riesgo de no tener un paraguas normativo apropiado para la efectividad de la aplicación de dicha herramienta.

Como herramienta de cooperación, la remisión de actuaciones penales es menos frecuente que otras herramientas de cooperación jurídica internacional como la asistencia legal recíproca o la extradición. La razón de ello podría ser que los Estados aún conservan una perspectiva de la soberanía y jurisdicción tradicional que considera la acción penal como un aspecto importante del ejercicio de la soberanía, que se refleja, en particular, en la territorialidad de la aplicación de la ley penal, por lo que la idea de abdicar al ejercicio de la acción penal en favor de otro Estado pareciera aún poco arraigada.

La remisión del proceso penal supone que el Estado requirente ya ha entablado una acción penal. Sin embargo, el momento apropiado para solicitar la remisión de actuaciones penales puede darse en diferentes etapas de un proceso penal: cuando se ha iniciado y quizás terminado la primera etapa del proceso y ya se conoce al presunto autor del delito, aunque también es posible, inclusive, que se realice cuando ya se ha investigado al acusado y se ha arribado a la etapa del juicio, o cuando se ha dictado sentencia, pero esta aún no se ha ejecutado. También puede ser que las autoridades a cargo de la investigación del Estado requirente hayan llegado a la conclusión de que las actuaciones penales no pueden sustanciarse de forma acabada en su territorio y por eso deseen remitirlas a otro Estado que esté en mejor situación para ejercer la jurisdicción penal.

2. *¿Cuáles situaciones podrían fundamentar una remisión de actuaciones penales a otro Estado?*

Se podría recurrir a la remisión de las actuaciones penales a otro Estado fundamentalmente por conflictos de jurisdicción, especialmente inherentes a los casos de actividades delictivas de carácter transnacional. Cuando un delito tiene por lo menos un elemento internacional en juego pueden superponerse las facultades jurisdiccionales de dos o más Estados, lo que daría lugar a conflictos de jurisdicción. Y esos conflictos podrían, a su vez, entrar en contradicción con el principio *non bis in idem*

(cosa juzgada) cuando una persona pretenda ser juzgada sucesivamente por tribunales de varios Estados por el mismo delito.

Si bien el problema de la multiplicidad de procesos judiciales en distintas jurisdicciones suele presentarse principalmente en casos de extradición, es posible que a través de las solicitudes de asistencia judicial recíproca, respecto de una misma persona o sobre los mismos hechos, los Estados tomen conocimiento de que existen procedimientos múltiples y quieran intentar evitar caer en una situación a futuro de *non bis in idem*. Ello podría entrañar la remisión de pruebas o expedientes de la jurisdicción en la que se está investigando el caso a otra, en vistas de que la jurisdicción receptora utilice la información proporcionada para actuar al respecto en su jurisdicción.

También podría haber motivos humanitarios o guiados por el objetivo de reinserción social de las personas que delinquen. Estas situaciones podrían tener lugar cuando la persona sospechosa es residente habitual o nacional del Estado requerido.

La remisión de las actuaciones también podría tener su fundamento en otras razones de índole práctica, por ejemplo, si la persona sospechosa ya fuera objeto o vaya a serlo de medidas privativas de la libertad en el Estado requerido; o ante la necesidad de asegurar que se imparta justicia lo más cerca posible de las víctimas identificadas respecto de un delito; o cuando no puede garantizarse la comparecencia del sospechoso en el Estado requirente en tanto que pueda garantizarse esa comparecencia en el Estado requerido; o si no se estuviera en condiciones de ejecutar por sí mismo una condena, incluso recurriendo a la extradición, mientras que el Estado requerido estuviera en condiciones de hacerlo. Y, por último, si no es posible conceder la extradición por un delito, teniendo en cuenta la prohibición que existe en muchos Estados de extraditar a sus propios nacionales.

Como es sabido, el procedimiento de extradición se rige por tratados internacionales y, en su ausencia, bajo ofrecimiento de reciprocidad para casos análogos. Los tratados pueden ser específicos sobre extradición: bilaterales o regionales, o también pueden ser tratados que persiguen y sancionan determinados delitos o modalidades delictivas, de carácter universal o regional, y en su articulado contienen disposiciones que pueden ser empleadas como base normativa para un pedido de extradición. En general, todos los tratados contienen alguna norma que regula la extradición de nacionales, cuyos alcances pueden ser resumidos en la «no extradición de nacionales», la «extradición facultativa de nacionales» y la «imposibilidad de invocar la nacionalidad como causal de denegación la extradición».

En los casos en que la extradición es rechazada por la nacionalidad de la persona requerida, aparece una obligación consecuente y accesoria que es la de juzgar en el Estado de nacionalidad, a ofrecimiento del Estado requerido o a demanda del Estado requirente, para lo cual el Estado requirente, debe remitir las actuaciones penales sobre la investigación realizada en ese país, que motivó el pedido de extradición. Generalmente, los tratados establecen que la parte requerida deberá informar a la parte requirente sobre las acciones tomadas y/o el resultado del proceso. Esta alternativa puede ser interpretada como una solución equilibrada en pos de la protección de los nacionales y la lucha contra la impunidad del delito.

Por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su artículo XIII: «Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado parte requerido se considere competente, este presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado parte requirente, e informará oportunamente a este de su resultado final».

El Convenio sobre Ciberdelito de Budapest, de 2001, establece en su artículo 24, sobre extradición: «[...] 6. Si se deniega la extradición por un delito mencionado en el párrafo 1 del presente artículo únicamente por razón de la nacionalidad de la persona reclamada o porque la Parte requerida se considera competente respecto de dicho delito, la Parte requerida deberá someter el asunto, a petición de la Parte requirente, a sus autoridades competentes a efectos de la acción penal pertinente, e informará, a su debido tiempo, de la conclusión del asunto a la Parte requirente. Dichas autoridades tomarán su decisión y realizarán sus investigaciones y procedimientos del mismo modo que para cualquier otro delito de naturaleza comparable, de conformidad con la legislación de dicha Parte [...]».

Ante estos y otros escenarios, la posibilidad de un acuerdo entre los Estados involucrados respecto de cuál de ellos debería entablar la acción contra el autor de un delito determinado y remitirse las actuaciones ya iniciadas en otro Estado es altamente valorada. Sería aconsejable que se realicen consultas informales previas a fin de analizar la conveniencia y las posibilidades de que se acepte la solicitud, la forma de proceder respecto de las diferencias entre las legislaciones nacionales, por ejemplo, la jurisdicción extraterritorial, la normas sobre competencia, la existencia de doble incriminación, la prescripción de la acción y/o de la pena, la admisibilidad de las pruebas, etc. Y además deberían tenerse en cuenta diversos aspectos, como el lugar en que se cometieron la mayor parte de los hechos delictivos, el lugar en que se sufrió el mayor perjuicio, el lugar en que se encuentra la persona sospechosa o imputada y las posibilidades de garantizar su entrega o extradición a otras jurisdicciones, la nacionalidad y el lugar de residencia de la persona requerida, los intereses importantes del sospechoso o imputado, los intereses importantes de las víctimas y testigos.

Una breve referencia merece ser realizada respecto a «la transmisión espontánea de información», que tiene lugar cuando las autoridades judiciales de un Estado interpretan que la competencia para entender en la

investigación de determinado hecho delictivo también podría corresponder a otro Estado, o bien entienden que esa información puede ser relevante para la investigación en el otro Estado cuando, como se ha dicho, tiene elementos transnacionales.

Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 46 sobre asistencia judicial recíproca dispone: «4. Sin menoscabo del Derecho interno, las autoridades competentes de un Estado parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado parte con arreglo a la presente Convención».

En similar sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 18, sobre asistencia judicial recíproca, establece: «4. Sin menoscabo del Derecho interno, las autoridades competentes de un Estado parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado parte con arreglo a la presente Convención».

3. Marco jurídico internacional

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, en su artículo 8 establece que las partes considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el procesamiento por delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando se estime que esa remisión obrará en interés de una correcta administración de justicia.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 21, establece que los Estados parte deben considerar la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito comprendido en la Convención cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción incorporó en su artículo 47 una disposición idéntica a la del artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Estas previsiones no imponen a los Estados parte la obligación de remitir las actuaciones en ningún caso concreto. Sin embargo, sí obligan a que las partes consideren la posibilidad de utilizar como mecanismo de cooperación la remisión de actuaciones penales para el enjuiciamiento de delitos previstos en el ámbito de la Convención.

El criterio rector que debería tenerse en cuenta a los fines de analizar esa posibilidad, según estas Convenciones, sería únicamente el interés por una debida administración de justicia.

Por último, en las Convenciones de Palermo y de Mérida, el texto introduce una referencia expresa a los casos en que intervengan varias jurisdicciones y pueda resultar ventajoso concentrar las actuaciones del proceso en una sola jurisdicción.

4. Base jurídica para la remisión de actuaciones penales

Una cuestión de importancia que debe resolverse al aplicar los artículos referidos a la remisión de actuaciones penales de las convenciones de las Naciones Unidas contra determinado grupo de delitos es si se debe exigir o no la existencia de un tratado bilateral o multilateral sobre la remi-

sión de actuaciones como condición para la cooperación. Ello teniendo en cuenta que la remisión de las actuaciones podría alejar a la persona de que se trata de su «juez natural» y/o podría infringirse el derecho soberano del país en cuestión a entablar actuaciones penales. ¿Podrían remitirse entonces actuaciones penales aunque no haya un tratado internacional que rijan la cuestión? Aunque en la práctica actual los países actúan con flexibilidad respecto de la base jurídica para la remisión de actuaciones y la existencia de un tratado internacional, no pareciera ser, en la actualidad, condición indispensable para la remisión de actuaciones penales, resulta muy aconsejable poseer ante la falta de un acuerdo marco, acuerdos *ad hoc*, sobre todo a fin de sortear posibles cuestionamientos que luego puedan afectar al proceso, establecer reglas claras y generar mayor seguridad jurídica.

También sería deseable asegurarse que en la legislación interna se prevea la posibilidad de efectuar remisiones de actuaciones penales a otros Estados y la posibilidad de aceptar remisiones realizadas por éstos. Ello en virtud de que resulta fundamental estar en condiciones de cumplir la obligación de continuar el proceso y, eventualmente, juzgar, una vez aceptada la remisión de actuaciones penales.

Autoras: Mariela Bondar

(Magíster en Relaciones Internacionales por la UDT, Argentina.

Docente de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal de la UBA, Argentina)

Aldana Robr

(Magíster en Relaciones Internacionales por la UBA, Argentina.

Profesora de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías [UBA], de Cooperación Jurídica Internacional, Derecho Internacional y Derechos Humanos [UBA] y Solución de Controversias Internacionales [UBA/UCA], Argentina.

Integrante fundadora de la Red Iberoamericana de Investigadores sobre Administración de Justicia, Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos [REDHITEC].

grante Asociada electa por Asamblea Plenaria XXX, Sevilla 2018, Instituto Hispano Luso y Filipino de Derecho Internacional. Consejera e integrante del Instituto de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI). Miembro del comité editor del Boletín de Derecho Internacional)

Las opiniones de las autoras en esta contribución al diccionario son a título personal y no comprometen a organismo o institución alguna donde se desempeñan.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: González Napolitano, Silvina Sandra (directora). *Estándares internacionales de protección de derechos humanos aplicables al Instituto de Extradición: su incidencia en la práctica argentina*. Buenos Aires: SGN Editora, 2018; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Documento CTOC/COP/WG.3/2017/2*; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual sobre asistencia jurídica mutua y extradición*. 2012.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO (EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO)

Cuando la responsabilidad penal genera la obligación de indemnizar el daño civil ocasionado, se debe tener en cuenta la presencia de elemento extranjero en la relación jurídica considerada. La aparición de internacionalidad en el litigio se puede producir, entre otros motivos, por la nacionalidad distinta de las partes, por sus residencias en lugares diferentes o por la ejecución del acto en cuestión en un sitio que difiera de los anteriores. Al constatarse la heterogeneidad antedicha, por la conexión del suceso controvertido con más de un ordenamiento jurídico, se deben de resolver los aspectos relativos al fórum y al ius desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Se trataría de dar respuesta a una serie de preguntas, tales como determinar qué tribunal sería el competente para conocer de un daño transnacional, además de concretar la

ley aplicable al fondo del asunto. En definitiva, que se produce el nacimiento de una obligación civil por actuaciones contrarias al Derecho penal y que dan lugar al deber de reparar el daño causado.

1. La regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en el Código Penal

En el ordenamiento español, la responsabilidad civil derivada del ilícito penal se encuentra regulada extramuros del Código civil, ya que se le ha dado un tratamiento específico en el Código penal. En efecto, la necesidad de reparar el daño causado cuando se deriva de un delito recibe un reconocimiento jurídico diferenciado, al atribuirse a la legislación penal su reglamentación correspondiente. Así se establece en el artículo 1092 del Código civil, cuando se alude a que las obligaciones civiles que nazcan de los comportamientos delictivos se regirán por las disposiciones del Código penal. Esta remisión ha sido, no obstante, criticada por la doctrina, ya que consideran innecesario establecer dos regímenes jurídicos distintos, uno para las obligaciones civiles nacidas de acción u omisión culposa y otro para las surgidas de actuaciones penalmente reprochables. Por lo tanto, en el Derecho español se sigue un sistema dual para la regulación de la responsabilidad civil, que da lugar a normativas particulares en cada caso. De una parte, se encontraría la recogida en el Código civil y leyes especiales, que contendría la regulación de la responsabilidad civil general derivada de daños y otras conductas no constitutivas de delitos. De otra, se tendría la prevista en el Código penal para la responsabilidad civil surgida de actuaciones delictivas.

Con todo, en la regulación española, se permite que el juez perteneciente a la jurisdicción penal que conoce de la acción por delitos pueda también, en el mismo proceso penal, resolver sobre la responsabilidad civil derivada de la actuación delictiva. En este sentido se manifiesta el artículo 109.1 del Código penal, cuando se refiere a que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. Aunque en el mismo precepto, pero en su apartado segundo, se aclara que el perju-

dicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil. En definitiva, que la víctima podría elegir entre la acumulación de acciones o su tramitación por separado. Para el caso de que se incline por lo primero, se producirá una acumulación heterogénea de acciones, que dará lugar a que ambas sean enjuiciadas en un único procedimiento y resueltas en una sola sentencia con efectos civiles de cosa juzgada material. En el supuesto de que se decante por un tratamiento jurisdiccional diferenciado, serán dos tribunales distintos los que resuelvan cada asunto, aunque se producirán sinergias a este respecto que deben ser tenidas en cuenta.

Para aclarar lo anterior, se debe hacer referencia a la regulación existente en el ordenamiento español sobre la responsabilidad civil cuando trae causa de una conducta criminal. A este respecto, se deben mencionar los artículos 109 a 122 del Código penal, así como los artículos 100 y 106 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Lo primero que el juez instructor de la causa le comunicará al ofendido es su derecho a mostrarse parte en el proceso y la posibilidad que tiene de renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible, tal y como se establece en el artículo 109.1 de la LECrim. A continuación, en el artículo 111 de la LECrim, se indica que las acciones que nacen de una conducta punible penalmente podrán ejercitarse juntas o por separado. Ahora bien, mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme. Por lo demás, los legitimados para el ejercicio conjunto de ambas acciones son tanto el Ministerio Fiscal como el perjudicado por el delito, según el artículo 108 de la LECrim. Aunque el perjudicado tiene la opción de constituirse en acusador particular o solo en demandante civil, tal y como señala el artículo 110 de la LECrim. Pero de conformidad con el artículo 112 de la LECrim, el ejercicio de la acción penal comprende también la civil, salvo que medie reserva o renuncia expresa por parte del perjudicado.

Pues bien, el ejercicio conjunto de ambas acciones plantea dudas de Derecho internacional privado, cuando en el ilícito concurra el elemento extranjero. Parece evidente que la competencia judicial y la ley aplicable en materia de responsabilidad penal, de ser planteado el asunto en territorio español, se resolverá por el ordenamiento del país en cuestión. De tal forma que el juez español que conozca de la acción criminal tendrá en cuenta sobre todo la regulación española existente a este respecto. Esta solución se basa en la correlación que en materia penal, y en general en el Derecho público, se produce entre autoridad competente y ley aplicable. De manera que el otorgamiento de competencia judicial internacional al tribunal español por las normas procesales penales vigentes en España se traducirá igualmente en una aplicación del Derecho sustantivo penal del foro. Parece claro, por tanto, que la existencia de conflictos de leyes se reduce más bien al Derecho privado, siendo el principio de territorialidad el que gobierna la aplicación de las normas penales, tal y como se desprende del artículo 8 del Código civil. Pero para el caso de la responsabilidad civil derivada del delito, se abre la posibilidad de acudir a las normas reguladoras del tráfico jurídico externo, que podrían dar lugar a la aplicación de una ley extranjera por un juez español. Es por ello que se analizarán, a continuación, las normas existentes a este respecto, para clarificar los escenarios en los que pueden conocer los tribunales españoles y concretar el ordenamiento aplicable al fondo del asunto.

2. La solución de los conflictos de jurisdicciones

Partiendo siempre de la existencia de internacionalidad en el supuesto jurídico considerado, habría que diferenciar entre el tratamiento conjunto de ambas acciones o el diferenciado. En el primer caso, para dirimir la responsabilidad civil en el mismo proceso penal, podría ser necesario tener en cuenta el reglamento 1215/2012, Bruselas I bis (RBI bis). Aunque esta última norma regula la competencia judicial internacional y la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, su artículo 1 también aclara que se aplicará con inde-

pendencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. Por lo tanto, resulta irrelevante que el juez ante el que se haya incoado el procedimiento sea del orden jurisdiccional civil o penal. De tal forma que en el artículo 7.3 del RBI bis se contiene un foro alternativo para estas situaciones. Según el precepto en cuestión, cuando se trate de acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que dé lugar a un proceso penal, será competente el tribunal del Estado miembro que conozca de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil.

Para que esta competencia especial sea posible se exige la concurrencia de dos requisitos, que deben verificarse para que resulte operativa. En primer lugar, la acumulación de acciones debe estar prevista y permitida por la *lex fori*, es decir, por la ley material del Estado miembro al que pertenece el tribunal que va a conocer de ambas pretensiones. Por lo que se refiere al ordenamiento español, resulta plenamente posible la acumulación de la acción civil con la penal correspondiente, tal y como se establece en el artículo 111 de la LECrim. En segundo lugar, el tribunal debe poder conocer de la acción punitiva por comportamientos delictivos con arreglo a las normas que regulan la competencia en materia penal. Esto último podría suponer, por ejemplo, que los tribunales españoles asumieran la competencia extraterritorial en materia penal sobre la base de los principios de personalidad del artículo 23.2 de la LOPJ, real o de protección de intereses del artículo 23.3 de la LOPJ, y de justicia universal del artículo 23.4 de la LOPJ. Por su parte, también conocerán de la acción civil con base en criterios de competencia judicial fundados en la nacionalidad de la víctima, la nacionalidad del autor de la infracción o cualquier otro foro desconocido en el Reglamento. Se trata de una realidad perfectamente posible, ya que el Reglamento regula el foro del proceso civil acumulado al penal sin exigir ninguna otra condición de aplicación, ni siquiera la existencia de una mínima conexión del litigio con el tribunal competente.

Para el caso de que la víctima se reserve el ejercicio de la acción indemnizatoria, con el objetivo de ser ejercitada al margen del proceso penal, también habría que tener en cuenta el RBI bis, pero la competencia de la jurisdicción civil quedaría determinada por otros foros diferentes del analizado anteriormente. Así, el tribunal civil español podría conocer de un litigio basado en una acción de responsabilidad civil derivada de una conducta criminal cuando el domicilio del demandado se encuentre en territorio español, de conformidad con el artículo 4 del RBI bis. También podría utilizarse el foro especial del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso, correspondiente al artículo 7.2 del RBI bis. Además, sería posible acudir a la sumisión expresa o tácita de las partes para otorgar al tribunal español civil la facultad de dictar sentencia sobre los daños ocasionados, en virtud de los artículos 25 y 26 del RBI bis. En cualquier caso, cuando el perjudicado se reserva el ejercicio de la acción civil extracontractual para ser planteada al margen de la jurisdicción penal, suelen producirse supuestos de disociación de la competencia judicial internacional para conocer de la responsabilidad criminal y de la responsabilidad por daños.

Lo anterior puede dar lugar a que los tribunales españoles sean competentes para conocer de la responsabilidad civil extracontractual, pero carezcan de la posibilidad de conocer de la responsabilidad penal. Esta situación se podría producir con los delitos cometidos en el extranjero, cuando los convenios internacionales existentes y el artículo 23, apartados 2, 3 y 4 de la LOPJ sean insuficientes para que los tribunales penales españoles puedan resolver sobre la responsabilidad criminal correspondiente. A pesar de ello, los tribunales civiles españoles podrían ser llamados a resolver sobre la responsabilidad extracontractual derivada de tales ilícitos penales, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en virtud de la sumisión a la jurisdicción española prevista en los artículos 25 y 26 del RBI bis. Por lo tanto, la inexistencia de competencia penal de los tribunales españoles podría, no obstante, permitir que la jurisdicción civil española entrara a decidir sobre los daños derivados de la conducta delictiva. A la inversa, también sería posible que los tribunales españoles fue-

ran competentes para conocer de la responsabilidad penal, pero fueran dejados al margen de la civil extracontractual. Se trataría de los delitos cometidos en España y de algunos acaecidos fuera del territorio español en virtud del artículo 23 de la LOPJ, pero en los que el perjudicado se reserva el ejercicio de la acción civil para accionar en el extranjero. Este resultado es perfectamente posible, siempre y cuando los tribunales extranjeros dispongan de competencia judicial internacional en estos supuestos y lo permitan las normas de Derecho internacional privado vigentes en el Estado en cuestión.

3. El desenlace de los conflictos de leyes

Además de por los hechos ocurridos fuera del territorio español, también los tribunales penales españoles pueden asumir la competencia judicial con base en el principio de territorialidad. En el primer caso es evidente la existencia de internacionalidad en el comportamiento delictivo, pero en el segundo sería igualmente posible. A este respecto, el elemento extranjero se produciría por la vinculación del litigio con más de un ordenamiento jurídico, lo que podría venir provocado por carecer de nacionalidad española el imputado aunque cometiera el ilícito en territorio español. Pues bien, en ambos casos, la responsabilidad civil derivada del delito requerirá de la aplicación de las normas de conflicto reguladoras de las obligaciones extracontractuales, tanto para dirimir la responsabilidad civil en el mismo proceso penal como para hacerlo por separado. Cuando el perjudicado ejercite ambas acciones ante la jurisdicción penal, resultará necesario que el juez competente aplique normas de Derecho internacional privado para dilucidar la responsabilidad extracontractual. Esto último también sucedería si la víctima se reserva el ejercicio de la acción civil para plantearla en un procedimiento independiente ante la jurisdicción civil correspondiente. Si bien la aplicación de las normas indirectas por los tribunales civiles es consustancial con sus competencias en materia de Derecho privado, el que lo hagan los tribunales penales es menos frecuente, aunque posible.

