

El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009

Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 ("Caso Tíbet") y al Voto particular que formulan tres magistrados

Bernardo Feijoo Sánchez

Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción

En el marco del Estado democrático de Derecho las injusticias no se deberían resolver con otras injusticias, sin que haya que entender el concepto de injusticia como algo absoluto o “natural”, sino que deriva de los principios valorativos de una determinada sociedad. Los Jueces y Magistrados deberían atender a esos principios con independencia de que casos coyunturales tientes a buscar soluciones al margen de los mismos. A pesar de que los delitos contra la Comunidad Internacional se ocupan de injusticias atroces, hiere en muchas ocasiones el sentimiento jurídico ver resoluciones judiciales que interpretan tipos penales más allá de lo que permite el tenor literal de la ley o los cánones habituales de interpretación, aplicaciones retroactivas o analógicas de normas materialmente penales o que posibilitan la restricción de derechos individuales como el art. 23 LOPJ mediante argumentos puramente formales o condenas basadas en una actividad probatoria que no resiste un contraste mínimo con los estándares, criterios o cánones determinados por el Tribunal Constitucional. La democracia sólo se puede estabilizar y extender mediante las vías propias del Estado de Derecho, especialmente cuando se trata de actuaciones mediante el Derecho Penal. Si frente a determinados hechos que nos repugnan “vale todo”, le estaremos dando en definitiva parte de razón a los peores dictadores y violadores masivos y sistemáticos de derechos humanos: en el fondo sólo se trata de quien detenta el poder en cada fase de la historia. El silencio cuando el Estado de Derecho lleva a cabo excepciones con determinados responsables de horribles violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos hace que todos nos tengamos que plantear si es legítimo reprochar algo a los que se callan cuando son testigos de un genocidio o a los que amoldan sus posiciones a las necesidades de un régimen dictatorial.

El reciente Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 desestima un recurso de apelación de la acusación particular contra el Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de fecha 26 de febrero de 2010 que acuerda el archivo de las actuaciones a raíz de la última reforma del art. 23 de la LOPJ mediante la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. No cabe duda de que dicha reforma, mediante una serie de requisitos, ha restringido las posibilidades de ejercicio de la jurisdicción universal y vincula –con independencia de lo que cada uno opine personalmente de la misma- a las personas que ejercen la potestad jurisdiccional. Llegando a compartir la parte dispositiva de la resolución, no comparto, sin embargo, la excesivamente restrictiva interpretación que se ha hecho de nuevo del art. 23.4 LOPJ con motivo de su reforma. Por ello el objetivo de este trabajo es exponer, en tono más bien crítico, los aspectos que entiendo más importantes de los Fundamentos de Derecho de este Auto de cara a la aplicación del nuevo art. 23.4 LOPJ. Ello se hará sin dejar, al mismo tiempo, de realizar un análisis también crítico del extenso Voto Particular que formulan tres magistrados, con independencia de la importancia de algunas de las objeciones que realizan contra la fundamentación que conduce a la interpretación excesivamente

restrictiva de la mayoría de la Sala. Mediante la crítica de ambas posiciones contrapuestas este comentario pretende encontrar una vía hermenéutica razonable del **principio de justicia universal o mundial**¹ -entendido como un criterio para legitimar la competencia de un Estado para perseguir y castigar delitos con respecto a los que carece de soberanía por razones territoriales o personales o que no afectan a la misma (territorialidad, personalidad o protección de intereses)- en el ordenamiento español y de la reforma mediante la LO 1/2009 entre el formalismo de la interpretación de la mayoría de la Sala y el intento por parte de los defensores del Voto Particular de hacer caso omiso, por diversas vías, de lo que dice la ley. El Voto Particular acaba propugnando una interpretación basada en una especie de iusnaturalista Derecho Internacional inexistente o sólo