Por lo tanto, en los ilícitos internacionales hay que tener presente que deben aplicarse las normas de Derecho internacional privado para determinar la ley estatal reguladora de la responsabilidad civil surgida a tal efecto. Para identificar la norma en cuestión resultará necesario atender a los diferentes tipos existentes, ya bien se trate de un Convenio o del Reglamento 864/2007, Roma II (RRII), así como del artículo 10.9 del Código civil cuando las de origen internacional no puedan operar en el caso concreto. En consecuencia, la existencia de técnicas de reglamentación indirectas en los instrumentos jurídicos que se acaban de mencionar podría dar lugar a que resultara aplicable la ley española a un supuesto de responsabilidad civil derivada de conductas delictivas. Pues bien, en una situación como la descrita, el juez penal español tendría que aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 109 a 126 del Código penal, en tanto que normas especiales en la materia. Además, podría resultar necesario tener que acudir a las disposiciones generales sobre responsabilidad extracontractual recogidas en el Código civil español, cuando fuera preciso cubrir la falta de regulación en las especiales correspondientes. Pero tanto las unas como las otras solo podrán operar en función de lo que establezcan las de Derecho internacional privado a este respecto. Sin que pueda perderse de vista que también podría ser aplicable una ley extranjera, cuando las normas indirectas españolas así lo establezcan.

Cuando una ley extranjera tenga que ser aplicada por el tribunal penal español para resolver la responsabilidad civil derivada del delito, será necesario que la parte a quien interese su toma en consideración asuma la carga de la prueba del contenido y vigencia de ordenamiento en cuestión, de conformidad con el artículo 281.2 de la LEC. Para los supuestos en los que resulte imposible acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, el artículo 33.3 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil establece, con carácter excepcional, que se aplique el Derecho español. Aunque también es posible que el Tribunal se pueda valer de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Por otra parte, se podrían producir disparidades impor-

tantes entre la ley extranjera aplicable y el ordenamiento español, que serían susceptibles de activar la excepción de orden público regulada en el artículo 26 del RRII y artículo 12.3 del Código civil. Como consecuencia, se marginaría la aplicación de las normas foráneas manifiestamente incompatibles con las concepciones básicas de la responsabilidad civil previstas en el Derecho español. De tal forma que la solución pasaría por la sujeción del litigio a la ley española, aunque podría acudirse a un «efecto atenuado del orden público» que permita la aplicación de la extranjera corregida por la primera en todo lo necesario para evitar la discrepancia.

Por último y no menos importante, se podría dar lugar al reenvío, que aparece regulado en el artículo 24 del RRII y artículo 12.2 del Código civil. Se trata de una figura que, a través de la aplicación de las normas de conflicto del foro y su remisión a un Derecho extranjero, puede producir el reenvío al Derecho sustantivo del tribunal que está conociendo del asunto o a un segundo ordenamiento extranjero. Cuando el Derecho conflictual extranjero nos reenvía al Derecho sustantivo del tribunal que está conociendo del asunto, se cataloga de primer grado o retorno. Mientras que el reenvío a un segundo ordenamiento extranjero está considerado como de segundo grado. Pues bien, la solución difiere cuando se aplica la regulación europea o la norma de Derecho internacional privado autónomo. Para el primer supuesto, el RRII excluye el reenvío y considera que la aplicación de la ley de un país se entenderá con exclusión de las normas de Derecho internacional privado. Por su parte, el Código civil admite el de primer grado, aunque sin un carácter obligatorio para el juez, sino como una mera facultad o posibilidad.

*Autora: Lidia Moreno Blesa
(Profesora contratada de Derecho Internacional Privado,
Universidad Complutense de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (directores). *Tratado de Derecho*

internacional privado. Tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, segunda edición; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil: contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*. Madrid: Tecnos, 2018, vol. II, tomo 2, decimosegunda edición; GARDEÑES SANTIAGO, Miguel. «La ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español». En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. 0, 2000; LASARTE, Carlos. *Curso de Derecho civil patrimonial. Introducción al Derecho*. Madrid: Tecnos, 2015, vigésima primera edición; O'CALLAGHAN, Xavier. *Código civil. Comentado y con Jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 2004, cuarta edición; PECOURT GARCÍA, Enrique. «La ley penal extranjera ante el juez del foro». En *Revista Española de Derecho Internacional*, 1970, vol. 23, n.º 1; SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes. «Artículo 7.3». En BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar y otros. *Comentario al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Concepto y evolución histórica

El reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica representa la superación del tradicional principio romano-germánico *societas delinquere non potest*, en virtud del cual no es posible trasladar las categorías penales aplicables a las personas físicas (culpabilidad, capacidad de acción) a las personas jurídicas.

Se trata de una construcción que viene a dar respuesta, por un lado, a la exigencia de reflejar jurídicamente la realidad de las organizaciones, en las que distintos individuos llevan a cabo actuaciones parciales a partir de estructuras complejas y por otro, a la necesidad de prevenir y castigar los abusos cometidos cada vez con más frecuencia por parte de las so-

ciudades, tanto en ámbito económico, como en ámbito ambiental y de derechos humanos.

Históricamente, fueron los países del *common law*, principalmente Reino Unido y Estados Unidos, los primeros en incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas a sus ordenamientos internos. Lo hicieron a través del modelo vicarial o por atribución, que presupone la comisión de un hecho delictivo por parte de una persona física integrada en el seno de la persona jurídica (órgano o representante). El acto en cuestión debe ser cometido en el ámbito de la actividad social y en interés de entidad.

Posteriormente, se desarrolló el modelo holístico, integral o de organización, también llamado modelo de culpabilidad de empresa. Según este modelo, el delito es el resultado de la actuación de la propia entidad, y, por tanto, es enteramente imputable a esta. De ello se deriva que, en este caso, la adopción de medidas de organización dirigidas a la prevención de hechos delictivos (*compliance programs*) jueguen un papel importante a la hora de mitigar la responsabilidad de la empresa.

En la actualidad, la tendencia hacia el reconocimiento de alguna forma de responsabilidad penal de la persona jurídica por parte de los ordenamientos jurídicos de todo el mundo es incuestionable. Incluso los sistemas jurídicos que, como Alemania, Italia o Grecia no regulan la cuestión a través del Derecho penal, los actos de las organizaciones que comporten un abuso se reprimen desde el Derecho administrativo sancionatorio.

2. *Fundamento*

Desde una perspectiva internacional, conviene subrayar que si bien es cierto que los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas de 2011 (Principios Ruggie) no expresan una preferencia por el enjuiciamiento penal de las

personas jurídicas, la promoción del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es cada vez más frecuente a nivel convencional, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional.

En este sentido cabe destacar la referencia a este tipo de responsabilidad hallada tanto en la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OECD de 1997 (artículos 2 y 3,) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (artículo 26), el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa (artículo 18) y las Decisiones Marco de la Unión Europea (2005/667, 2005/222, 2004/757).

Además, una parte de la doctrina sostiene que, desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, es posible encontrar un fundamento jurídico a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la obligación positiva de los Estados de proteger a sus ciudadanos frente a las violaciones de derechos humanos cometidas por entes particulares y entidades privadas, tal y como se establece en el Comentario General 31 del Comité de Derechos Humanos.

3. Desarrollos recientes a la luz de las graves violaciones de derechos humanos y del daño al ambiente cometido por las grandes corporaciones

Las numerosas dificultades a las que se enfrentan las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por grandes corporaciones cuando intentan obtener remedio a través de la vía civil ha dado lugar a que, también en este ámbito, se explore la posibilidad de recurrir al Derecho penal para conseguir una reparación.

En este contexto, con relación a los daños al ambiente y a las violaciones derechos humanos, es importante señalar que a pesar del carácter transnacional de muchos de los abusos a los que se alude, el compromiso del

Derecho internacional con el efectivo reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica sigue siendo tímido.

En este sentido, es preciso poner de manifiesto que, por un lado, la Corte Penal Internacional no tiene aún reconocida jurisdicción sobre las personas jurídicas, lo cual representa una limitación importante en el ámbito de los más graves crímenes internacionales cometidos por empresas multinacionales o con la complicidad de las mismas.

Por otro lado, tras seis reuniones del grupo intergubernamental de composición abierta, el segundo proyecto revisado de Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos de 2020 de las Naciones Unidas sigue sin imponer obligaciones jurídicas directamente a las empresas, relegando por ende la responsabilidad penal de las personas jurídicas al plano nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, en el seno del Derecho penal de las personas jurídicas, desde la doctrina se aboga cada vez con más fuerza por un cambio de paradigma que, a través de la introducción de nuevos conceptos como la violencia corporativa, las sanciones empoderativas o la justicia empresarial restaurativa, otorguen un papel protagonista a las víctimas y a sus intereses.

Estos desarrollos recientes, unidos a la marcada tendencia global hacia la consolidación de la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos y ambiente tanto a nivel regional como a nivel doméstico, podrían volver a abrir el debate acerca de la necesidad de establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas desde del Derecho internacional.

*Autora: Marta Sosa Navarro
(Profesora de Derecho Internacional,
Università degli Studi di Milano - Bicocca)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTIN, Adán (directores). *El Derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio sobre el Derecho penal*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1998; BERNAZ, Nadia. «Conceptualizing Corporate Accountability in International Law: Models for a Business and Human Rights Treaty». En *Human Rights Review*, 2021, n.º 22, 45-64; BRODOWSKI, Dominik; ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel; TIEDEMANN, Klaus y VOGEL, Joachim (editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Dordrecht: Springer, 2014; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, n.º 1, del Código Penal». En *Cuadernos de Política Criminal*, 2011, n.º 103; ESPINOSA GONZÁLEZ, Adriana y SOSA NAVARRO, Marta. «Corporate Liability and Human Rights: Access to Criminal Judicial Remedies in Europe». En BONFANTI, Angelica. (director). *Business and Human Rights in Europe, International Law Challenges*. New York: Routledge, 2019; MIR PUIG, Santiago. «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, n.º 6; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, décima edición, cap. XXXVI; NIETO MARTIN, Adán. «¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?». En DELMAS MARTY, Mireille; PIETH, Mark y SIEBER, Ulrich (directores). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009; NIETO MARTIN, Adán. «Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas». En *Ecocidio: un giudice penale internazionale per i «crimini contro la Terra»? Seminario di Dottorato di Scienze Giuridiche dell'Università di Pisa*, 27 novembre 2020; VAN KEMPEN, P. H. P. H. M. C. «Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR». En VAN ERP, J. H. M. y VAN VLIET, L. P. W. (editores). *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*. Washington, 2010, pp. 509-551.

T

TORTURA Y TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES

La tortura y los tratos inhumanos y degradantes son el objeto de una prohibición absoluta sin duda consolidada en la actualidad, en la que convergen varias áreas del Derecho. Estas conductas constituyen no solamente delitos tipificados en las legislaciones penales de la mayoría de los ordenamientos nacionales (como el artículo 174 del CP español), sino también graves violaciones de derechos humanos, prohibidas por el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), violaciones graves del Derecho internacional humanitario (DIH), y crímenes internacionales objeto del Derecho penal internacional (DPI); en este último ámbito, además, pueden ser castigadas bien como crímenes contra la humanidad o como crímenes de guerra, dependiendo del contexto en el que se hayan cometido, bien, según algunos autores y según el dictado de algunos Estatutos de tribunales penales internacionalizados, incluso como crímenes internacionales de por sí, aunque, como se dirá, esta postura está debatida.

La doctrina mayoritaria considera por tanto que la prohibición de esta conducta ha adquirido el rango de norma de *ius cogens* internacional, obligatorio para todos los Estados, con independencia de la ratificación de los instrumentos convencionales. Sin embargo, esta universalidad de la prohibición choca con las diferencias existentes, en relación con la estructura típica y con el alcance de esta conducta, entre las distintas ramas jurídicas y entre los instrumentos que la definen y regulan, llevando a configurarla como una categoría de geometría variable.

En el ámbito del DIDH, la prohibición de tortura y otros tratos inhumanos y degradantes está recogida en varios instrumentos de carácter

general, tanto internacionales como regionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 5), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 3), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 5), la Carta Africana de los Derechos de los Pueblos (artículo 5). Ninguna de estas previsiones describe las conductas: para encontrar una definición y regulación exhaustiva tenemos que consultar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de NNUU en 1984. Este texto la define (artículo 1) como:

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.

La misma disposición aclara que esta definición solamente aplica al ámbito de la propia Convención, y que no perjudica normas internacionales o nacionales que garanticen una protección más amplia contra ese fenómeno (artículo 1.2). Los artículos II y IV imponen a los Estados un deber de tipificar la conducta como delito, que incluya expresamente la tentativa y las formas de complicidad, y de establecer unas penas proporcionadas a la gravedad del injusto; por último, se establece la creación del Comité contra la Tortura, con la función de interpretar y verificar la aplicación de la Convención.

Al lado de estos instrumentos normativos de alcance universal, cabe añadir dos convenciones regionales de derechos humanos: en el sistema interamericano se aprobó en 1985 la Convención Interamericana para

Prevenir y Sancionar la Tortura (CIT), que describe el injusto (artículo 2) como:

todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Asimismo, se indica lo siguiente:

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

El artículo 3 añade además que pueden cometer actos de tortura los empleados o funcionarios públicos, por medio de su acción u omisión, y los particulares que actúen o participen en la realización del hecho a instigación de esos funcionarios.

A nivel europeo, la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Sanciones Inhumanos o Degradantes, adoptada por el Consejo de Europa el 26 de noviembre de 1987, no define las conductas prohibidas, sino que dispone la creación de un Comité encargado de monitorizar el respeto de la prohibición por parte de los Estados del Consejo de Europa. En este ámbito, cabe destacar además la intensa labor interpretativa realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que, como se dirá más adelante, ha ido determinando los elementos constitutivos de estas figuras, la relación entre ellas y su alcance. Su jurisprudencia ha sido luego utilizada, gracias al fenómeno de la circulación jurisprudencial, para interpretar el crimen de tortura en el marco de los tribunales penales internacionales.

En el área del DIH (aplicable en situaciones de conflicto armado), se incluyen la tortura y los tratos inhumanos o *cruels* (artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra) entre las violaciones más graves, tanto para los conflictos armados internacionales como para los internos, según establecen los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, que no proporcionan, no obstante, una definición de las conductas.

En el ámbito del DPI (cuyo objeto son los crímenes internacionales, que constituyen a la vez violaciones de los derechos humanos o del DIH, pero dan lugar, aquí, a la responsabilidad penal de individuos), la tortura constituye una de las conductas subyacentes tanto de los crímenes contra la humanidad (cuando se realiza en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil), como de los crímenes de guerra (cuando se comete en el contexto de un conflicto armado), por previsión expresa de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda y, más recientemente, del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Este último proporciona una definición de la tortura como crimen contra la humanidad en los siguientes términos (artículo 7.2.e):

Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

Al establecer como conducta subyacente de los crímenes de guerra «la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos» (artículo 8.2.a.ii, en conflictos armados internacionales) y «los tratos crueles y la tortura» (artículo 8.2.c.i, en conflictos armados no internacionales), el ECPI no requiere, en cambio, que el sujeto activo tenga a la víctima bajo su custodia o control, pero sí se exige (según indican los

Elementos de los Crímenes, texto normativo que sirve de auxilio interpretativo para el ECPI):

Que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.

Sigue siendo debatida, en cambio, la posibilidad de considerar la tortura como un crimen internacional en sí, es decir, cuando se cometa en ausencia del elemento contextual que permite clasificarla como crimen contra la humanidad (un ataque masivo o sistemático contra la población civil) o como crimen de guerra (un conflicto armado). Apunta a favor de esta interpretación la inclusión de la tortura entre los crímenes sobre los que tienen o tenían competencia algunos tribunales penales internacionalizados, como las Salas Extraordinarias Africanas y las Salas Extraordinarias en las Corte de Camboya. No obstante, la tortura como crimen internacional en sí no está incluida entre los delitos sobre los que tiene competencia la CPI. Se trata, por tanto, de un reconocimiento todavía *in fieri*.

Las definiciones normativas arriba recordadas muestran claras diferencias a la hora de determinar los elementos constitutivos de la tortura, además de una llamativa ausencia de indicaciones para definir su relación con los tratos inhumanos y degradantes. Las diferencias más relevantes son:

- La previsión de un *umbral de intensidad* del sufrimiento causado por la conducta, que encontramos en la Convención Internacional, pero no en su homóloga Interamericana.
- La exigencia de que el sujeto activo realice la conducta para perseguir unos determinados *fines*, como indican la Convención Internacional y la CIT, que cierra la enumeración con una cláusula que admite «cualquier otro fin». El ECPI, por su parte, comparte

esta opción por un listado no exhaustivo de fines en relación con la tortura como crimen de guerra, mientras que omite por completo este elemento para la tortura como crimen contra la humanidad, aclarando expresamente los Elementos de los Crímenes que «No es necesario probar una intención específica para este delito».

- La previsión del llamado *public official requirement*, que limita los posibles sujetos activos a los agentes del Estado o cargos públicos o, como mínimo, a particulares que actúen *a instigación* de un agente estatal: este elemento, expresamente requerido en las Convenciones de derechos humanos, va desapareciendo en la jurisprudencia del TEDH y de los tribunales *ad hoc*, y se omite definitivamente en el ECPI, que introduce en cambio, para la categoría de los crímenes contra la humanidad, el elemento del *control o custodia* del autor sobre la víctima.

Estas diferencias a nivel internacional se reflejan también en la tipificación de los delitos correspondientes en los ordenamientos nacionales: así, la legislación chilena, aprobada para implementar el ECPI (Ley 20.357/2009), retoma la definición de tortura allí contenida, al requerir, no que el sujeto activo sea un agente estatal o funcionario público, sino que las víctimas estén sometidas a su control o custodia, y al no otorgar relevancia, además, a la dirección finalista de los actos. El artículo 321 del código penal peruano, en cambio, toma como referencia la CIT, al exigir que el acto se lleve a cabo por uno de los fines enumerados, y, asimismo, al estructurar la figura como delito especial, que solamente pueden cometer un funcionario público o un particular que actúe con el consentimiento de aquel. El CP italiano, en cambio, en el que la tortura ha sido introducida recientemente (artículo 613 bis, introducido por Ley 110/2017), mezcla influencias de instrumentos diferentes, ya que, por un lado, no prevé finalidades típicas y admite que cualquiera pueda cometer el delito, siempre que la víctima esté bajo su custodia o control, previendo una agravación de pena si el sujeto activo es un funcionario

público; pero requiere que la conducta haya generado «agudos sufrimientos físicos o un trauma psíquico verificable».

El alcance de la disposición del ECPI que tipifica la tortura como crimen contra la humanidad resulta, por ende, más amplia que aquella prevista por los instrumentos de protección de los derechos humanos, ya que incluye también conductas cometidas por particulares (con independencia de que un funcionario público les instigara) y sin que medie una finalidad determinada, llegando a cubrir actos realizados, por ejemplo, por razones puramente arbitrarias.

Esta mayor amplitud constituye en buena medida el fruto de una interpretación expansiva del concepto de tortura, muy evidente en la jurisprudencia del TEDH y de los tribunales *ad hoc*. En primer lugar, se ha producido la paulatina eliminación del requisito de la necesaria implicación de un agente estatal en el delito, con la correspondiente posibilidad de cubrir también actos cometidos por particulares. La ampliación se ha producido, por un lado, a través de la adopción de un concepto amplio de «funcionarios públicos o personas que actúan en esa capacidad», que incluya a personas en posiciones de autoridad en organizaciones no estatales, pero comparables a un Estado (TPIY, sentencia de primera instancia Čelebići Camp, párr. 473), en situaciones excepcionales en las que la autoridad legítima del Estado esté totalmente ausente (Comité contra la Tortura, Elmi vs. Australia, 1999).

Por otro lado, el TEDH ha condenado en distintas ocasiones al Estado demandado por violación del artículo 3 CEDH, por no haber tomado las medidas necesarias para prevenir, investigar y castigar actos de tortura cometidos por particulares, o por haber expulsado o extraditado individuos a un Estado donde existía el serio riesgo de que fueran sometidos a tortura (por ejemplo, TEDH, HLR vs. France, 1997; Costello Roberts vs. the United Kingdom 1993). Se puede detectar la misma tendencia expansiva también en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*: pese a que en sus primeras sentencias se exigiera el *public official requirement*

(TPIR, Akayesu, sentencia de primera instancia; TPIY, Furundzija, sentencias de primera instancia y de apelación), la sentencia del TPIY en el caso Kunarać revirtió esta interpretación.

Un segundo aspecto en el que la jurisprudencia de Estrasburgo ha dado una gran contribución es la fijación de un criterio para diferenciar la tortura de los tratos inhumanos y degradantes. Ante el silencio de las fuentes normativas sobre el punto, y a diferencia del Comité de Derechos Humanos, que no considera relevante esta distinción (pues ambas figuras, en realidad, dan lugar a la violación de la misma disposición normativa), el TEDH ha manejado dos criterios: primero, a partir del caso Grecia (resuelto por su antecesora, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en 1968), ha calificado la tortura como una forma agravada de trato inhumano. La primera se diferenciaría, así, de la segunda, por una progresión en la intensidad del daño o sufrimiento causado (TEDH, caso Irlanda del Norte, 1978; Selmouni vs. Francia, 1999). Pero además, el TEDH ha acudido a otro criterio, que identifica el rasgo diferencial entre las dos figuras en el requisito de una intención específica, previsto solo para la tortura, de tal manera que, donde no pueda probarse la existencia de dicha intención, la conducta no puede castigarse como tortura, sino como trato inhumano (Tyrer vs. UK, 1978). Estos dos criterios suelen aplicarse de manera conjunta, tanto en la jurisprudencia europea (caso Irlanda del Norte, caso Selmouni), como en los tribunales *ad hoc* (TPIY, sentencia Čelebići).

Como consecuencia, entre las dos figuras en cuestión se da una relación de especialidad, en virtud de la cual la tortura es *lex specialis* respecto de los tratos inhumanos y degradantes: contiene todos los elementos de estos últimos, y añade la mayor intensidad del sufrimiento causado y (según esta interpretación) la necesaria concurrencia de una de las intenciones indicadas (TEDH, caso Aksoy, ampliamente citado por TPIY, caso Kupreskić).

Pese a la importancia otorgada a la gravedad del sufrimiento para delimitar el alcance de la tortura, la jurisprudencia no ha llegado a fijar el punto exacto en el que se sitúa este umbral más elevado, sino que muestra cierta incoherencia interna. Así, en el conocido caso Irlanda del Norte se debatía sobre la posibilidad de calificar como tortura el uso, por parte de agentes de Reino Unido contra miembros del IRA, de una combinación de cinco técnicas (obligarles a estar de pie durante mucho tiempo, encapucharles, someterles a ruido intenso, privarles de sueño, comida y bebida). Mientras que la Comisión Europea, en la primera fase del procedimiento, determinó que se trataba de tortura, la Corte, en la etapa posterior, concluyó que la intensidad y crueldad de estas técnicas no era suficiente como para calificarlas de tortura, por lo que solo cabía condenar al Reino Unido por tratos inhumanos y degradantes (también prohibidos por el artículo 3 CEDH). Además, en *Selmouni vs. Francia*, el TEDH ha afirmado que la consideración de la gravedad del sufrimiento puede variar en el tiempo, y llevar a categorizaciones distintas de la misma conducta concreta.

Al margen de estas incongruencias internas, se ha ido consolidando la idea de que determinadas conductas son tan graves que constituyen *per se* tortura, sin necesidad de valorar las circunstancias específicas del caso concreto. Se trata de conductas como la violación y la violencia sexual, las palizas, la amenaza de torturar a familiares, la mutilación, la simulación de ejecuciones ilegales, las descargas eléctricas (TPIY, sentencias Kvočka y Martić), pese a reconocer que «una lista exhaustiva de prácticas de tortura es una tarea imposible» (TPIY, sentencias Kvočka, párr. 147). Para actos que no alcanzan tal gravedad, en cambio, es necesario realizar una *valoración relativa* de la gravedad, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, entre ellas, la duración del tratamiento, sus efectos físicos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima (TEDH, caso Irlanda del Norte). Estos factores, valorados en conjunto, permiten determinar si una conducta ha alcanzado la gravedad suficiente para ser calificada como tortura. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la detención incomunicada no es una forma de tortura de por sí, pero

puede llegar a serlo dependiendo de su nivel de rigidez y de su duración, y si se aplica con una de las finalidades previstas para la configuración de la tortura (TPIY, caso Krnojelac).

Esta breve visión panorámica permite concluir que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, pese a ser objeto de una prohibición absoluta consolidada en las varias ramas del Derecho, no son definidas de manera uniforme por los instrumentos normativos y la jurisprudencia. Más allá de un núcleo común, que consiste en acarrear un dolor o sufrimiento, de carácter físico o mental, no existe unanimidad en la identificación de los elementos constitutivos de las dos figuras, ni en la fijación del perímetro y de la relación entre ellas. Los elementos en los que más se aprecian diferencias son la limitación de los sujetos activos a los funcionarios públicos (o a particulares que actúen bajo su instigación), la necesaria concurrencia de unos fines específicos, y la fijación de un umbral de gravedad del dolor o sufrimiento acarreado.

Las diferencias se aprecian tanto en las fuentes internacionales, como en las legislaciones penales nacionales, que definen las figuras de manera más o menos amplia, a veces por influencia del texto normativo internacional que toman como referencia. La legislación penal española, por ejemplo (artículo 174 CP), no diferencia entre tortura y tratos inhumanos, ni establece un umbral de gravedad, pero los configura como delitos especiales y exige la concurrencia de una de las finalidades típicas indicadas.

Pese a la permanencia de estas diferencias, se puede destacar una tendencia hacia una paulatina ampliación del alcance de la tortura, desde su primera formulación en la Convención de 1984 hasta la actualidad. Además, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos (muy especialmente, del TEDH) y de los tribunales penales internacionales ha aportado criterios para determinar qué elementos permiten diferenciar las dos categorías (la gravedad y/o la concurrencia de una determinada finalidad típica) y qué conductas pueden clasificarse como tortura, bajo

la idea de que, al margen de un núcleo reducido (y variable) de conductas que, debido a su gravedad, encajan en esa categoría *per se*, por lo general es necesario realizar una valoración *relativa*, tomando en cuenta todas las circunstancias específicas de cada caso.

Autora: Elena Maculan

*(Profesora titular de universidad, UNED,
Departamento de Derecho Penal y Criminología)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BURCHARD, Christopher. «Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. A Critical Assessment». En *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6; EVANS, Malcolm D. «Getting to grips with torture». En *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, vol. 51, n.º 2, pp. 365-383; GIL GIL, Alicia. «Aportación al concepto de tortura y tratos inhumanos desde las definiciones de los crímenes contra la humanidad y de guerra». En GIL GIL, Alicia. Manero Salvador. *La crueldad en las constituciones y en los convenios internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 49-72; LOBBA, Paolo. «Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale». En *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n.º 10; MACULAN, Elena. «Judicial definition of torture as a paradigm of cross-fertilisation. Combining harmonisation and expansion». En *Nordic Journal of International Law*, 2015, vol. 84, n.º 3, pp. 456-481; SCHABAS, William. «The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals». En *Case Western Res. Journal of International Law*, 2006, n.º 37; SIVAKUMARAN, Sandesh. «Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: the Actor and the Ad Hoc Tribunals». En *Leiden Journal of International Law*, 2005, vol. 18, n.º 3; WEISSBRODT David y HEILMAN, Cheryl. «Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment». En *Law and Inequality*, 2011, vol. 29, p. 343 y ss.

TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS

La creación de la ONU supuso un paso decisivo hacia la formación de un verdadero cuerpo legal internacional en materia de control de armamento, y de hecho son numerosos los tratados adoptados en este ámbito en relación con las armas de guerra. Muchos más escasos, y novedosos, son en cambio los instrumentos internacionales adoptados para controlar el comercio de las armas que con mayor frecuencia se hallan en manos de civiles: las armas de fuego pequeñas y ligeras. Todo este conjunto normativo procedente de la ONU (1), junto con las normas europeas promulgadas para regular la circulación de armas dentro de sus fronteras y satisfacer los compromisos adquiridos ante Naciones Unidas (2), influyen de un modo u otro en la regulación penal de la materia de los diferentes Estados miembros.

1. La regulación de las armas de fuego en el ámbito de la ONU

La preocupación por el control de armas de fuego pequeñas y ligeras irrumpe en el ámbito internacional de la mano de otro problema global y acuciante: la criminalidad organizada. En efecto, si bien en el seno de muchos tratados sobre control de armas ha arraigado la idea de que los Estados tienen un derecho inherente a la autodefensa (y que por tanto también poseen el derecho a adquirirlas para sí mismos y para transferirlas a otros Estados), la globalización ha servido para poner de relieve un hecho en sí evidente: que los grupos criminales (especialmente los de naturaleza transnacional) pueden usar ese mismo tipo de armas para contravenir la autoridad estatal, e incluso (en casos especialmente graves) desestabilizar al propio país. No es de extrañar por ello que el primer instrumento normativo adoptado en el ámbito de Naciones Unidas de forma específica sobre el control de armas pequeñas y ligeras (las que con más facilidad pueden estar en manos de «civiles») sea un protocolo anexo a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

1.1. *El Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones de 2001*

Este Protocolo constituye uno de los principales instrumentos de *hard law* sobre control internacional de armas pequeñas y ligeras. Su objetivo primario coincide con el del Tratado al que complementa (esto es, reducir el crimen organizado), razón por la cual su ámbito de aplicación se limita expresamente «a la prevención de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego [...] cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado», excluyendo las transacciones entre Estados o transferencias estatales «cuando la aplicación del Protocolo pudiera perjudicar el derecho de un Estado parte a adoptar medidas en aras de la seguridad nacional en consonancia con la Carta de Naciones Unidas» (artículo 4).

El Protocolo obliga a los países miembros a tipificar como delito en sus respectivos ordenamientos no solo la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, piezas, componentes y municiones, sino también la falsificación o alteración de sus marcas identificativas, así como a penalizar la tentativa, las formas de participación distintas de la autoría y los actos preparatorios de dichos delitos (artículo 5). Asimismo, se ordena a los Estados parte a adoptar, dentro de los márgenes permitidos por sus respectivos ordenamientos, las medidas necesarias para permitir el decomiso y destrucción de las armas objeto de fabricación o tráfico ilícitos (artículo 6).

1.2. *El Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013 (TCA)*

El objetivo principal del TCA es «establecer normas internacionales comunes lo más estrictas posible para regular o mejorar la regulación del comercio internacional de armas convencionales», así como «prevenir y eliminar el tráfico ilícito de armas convencionales y prevenir su desvío» (artículo 1). Su ámbito de aplicación abarca las actividades de comercio internacional (exportación, importación, tránsito, transbordo y corre-

taje, que son denominadas «transferencias») que tengan por objeto alguno de los siete tipos de armas convencionales que especifica, o bien «armas pequeñas y armas ligeras» (artículo 2). El TCA también se ocupa de las municiones para dichas armas, aunque en este caso el contenido regulador se limita a las exportaciones (artículo 3); algo similar sucede con las partes y componentes, que solo son objeto de regulación cuando su exportación «se haga de forma que proporcione la capacidad de ensamblar las armas convencionales» (artículo 4).

De singular importancia es lo establecido en los artículos 6 y 7 TCA, que constituyen el verdadero «núcleo duro» del Tratado. Conforme al primero de los preceptos mencionados, se prohíbe a los Estados parte autorizar transferencias de armas, municiones o partes o componentes en los siguientes casos:

- a) Si la transferencia supone una violación de las obligaciones que le incumben al Estado en virtud de medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en particular los embargos de armas;
- b) si la transferencia supone una violación de sus obligaciones internacionales asumidas en virtud de acuerdos internacionales, especialmente los relativos al tráfico ilícito de armas convencionales;
- c) si en el momento de la autorización el Estado tiene conocimiento de que las armas o los elementos podrían utilizarse para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil o personas civiles protegidas como tales, u otros crímenes de guerra tipificados en los acuerdos internacionales en los que sea parte.

El artículo 7.1 TCA también impone ciertas limitaciones a las exportaciones no prohibidas, condicionando la concesión de la autorización a

la previa evaluación en torno al potencial de las armas, municiones o partes o componentes para contribuir a socavar la paz y la seguridad, o bien para ser utilizadas para cometer o facilitar:

- a) Una violación grave del Derecho internacional humanitario;
- b) una violación grave del Derecho internacional de los derechos humanos;
- c) un acto que constituya delito en virtud de las convenciones o los protocolos internacionales relativos al terrorismo o a la delincuencia organizada transnacional en los que sea parte el Estado exportador.

En tales supuestos, el Estado exportador también deberá examinar si podrían adoptarse medidas para mitigar los riesgos mencionados, pero en todo caso deberá denegar la autorización si «determina que existe un riesgo preponderante de que se produzca alguna de las consecuencias negativas contempladas en el párrafo 1» (artículo 7, párrafos 2 y 3 TCA). El último apartado del precepto obliga a tener en cuenta en la evaluación, además, «el riesgo de que las armas [...] se utilicen para cometer o facilitar actos graves de violencia por motivos de género o actos graves de violencia contra las mujeres y los niños».

2. La regulación de las armas de fuego en la Unión Europea

El control de las armas ha constituido un tema complejo para la Unión Europea desde sus mismos inicios como organización supraestatal, y no solo porque las legislaciones sobre la materia de sus diferentes países miembros presentaban (y presentan) enormes diferencias, sino especialmente debido a los fuertes intereses económicos de aquellos Estados integrados en la UE que se dedican a la fabricación y exportación de armamento.

Los cuantiosos beneficios que reporta el comercio de armas a los países que las fabrican, unidos a la evidente capacidad que otorga el armamento a estos Estados para influir en los conflictos internos e internacionales, constituyen probablemente las razones principales del tratamiento que a esta materia se otorgó en el artículo 223 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea* (suscrito en Roma en 1957); tratamiento que se mantiene inalterable desde entonces y que se plasma en el vigente artículo 346 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), el cual establece:

1. Las disposiciones de los Tratados no obstarán a las normas siguientes:
[...] b) todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

El precepto anterior coexiste con otras disposiciones del TFUE que posibilitan una influencia directa del Derecho comunitario derivado en la regulación del tráfico ilegal de armas en los diferentes Estados miembros. Así, conforme al artículo 83.1 TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario:

normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

En el mismo precepto se especifica que uno de esos ámbitos delictivos es, precisamente, «el tráfico ilícito de armas».

Tras la aprobación del Tratado de Lisboa, la actividad legislativa de la UE sobre control de armas se ha incrementado significativamente, con

el fin de dar respuesta a dos objetivos fundamentales: combatir el uso de armas de fuego con fines delictivos (especialmente terroristas) y satisfacer las exigencias derivadas de la firma de los instrumentos de la ONU sobre la materia. Sin embargo, el único acto jurídicamente vinculante que se ha adoptado hasta el momento conforme lo dispuesto en el artículo 83.1 TFUE con influencia directa sobre la regulación penal de la fabricación, tenencia y tráfico de armas es la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo.

2.1. *La Directiva 91/477/CEE y su sucesora, la Directiva (UE) 2021/555 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el control de la adquisición y tenencia de armas*

En su texto originario, la Directiva 91/477/CEE fue concebida como una medida de acompañamiento del mercado interior, con el fin de combinar el compromiso de garantizar cierta libertad de circulación para algunas armas de fuego dentro del territorio comunitario con la necesidad de preservar la seguridad dentro de dicho territorio. A tal efecto, establecía los requisitos mínimos que los Estados miembros debían imponer para la adquisición y tenencia de las distintas categorías de armas contenidas en su anexo I, al tiempo que se regulaban las condiciones de transferencia de armas de fuego entre los países comunitarios. De este modo se preveía una armonización en el nivel mínimo: los Estados miembros podían optar por incluir medidas más severas en sus legislaciones nacionales, pero siempre que con ello no obstaculizaran de forma innecesaria el libre comercio, de modo que los esfuerzos por armonizar las normativas estatales en este terreno resultaban significativamente inferiores a los llevados a cabo en otros ámbitos por los órganos de la UE.

En esencia, la Directiva 91/477 preveía tres tipos de disposiciones relevantes en relación con la «fuga» de armas al mercado negro: en primer lugar, se distinguía cuatro categorías distintas de armas de fuego (las prohibidas, las sujetas a autorización, las sujetas a declaración y otras

armas de fuego), estableciendo conforme a dichas categorías los respectivos requisitos a cumplir para su adquisición; en segundo lugar, y dado que las diferencias entre las distintas regulaciones de los Estados miembros serían inevitables (algunas más estrictas y otras más flexibles), se establecían ciertas precauciones destinadas a evitar que un residente de un determinado Estado miembro con una regulación más estricta pudiera adquirir un arma sin su autorización en otro Estado miembro con una regulación más permisiva; en tercer lugar, se regulaba el procedimiento a seguir para transferir de un Estado miembro a otro armas de fuego de las incluidas dentro de su ámbito de aplicación.

La Comisión Europea tardó nueve años en emitir un informe sobre la implementación de la Directiva 91/477, retraso que estuvo provocado en buena parte por la dejadez que demostraron los Estados miembros a la hora de transponer su contenido a sus respectivos ordenamientos. En dicho informe la Comisión señalaba, entre otros problemas de aplicación, las dificultades generadas por el necesario intercambio de información, la disparidad o complejidad de las legislaciones, medidas administrativas y procedimientos de autorización nacionales, y las divergencias constatadas entre las diferentes normativas nacionales respecto de la clasificación de las armas sujetas a la Directiva en las distintas categorías (por ejemplo, algunos Estados miembros habían clasificado como armas de guerra lo que en otros se consideraban armas de caza). Algunos de esos problemas, unidos a la firma en 2002 por parte de la Comunidad Europea en nombre de la UE del Protocolo ONU sobre fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, provocaron la aprobación de la Directiva 2008/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, por la que se modificaba la Directiva 91/477.

Otros factores propiciaron una nueva reforma de la Directiva 91/477, pero sin duda los atentados terroristas que tuvieron lugar en el territorio europeo durante 2015 (todos perpetrados usando armas de fuego pequeñas obtenidas ilícitamente) fueron la causa principal del renovado empuje que recibió el proceso: el 18 de noviembre de 2015 (es decir,

cinco días después de los atentados de París), la Comisión Europea publicaba su propuesta de modificación de la Directiva 91/477, la cual posteriormente se convertiría en la Directiva (UE) 2017/853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se volvía a modificar la Directiva 91/477/CEE.

Los cambios introducidos por la Directiva 2017/853 fueron sustanciales, si bien afectaban más a la prevención y control de las transferencias que a aspectos penales sustantivos, pues esta Directiva no contiene ningún mandato que obligue a los Estados miembros a criminalizar de un determinado modo la fabricación, tenencia o comercio ilegal de armas. En todo caso, tanto la Directiva 2017/853 como su sucesora, la Directiva 2021/555 (que es una versión codificada de la anterior), han alterado la redacción inicial de prácticamente todos los preceptos de la originaria Directiva 91/477. En esencia, las modificaciones más importantes introducidas en la regulación europea sobre adquisición y tenencia de armas son las siguientes:

- se amplían las definiciones contenidas en el artículo 1 («arma de fuego», «munición», «fabricación ilícita», «tráfico ilícito», etc.);
- se especifica que la Directiva «se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones nacionales relativas al porte de armas, a la caza y al tiro deportivo, cuando se usen armas adquiridas y poseídas legalmente de conformidad con la presente Directiva» (artículo 2);
- se impone la obligación de comprobar que todas las armas de fuego o sus componentes, fabricados o importados en la UE, hayan sido «señalados con un marcado claro, permanente y único» (artículo 4);
- se establecen requisitos específicos para permitir la adquisición y tenencia de armas de fuego a una persona (artículos 5 y 6);

- se prohíbe con carácter general la adquisición y tenencia de armas de fuego, componentes esenciales y municiones de la categoría A (artículo 9);
- se establecen medidas específicas para evitar la transformación de armas de fuego y similares, así como la reactivación de armas inutilizadas (artículos 14 y 15).

2.2. *El Reglamento (UE) 258/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo*

Aprobado diez años después de que la Comisión firmara el Protocolo de la ONU sobre armas de fuego, este Reglamento regula las autorizaciones de exportación y las medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes esenciales y municiones, con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 de dicho Protocolo (que establece los requisitos generales aplicables a los sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito).

El ámbito de aplicación del Reglamento 258/2012 es más bien reducido, pues solo se aplica a las armas de fuego de uso civil (de modo que su contenido no afecta en principio a la aplicación del artículo 346 TFUE) y exclusivamente con relación a la exportación desde el territorio aduanero de la UE en dirección a terceros países o a través de estos, siempre y cuando dichas transferencias no puedan afectar «al derecho de una parte a emprender una acción en interés de la seguridad nacional que sea coherente con la Carta de las Naciones Unidas».

2.3. *La Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el terrorismo*

Esta Directiva, elaborada en el mismo clima de alarma social provocado por los atentados de 2015, establece «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de los delitos de terrorismo, los delitos relacionados con un grupo terrorista y

los delitos relacionados con actividades terroristas» (artículo 1). De acuerdo con lo anterior, y por lo que interesa a la regulación penal de la fabricación, tenencia y tráfico de armas, la Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que se tipifiquen penalmente, cuando sean cometidos intencionalmente, los siguientes actos:

- «La fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares», así como la investigación y desarrollo de tales armas, como delitos de terrorismo, cuando tales conductas se lleven a cabo con unos de los fines que se consideran terroristas (artículo 3.1.f);
- instruir o recibir instrucción «en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos», a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo (artículos 7 y 8);
- la complicidad, inducción o tentativa de cualquiera de los delitos anteriores, con la única excepción de la tenencia de armas, que se excluye expresamente de la cláusula de punición de la tentativa (artículo 14).

Autora: Esther Hava

(Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Cádiz)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: HAVA, Esther. *El control penal de las armas. Análisis del capítulo V del título XXII del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; HAVA, Esther. «Illicit Arms Trafficking within EU and EU Member States Legal Framework». En *Law Review*, 2017, vol. VII, issue 2, pp. 54-60; CLAPHAM, Andrew; CASEY-MASIEN, Stuart;

GIACCA, Gilles y PARKER, Sarah. *The Arms Trade Treaty. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

TRASLADO INTERNACIONAL DE PERSONAS CONDENADAS (EUROPA)

1. Introducción

Tradicionalmente, el traslado de personas condenadas de un Estado a otro se ha producido sobre la base de mecanismos definidos por medio de tratados internacionales bilaterales o multilaterales. Entre los segundos, a nivel regional, destacan el Convenio sobre traslado de personas condenadas del Consejo de Europa hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, que entró en vigor el 1 de julio de 1985, y su Protocolo Adicional de 18 de diciembre de 1997, el Convenio Europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970, el Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de condenas penales extranjeras de 13 de noviembre de 1991. La modalidad de cooperación definida en estos tratados es de naturaleza política. El traslado, por tanto, solo puede producirse si existe un acuerdo entre las autoridades gubernativas del Estado donde se ha pronunciado la condena y el Estado al cual se trasladará a la persona condenada para ejecutar la pena (denominados Estado de condena y Estado de cumplimiento, respectivamente). No se contemplan situaciones en las que resulte obligado aceptar el traslado, puesto que cada Estado es soberano a la hora de acceder o no a las solicitudes que se le presenten.

Desde los años sesenta, ha sido habitual que los instrumentos bilaterales y multilaterales hagan referencia a la rehabilitación del condenado como un importante objetivo del traslado. Se parte de que permitir al conde-

nado cumplir su condena cerca de casa, en un entorno social y cultural que le sea familiar y en una lengua que comprenda, manteniendo sus lazos familiares y sociales, mejora sus posibilidades de rehabilitación. Se evita así, además, el tratamiento diferenciado que experimentan los extranjeros y no residentes en prisión cuando no pueden acceder al trabajo o al tratamiento en prisión por dificultades lingüísticas, no se les conceden permisos de salida ni acceden a la libertad condicional por el temor a que se fuguen, al entenderse que por ser no residentes carecen de arraigo, o no se les ofrecen los mismos servicios de apoyo postpenitenciario porque se asume, muchas veces erróneamente, que serán expulsados una vez salgan de prisión.

2. El Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1983

En el continente europeo, el instrumento de referencia ha sido, hasta 2009, el Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1983, que entró en vigor el 1 de julio de 1985 (en adelante, el Convenio). El Convenio ha sido firmado y ratificado por los 47 Estados miembros de esta organización internacional, además de por otros 22 Estados no miembros, entre los que figuran Australia, Canadá, India, Japón, México y Estados Unidos. Ha sido también el instrumento utilizado para el traslado de personas condenadas entre los Estados miembros de la Unión Europea hasta la adopción de su propio instrumento, gracias al Acuerdo de Aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas, de 25 de mayo de 1987.

Para activar el procedimiento de traslado previsto en el Convenio es necesario que:

- la persona condenada sea nacional del Estado de cumplimiento;
- la sentencia de condena sea firme;

- la duración de la pena o de la medida privativa de libertad que se ha de cumplir sea al menos de seis meses el día de la recepción de la petición de traslado, o indeterminada;
- la persona condenada consienta el traslado; y
- los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena constituyan una infracción penal también con arreglo a la ley del Estado de ejecución (artículo 3).

El reo puede solicitar el inicio del procedimiento de traslado a cualquiera de los dos Estados. El Estado de cumplimiento tiene la posibilidad de adaptar la naturaleza o duración de la pena o de la medida privativa de libertad a lo previsto en su Ordenamiento interno, siempre que ello no implique una agravación de la situación del sujeto afectado (artículo 10). El traslado conlleva la suspensión de la ejecución de la pena en el Estado de condena, la cual finaliza en el momento en que así lo determine el Estado de cumplimiento. Una vez realizado el traslado, el reo queda bajo la jurisdicción del Estado de cumplimiento, que puede decidir continuar la condena impuesta en el Estado de condena o bien convertir la condena en una decisión propia. En ningún caso puede la condena exceder la duración máxima prevista en el Estado de cumplimiento ni agravarse de ninguna forma. En caso de conversión de la condena, se prohíbe su conversión en sanción pecuniaria. Ahora bien, el Convenio permite al Estado de cumplimiento conceder indultos, amnistías y conmutaciones en virtud de su Derecho interno, posibilidad que ha generado en más de una ocasión que los Estados de condena sean reacios a permitir un traslado ante la previsible utilización de este sistema para posibilitar la puesta en libertad de la persona condenada o la atenuación de la condena.

La aplicación del Convenio ha sido valorada con carácter general como insatisfactoria, a causa de varios factores, citándose entre ellos las múltiples formalidades, una terminología poco clara, el requisito de la doble tipificación (de forma que el traslado solo es posible si el hecho come-

tido está previsto como infracción penal en los dos Estados involucrados), la naturaleza decisiva e insoslayable de la voluntad política (si el Estado de cumplimiento no quiere aceptar el traslado, no hay remedio alguno) y la necesidad de obtener el consentimiento de la persona condenada para efectuar su traslado.

En relación con este último aspecto, en 1997 se adoptó un Protocolo Adicional al Convenio (ratificado por 39 Estados, pero no por todos los miembros de la Unión Europea, y en vigor desde el año 2000), dirigido a privar de relevancia al consentimiento en los casos en que la persona condenada haya huido del Estado de condena o cuando la condena dictada contra ella, o una decisión administrativa adoptada como consecuencia de esa condena, lleve aparejada una medida de expulsión o de deportación o cualquier otra medida en virtud de la cual a esta persona, una vez puesta en libertad, no se le permitirá permanecer en el territorio del Estado de condena. Simplificaciones ulteriores se prevén en un Segundo Protocolo Adicional firmado en 2017, que establece la obligación de los Estados requeridos de hacerse cargo de los condenados para la ejecución de la condena u orden judicial. Su entrada en vigor aún está pendiente de la ratificación de los Estados.

3. La Decisión Marco 2008/909/JAI

En el ámbito de la Unión Europea, la situación se presenta de distinta forma, gracias al principio del reconocimiento mutuo. Se basa en el principio de confianza mutua, que impone a los Estados miembros presuponer que los demás Estados de la Unión protegen de forma adecuada los derechos fundamentales, asegurando al mismo tiempo la efectividad del derecho de la UE. El reconocimiento mutuo tiene la ventaja de despolitizar los procedimientos de cooperación, que se llevan a cabo en un plano exclusivamente técnico entre las autoridades jurisdiccionales nacionales. En relación con el traslado de personas condenadas, el Programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, apro-

bado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000, ya contemplaba la adopción de un instrumento *ad hoc*. Las instituciones europeas pretendían sustituir el Convenio de Estrasburgo con un instrumento propio, al menos en las relaciones entre los Estados miembros, con el que superar las deficiencias apreciadas en su aplicación.

A la luz de tales intenciones, en 2005 Austria, Finlandia y Suecia propusieron la adopción de una decisión marco sobre el tema, propuesta que suscitó bastante controversia. Tras intensas negociaciones, el Consejo consiguió aprobar un texto de compromiso. Se adoptó así la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (en adelante, la decisión marco o DM), que entró en vigor el 5 de diciembre de 2008.

La decisión marco se aplica a cualquier decisión definitiva emitida por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro con la que, como consecuencia de la comisión de un delito, se imponga una pena o medida privativa de libertad, de duración limitada o indeterminada, por razón de una infracción penal como consecuencia de un proceso penal (artículo 1 DM). El Estado miembro en el que se haya dictado la sentencia se denomina Estado de emisión, y aquel al que se transmita la sentencia con vistas a su reconocimiento y ejecución, Estado de ejecución. El Estado de ejecución puede ser el Estado miembro de nacionalidad del condenado en el que viva o al que el condenado será expulsado una vez puesto en libertad, en virtud de una orden de expulsión o traslado, de cualquier resolución judicial o administrativa o de cualquier otra medida derivada de la sentencia, e incluso cualquier Estado miembro cuya autoridad competente consienta el traslado (artículo 4.1 DM).

Para aplicar la decisión marco, es necesario que la persona física se encuentre sea en el Estado de emisión, sea en el de ejecución (artículos 3.2 y 4.1 DM). El procedimiento puede iniciarse de oficio por el Estado de

emisión, a instancia de parte o a iniciativa del Estado de ejecución, pero en estos dos últimos casos no existe para el Estado de emisión obligación alguna de transmitir la sentencia (artículo 4.2 y 4 DM). Por el contrario, salvo que se de alguno de los motivos para el no reconocimiento y la no ejecución previstos expresamente, el Estado de ejecución está obligado a reconocer la sentencia (artículo 9 DM). La única excepción es que se solicite el reconocimiento a un Estado que no sea el de nacionalidad ni aquel al que el condenado será expulsado, pues en este caso dicho Estado puede autorizar o no la transmisión, a su criterio (artículo 4.3 DM).

El traslado, en línea de principio, debe facilitar la reinserción social de la persona condenada (artículo 3.1 DM). En consecuencia, se prevé que la autoridad competente del Estado de emisión pueda transmitir un certificado y la correspondiente sentencia solo en la medida en que tenga el convencimiento de que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social de la persona condenada. Con este fin, y, en general, con el de resolver eventuales problemas que se puedan plantear en el procedimiento de traslado (por ej., debido a la presentación de datos incompletos o incorrectos en el certificado), se prevé que puedan realizarse consultas entre las autoridades competentes de los dos Estados involucrados (artículo 4.2 y 3 DM). Se permite a la autoridad competente del Estado de ejecución presentar a la autoridad competente del Estado de emisión un dictamen motivado que confirme que la ejecución en el Estado miembro de destino no permitiría la correcta reinserción en la sociedad de la persona condenada (artículo 4.4 DM). No se proporcionan indicaciones sobre qué se entiende por rehabilitación o reinserción social, salvo la mención del considerando 9 DM de la existencia de vínculos lingüísticos, culturales, sociales o económicos, y otros lazos con el Estado de ejecución, mención que olvida otros aspectos relevantes para la rehabilitación, como la existencia de tratamientos adecuados durante y después de la estancia en prisión y de medidas sociales dirigidas a facilitar la inserción sociolaboral en la fase de transición a la libertad.

En general, es necesario que la persona condenada otorgue su consentimiento al traslado a otro Estado miembro (artículo 4.1 DM). Ahora bien, este requisito no se exige en el caso de que la sentencia y el certificado se transmitan al Estado miembro de nacionalidad en que viva el condenado o al Estado miembro al que el condenado vaya a ser expulsado sobre la base de una resolución judicial o administrativa adoptada sobre él o al Estado miembro al que el condenado se haya fugado o al que haya regresado ante el proceso penal abierto contra él en el Estado de emisión o por haber sido condenado en tal Estado (artículo 6.1 y 2 DM). En el caso de que el condenado se encuentre aún en el Estado de emisión, tiene derecho a dar su opinión, que, si bien no es vinculante, debe ser tenida en consideración en el momento de decidir sobre la transmisión de la sentencia (artículo 6.3 DM). Ahora bien, no se prevé informar al condenado sobre las condiciones del internamiento en el Estado de ejecución, el establecimiento concreto en el que deberá ingresar o el alcance preciso de las reducciones de la duración de la pena a las que podrá acceder, con lo que se hace difícil dar una opinión informada. Además, tampoco es motivo de rechazo del reconocimiento que no se haya recabado la opinión del condenado. La posibilidad de llevar a cabo el traslado sin consentimiento del condenado en ciertos casos sigue la vía abierta por el Protocolo Adicional al Convenio de Estrasburgo. Plantea numerosas dudas, en particular en relación con si cabe hablar de la mejora de las posibilidades de rehabilitación social cuando el condenado se opone al traslado, dado que ignorar su voluntad puede tener repercusiones negativas en su tratamiento, y a si dicho traslado no consentido viola el derecho a la intimidad y la vida familiar reconocido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No se reconoce al condenado un derecho a apelar la decisión. A ello se suma que no se recoge como motivo para el no reconocimiento el que las condiciones de internamiento sean peores en el Estado de ejecución que en el de condena, a pesar de la obligación de respetar los derechos fundamentales prevista en la decisión marco (artículo 3.4 DM).

La autoridad competente del Estado de ejecución procede al reconocimiento de la sentencia condenatoria y a la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de la pena en el menor tiempo posible, en cualquier caso dentro de los 90 días siguientes al de recepción de la sentencia y el certificado (artículo 12.1 y 2 DM), salvo que exista alguno de los motivos de denegación taxativamente previstos en la decisión marco (artículo 8.1 DM).

De hecho, la decisión marco faculta a la autoridad competente del Estado de ejecución —no la obliga— a denegar el reconocimiento y la ejecución en los casos previstos en el artículo 9 DM, entre los cuales se encuentran la vulneración del principio *ne bis in idem*, la prescripción de la pena producida de conformidad con la normativa del Estado de ejecución, el reconocimiento por parte de este Estado de inmunidad en favor del condenado, la menor edad de este, el caso de que la duración de la parte de pena que queda sin cumplir sea inferior a seis meses, o que los hechos en virtud de los cuales se imponga la condena no estén tipificados en el Estado de ejecución y tampoco entren en el ámbito de aplicación del principio de doble tipificación. En efecto, el Estado de ejecución puede supeditar el reconocimiento a la condición de que la sentencia se refiera a hechos que sean también constitutivos de infracción según el Derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o su calificación. De acuerdo con la STJUE (Sala Quinta) de 11 de enero de 2017, C-289/15, *Grundza*, se impone una valoración que, concentrándose en el elemento material de la infracción, prescinda de una correspondencia exacta entre los elementos constitutivos de la infracción tal y como se definen en las leyes de los dos Estados, así como de la calificación y de la clasificación de la misma según tales leyes. Por lo demás, se identifican en la decisión marco treinta y dos categorías de ilícitos penales (incluyendo terrorismo, trata de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, delitos informáticos) a los cuales no se aplica el requisito de la doble tipificación, siempre que estén castigadas en el Estado de emisión

con pena privativa de libertad o medida de privación de libertad de un máximo de al menos tres años (artículo 7.1 DM).

Cuando la condena sea incompatible con la legislación del Estado de ejecución, sea por su naturaleza o por su duración, su autoridad competente puede tomar la decisión de adaptar la condena, debiendo tener en cuenta que la condena adaptada no puede ser más grave que la impuesta en el Estado de emisión (artículo 8.2, 3 y 4 DM). También puede proponer un reconocimiento y una ejecución parciales (artículo 10.2 DM). Si la autoridad competente del Estado de emisión no se da por satisfecha con la propuesta, puede retirar el certificado.

Tras el reconocimiento, el traslado de la persona condenada debe producirse en un plazo de 30 días (artículo 15 DM). Realizado el traslado, la ejecución de la pena continúa en el Estado de ejecución rigiéndose por la normativa correspondiente de este, incluidos los motivos de concesión de libertad anticipada o condicional (artículo 17.1 DM). El Estado de emisión puede solicitar información al respecto, y retirar el certificado si no está de acuerdo sobre la aplicación de dichas disposiciones (artículo 17.3 DM).

Debe deducirse del periodo total de privación de libertad que haya de cumplirse en el Estado de ejecución todo el periodo de privación de libertad ya cumplido en el de emisión (artículo 17.2 DM). Ahora bien, el cumplimiento de condiciones en el Estado de emisión, como el trabajo en prisión, que darían derecho a una reducción del tiempo de condena en el Estado de ejecución, no permiten esa reducción. De acuerdo con la STJUE (Gran Sala) de 8 de noviembre de 2016, C-554/14, Ognyanov, se rige por la legislación del Estado de ejecución solo la ejecución de la parte de pena que queda por cumplir, mientras que la determinación de la pena se somete a la normativa del Estado de emisión. Admitir lo contrario —y, por tanto, permitir la aplicación de la reducción de condena a favor del sujeto trasladado— implicaría una aplicación retroactiva de

la ley del Estado de ejecución que daría lugar a una negación del principio de reconocimiento mutuo.

Sobre la base del principio de especialidad, se establece que el condenado trasladado en virtud de la decisión marco no podrá ser procesado, condenado o privado de libertad en el Estado de ejecución por una infracción cometida antes de su traslado, salvo por la que haya motivado el traslado. Ahora bien, se prevén excepciones a esta regla en una serie de casos recogidos en el artículo 18.2 DM, entre los cuales se encuentra que el sujeto no haya abandonado el Estado de ejecución en un plazo de 45 días desde su puesta en libertad definitiva o haya vuelto después, haya dado su consentimiento al traslado o haya renunciado expresamente al beneficio derivado del principio de especialidad, o cuando el Estado de emisión haya otorgado su consentimiento a ello.

En la doctrina se ha venido poniendo de manifiesto desde hace años que los mecanismos de reconocimiento mutuo para el traslado de personas condenadas se han diseñado más en clave de protección del interés de los Estados de emisión en vaciar de extranjeros sus sobrecargados sistemas penitenciarios que de aplicar efectivamente el principio de rehabilitación social a los condenados extranjeros y no residentes. Sin embargo, ese temor a la utilización del reconocimiento mutuo en clave migratoria no parece haberse materializado en la práctica. Antes bien, se reconoce en general el bajo nivel de aplicación alcanzado hasta el momento, con la excepción de unos pocos países, como Holanda. Ese relativo fracaso resulta bastante sorprendente, por varios motivos. Por un lado, porque se reconoce unánimemente la importancia de estas medidas tanto para el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, como para el de conseguir la rehabilitación y reinserción de los condenados no residentes y extranjeros de nacionalidad comunitaria. Por otro, porque el número de penas privativas de libertad impuestas a extranjeros de nacionalidad comunitaria —no hay datos de nacionales no residentes— en la Unión Europea no es precisamente bajo, con lo que hay un ámbito de aplicación potencial bastante amplio. En 2018, el 15,9 % de la población

penitenciaria en Europa era extranjera, y dentro de ella el 32,8 % eran ciudadanos comunitarios, unas 37 000 personas.

El poco uso de este instrumento tiene varias explicaciones posibles y, seguramente, complementarias. Hay cuestiones de política criminal, que tienen que ver con la prevalencia en algunos países, en términos cuantitativos, de los procedimientos de expulsión de condenados comunitarios frente a los de reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad, pese a que la lógica que informa la expulsión de condenados extranjeros nada tiene que ver con sus posibilidades de rehabilitación social. De hecho, aunque se podría pensar que el retorno a su país de residencia favorece su reinserción social, lo cierto es que ese retorno puede producirse, en muchas ocasiones, contra su voluntad, y se ordena sin tener en cuenta si las condiciones de los establecimientos penitenciarios y las posibilidades que ofrecen son mejores en el Estado de ejecución o no. La escasa aplicación también podría tratarse de una consecuencia de la deriva securitaria que ha impulsado en los últimos años la agenda en materia de reconocimiento mutuo, reflejo de la falta de compromiso con la protección de los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros que, al menos a nivel supranacional, parecen concentrar sus esfuerzos en la prevención y represión de los delitos frente a la necesidad de garantizar los derechos de las personas condenadas. No contribuye positivamente a una mayor aplicación el carácter discrecional que informa la decisión de emitir este instrumento: mientras que para el Estado de ejecución el reconocimiento es una actividad reglada, estando obligado a reconocer y ejecutar la condena, salvo que concurra alguna de las causas tasadas de denegación que le permita no hacerlo, para el Estado de emisión hacer uso de este instrumento constituye una mera posibilidad. A ello cabe añadir la falta de conocimiento sobre la existencia y la forma de funcionamiento del instrumento por parte de los posibles beneficiarios y quienes les asisten legalmente, agudizada por una insuficiente formación de las autoridades competentes, tanto en lo que se refiere a la dinámica del procedimiento y sus potencialidades, como en lo relativo a los regímenes de

cumplimiento y las condiciones carcelarias existentes en el resto de Estados miembros. En este sentido, seguramente las diferentes culturas jurídicas y un nivel de confianza insuficiente entre los diversos Estados miembros podrían estar detrás de la infrautilización de este instrumento. El resultado es un instrumento con un gran potencial en buena medida desaprovechado.

*Autora: Patricia Faraldo Cabana
(Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña - España,
adjunct professor, Queensland University of Technology - Australia)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. «El reconocimiento y la ejecución de sentencias privativas de libertad en la Unión Europea: comentario a la decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008». En *Revista General de Derecho Europeo*, 2009, n.º 18, pp. 1-30; FARALDO CABANA, Patricia. «One step forward, ¿two steps back? Social rehabilitation of foreign offenders under Framework Decisions 2008/909/JHA and 2008/947/JHA». En: *New Journal of European Criminal Law*, 2019, vol. 10, n.º 2, pp. 151-167; MAPELLI CAFFARENA, Borja y GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*. Madrid: McGraw-Hill, 2001; MARGUERY, Tony (editor). *Mutual trust under pressure. The transferring of sentenced persons in the EU*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2018; MONTALDO, Stefano (editor). *The Transfer of Prisoners in the European Union. Challenges and Prospects in the Implementation of Framework Decision 2008/909/JHA*, Eleven. The Hague: Giappichelli, 2020; VERMEULEN, Gert y otros. *Cross-border execution of judgments involving deprivation of liberty in the EU. Overcoming legal and practical problems through flanking measures*. Amberes-Apeldoorn-Portland: Maklu, 2011.

TRATA DE PERSONAS

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000 (anexo II), con entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003 (en adelante, el Protocolo), complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Es el instrumento internacional básico sobre el tema que nos ocupa y define la trata de personas.

En el artículo 3 del Protocolo queda establecido el concepto de trata de personas en el marco universal. El apartado a de este artículo dice:

Por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

En nota interpretativa se aclaró que:

[...] La referencia al abuso de una posición de vulnerabilidad sea entendido como relativo a cualquier situación en la cual la persona involucrada no tiene más alternativa real y aceptable que someterse al abuso pertinente.

El Protocolo contiene la definición internacional actual de lo que se entiende por trata de personas. Es una aproximación a la trata diferente a aquella de la antigua Convención de 1949, la cual solamente se centraba en la prostitución y consideraba que todo tipo de prostitución, fuere vo-

luntaria o forzada, constituía trata de personas. El Protocolo reconoce la existencia de la prostitución voluntaria y la prostitución forzada, y se decidió que la participación involuntaria u obligada en la prostitución constituiría trata. Se rechazó la idea de que la participación voluntaria y no coercitiva de adultos en la prostitución constituyera trata. Porque la conducta de trata de personas se relaciona con la prostitución ajena y explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos, como fines de explotación, en lo principal.

En cuanto al consentimiento de la víctima para la tipificación de la conducta, el apartado *b* del artículo 3 del Protocolo establece su irrelevancia:

El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

Así, la definición planteada por el Protocolo prevé acciones, medios y finalidad para definir la trata de personas, estructurando la conducta del siguiente modo:

1. Acciones: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas.
2. Medios: amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.
3. Finalidad: la explotación, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Y el consentimiento de la víctima no es relevante.

Por tanto, la tipificación del delito en el ámbito interno por parte de aquellos Estados que son parte del Protocolo debe respetar esta definición como estándar mínimo.

Algunos países tipifican de modo más abarcativo el delito, como es el caso del Derecho penal argentino (Código Penal argentino, artículo 145 bis y ter). Así, se prevé, por ejemplo, como figura básica en Derecho penal la siguiente conducta:

Art. 145 bis. Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima.

Y como figura agravada:

Art. 145 ter. En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.
3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o

conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

Es decir, los medios previstos por el Protocolo son agravantes en la previsión estudiada a nivel doméstico como ejemplo. La protección básica por tanto se vio ampliada.

Ahora bien, definida la trata de personas en lo internacional, se deben definir sus elementos. Primero, las acciones típicas de: captar, transportar o trasladar, acoger o recibir. Aunque en el Protocolo aparecen como sustantivos, se los suele estudiar como verbos ya que son acciones típicas previstas penalmente.

«Captar» es conseguir, atraer hacia sí algo o alguien, ganar la voluntad, atrapar, reclutar, reunir, atraer, entusiasmar a quien va a ser víctima del delito, sin importar el medio por el cual se logra. Puede darse personalmente, por publicidad, por contacto telefónico, por internet.

«Trasladar» es llevar de un lugar a otro y podría ser considerado un sinónimo de «transportar». La acción de transportar o trasladar no requiere que el sujeto llegue a destino. Por ejemplo, la persona puede ser interceptada y rescatada en el camino a destino. Se podría hacer cierta diferencia entre los dos verbos, trasladar en general por cualquier medio, incluso caminando, en cambio transportar en el sentido que en particular se utiliza un medio de transporte. Pero la diferencia sería menor.

«Recibir» es recepcionar, aceptar a una persona que es trasladada y llega al destinatario. Y «acoger» es dar hospedaje, alojar, admitir en su ámbito, brindar a la persona protección física, incluso esconder en contra del descubrimiento de su condición de explotada, presente o futura. En el Protocolo aparecen en orden diverso, primero el acogimiento y luego la recepción, pero puede ser más lógico primero recibir y luego acoger, por cómo generalmente ocurren los hechos.

Esas son las acciones típicas. Ahora bien, los medios son varios. El Protocolo trae una enumeración de varios medios posibles que son conocidos en cuanto a su contenido en el ámbito del Derecho penal ya en otros delitos. Sin embargo, aparece en especial la referencia a la «situación de vulnerabilidad». Se puede recurrir a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, documento que da la siguiente definición:

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

El último elemento de la trata de personas es el fin de explotación de la conducta. Veamos qué se entiende por explotación. El Protocolo dice que la explotación: «incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servi-

cios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos».

Esto es un piso, un estándar mínimo. Las legislaciones nacionales pueden prever más formas de explotación, como algunos han hecho, tales como: la explotación de la pornografía infantil o la realización de representaciones o espectáculos con dicho contenido; la extracción forzosa o ilegítima de fluidos o tejidos humanos (no solo de órganos), entre otras. En cuanto a la definición de cada una de estas finalidades de explotación, se deberá recurrir a la normativa ya vigente sobre cada situación en particular. El Derecho internacional ha desarrollado ya estos conceptos y en algunos casos contamos con convenciones temáticas específicas que los definen.

Se aclara que el fin de explotación no necesariamente debe completarse. Habrá trata de todos modos cuando no se logre, solo porque la conducta sea con fines de explotación.

Entonces la conducta de trata de personas solo será tal si cumple con alguna de las acciones descriptas, por alguno de los medios enumerados (o la situación general de vulnerabilidad) y si se da con alguna de estas específicas finalidades de explotación.

El delito de trata de personas en el ámbito doméstico tendrá como guía la definición traída por el texto internacional del Protocolo en la materia e incluso se puede ampliar la protección proyectada, ya que el Protocolo es el estándar mínimo.

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incluyó una referencia a la trata de personas. Dice el artículo 7.1:

c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

Esta referencia habla de tráfico en lugar de trata de personas, tal vez por una traducción incorrecta del inglés donde se habla de *human trafficking* (parece ser un falso cognado) y, además, el Estatuto de Roma vincula la trata de personas con la esclavitud exclusivamente, mientras que, como se ha dicho, la trata de personas puede tener varias finalidades de explotación diversas.

Aparece cierta ampliación en la Nota 11 de Elementos de los Crímenes, sobre el crimen de lesa humanidad de esclavitud, al explicar qué se entiende por esclavitud, donde dice:

Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

Así, se encuentra definida la trata de personas en el ámbito internacional en el Protocolo de Palermo antes citado y se encuentra tipificada la conducta como delito en el Estatuto de Roma —aunque de un modo particular—, más allá de las previsiones al respecto en las legislaciones domésticas.

Se considera que la trata de personas es un delito de resultado cortado, es decir, cualquiera de las acciones previstas consuma la conducta. Si se actúa en connivencia con los autores de otras acciones, entonces así se estudiará, como generalmente se da en las investigaciones sobre las actividades de redes de trata de personas, pero no necesariamente se debe imputar a toda la cadena de partícipes para considerar consumado el delito.

Autora: Natalia Barbero
(Profesora, Universidad de Buenos Aires - Argentina)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Principios y Directrices Recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas, Comentario*. Nueva York - Ginebra: 2010. DONNA, Edgardo A. *Derecho penal. Parte especial*. Santa Fe - Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2011, tomo II-A, segunda edición actualizada y reestructurada, p. 267 y ss.; RAYMOND, Janice G. *Guía para el Nuevo Protocolo de Naciones Unidas sobre Tráfico de Personas*. Dirección General de la Mujer, 2000.

TRATADO MODELO DE EXTRADICIÓN

1. Orígenes

Como se apunta en la Ley Modelo de Extradición publicado por la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito en Viena de 2004, las propuestas de leyes modelos y tratados modelos auspiciados por organismos internacionales son el resultado de consultas en estos foros por parte de los Estados y se realizan con la finalidad de ayudar a estos en materia de cooperación jurídica internacional, para que los mecanismos adoptados finalmente resulten más eficaces y eficientes. En relación con la extradición se apunta, por la mencionada Ley Modelo, el origen del Tratado Modelo de Extradición adoptado por la Asamblea General en 1990:

[...] por recomendaciones del Octavo Congreso sobre la Prevención del Delito y el Trato al Delincuente, que se llevó a cabo en La Habana, en 1990, la Asamblea General adoptó, entre otros, el Tratado Modelo sobre Extradición (Resolución 45/116 del 14 de diciembre de 1990). Con base en las tendencias predominantes sobre la ley de extradición, al igual que la experiencia acumulada con tratados bilaterales y multilaterales, el Tratado Modelo sobre Extradición demostró ser una innovación importante en la cooperación internacional en materia penal por su contenido y su estructura. Sus disposiciones fueron el resultado de una cuidadosa evaluación de las necesidades y dificultades de los países con respecto al procedimiento de extradición.

2. *Contenido*

El Tratado Modelo de 1990 fue un instrumento que ofreció distintas opciones sencillas que los Estados interesados podían utilizar para la negociación de sus tratados de extradición, teniendo en cuenta los derechos fundamentales y las garantías procesales, tanto desde la perspectiva del Estado requirente como la del Estado requerido, y, por supuesto para la persona cuya extradición se solicita.

De esta forma, se recoge en dicho modelo de tratado principios o criterios tradicionales de la extradición, tales como el principio de legalidad, el principio de doble incriminación (regulando cuando se puede interpretar que se cumple), denegación por delitos políticos, militares, y cuando haya fundados motivos de persecución por discriminación, la garantía del *non bis in idem*, de no sometimiento a penas inhumanas o degradantes, la prescripción, amnistía. Y también se recogen recomendaciones en cuanto al procedimiento de extradición y entrega, recogéndose de manera simplificada.

Dicho Tratado Modelo data de 1990 y teniendo en cuenta el avance de la sociedad y de los métodos de cooperación jurídica internacional, quizás resulte un tanto obsoleto. De ahí, que han sido numerosas las iniciativas que posteriormente se han llevado a cabo, desde Naciones Unidas, intentando solucionar los problemas que se les plantea a los Estados en los procedimientos extradicionales, atendiendo a las necesidades de los mismos que en materia de cooperación jurídica internacional iban surgiendo. Tal es el caso de la Ley Modelo de extradición de 2004 (cuya extensión supera al Modelo de Tratado de 1994, debido a la complejidad de los procedimientos extradicionales) o el Manual de asistencia judicial recíproca y extradición de 2012 (mucho más completo y acorde con la realidad actual), que desde la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen se han publicado.

*Autor: Beatriz García Sánchez
(Titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos - URJC,
doctora en Derecho penal por la URJC)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Madrid: Comares, 2005; Ley Modelo sobre Extradición (2004) https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2017/Model_Law_Extradition_Spanish.pdf (consultada el 23 de septiembre de 2021); Report Informal Expert Working Group on Effective Extradition Casework Practice Vienna, 2004, http://www.unodc.org/pdf/ewg_report_extraditions_2004.pdf

TRIBUNALES ESPECIALES EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. Fundamento

La proliferación de tribunales penales internacionales especiales a partir de los años 90 responde a dos razones principales: el fracaso de los tribunales domésticos a la hora de juzgar a los responsables de los más graves crímenes internacionales y las ventajas objetivas del sistema penal internacional en comparación con los sistemas domésticos.

Estas ventajas pueden reconducirse a la mayor imparcialidad que caracteriza a estos tribunales formados por jueces sin vínculos con el territorio o el Estado en el que se han cometido los crímenes internacionales y a la mayor especialización en Derecho penal internacional y Derecho internacional humanitario de sus componentes. Además, estos órganos jurisdiccionales disfrutan de una mayor visibilidad y cuentan con más recursos. A ello hay que añadir que, al aplicar los principios y nor-

mas internacionales, el nivel de homogeneidad en la jurisprudencia emanada por estos tribunales es mayor.

2. Evolución histórica de la justicia penal internacional

El precedente histórico indiscutible de los tribunales especiales en Derecho penal internacional es el Tribunal de Núremberg. Este tribunal, de naturaleza militar, fue creado por el Reino Unido, los Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética mediante el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 para juzgar a los principales criminales del Eje europeo por los graves crímenes internacionales cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.

El Tribunal, tal y como establece el artículo 6 del Estatuto de Núremberg que lo regula, estaba facultado, entre otras cosas, para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los países del Eje europeo, hubiesen cometido crímenes contra la paz, entre ellos, el de planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.

Las razones que fundamentan la decisión de los aliados de responder a las atrocidades cometidas por la dictadura de Hitler con un proceso judicial público responden a la necesidad de documentar y visibilizar tales crímenes para evitar que volvieran a repetirse. Por primera vez en la historia, tanto este Tribunal, como el Tribunal de Tokio (basado en el modelo de Núremberg, pero con competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente) demostraron que incluso los más altos cargos políticos y militares han de responder de sus actos ante la justicia.

3. *Tribunales penales internacionales ad hoc*

En 1993, ante el fracaso de la vía diplomática y militar para evitar la guerra de los Balcanes, la comunidad internacional respondió a los graves crímenes internacionales cometidos durante este conflicto con la creación Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia (TPIY). Así, mediante la Resolución 827 del Consejo de las Seguridad de las Naciones Unidas de 25 de mayo de 1993, se constituyó el primer tribunal penal internacional específicamente creado para conocer de las atrocidades sufridas por miles de personas en Croacia, Bosnia y Herzegovina durante un concreto conflicto armado.

Un año más tarde, el genocidio perpetrado al final de la guerra civil que azotó Ruanda entre 1990 y 1994 dio lugar a la Resolución 955 del Consejo de Seguridad en virtud de la cual se crea el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Como parte de su legado jurisprudencial, cabe destacar que fue el primer tribunal en proponer una interpretación de la noción de genocidio, recogido como crimen internacional en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

A pesar de los límites propios de unos órganos jurisdiccionales que no cuentan con mecanismos de ejecución propios y cuyos procedimientos se han dilatado en el tiempo (el mandato del TPIY duró 24 años, desde 1993-2017, mientras que el mandato del TPIR duró 20 años, desde 1995-2015), su constitución marca un punto de inflexión en el ámbito de la justicia penal internacional tanto por la naturaleza estrictamente internacional de estos órganos como por el hecho de que los Estatutos que rigen su funcionamiento como las Reglas de Procedimiento y Prueba que regulan las cuestiones procesales están basados, por primera vez, en el Derecho internacional de los derechos humanos.

4. Tribunales penales internacionales híbridos

Aquellos tribunales penales que se crean para el enjuiciamiento de uno o más graves violaciones del Derecho internacional mediante un acuerdo entre el Estado en cuestión y las Naciones Unidas se denominan tribunales mixtos o híbridos.

En este tipo de tribunales se suele considerar la participación de jueces nacionales del Estado en el que se han cometidos los crímenes internacionales como una forma de garantizar la conexión del órgano jurisdiccional con el territorio. El Derecho aplicable suele incluir tanto el Derecho penal internacional del Estado en cuestión como la regulación de los crímenes internacionales recogida en el Derecho penal internacional, aunque, como se verá a continuación, hay variaciones de tribunal a tribunal.

El primer ejemplo de tribunal penal híbrido es el Tribunal Especial para Sierra Leona, establecido en 2002 en Freetown (Sierra Leona) mediante la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a solicitud del Presidente de Sierra Leona que, a través de la constitución de un tribunal internacionalizado, quiso garantizar que los numerosos crímenes internacionales perpetrados en el país durante la guerra civil que duró un decenio (1991-2002) fueran investigados y juzgados.

A este Tribunal se le otorgó competencia para conocer de los delitos cometidos en violación del Derecho internacional humanitario y del Derecho de Sierra Leona a partir del 30 de noviembre de 1996 en el citado territorio. Es curioso notar que, en virtud del artículo del Estatuto, la jurisdicción *ratione personae* de este Tribunal quedó limitada a aquellas personas «con mayor responsabilidad» en la comisión de los crímenes.

Su mandato, que concluyó en 2013, se zanjó con 10 acusaciones formales y 9 condenas penales, entre las cuales cabe destacar las del expresi-

dente de Liberia, Charles Taylor, condenado en 2012 por crímenes de guerra, convirtiéndose en el primer tribunal penal internacional moderno en juzgar y condenar a un jefe de Estado en ejercicio, sentando así un importante precedente con relación a la vigencia del principio de la inmunidad de los jefes de Estado en casos de graves violaciones de derechos humanos.

Se trata del primer tribunal penal internacional de composición mixta que recibe financiación en términos voluntarios por parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Desde la perspectiva del legado jurisprudencial, este tribunal fue el primero en condenar el uso de los niños soldados y en calificar el matrimonio forzoso como crimen contra la humanidad.

El segundo ejemplo de tribunal mixto o híbrido son las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (SECC), creadas para investigar y juzgar a los responsables de los crímenes internacionales cometidos por el régimen de los Jémeres Rojos en Camboya entre 1975 y 1979, periodo en el que murieron alrededor de 1,7 millones de personas como consecuencia de ejecuciones sumarias, trabajos forzados e inanición.

Las Salas fueron constituidas en 2003 en virtud de un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya y siguen funcionando en la actualidad, si bien con un volumen de trabajo bastante reducido debido a que, tratándose de hechos ocurridos en los años 70, muchos de los presuntos responsables han fallecido.

En el ámbito del Derecho sustantivo, las SECC aplican el Código Penal de Camboya y el Derecho penal internacional en lo que se refiere a la definición de los más graves crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra). Este carácter mixto también se traslada al Derecho procesal, donde se aplica el Derecho de Camboya sin perjuicio de la posibilidad de remitirse al Derecho internacional

en el caso de dudas acerca del cumplimiento de los estándares internacionales por parte de la norma camboyana.

Las salas están financiadas tanto por el Gobierno de Camboya, que cubre con los gastos del personal camboyano como por las contribuciones voluntarias de los Estados miembros de las Naciones Unidas, que cubren la participación de personal internacional en las salas.

Por último, el Tribunal Especial para el Líbano, creado en virtud de la Resolución 1757 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tras largas negociaciones entre las Naciones Unidas y el Gobierno libanés, se considera un órgano judicial internacional e independiente.

La particularidad de este Tribunal reside en el que el mismo fue creado para investigar y juzgar un evento concreto: el asesinato del entonces primer ministro Rafiq Hariri el 14 de febrero de 2005 en un atentado terrorista. El mandato recibido otorga al Tribunal jurisdicción preferente frente a los tribunales domésticos y se extiende a todos los crímenes asociados al referido ataque perpetrados entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005.

La composición del Tribunal es mixta y, aunque la sede del Tribunal se encuentre en La Haya, el Derecho aplicable es el Derecho libanés, sin perjuicio de las referencias al Derecho internacional en el Estatuto que regula su funcionamiento. Entre sus aspectos más innovadores, es preciso destacar la creación de la Oficina de la Defensa y la inclusión, por primera vez en un tribunal internacional o internacionalizado, de elementos procesales propios del sistema continental tales como el juez de instrucción

El Tribunal sigue operativo y hasta el momento solo ha dictado una condena *in absentia* por la comisión del atentado terrorista contra Rafiq Hariri, que además acabó con la vida de otras 22 personas.

En virtud del artículo 5 del acuerdo fundacional del Tribunal, su funcionamiento se financia parcialmente a través de contribuciones voluntarias de distintos Estados (51 %) y del Gobierno del Líbano (49 %).

*Autora: Marta Sosa Navarro
(Profesora de Derecho Internacional,
Universidad degli Studi di Milano - Bicocca)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALAMUDDIN, Amal; NABIL JURDI, Nidal y TOLBERT, David. *The Special Tribunal for Lebanon. Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014; BOYLE, David. «Establishing the Responsibility of the Khmer Rouge Leadership over International Crimes». En *Yearbook of International Humanitarian Law*, diciembre 2002, vol. 5, pp. 167-218; CASSESE, Antonio. «The Rationale for International Criminal Justice». En CASSESE, Antonio (director). *The Oxford Companion to International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2009; SANDS, P. *East West Street. On the origins of Genocide and Crimes against Humanity*. Londres: Orion Publishing Co., 2016; ONU. *Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1, 24 de enero de 2002; ROMANO, Cesare; NOLLKAEMPER, André y KLEFFNER, Jann (directores). *Internationalized Criminal Courts and Tribunals*. Nueva York: Oxford University Press, 2004; SCHABAS, William. *The UN International Criminal Tribunals, The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; ZAHAR, Alexander y SLUTER, Göran. *International Criminal Law, a Critical Introduction*. New York: Oxford University Press, 2008.

V

VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO

La violencia sobre la mujer en situaciones de conflicto armado adopta diversas formas como violaciones, esclavitud sexual, trata, secuestros, prostitución forzada, embarazos forzados, esterilizaciones, mutilaciones, tráfico de órganos, entre otras. La experiencia de las mujeres en los conflictos armados se vive particularmente intensa dado que afrontan los riesgos y los peligros más graves, no solo morir o sufrir heridas incurables, sino el de ser víctimas de agresión sexual u otro tipo de abusos con impactos físicos y psicológicos de larga duración. Estas diferentes experiencias varían en función de la posición de la mujer en la sociedad y de su predisposición a convertirse en un sector vulnerable cuando estallan «hostilidades abiertas». En esta voz se abordan: 1) los fines de la violencia sobre las mujeres; 2) la protección reconocida en el Derecho internacional humanitario; 3) el reconocimiento de la violencia sobre las mujeres como crímenes contra la humanidad; 4) tortura; 5) genocidio; y, 6) crímenes de guerra.

1. Los fines de la violencia sobre las mujeres

Las guerras determinan la aparición de las diversas formas de violencia sobre las mujeres como fenómeno simultáneo y posterior a ellas mismas. Dicha violencia ni se limita a un periodo concreto ni a un territorio determinado ni es accidental ni tan solo considerada un acto privado. La violencia contra la mujer es un acto que en numerosas situaciones obedece a un fin específico al erigirse en un instrumento para alcanzar unos determinados objetivos políticos y militares. En otros casos, la violencia contra la mujer no responde a un fin específico, sino que se produce por

la discriminación estructural que existe en ciertas sociedades, y de los roles estereotipados según los cuales la mujer cumple ciertos papeles predeterminados en la sociedad. Ello ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, o en el caso Mujeres de Atenco vs. Estado de México, entre otros.

La violación durante años fue infravalorada por líderes políticos y militares (aquellos que pudieron frenar y prevenir) y considerada como un crimen privado, un acto fisiológico, una innoble conducta de un soldado, cometida puntualmente o, peor todavía, aceptada por acto común en tiempo o no de guerra. En tiempo de guerra, se consideraron como «actos desafortunados» pero «inevitables» cometidos por individuos sin responder a ninguna causa política ni militar.

El término de violación contra las mujeres hay que situarlo en un contexto amplio como defendió, en 1996, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR):

Como la tortura, la violación es utilizada para fines como la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de la persona. Como la tortura, la violación supone la violación de la dignidad de la persona, y la violación de hecho constituye un acto de tortura cuando es cometida por, o instigada para, o con el consentimiento o aquiescencia de un cargo público u otras personas con capacidad para ello. (Prosecutor vs. Akayesu, TPIR, 96-4-I, Sentencia, 2 de septiembre de 1998, párrafo 597)

Como fines de este tipo de violencia, incluidas la violación y la esclavitud sexual están, en primer lugar, el uso de la violencia sexual como medio para intimidar, atemorizar y desmoralizar a los miembros de la oposición forzándoles a huir. Los combates, asesinatos planificados, amenazas y violaciones provocan movimientos de población y desplazamientos forzados. Este método de guerra es utilizado frecuentemente para conseguir movilizar a cientos de personas de una zona determinada a otra y,

con frecuencia, a campos de refugiados instalados en Estados vecinos. No obstante, la violencia sobre la población civil desplazada no se detiene ahí, sino que las mujeres en tales campos también son objeto de abusos, incluidos los sexuales, por los distintos actores del conflicto. Se pretende, ante todo, amilanar a la población, humillar a las propias mujeres y a los hombres enemigos, y destruir la base de la familia y la comunidad: una mujer violada en diferentes culturas es considerada sucia y símbolo de vergüenza. De hecho, mujeres que han sufrido violencia sexual han sido condenadas al ostracismo por sus familias y comunidades. Estos hechos no solo ocurrían en el pasado, también las mujeres de hoy día siguen siendo perseguidas y agredidas. En ciertos casos, se ven obligadas a abandonar el Estado, en otros, conduce incluso al suicidio.

En segundo, la disponibilidad de los cuerpos y la sexualidad de la mujer son considerados «botín de guerra» o parte de los «servicios» a disposición de los vencedores. En las guerras clásicas, los distintos bienes formaron parte del «botín de guerra», tales como bienes preciosos, tierras, prisioneros para reconvertirlos en esclavos, entre ellos se incluyeron a las mujeres. La situación en la actualidad no dista demasiado de los parámetros clásicos. Hay soldados que cometen todo tipo de agresiones sexuales con ocasión del saqueo y demás atropellos perpetrados durante las intervenciones militares, practican violaciones en público, secuestran a las mujeres en campos especiales o en prostíbulos para torturarlas, violarlas y dejarlas embarazadas.

En tercer lugar, la violencia sexual se erige en práctica de «depuración étnica» mediante la concepción forzada, la prevención o interrupción de embarazos o la imposición de graves sufrimientos físicos o mentales a las afectadas. En Bosnia y Herzegovina y Croacia, por ejemplo, la violación y otras formas de abusos cometidos por las fuerzas serbias se realizaron con la intención de involucrar a la población en la guerra de raíz étnica. Las fuerzas serbias asolaban los pueblos y las ciudades de población no serbia, después separaban a los hombres de las mujeres, y trasladaban a los hombres a campos de concentración. Las mujeres asi-

mismo eran obligadas a dejar sus lugares de residencia y, en ocasiones, conducidas a campos de prisioneras (caso de los campos de Foca, Omarska, Susica) en donde se les violaba y sometía a todo tipo de servicios y abusos de naturaleza sexual. El objetivo final era la alteración de la composición étnica del grupo perseguido (en el caso de Bosnia, los musulmanes), además de su estigmatización. El racismo, la xenofobia o el odio étnico subyacen en la violencia contra mujeres y niñas (y niños) pertenecientes a otros grupos motivo por el que las someten a violencia sexual por su género y otros factores de su identidad.

En último lugar, el adoctrinamiento militar o de combate insensibiliza a los combatientes y deshumaniza a la oposición con lo que facilita la comisión de atrocidades, incluida la violencia sexual. Ante tanta barbarie, las violaciones se erigen en «válvula de escape» para muchos de los vencedores o combatientes en posición dominante.

2. La protección de las mujeres en el Derecho internacional humanitario

El Derecho internacional humanitario se articula en torno a dos ejes: los medios y métodos de combate y la protección de la población civil. Desde un punto de vista normativo, las mujeres quedan protegidas por el Derecho internacional humanitario tanto en normas convencionales como consuetudinarias. En común con la población civil disfrutan de las normas de Derecho internacional humanitario que le ofrecen protección en caso de surgir «hostilidades abiertas», o si caen en manos de otro de los actores del conflicto. Como combatientes también están cubiertas por las mismas disposiciones que los hombres como prisioneras de guerra. Además, las mujeres son destinatarias de una serie de normas consideradas de «especial protección», específicamente dirigidas y ejecutables a ellas.

Antes de la codificación del Derecho internacional humanitario (desde mediados y finales del siglo XIX y XX) ya existían acuerdos en los que se reconocía la necesidad de proteger a la mujer. Estas disposiciones se re-

ferían a la integridad física de las mujeres, el honor y el papel de la familia. Así, en el Código Lieber, de 1863, uno de los más influyentes documentos sobre el derecho de la guerra, se incluyó en el artículo 44 la obligación de respetar a las mujeres. Con posterioridad, el IV Convenio de La Haya de 1899 y 1907 recogieron en el artículo 46 (común a ambas regulaciones), y en combinación con la «cláusula Martens» del preámbulo, el requisito de respetar el honor familiar.

La no discriminación e igual tratamiento quedan contemplados en el artículo 4 del Convenio de Ginebra de 1929 relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra en el que se contempla que «no son lícitas las diferencias de trato entre los prisioneros que no se basen en el grado militar, estado de salud física o psíquica, aptitudes profesionales o el sexo de los que disfruten de ella». En esta línea, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977 proclaman la igualdad de trato en el sentido de no establecer distinciones en función del sexo. Así, el artículo 12 de la II Convención de Ginebra establece que «[...] Serán tratados y cuidados con humanidad por la parte contendiente que los tenga en su poder, sin ningún distingo de carácter desfavorable basado en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión». Disposiciones similares quedan recogidas en el artículo 16 del III Convenio de Ginebra de 1949. Esa igualdad de trato presente en las normas humanitarias queda reforzada en el marco del tratamiento de prisioneras de guerra. En efecto, en el artículo 14 de la III Convención de Ginebra se recoge esa igualdad al establecerse que «las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo, gozando en cualquier caso de un trato tan favorable como el concedido a los hombres». Igual tratamiento se recoge en el artículo 88 de la citada Convención en relación con las penas: «En ningún caso podrán ser condenadas las prisioneras de guerra a penas más severas o, mientras extingan su pena, tratadas con mayor severidad que los hombres pertenecientes a las fuerzas armadas de la Potencia en cuyo poder se encuentren y sean castigados por análoga infracción».

En cuanto a las normas de «especial protección» cabe referirse, en primer lugar, a las condiciones de las mujeres prisioneras. El artículo 29 de la III Convención de Ginebra establece que en los campos en los que residan mujeres como prisioneras de guerra deberán reservárseles instalaciones separadas. Reiterando la «especial protección» en el artículo 97 de la III Convención de Ginebra se recoge que: «las prisioneras de guerra que estén extinguiendo una pena disciplinaria estarán detenidas en locales distintos a los de los hombres y colocadas bajo la vigilancia inmediata de mujeres». Estas disposiciones responden a la más elemental regla de la decencia y a la protección del honor de las prisioneras de guerra.

En segundo, esas normas especiales van destinadas a la protección contra la violencia sexual. El artículo 27 de la IV Convención de Ginebra de 1949 recoge que «las mujeres serán especialmente amparadas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor». Los principios recogidos en este artículo forman parte del Derecho internacional consuetudinario, así las cosas, de obligado cumplimiento para todos los Estados. Con una limitación, no se incluye como infracción grave en el listado de personas protegidas del artículo 147 de la IV Convención de 1949. En esta línea, el I Protocolo extiende esa protección a las personas en el territorio de una parte del conflicto. Por ejemplo, el artículo 75, párrafo 2, del I Protocolo prohíbe los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor. La protección conferida por este artículo se aplica tanto para hombres como para mujeres, si bien la violación no está incluida expresamente en este artículo. No obstante, el artículo 76 del I Protocolo, está específicamente destinado a las medidas a favor de mujeres y niños. Similares principios inspiran el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra y el II Protocolo a tales Convenciones en su artículo 4.

En tercer lugar, existe un cuerpo de normas relativo a las mujeres embarazadas o parturientas y madres e hijos de edad inferior a los siete

años. En cuanto al tratamiento médico, el artículo 91 de la IV Convención de Ginebra establece para las mujeres parturientas un tratamiento igual que al resto de la población. En relación con la comida, el artículo 23 del IV Convenio de Ginebra proclama el libre paso de todo envío de víveres indispensables, de ropas y tónicos reservados a los niños de menos de quince años y a las mujeres encintas o parturientas. En otros casos, y relativos a la protección general de las poblaciones contra ciertos efectos de la guerra, se contempla la posibilidad de crear zonas y centros sanitarios y de seguridad organizada de modo que queden al abrigo de los efectos de la guerra, entre otros, las mujeres embarazadas y las madres de criaturas de menos de siete años.

Este cuerpo normativo se dirige a las mujeres en relación con otros, y no individualmente con sus propios derechos. Este tratamiento nos indicaría que las mujeres están consideradas en el Derecho internacional humanitario en términos sexuales y reproductivos. En las cuarenta y dos disposiciones relativas a mujeres de las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977, diecinueve hacen referencia a mujeres como madres. Las Convenciones regulan una de las diferencias, en particular la biológica, pero deja al margen otra serie de especificidades. Más aún, las disposiciones del Derecho internacional humanitario que regulan las cuestiones de mujeres se articulan en torno a la idea de protección y no de prohibición. Sorprende, en cualquier caso, que no se tipifique la violencia sexual como «infracción grave» de las normas humanitarias, después de reconocer la capacidad de procesar las violaciones de manera individual en las Convenciones de Ginebra de 1949 y Protocolos adicionales de 1977. Esta preferencia por procesar está recogida en otros instrumentos tales como la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, Convención Internacional para la Represión y Castigo del Crimen de *Apartheid* de 1973, o Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, al igual que por órganos internacionales como la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. o el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Siguiendo esta senda, el

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas exigió a los Estados que impartiesen justicia, primero por sus sistemas judiciales, y de no ser posible, recurrir a órganos internacionales, o bien explorar otras alternativas.

El Estatuto de Roma de 1998 (el Estatuto en adelante) en su artículo 8 párrafo 2, apartado e) y f) penaliza las infracciones graves de «las leyes y los usos aplicables en 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». Dicha disposición tiene una importancia capital porque no solo se señala la obligatoriedad de respetar las «leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos» (Derecho de La Haya y artículo 3 común a las Cuatro Convenciones de Ginebra y considerado como parte del Derecho internacional consuetudinario), sino que además codifica la existencia misma del conflicto desestructurado y, en un contexto proclive a la impunidad, se erige en un freno importante a la comisión de crímenes de guerra. En ese sentido se pronunció la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) en el caso Ongwen (*The Prosecutor vs. Dominic Ongwen*, Judgment, 4 February 2021. ICC-02/04-01/15).

En aras de prevenir la impunidad, en especial de actos tales como la esclavitud sexual y otras formas de violencia, en distintas disposiciones del Estatuto se incluyen de forma explícita las cuestiones relativas al género, los crímenes por motivos de género y la violencia sexual. A los efectos del Estatuto, se entiende que el término «género» se refiere «a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad» (artículo 7, párrafo 3, del Estatuto).

De un lado, la inclusión de los crímenes por motivos de género y de la violencia sexual en el Estatuto guarda relación con los crímenes de lesa humanidad. En el apartado g) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto se establece que entre los actos que constituyen crímenes de lesa humani-

dad figuran los siguientes: «[v]iolación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable». El embarazo forzado se define como:

el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho internacional (artículo 7 párrafo 2 apartado f).

En este mismo apartado se puntualiza: «[e]n modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de Derecho interno relativas al embarazo» (artículo 7 párrafo 2 f) del Estatuto).

Además, en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 7 se dispone que la esclavitud, como acto que constituye un crimen de lesa humanidad, incluye «el tráfico de personas, en particular, mujeres y niños». Hay una significativa ampliación de la violencia sexual como crimen contra la humanidad.

De otro, el Estatuto reconoce la violencia sexual como crimen de guerra. En el artículo 8, párrafo 2 b) XXII y artículo 8, párrafo 2 e) vi del Estatuto identifica como crímenes de guerra: los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual cometidos tanto en conflictos armados internos como internacionales. En estas disposiciones se reconoce que tales actos constituyen graves violaciones de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, incluido el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949. Este paso cualitativo permite calificar como crímenes de guerra los abusos sexuales que hasta ese momento solo se habían tipificado de manera indirecta.

3. Crimen de lesa humanidad

De todas las formas de violencia de género en una situación de conflicto armado, el mayor desarrollo legal se ha experimentado en el campo de

la violencia sexual como crimen de lesa humanidad, en especial con el establecimiento de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR). El modo en el que estos tribunales enfocaron y persiguieron la violencia sobre la mujer estuvo marcado y limitado por sus propios Estatutos. La Fiscalía del TPIY pudo perseguir la violación en una guerra como crimen de lesa humanidad, dado que este tipo de violencia sexual se encuentra explícitamente recogido en el artículo 5 de su Estatuto. E igualmente, el artículo 3 del Estatuto del TPIR está habilitado para juzgar a presuntos responsables de tales atrocidades. Además de ello, la jurisprudencia de los dos tribunales *ad hoc* muestra que la violencia sexual se ha penalizado como parte de otros crímenes internacionales, tales como tortura, persecuciones, esclavitud forzada, o genocidio.

La aportación de los tribunales penales *ad hoc* se infiere, de un lado, al vincular la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad. En efecto, la esclavitud forzosa, incluida la sexual, constituye un crimen contra la humanidad como han reconocido ambos tribunales. En el asunto Akayesu, el TPIR encontró en el marco de su Estatuto que la violación (sexual) es un crimen contra la humanidad cometido «a) como parte de un ataque generalizado o sistemático; b) sobre una población civil; c) por determinados motivos discriminatorios catalogados, a saber, grupos nacionales, étnicos, políticos, raciales o religiosos» (Prosecutor vs. Akayesu, cit., párrafo 598). En este mismo sentido, el TPIY abordó el problema en los casos Furundzija, y Nikolic. En un caso posterior, el Fiscal contra Kunarac, el TPIY confirmó su posición al considerar que la violencia sexual sobre las mujeres detenidas en el campo de Foca constituyó un crimen contra la dignidad humana. En el asunto Tadic, el TPIY encontró culpable al acusado de haber cometido crímenes contra la humanidad por recurrir a la violación y otras formas de violencia sexual con fines políticos, raciales y religiosos (Prosecutor vs. Tadic, TPIY, IT-94-1-T, Opinión y Sentencia, 7 de mayo de 1997, párrafos 154 a 165, y Sentencia, 14 de julio de 1997, párrafo 73).

4. *Tortura*

La violencia sexual ha sido utilizada frecuentemente como práctica para torturar a las mujeres. La violación sexual casi siempre constituye tortura, mientras que otras formas de violencia, por ejemplo, los tocamientos no siempre se incluyen en esta categoría. Las secuelas físicas y mentales infligidas por el acto en sí mismo dependen del tipo de violencia ejercida, así como del medio social y cultural en el que vive la mujer, además de los riesgos a los que está expuesta de contraer todo tipo de enfermedades y de transmitirlas a sus hijos, sin olvidar las secuelas físicas y psicológicas para toda su vida. La violencia sexual a menudo satisface la definición jurídica de tortura, en cambio, no había sido percibida como acto violento ni tampoco se había sancionado.

En caso de no mediar un conflicto armado, órganos internacionales también se han pronunciado sobre la violencia contra la mujer como un acto de tortura. En actos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso M.C. v Bulgaria; caso Aydin vs. Turkey; caso Rantsev vs. Cyprus and Russia (esta última sobre trata y otras formas de violencia) y la Corte IDH (caso Rosendo Cantu vs. Mexico; Espinosa Gonzalez vs. Peru) se tipifica la violencia sexual como tortura. La Corte IDH ha reconocido la violencia sexual como tortura en los casos Favela Nova Brasília vs. Brasil, o López Soto vs. Venezuela. E igualmente, la Corte IDH consideró que la violencia contra personas homosexuales era una forma de tortura, caso Azul Rojas Marín vs. Perú.

Los tribunales penales *ad hoc* han reconocido que actos concretos de violencia sexual pueden constituir tortura por sí mismos. El TPIY consideró la violencia sexual como acto de tortura detalladamente en el asunto Celebici en 1998. Uno de los cuatro detenidos fue acusado de haber violado a dos mujeres conducidas a la prisión de Celebici, en el municipio de Konjic, en la zona central de Bosnia y Herzegovina. El Fiscal del TPIY alegó que el acusado había cometido actos de tortura que constituían «infracciones graves» de las cuatro Convenciones de Gi-

nebra de 1949, así como la violación de las Leyes y Costumbres de la guerra. Analizados los hechos y oído a las partes, el TPIY determinó que la violación constituía un acto de tortura de acuerdo con el Derecho internacional. El TPIY llegó a referirse a que se llevaron a cabo violaciones con el propósito de obtener información, castigar, coartar, e intimidar; todos ellos elementos presentes en la definición de la tortura. La violencia contra las mujeres se produjo por el hecho de ser mujeres. La violencia sexual como acto de tortura se reconoció en casos posteriores tanto del TPIY, así como del TPIR coincidiendo en la posición apuntada por el primero.

5. *Genocidio*

En la jurisprudencia del TPIY y del TPIR hay indicaciones de que la violencia sexual podría constituir genocidio, siempre que los demás elementos del crimen estén presentes, tales como matanzas de los miembros de un grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir el nacimiento en el seno del grupo, traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo recogido en el artículo 6 del Estatuto. De modo que por sí sola la violencia sexual no es genocidio. Este tipo de crimen ha sido ampliamente tratado por el TPIR en los casos Akayesu, y Musema. El TPIR, en 1998, y a propósito del asunto Akayesu, reconoció cómo los abusos de naturaleza sexual eran uno de los elementos presentes en los actos de genocidio. El TPIR anudó la violencia de naturaleza sexual con los daños mentales causados a las víctimas tal y como se recoge en la Convención para la prevención y la sanción del delito del genocidio de 1948 y reflejado en el propio Estatuto del TPIR. En el asunto Musema, el TPIR encontró al acusado igualmente culpable de genocidio por la comisión, entre otros, de violaciones contra mujeres civiles del grupo tutsi. Como en el caso Akayesu, el TPIR reiteró la conexión entre violencia sexual y la intención de ocasionar daño a la población tutsi. El TPIR acabó aceptando que la vio-

lencia sexual causa serios daños físicos y psíquicos y contribuye a la comisión de genocidio.

6. Crimen de guerra: la violación de las Convenciones de Ginebra de 1949 y de las Leyes y Costumbres de la guerra

Las Convenciones de Ginebra no se refieren explícitamente a los actos de violencia sexual como «infracciones graves» de las Leyes y Costumbres de la guerra. Tampoco se consideró como forma específica de tortura y resulta un tanto ambiguo que la violencia sexual fuese considerada como un crimen de guerra. Esta afirmación, empero, tiene que ser matizada dado que disponemos de doctrina y jurisprudencia suficiente que considera la violencia sexual como un crimen de guerra. En 1993, Cruz Roja Internacional y Media Luna Roja reconoció que este tipo de abusos constituían crímenes de guerra. Asimismo, en la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra en la antigua Yugoslavia se reiteró que la violencia de naturaleza sexual, en especial la dirigida contra mujeres y niños constituía graves violaciones del Derecho internacional humanitario. Y tanto el TPIY como el TPIR se han ocupado del tema y han considerado que la violencia sexual constituye un trato inhumano y una «grave violación» de las Convenciones de Ginebra de 1949 y las Leyes y Costumbres de la guerra.

El TPIY consideró en el caso Dragan Nikolic que las violaciones cometidas en el campo de detención de Susica constituyeron crímenes contra la humanidad e «infracciones graves» de las Leyes y Costumbres de la guerra. El TPIY determinó que este tipo de abusos constituyeron «infracciones graves» de las Convenciones de Ginebra de 1949, en particular, los artículos 27 y 147 de la IV Convención de Ginebra de 1949. El TPIY entendió que la violencia sexual se podía tipificar como «trato inhumano» y como «infracción grave» de las Leyes y Costumbres de la guerra, y así penalizar este tipo de actos de contravenir las Convenciones. El TPIY justificó con posterioridad tal posición en el asunto Furundzija y validado en el caso Tadic. El TPIY recurrió en ambos casos

al artículo 3 del Estatuto de Roma, a pesar de no recoger ese artículo ninguna referencia a la violencia sexual, como la disposición que cubre las serias violaciones de las normas de Derecho internacional humanitario. Finalmente, el TPIY encontró a Furundzija culpable de violar las Leyes y Costumbres de la guerra por ultrajar la dignidad personal.

De otro lado, el artículo 4 del Estatuto del TPIR, le habilita para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas en tiempos de guerra y al II Protocolo adicional de 1977. El TPIR entró a tratar este problema en los casos Akayesu y Musema. En el asunto Akayesu mencionó, por primera vez, la violación del artículo 3 común a las cuatro Convenciones, inclusive por cargos de violencia sexual y terminó por reconocer que este tipo de abusos constituyeron violaciones de las Leyes y Costumbres de la guerra. Idéntica posición mantuvo en el caso Musema.

En la CPI, el caso Ongwen es especialmente relevante en cuanto al reconocimiento de la violencia reproductiva como crimen de guerra, al margen de reconocer la comisión de crímenes de lesa humanidad (*The Prosecutor vs. Dominic Ongwen, Judgment*, 4 February 2021. ICC-02/04-01/15). Ongwen fue declarado culpable de «crímenes sexuales y de género», principalmente matrimonios forzados, tortura, violación, esclavitud sexual o embarazos forzados. Los jueces señalaron que la esencia del delito de embarazo forzado consistió en colocar ilegalmente a la víctima en una posición en la que no podía optar por continuar con el embarazo. En otras palabras, se impidió a las víctimas el ejercicio de su autonomía sexual y reproductiva violando así sus derechos a la integridad corporal, a la salud, a determinar el número y espaciamiento de sus hijos, a la igualdad y a la intimidad. Igualmente, violaba el derecho a la vida y a no sufrir tortura, ni trato inhumano ni degradante limitando el disfrute de muchos otros derechos humanos. El Estatuto incluye una lista detallada de delitos sexuales como violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada. El caso

Ongwen visibiliza la evolución de la «violencia reproductiva» que incluye la aplicación sistemática del análisis de género, en cuanto que los delitos de género no se limitan a la violencia sexual, ya que pueden constituir actos de tortura, y la mutilación puede tener relación con el género de la víctima. La CPI se ha esforzado en incorporar prácticas sensibles al género durante las investigaciones y los procesamientos, incluidas estrategias para abordar el estigma en la denuncia de delitos y mediante evaluaciones de seguridad y bienestar para las víctimas (<https://www.hrw.org/news/2021/03/13/lras-ongwen-critical-first-icc-conviction>).

Autora: Yolanda Gamarra Chopo

*(Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Zaragoza)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ASKIN, Kelly. «Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status». En *Am. J. Int. L.*, 1999, vol. 97, pp. 97-123; BLATT, Deborah. «Recognising Rape as Method of Torture». En *NYU Review of Law & Social Change*, 1993, vol. 19, pp. 821-843; BRAMMERTZ, Serge y JARVIS, Michelle (editores). *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Oxford: Oxford University Press, 2016; DURHAM, Helen. «Women, Armed Conflict, and International Law». En *Revue Internationale de la Croix-Rouge / International Review of the Red Cross*, 2002, vol. 84, pp. 655-659; GAMARRA, Yolanda. «Mujeres, guerra y violencia: los modos de compensación en el Derecho internacional contemporáneo». En *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres*, 2005, n.º 16, pp. 6-18; KARAGIANNAKIS, M. «The definition of Rape and Its Characterization as an Act of Genocide – A review of the Jurisprudence of the International Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia». En *Leiden Journal of International Law*, 1999, vol. 12, n.º 2, pp. 479-490; KRAVETZ, Daniela. «Accountability for Sexual and Gender-based Violence During Mass Repression and in Conflict: The Experiences of Argentina and Guatemala». En *Journal of International Criminal*

Justice, 2020, vol. 18, n.º 2, pp. 307-324; SCHINDLER, Dietrich y TOMAN, Jiri. (editores). *The Laws of Armed Conflicts*. The Hague - Boston: Brill Nijhoff, 2004, cuarta edición; MERON, Theodor. «Rape as a Crime under International Humanitarian Law». En *Am. J. Int. L.*, 1993, vol. 87, pp. 424-428; VISEUR SELLERS, Patricia. «(Re)Considering Gender Jurisprudence». En Ní AOLÁIN, Fionnuala y otros (editores). *The Oxford Handbook of Gender and Conflict*, 2017, disponible en <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199300983.001.0001/oxfordhb-9780199300983-e-17>; VANDERBERG, M. *Kosovo: Rape as a Weapon of «Ethnic Cleansing»*. Nueva York: Human Rights Watch, 2000, disponible en www.hrw.org/reports/2000fry/index.htm

ANEXO

Los términos o voces en este anexo se corresponden con la versión original de tres voces que en páginas anteriores se han desarrollado en español.

En este sentido:

- Droits de l'accusé devant la Cour Pénale Internationale, es el texto original de la voz «Derechos del acusado ante la Corte Penal Internacional».
- Droit pénitentiaire en Droit international pénal et européen es el texto original de la voz «Derecho penitenciario (en Derecho internacional penal y europeo)».
- Plaidoyer (devant la Cour Pénale Internationale), es el texto en la lengua original de la voz «Alegatos (ante la Corte Penal Internacional)».

DROITS DE L'ACCUSÉ DEVANT LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

La première question qui se pose à la personne cherchant à définir «*les droits de l'accusé devant la Cour pénale internationale (CPI)*» est celle de savoir quand une personne devient «*l'accusé*» et commence donc à bénéficier des droits associés à cette qualité.

Le site internet de la CPI indique que : «*[a]vant le renvoi d'une affaire en première instance (au cours de la phase préliminaire), la personne mise en cause est qualifiée de suspect. Après le renvoi de l'affaire en première instance, les charges ayant été confirmées à ce stade, la personne mise en cause est qualifiée d'accusé*».

Pourtant, le mot «*suspect*» n'apparaît ni dans le Statut de Rome, ni dans le Règlement de procédure et de preuve (RPP) de la CPI.

En effet, si ces textes offrent quelques droits et garanties aux personnes mises en cause dans le cadre d'une enquête conduite par le Bureau du Procureur, avant la confirmation des charges (1), l'intégralité des droits de la défense reste limitée aux «*accusés*» à l'encontre desquels des charges ont été confirmées, conduisant à leur renvoi devant la Chambre de première instance (2).

1. Les droits de la personne mise en cause durant la phase d'enquête

L'article 19 du Statut de Rome permet à «*la personne à l'encontre de laquelle a été délivré un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître*» de contester la recevabilité d'une affaire ou la compétence de la CPI pour en connaître. Plus généralement, l'article 55(1) du Statut de Rome dispose que, dans le cadre d'une enquête, toutes «*personnes*» bénéficient des droits et garanties suivants:

- le droit de ne pas témoigner contre elle-même ni de s'avouer coupable;
- le droit de ne pas être soumise à aucune forme de coercition, de contrainte ou de menace, ni à la torture ni à aucune autre forme de peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant;
- le droit de bénéficier gratuitement de l'aide d'un interprète compétent et de traductions dans une langue qu'elle comprend et parle parfaitement; et
- le droit de ne pas être arrêtée ou détenue arbitrairement.

Ces droits ne sont toutefois pas spécifiques aux «*suspects*» ou aux personnes mises en cause, mais s'appliquent à toutes les personnes susceptibles d'être entendues par le Bureau du Procureur, ce qui inclut les victimes et les témoins.

L'article 55(2) du Statut de Rome édicte toutefois des garanties spécifiques devant être mises en œuvre lors de l'interrogatoire d'une personne dont il existe «*des motifs de croire [qu'elle] a commis un crime relevant de la compétence de la Cour*», que cet interrogatoire soit conduit par le Bureau du Procureur ou par les autorités nationales.

Dans un tel contexte, la personne entendue doit être informée, avant d'être interrogée:

- qu'il existe a des raisons de croire qu'elle a commis un crime relevant de la compétence de la Cour;
- qu'elle bénéficie du droit de garder le silence, sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence;
- qu'elle bénéficie du droit d'être assistée par le défenseur de son choix ou, si elle n'en a pas, par un défenseur commis d'office chaque fois que les intérêts de la justice l'exigent, sans avoir dans ce cas à verser de rémunération si elle n'en a pas les moyens; et
- qu'elle dispose du droit d'être interrogée en présence de son conseil, à moins qu'elle n'ait renoncé volontairement à son droit d'être assistée d'un conseil.

Les droits de la personne mise en cause (ou suspectée) demeurent toutefois très limités à ce stade de la procédure: celle-ci ne disposant d'aucun accès au dossier d'enquête pénale, d'aucune information sur les éléments à charge pouvant être retenue contre elle, voire sur le périmètre exact de l'enquête conduite par le Bureau du Procureur, il lui est particulièrement difficile de mettre en place une stratégie de défense efficace et de se prémunir contre le risque d'auto-incrimination. Elle ne dispose pas non plus des moyens et ressources matérielles que la CPI peut octroyer aux «*accusés*» à un stade plus avancé de la procédure.

En effet, conformément aux dispositions de l'article 61 du Statut de Rome, ce n'est qu'au stade de la confirmation des charges que la personne mise en cause reçoit notification des charges retenues contre elle et est informée des éléments de preuve sur lesquels le Procureur entend se fonder à l'audience.

Enfin, il faut également garder à l'esprit que la procédure d'arrestation, de placement en détention et de remise à la CPI est très souvent conduite par les autorités nationales des Etats Parties, lesquels n'offrent pas toujours des garanties procédurales suffisantes pour s'assurer du respect des droits fondamentaux des suspects déférés devant la CPI. Il revient à la Chambre préliminaire de s'assurer que les droits de la personne qui comparait devant elle ont été respectés, conformément aux dispositions de l'article 60 du Statut de Rome.

La Chambre d'appel de la CPI a été saisie de cette question lors du premier procès conduit devant elle, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*. En l'espèce, l'accusé avait soulevé l'incompétence de la CPI en raison des mauvais traitements qu'il avait subi entre les mains des autorités congolaises avant sa remise. Si la Chambre d'appel a, comme la Chambre préliminaire, rejeté ce recours au regard de l'absence d'élément de preuve venant corroborer les déclarations de M. Lubanga Dyilo, elle a toutefois affirmé le principe selon lequel : «*[s]'il devenait impossible de tenir un procès équitable en raison de violations des droits fondamentaux du suspect ou de l'accusé par ses accusateurs, il serait contradictoire de dire que l'on traduit cette personne en justice. En effet, justice ne serait pas rendue. Un procès équitable est l'unique moyen de rendre la justice. Si aucun procès équitable ne peut être conduit, l'objet de la procédure judiciaire est mis en échec et il convient de mettre un terme à la procédure*» (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, 14 décembre 2006, ICC-01/04-01/06-772, para. 37).

Cette jurisprudence a depuis été confirmée et précisée par les Chambres de la CPI, lesquelles sont venues affirmer que «*l'arrêt définitif de la procédure est une mesure exceptionnelle*», ne pouvant être prononcée que lorsque la violation des droits du suspect se rapporte au processus visant à traduire celui-ci devant la CPI, «*ce qui signifie que cette violation est soit i) commise directement par des personnes associées à la Cour soit ii) commise par des tiers en collusion avec la Cour*» (*Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, Décision relative au Rectificatif de la requête en incompétence de la Cour pénale internationale fondée sur les articles 12-3, 19-2, 21-3, 55 et 59 du Statut de Rome présentée par la défense du Président Gbagbo, 15 août 2012, ICC-02/11-01/11-212, paras. 91-92).

Cette jurisprudence a récemment été appliquée par la Chambre de première instance X, saisie d'une requête de M. Al Hassan visant à ce qu'il soit mis fin à la procédure diligentée contre lui, eu égard aux actes de torture, traitements inhumains et dégradants et violations graves des droits humains, qu'il affirmait avoir subi au Mali, avant sa remise à la CPI. En l'espèce, la Chambre préliminaire a rejeté la requête soumise par M. Al Hassan, considérant que les actes dénoncés par la défense ne pouvaient être attribués au Bureau du Procureur, ou à des tiers agissant en collusion avec le Bureau du Procureur. La Chambre a toutefois rappelé que d'autres voies de droit étaient ouvertes à l'accusé, notamment le recours en inadmissibilité des éléments de preuve obtenus sous la torture (*Le Procureur v. Al Hassan*, Public redacted version of 'Decision on the Defence request to terminate the proceedings and related requests', 29 octobre 2020, ICC-01/12-01/18-1009).

2. Les droits de l'accusé pendant la phase de procès

Ce n'est qu'à l'issue de l'audience de confirmation des charges —et seulement si la Chambre préliminaire considère qu'il existe «*des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés*», confirme les charges et renvoie la personne devant une chambre de première instance pour y être jugée,

conformément à l'article 61 du Statut de Rome— que la personne mise en cause devient «*l'accusé*» et bénéficie des droits associés à cette qualité. Les droits de l'accusé sont alors, dans une large mesure, similaire à ceux requis par la jurisprudence des Cours régionales des droits de l'Homme relative au droit à un procès équitable.

L'article 66 du Statut de Rome garantit le droit à la présomption d'innocence et les garanties corollaires quant à la charge de la preuve et au niveau de preuve requis pour prononcer un jugement de condamnation : «*1. Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable. 2. Il incombe au Procureur de prouver la culpabilité de l'accusé. 3. Pour condamner l'accusé, la Cour doit être convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable*».

L'article 67(1) du Statut de Rome, intitulé «*droits de l'accusé*» énonce le «*droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, [...] équitablement et de façon impartiale*» et liste les garanties «*minimales*» du droit à un procès équitable:

- le droit à être informé de la cause et de la teneur des charges dans une langue que l'accusé comprend et parle parfaitement;
- le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et de communiquer librement et confidentiellement avec le conseil de son choix;
- le droit à être jugé sans retard excessif (ce droit doit toutefois être compris dans le contexte de la CPI, devant laquelle les procès sont souvent beaucoup plus long que devant nos juridictions nationales et peuvent facilement durer une décennie);
- le droit d'être présent à son procès, de se défendre lui-même ou de se faire assister par le défenseur de son choix;

- le droit d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge;
- le droit de faire valoir des moyens de défense et de présenter d'autres éléments de preuve;
- le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète compétent et bénéficier des traductions nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'équité;
- le droit de ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable, et de garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence;
- le droit de faire, sans prêter serment, une déclaration écrite ou orale pour sa défense;
- le droit de ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation.

Le droit de bénéficier de l'assistance d'un conseil inclut la possibilité, pour chaque accusé, à se voir attribuer d'office un défenseur par la Cour, sans frais s'il n'a pas les moyens de le rémunérer. Ce mécanisme d'aide juridictionnelle (ou «*legal aid*»), fondé sur le droit impérieux à l'égalité des armes, a toutefois fait l'objet de vives critiques quant à sa mise en œuvre, de sorte qu'un projet de réforme a été initiée début 2019. Les discussions entre les différents acteurs mobilisés (Assemblée des Etats Parties, Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas, Greffe de la CPI, Association du Barreau près la CPI) sont toujours en cours.

Enfin, devant la CPI, les droits de l'accusé découlent également des obligations statutaires du Bureau du Procureur et des juges.

Ainsi, outre que le fardeau de la preuve incombe au Bureau du Procureur, l'article 54(1) du Statut de Rome prévoit que celui-ci enquête «*tant à charge qu'à décharge*». L'article 67(2) du Statut de Rome (relatif aux droits de l'accusé) dispose encore «*le Procureur communique à la défense, dès que cela est possible, les éléments de preuve en sa possession ou à sa disposition dont il estime qu'ils disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge*».

La mise en œuvre effective de cette obligation a souvent fait l'objet de critiques de la part de la défense. Dans le dossier *Le Procureur c. Lubanga*, la procédure a ainsi été interrompue plusieurs mois, en raison de manquement du Bureau du Procureur à son obligation (*Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, 13 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1401). Très récemment encore, la Chambre préliminaire dans le dossier *Le Procureur c. Alfred Yekatom et Patrice-Edouard Ngaïssona*, a considéré que le Procureur avait manqué à ses obligations, sans toutefois prononcer de sanction (*Le Procureur c. Alfred Yekatom et Patrice-Edouard Ngaïssona*, Decision on the Yekatom Defence Request Concerning Disclosure Violation and Disclosure of Exculpatory Material, 22 juillet 2020, ICC-01/14-01/18-595).

Par ailleurs, l'article 40 du Statut de Rome, qui interdit aux juges d'exercer toute «*activité qui pourrait être incompatible avec leurs fonctions judiciaires ou faire douter de leur indépendance*», garantit «*l'indépendance des juges*» et donc le droit de l'accusé d'être jugé équitablement.

Si cette question a fait l'objet de débats dans plusieurs affaires, elle a récemment connu un regain d'actualité dépassant les seules limites du prétoire. En effet, le 7 janvier 2019, la Juge Kuniko Ozaki a sollicité, de la Présidence de la CPI, le droit de démissionner de ses fonctions de juge

à temps plein «*pour des raisons personnelles*», tout en continuant à siéger dans l'affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, dont le jugement était en cours de rédaction. La Présidence a fait droit à sa demande. Toutefois, très peu après, le 18 février 2019, la Juge Ozaki a rendu publique sa nomination en qualité d'Ambassadeur du Japon en Estonie, à compter du 3 avril 2019, écrivant à ce titre : «*Je suis fermement convaincue que ma nouvelle responsabilité n'interférera en aucune façon avec ma fonction judiciaire, qui se limite à l'affaire Ntaganda et à une courte période de temps [...]. Cela n'affectera pas non plus la confiance en mon indépendance conformément à l'article 40(2). Ma nouvelle responsabilité est limitée aux relations bilatérales entre l'Estonie et le Japon. Si jamais cela avait un quelconque lien avec l'affaire Ntaganda, je m'abstiendrai d'exercer mes fonctions à ce sujet ou en informerais immédiatement la Cour*».

Si majorité des juges de la CPI a considéré que les fonctions diplomatiques de la Juge Ozaki n'étaient pas contraires aux garanties d'indépendance prévues par l'article 40 du Statut de Rome, celle-ci a toutefois choisi de démissionner de son rôle d'Ambassadeur, au regard des vives réactions que son annonce avait suscitées (Decision of the Plenary of Judges on the Defence Request for the Disqualification of Judge Kuniko Ozaki from the case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, 20 juin 2019, ICC-01/04-02/06-2355-AnxI).

Enfin, on ne peut parler des droits de l'accusé devant la CPI sans évoquer les droits des détenus.

À ce titre, il est particulièrement notable que, alors même qu'il garantit la présomption d'innocence, le Statut de Rome ne prévoit aucune limite à la période de détention provisoire.

Les dispositions de l'article 85 du Statut de Rome —qui prévoit un droit à la réparation aux personnes victimes «*d'une arrestation ou mise en détention illégales*» ou à celles ayant subi une peine en raison d'«*une erreur judiciaire*»— n'ont, à ce stade, jamais été mises en œuvre.

S'agissant de Jean-Pierre Bemba –arrêté le 24 mai 2008, transféré à La Haye le 3 juillet 2008 et libéré le 12 juin 2018, après avoir été acquitté par la Chambre d'appel des charges de crimes de guerre et crimes contre l'humanité qui pesaient contre lui (NB : Jean-Pierre Bemba a en revanche été condamné pour atteintes à l'administration de la justice)–, la Chambre préliminaire a rejeté sa demande d'indemnisation au titre de l'article 85, insistant sur le fait que: *«la référence à une erreur grave et manifeste d'administration de la justice n'a jamais été censée viser des situations relevant de la dynamique inhérente à l'évolution naturelle de la procédure pénale. Elle vise plutôt à englober des scénarios de nature exceptionnelle, qui diffèrent substantiellement de ceux qui sont typiques des phases procédurales d'un procès et pour lesquels il existe des possibilités spécifiques de révision. Le risque et la possibilité d'erreurs, qu'elles soient de fait ou de droit, sont au cœur des dispositions énonçant le droit de former appel. En tant que telle, la conclusion de la Chambre d'appel faisant droit à un motif d'appel ne peut en soi être assimilée à une erreur judiciaire, et encore moins à une erreur judiciaire grave et manifeste, selon les termes de l'article 85(3)»* (Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on Mr Bemba's claim for compensation and damages, 18 mai 2020, ICC-01/05-01/08-3694, para. 33).

Prenant en compte les souffrances inhérentes à la détention, souvent longue, des accusés déférés devant la CPI, la Chambre préliminaire a toutefois profité de cette occasion pour en appeler aux Etats Parties, afin d'encadrer statutairement la durée des procès et/ou la période de détention provisoire. Cet appel ne semble pour le moment pas avoir été entendu.

*Auteur: Clara Gérard-Rodriguez
(Avocate au Barreau de Paris)*

DROIT PÉNITENTIAIRE EN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL ET EUROPÉEN

Le droit pénitentiaire régit traditionnellement le régime d'exécution des peines d'incarcération prononcée par une juridiction pénale interne. Il n'était pas un domaine abordé par le droit international. Aujourd'hui, il s'est internationalisé et est encadré afin d'assurer aux condamnés un ensemble de garanties minimales de leurs droits devant les juridictions pénales et internationales. Le droit international pénitentiaire concerne principalement les détenus divisés en trois catégories d'individus : les criminels de droit commun condamnés par les juridictions nationales, les individus capturés lors d'opérations militaires et les individus condamnés par les juridictions pénales internationales. En d'autres termes, le droit pénitentiaire est appréhendé par le droit international par deux prismes différents : l'encadrement du droit pénitentiaire interne (1) et l'encadrement des situations pénitentiaires de droit international (2).

1. L'encadrement du droit pénitentiaire interne par les normes de protection internationales des droits de l'homme

Le droit pénitentiaire interne encadré par le droit régional des droits de l'homme (1.1) et, dans une moindre mesure, par le droit onusien de protection des droits de l'homme (1.2).

1.1 Le droit pénitentiaire envisagé par les conventions régionales de protection des droits de l'homme

L'influence du Conseil de l'Europe sur les législations pénitentiaires internes a été particulièrement forte dans ses États membres. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme encadre les conditions de détention au moyen de ses arts 3 et 5 lesquels stipulent respectivement de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et de celle de l'emprisonnement arbitraire. La Cour chargée du contrôle de son application en a précisé la portée en matière pénitentiaire. Elle a

ainsi établi une série de prescriptions quant aux conditions de détentions, comme le droit à un logement et des repas adéquats (CEDH, Affaire *Moisejens c. Lettonie*, 15 juin 2006, 64846/01, par. 78).

Cette convention n'est pas la seule source de protection dans l'ensemble normatif du Conseil de l'Europe. Institutionnellement, le Comité européen de collaboration pénologique du Conseil de l'Europe est l'organe du Conseil de l'Europe chargé d'élaborer certaines recommandations relatives aux conditions de détention des personnes incarcérées. Certaines de ces règles constituent d'ailleurs le prolongement de celles contenues dans la Convention précitée. Même si ces règles pénitentiaires sont dépourvues de valeur contraignante pour les États, elles ont une autorité morale certaine. Adoptées pour la première fois en 1973, révisées en 1987 (Recommandation R. (87) 3 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 12 février 1987), les 108 règles pénitentiaires européennes ont été, de nouveau, révisées le 11 janvier 2006 et en 2020. Elles portent sur les droits fondamentaux des personnes incarcérées, le régime de détention, la santé, l'ordre et la sécurité des établissements pénitentiaires et le personnel de l'administration pénitentiaire. Au rang de celles-ci figurent: l'exigence de respect de la dignité humaine (règle 18.1), d'impartialité dans leur application (règle 13), de la préservation de la santé du détenu (règle 19.4). Surtout, le traitement du condamné doit avoir pour objectif de le réintégrer au sein de la société (6^e principe fondamental). À première vue, la Convention de Strasbourg sur le transfèrement des personnes condamnées de 1983 serait susceptible de compléter ce *corpus juris* en matière pénitentiaire. Pourtant, elle ne permet pas d'établir une protection juridique internationale générale de la personne détenue.

Les autres mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme envisagent diversement les conditions de détention, que celle-ci soit provisoire ou définitive. Le plus souvent, les détenus sont protégés contre la torture (Art. 20 de la Déclaration du Caire sur les droits de

l'homme en Islam), contre les travaux forcés⁹ ou contre la détention arbitraire. En revanche, peu envisagent le recours spécifique d'un individu privé de sa liberté contre une détention arbitraire. Enfin, seule la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants signée à Strasbourg le 26 novembre 1987 et ratifiée par la France en 1989 prévoit des visites de contrôle des personnes incarcérées de manière provisoire ou définitive (Art. 12).

1.2 *Le droit pénitentiaire envisagé par les conventions onusiennes de protection des droits de l'homme*

L'ensemble normatif des Nations Unies relatif aux droits de l'homme est moins prolix que les normes régionales quand il s'agit du droit pénitentiaire. Aucune convention onusienne ne vise particulièrement les détenus, les agents chargés de leur surveillance ou encore les établissements concernés. La Déclaration universelle des Droits de l'homme des Nations Unies du 10 décembre 1948, dépourvue d'effet direct dans les systèmes internes, intéresse le droit pénitentiaire par principe. Elle interdit à son art. 9 la détention arbitraire et à son art. 5 la torture et les peines ou traitements cruels ou dégradants. Le caractère général de cette déclaration en matière pénitentiaire s'explique par la création de la Commission internationale pénale et pénitentiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, laquelle devait établir un cadre de protection pour les prisonniers de guerre. Celle-ci a pourtant été dissoute en 1950. Depuis, ont lieu tous les 5 ans des sessions du *Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale* qui n'abordent qu'à la marge les problématiques liées aux conditions de détention. Il reste toutefois de ces réflexions onusiennes un ensemble de règles a minima pour le traitement des détenus, adopté en 1955 et revu en 2015.

⁹ Art. 6. 2 de la CIADH. Cependant, v. Art. 6.3. a «Ne constitue pas un travail forcé ou obligatoire aux effets du présent art.: Tout travail ou tout service normalement requis d'une personne emprisonnée en exécution d'une sentence ou d'une décision formelle rendue par l'autorité judiciaire compétente».

L'ensemble normatif onusien a été développé sans toutefois consacrer un régime de protection particulier. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 contient des dispositions similaires aux textes précédents interdisant la torture et la détention arbitraire (Art. 7 et 8b). Aujourd'hui, la convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains et dégradants du 10 décembre 1984 et le Comité afférent sont désormais considérés comme le mécanisme central de protection des droits des détenus. Le caractère général de ses dispositions permet d'infléchir les politiques pénitentiaires étatiques sur le long terme. Toutefois, cette convention protège la «personne détenue» sans la définir (Art. 6.4). En outre, les décisions du Comité, dépourvues d'effet contraignant dans les ordres juridiques internes, ont une influence relative. Le *name and shame*, principe de fonctionnement des comités onusiens consistant à désigner et blâmer les États peu respectueux des droits de l'homme, a des difficultés à prospérer en matière pénitentiaire, compte tenu de sa reconnaissance comme domaine réservé de l'État.

2. *L'encadrement des situations pénitentiaires de droit international*

Le droit pénitentiaire, lorsqu'il est saisi par le droit international, encadre également les situations d'exception, c'est-à-dire hors du droit interne de l'exécution des peines. Le droit pénitentiaire humanitaire a ainsi permis de définir la situation juridique des prisonniers de guerre (2.1). Toutefois, il est difficile d'envisager un régime général de ces situations pénitentiaires. Le droit pénitentiaire humanitaire n'a pourtant été que partiellement repris pour les condamnés par les juridictions pénales internationales (2.2).

2.1 *Le droit pénitentiaire humanitaire*

Le droit pénitentiaire humanitaire prend corps dans les règlements de 1907, la Convention de 1929 et surtout la troisième Convention de

Genève de 1949 en établissant le statut des prisonniers de guerre lors de conflits armés entre deux ou plusieurs États (Art. 2 commun aux Conventions de Genève de 1949). L'ensemble de ces textes demeurent applicables aujourd'hui, les principes généraux de 1907 complétant la Convention de Genève en cas de carence. Cet ensemble normatif s'applique dans le cadre d'un conflit armé international. Lors d'un conflit armé non international, le régime de détention des personnes capturées relève du droit interne (Art. 1 du Protocole additionnel 2 aux Conventions de Genève de 1949).

Le droit pénitentiaire humanitaire a pu établir un statut général du prisonnier de guerre. Ce dernier, capturé par la puissance ennemie, est retenu pour éviter qu'il continue à se battre contre elle. Ce droit organise donc la rétention et dans certains cas, la détention pour motifs disciplinaires et judiciaires. Même si la rétention de la personne capturée n'est pas une peine, les principes de la rétention s'appliquent à la détention des prisonniers de guerre. La détention disciplinaire ne suppose pas un régime dérogatoire aux principales dispositions de la Convention. Dans le cas d'une condamnation judiciaire, la convention confère aux prisonniers d'importantes garanties : un traitement humain (Art. 13), le respect de la personne des prisonniers (Art. 14) et l'égalité de traitement (Art. 16). Les sévices et les atteintes à l'honneur sont prohibés (Art. 87) ainsi que les traitements discriminatoires (Art. 88).

Le détenu est soumis au pouvoir de l'officier responsable du camp le quel exerce la discipline. Dès lors, le prisonnier ne doit pas nuire à la puissance détentrice et obéir aux règles établies par la puissance détentrice. Toutefois, cette discipline est soumise aux restrictions qu'impose le traitement minimum du détenu établi par le droit pénitentiaire humanitaire: les soins médicaux, et plus généralement la santé et l'hygiène, l'eau, la nourriture, des vêtements et un toit à titre gratuit. En outre, la puissance détentrice ne doit pas empêcher l'exercice du culte. Enfin, les prisonniers de guerre peuvent être astreints au travail pour maintenir les prisonniers dans un bon état de santé général. Plus

généralement, la Convention de 1949 impose un traitement humain des prisonniers tant d'un point de vue physique que moral. Ainsi, le droit pénitentiaire humanitaire interdit toute peine disciplinaire «dangereuse pour la santé des prisonniers» (Art. 15 alinéa 6) et les prisonniers doivent dans la mesure du possible être évacués des zones de combat.

Les prisonniers de guerre bénéficient d'un droit de plainte après une peine prononcée (Art. 78), sorte de recours contentieux auprès des représentants des Puissances protectrices. Ils sont également dotés d'un droit de requête auprès des autorités militaires, sorte de recours gracieux. Il bénéficie également d'un droit de défense pour faire réviser sa peine voire de recours assorti d'un certain nombre de garanties du procès équitable. Insusceptible de sanctions, l'ensemble de ces droits peut être exercé par l'intermédiaire de l'homme de confiance du camp, leurs représentants qu'ils ont eux-mêmes élus.

Si les prisonniers ne peuvent être incarcérés dans les prisons de droit commun, le régime général suppose un principe d'équivalence entre les centres de rétention, de détention ou les camps de transit permanents. Les détenus sont également assujettis au principe d'égalité de traitement lequel est désormais fondamental dans la protection internationale des prisonniers de guerre et les détenus civils. De ce fait, ils ne peuvent être traités plus sévèrement. Enfin, les détenus en tant que soldats, bénéficient d'un principe d'assimilation aux troupes de la Puissance détentrice.

2.2 *Le droit pénitentiaire des juridictions pénales internationales*

Le cas particulier des détenus-auteurs de crimes de droit international confirme le besoin d'une protection spécifique de la part du droit international. En effet, ces détenus ont non seulement perturbé l'ordre public d'un ou plusieurs États, mais également ont mis à mal les valeurs de la société internationale. Ils sont plus susceptibles de recevoir un

traitement peu respectueux des droits de l'homme que les détenus de droit commun.

L'émergence de la justice pénale internationale pouvait laisser présager la consécration d'une protection spécifique de ces détenus. Pourtant, l'ensemble des juridictions pénales internationales confie les condamnés aux «bons» soins de l'État. Les condamnés des tribunaux militaires de Tokyo et de Nuremberg ont en effet purgé leur peine dans les établissements pénitentiaires mis en place par les puissances d'occupation. La deuxième vague de juridictions internationales, les tribunaux pénaux internationaux, a été l'occasion d'une réflexion sur le droit pénitentiaire applicable comme conséquence irréductible du procès pénal international et partant, comme une prérogative de la société internationale. Même si le système du double consentement, à savoir l'inscription sur une liste d'États volontaires accompagnée d'un consentement au cas par cas a été mis en place à l'occasion des tribunaux pénaux internationaux, les rédacteurs des statuts de ces juridictions se sont également reposés sur les systèmes pénitentiaires nationaux. Pourtant, ceux-ci présentaient des caractéristiques peu propices à un tel laissez-faire: en ex-Yougoslavie, l'État n'existait plus, au Rwanda, l'État a survécu, mais n'était plus en mesure d'assurer les droits fondamentaux des détenus. Les juridictions internationalisées, compte tenu de leur rattachement au système pénal étatique, ont également «bénéficié» des établissements pénitentiaires locaux, assujettis au droit de l'exécution des peines du *for delicti* (État sur le territoire duquel a été commis le crime). Le droit de la détention internationale demeure inextricablement lié à l'État.

Les rédacteurs du Statut de Rome ont persisté dans cette approche. Ce texte fondateur de la Cour pénale internationale (CPI) se limite à une simple mention des normes «largement acceptées» en matière de détention (Art. 106-2 du Statut de Rome). Hormis l'Accord conclu entre la CPI et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) le 29 mars 2006 qui prévoit le contrôle de la détention par le CICR, le régime de détention

des condamnés par la CPI relève du droit interne de l'État d'incarcération. En effet, le quartier pénitentiaire de la prison de Scheveningen, à proximité de la Cour, accueille uniquement les prévenus en détention provisoire qui présente un caractère exceptionnel (CPI, Chambre de première instance, *Situation en République démocratique du Congo - Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-01/06 ICC-01/04-01/06-T-314-FRA, par. 5). Cette détention antéprocessuelle est régie par le chapitre 5 du règlement du Greffe de la Cour lesquelles reprennent le régime établi par la troisième Convention de Genève.

Auteur: Aude Brejon

(Chercheur Associé au CRDH - Université Paris 2, et au CEDIN - Université

Paris Nanterre

Docteur en droit international public - France)

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES: Recommandation Rec(2006)2-rev du Comité des ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes ; Résolution 415(V) de l'Assemblée générale du 1er décembre 1950 ; Convention interaméricaine des droits de l'homme, convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme Commentaire du CICR de 1960 de la troisième Convention de Genève. H. Abtahi, «Chapitre 75 - Exécution de la peine», in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, (dirs.), *Droit international pénal*, Deuxième édition révisée, Éditions A. Pedone, 2012, p. 989.

PLAIDOYER (DEVANT LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE)

La Cour pénale internationale (CPI) est une juridiction au fonctionnement unique, régie par une procédure dite «hybride», inspirée tant du système de droit continental (ou romano-germanique) que de la *common law* anglo-saxonne.

Cette procédure peut surprendre les avocats et autres professionnels du droit amenés à exercer devant cette cour et qui ont, pour la plupart, été formés selon les codes et usages des juridictions nationales devant lesquelles ils ont pu précédemment exercer.

Toutefois, et alors que la CPI va bientôt fêter ses 20 ans, se développe aujourd'hui une culture juridique propre à cette juridiction (et, dans une certaine mesure, aux tribunaux internationaux *ad hoc* qui l'ont précédée), qui rassemble des juristes issus du monde entier.

Cette culture se traduit notamment par l'émergence d'une nouvelle forme de plaider, qu'il soit destiné au débat contentieux, dans le cadre d'un procès porté devant la CPI (I.) ou qu'il vienne guider et orienter les juges ou le Bureau du Procureur, dans une logique plus proche de celle du conseil (II.).

1. Le « plaider contentieux » devant la Cour pénale internationale

Organisation internationale, par nature empreinte de considérations politiques, la CPI est, avant tout, une juridiction pénale devant laquelle apparaissent, débattent et s'affrontent plusieurs parties et participants, selon les règles du Statut de Rome et du Règlement de procédure et de preuve (RPP). Au premier rang d'entre eux: le Bureau du Procureur; les accusés et leurs avocats; ainsi les victimes représentées par leurs conseils. Nous n'analyserons pas ici les multiples missions du Bureau du Procureur, qui nécessiteraient une entrée à elles seules. Nous ne nous attarderons pas non plus sur le rôle des conseils assistant des témoins ou des Etats, lesquels n'interviennent que dans de rares procédures. Nous nous concentrerons en revanche sur le rôle des avocats, qu'ils représentent les intérêts de la défense ou des victimes. En effet, si leur rôle est quelque peu différent, ceux-ci disposent du même statut, quel que soit leur côté du prétoire: celui de « conseil externe ».

Les avocats de la défense interviennent dès qu'une personne est mise en cause devant la CPI et tout au long de la procédure, jusqu'à la phase d'exécution de la peine. Ils s'assurent que les droits de la défense sont respectés dans le cadre d'une procédure offrant toutes les garanties d'un procès équitable (*voir entrée du Dictionnaire sur les droits de la défense dans le contexte de la CPI*). Les avocats de la défense peuvent notamment faire des déclarations à l'audience, présenter des observations et requêtes écrites à la Chambre, appeler et interroger des témoins et experts, contre-interroger les témoins et experts appelés par le Bureau du Procureur, produire des éléments de preuve ou des moyens de défense. Les personnes mises en cause devant la CPI sont libres de choisir le conseil de leur choix. En l'absence de conseil désigné, la Cour peut désigner un conseil commis d'office qui s'assurera du respect des droits de l'accusé, conformément à la règle 21 du RPP. Le Greffe tient également une liste de «conseils de permanence» qui interviennent aux premiers stades de la procédure, avant qu'un conseil ne soit choisi et/ou en cas d'indisponibilité de celui-ci.

Les avocats de victimes —appelés «représentant légaux»— interviennent à tous les stades de la procédure afin d'exposer les «vues et préoccupations» de leurs clients, conformément aux dispositions de l'article 68 du Statut de Rome. Toutefois, les victimes n'étant pas «parties» à la procédure mais «participantes» au sens de la sous-section 3 du RPP, les représentants légaux ne peuvent pas appeler de témoins ou produire des éléments de preuve quant aux faits du dossier. Ils peuvent en revanche assister et participer aux audiences, faire des déclarations, adresser des observations écrites à la Chambre, interroger les témoins et experts, avec l'autorisation de la Chambre, et demander des mesures spécifiques pour assurer la sécurité et l'intégrité physique et psychologique de leurs clients pendant toute la durée de la procédure. Les représentants légaux jouent également un rôle essentiel lors de la phase de réparations, dans le cadre de laquelle ils portent la voix et les demandes de leurs clients auprès de la Chambre et du Fonds au profit des victimes. Les victimes souhaitant participer à la procédure peuvent

choisir librement leur représentant légal, conformément à la Règle 90(1) du RPP. Toutefois, au regard du nombre souvent important de victimes et afin d'assurer l'efficacité des procédures, la Chambre peut les inviter à se faire représenter collectivement par un ou plusieurs représentants légaux communs.

Pour être habilités à intervenir devant la CPI, les conseils doivent être inscrits sur la Liste des conseils, laquelle est tenue par le Greffe. Au terme de la Règle 22 du RPP et de la Norme 67 du Règlement de la Cour, les candidats à cette inscription doivent:

- justifier d'une compétence reconnue en droit international ou en droit pénal et en matière de procédures;
- avoir acquis l'expérience nécessaire du procès pénal en exerçant des fonctions de juge, de procureur, d'avocat, ou quelque autre fonction analogue (cette expérience doit être d'au moins 10 ans pour pouvoir être désigné «conseil principal» et de 8 ans pour les «conseils adjoints»);
- avoir une excellente connaissance de l'une au moins des langues de travail de la Cour (l'anglais et le français) et la parler couramment;
- n'avoir jamais été condamné pour des infractions criminelles ou disciplinaires graves considérées comme incompatibles avec la nature des fonctions qui sont celles du conseil devant la Cour.

Par ailleurs, outre le Statut de Rome, le RPP et le Règlement de la Cour, les conseils doivent respecter le Code de conduite professionnelle des conseils, adopté par l'Assemblée des Etats Parties, le 2 décembre 2005 et qui s'applique *«aux conseils de la défense, aux conseils représentant les États, aux amici curiae, ainsi qu'aux conseils ou mandataires en justice des victimes et des témoins exerçant leurs fonctions à la Cour pénale internationale»*.

Les conseils sont assistés dans leurs missions par les membres de leur équipe, au premier rang desquels les «assistants de conseils» (ou «conseils adjoints», des juristes admis sur une liste dédiée également tenue par le Greffe), les «juristes chargés des dossiers» (ou «*case manager*», véritables gestionnaires de dossiers) et les enquêteurs (lesquels exercent le plus souvent depuis l'Etat sur lequel porte le dossier).

Enfin, les conseils disposent de l'aide et des ressources de deux bureaux, rattachés au Greffe et spécialement dédiés à ces missions:

1. le Bureau du conseil public pour la défense a notamment pour tâche: de représenter et protéger les droits de la défense au stade initial de l'enquête; de fournir aide et assistance aux conseils de la défense et aux personnes qui en bénéficient, y compris en effectuant des recherches et en donnant des avis juridiques; de comparaître, sur instruction ou avec l'autorisation de la chambre, dans le cadre de questions spécifiques; de présenter, sur instruction ou avec l'autorisation de la chambre, des conclusions au nom de la personne ayant droit à se faire assister par un défenseur lorsque celle-ci n'a pas encore de conseil attitré ou lorsque le mandat de représentation accordé à un conseil à titre temporaire se limite à d'autres questions; d'agir en tant que «conseil désigné» lorsqu'une personne a le droit et le besoin d'être assistée mais n'a pas désigné de conseil ou lorsque son conseil est indisponible; d'assister ou de représenter le conseil de la défense ou les témoins de la défense faisant l'objet de poursuites pour atteintes à l'administration de la justice.
2. le Bureau du conseil public pour les victimes a pour tâche: de fournir une aide et une assistance d'ordre général au représentant légal des victimes et aux victimes, y compris en effectuant des recherches et en donnant des avis juridiques ou des avis concernant les aspects factuels de l'affaire; de comparaître, sur instruction ou avec l'autorisation de la chambre, dans le cadre de

questions spécifiques; de présenter des conclusions, sur instruction ou avec l'autorisation de la chambre, notamment avant le dépôt des demandes de participation des victimes à la procédure ou lorsqu'un représentant légal n'a pas encore été désigné; d'agir en tant que représentant légal désigné par la chambre dans certains cas; voire de représenter une ou plusieurs victimes tout au long de la procédure, quand l'intérêt de la justice le justifie.

Par ailleurs, le droit garanti aux accusés et aux victimes de bénéficier de l'assistance d'un conseil inclut la possibilité, pour ceux qui n'auraient pas les moyens de le rémunérer, de se voir attribuer un conseil aux frais de la Cour. Ce mécanisme d'aide judiciaire (ou «*legal aid*»), fondé sur le droit impérieux à l'égalité des armes, a toutefois fait l'objet de vives critiques quant à sa mise en œuvre, de sorte qu'un projet de réforme a été initiée début 2019. Le bénéfice de l'aide judiciaire est sans effet sur la liberté de choix du conseil: ainsi, une personne ayant droit à l'aide judiciaire peut choisir librement son défenseur ou son représentant légal sur la Liste des conseils (voire désigner un autre conseil répondant aux critères requis et acceptant d'être inscrit sur cette liste).

En juillet 2016, les conseils intervenants devant la CPI ont créé l'Association du Barreau près la Cour pénale internationale (ABCPI), une association indépendante et professionnelle représentant les intérêts de l'ensemble des conseils intervenant devant la CPI et de leur personnel d'appui. Reconnue par l'Assemblée des Etats Parties en novembre 2016, l'ABCPI s'exprime collectivement au nom de ses membres dans le cadre de négociations et discussion avec les organes de la Cour, met à la disposition de ses membres un ensemble de services et ressources et constitue un forum d'échange et de discussion pour toutes les questions relatives à la représentation de clients (accusés, victimes, témoins et Etats) devant la CPI.

2. *Le «plaidoyer conseil» devant la Cour pénale internationale*

Si le plaidoyer «contentieux» est la voie naturelle par laquelle les avocats peuvent porter la voix de leurs clients dans l'enceinte judiciaire, d'autres mécanismes sont ouverts à ceux —avocats ou non— souhaitant faire valoir une position devant la CPI. Ainsi peuvent-ils adopter une position plus proche du «conseil», que ce soit auprès du Bureau du Procureur, avant l'ouverture d'une enquête, ou auprès des Juges, lorsqu'une affaire est en cours d'examen.

2.1. *Les communications au Procureur*

En vertu de l'article 15 du Statut de Rome, «[l]e Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu de renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour». L'article 42 précise que le Bureau du Procureur «est chargé de recevoir les communications et tout renseignement dûment étayé concernant les crimes relevant de la compétence de la Cour, de les examiner, de conduire les enquêtes et de soutenir l'accusation devant la Cour».

Ainsi, si le mécanisme du «dépôt de plainte» n'existe pas devant la CPI, les victimes ou témoins d'un crime entrant dans le champ de compétence de la Cour peuvent transmettre des informations au Bureau du Procureur, par la voie de ces «communications». En vertu de l'article 15.2, le Procureur «vérifie le sérieux des renseignements reçus», le cas échéant en sollicitant des renseignements supplémentaires auprès d'autres sources. Sur le fondement de l'article 15.3, «[s]il conclut qu'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête, le Procureur présente à la Chambre préliminaire une demande d'autorisation en ce sens». Les victimes peuvent alors être représentées lors de cette audience préliminaire.

Avocats de victimes et organisations non gouvernementales se sont emparés de cette possibilité et soumettent de plus en plus de

communications au Bureau du Procureur, visant ainsi l'ouverture d'enquêtes. Certaines organisations non gouvernementales développent même une réelle expertise dans ce domaine, la communication d'informations au Bureau du Procureur devenant un réel outil de plaidoyer, afin d'alerter la CPI —et l'opinion publique— de violations graves du droit international.

Par ailleurs, si ni le Statut de Rome, ni le RPP ne préconisent la forme que doivent adopter ces communications, ou les informations qu'elles doivent contenir, le Bureau du Procureur tend à écarter les communications trop générales ou peu détaillées, faute de disposer de suffisamment d'éléments pour apprécier leur pertinence et leur fiabilité. Le Bureau du Procureur conserve également une large marge d'appréciation quant aux informations qui lui sont communiquées et un pouvoir de discrétion quant à l'opportunité ou non de solliciter formellement auprès de la Chambre préliminaire l'autorisation d'ouvrir une enquête sur un territoire donné. En 2009, le Bureau du Procureur a toutefois adopté un Règlement, lequel détaille notamment la manière dont il traite et analyse les renseignements et éléments de preuve fournis sur le fondement de l'article 15 du Statut de Rome.

A titre d'exemple, en 2019, le Bureau du Procureur a sollicité l'ouverture d'une enquête sur la situation au Myanmar et au Bangladesh, sur la base, notamment, de 56 communications transmises au Bureau, conformément aux dispositions de l'article 15 (*Situation in the People's Republic of Bangladesh / Republic of the Union of Myanmar, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15*, 4 juillet 2019, ICC-01/19-7). Les requêtes du Procureur aux fins d'ouvrir des enquêtes sur la situation au Burundi et sur la situation en Georgie se fondent également sur des communications de victimes de crimes commis dans l'un et l'autre de ces Etats (*Situation in Burundi, Public redacted version of «Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15»*, 6 September 2017, 15 novembre 2017, ICC-01/17-5; *Situation in*

Georgia, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, 13 octobre 2015, ICC-01/15-4).

2.2. *Les Amicus Curiae*

Conformément à la règle 103(1) du RPP, lors de l'examen d'une affaire, les juges peuvent inviter des Etats, des organisations non gouvernementales, des professionnels du droit et/ou des experts de toute autre discipline, à soumettre leurs observations sur une question technique susceptible d'entraîner des conséquences importantes sur le déroulé de la procédure et l'issue du dossier. Les personnes dont l'avis est sollicité sont alors désignées sous l'appellation d'«*amicus curiae*» (au pluriel «*amici curiae*», littéralement «*amis de la cour*»).

La possibilité de présenter des observations au titre d'*amicus curiae* permet notamment à certaines organisations non-gouvernementales de porter des causes ou des interprétations des textes statutaires de la CPI, dans un exercice de plaidoyer.

A titre d'exemple, avant de rendre son ordonnance de réparation dans l'affaire *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, relative à la destruction des mausolées de Tombouctou inscrits au Patrimoine mondial de l'Humanité, la Chambre de première instance VIII a recueilli les observations de plusieurs *amici curiae*, dont l'UNESCO, laquelle a souligné l'importance du patrimoine culturel ainsi attaqué pour les communautés (*Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Ordonnance de réparation, 17 août 2017, ICC-01/12-01/15-236).

Les Chambres tendent notamment à solliciter des observations d'*amicus curiae* lorsqu'elle fait face à des questions juridiques complexes ou nouvelles. Ce fut récemment le cas lorsque la Chambre préliminaire I a eu à statuer sur la compétence territoriale de la Cour dans la situation en Palestine, autorisant à cette fin plus de 40 Etats, organisations non-gouvernementales et individus à déposer des observations au titre

d'*amicus curiae* (*Situation dans l'Etat de Palestine*, «Décision relative aux demandes d'autorisation de présenter des observations en vertu de la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve», 20 février 2020, ICC-01/18-63).

Très récemment, la Chambre d'appel dans le dossier *Le Procureur c. Dominique Ongwen*, a sollicité des observations d'*amicus curiae* sur diverses problématiques juridiques, notamment quant à l'appréciation de la responsabilité pénale d'une personne souffrant de troubles mentaux, à la définition juridique des crimes de mariage forcé, d'esclavage sexuel et de grossesse forcée, et sur les standards de preuve devant être retenus en matière de violence sexuelle (*Le Procureur c. Dominique Ongwen*, Decision on the requests for leave to file observations pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, 24 novembre 2021, ICC-02/04-01/15-1914).

Conformément à la règle 103(2) du RPP, le Procureur et la défense ont la possibilité de répondre aux observations des *amici curiae*.

Au total, se développent devant la CPI de nouvelles pratiques et usages du plaider, tant par les acteurs traditionnels du procès pénal (les avocats et leurs clients) que par des acteurs traditionnellement plus éloignés des enceintes judiciaires (Etats et organisations non-gouvernementales). Se crée ainsi une nouvelle culture juridique, propre à la CPI, mais pouvant elle-même être amenée à nourrir et enrichir les pratiques nationales.

*Auteur: Clara Gérard-Rodriguez
(Avocate au Barreau de Paris)*

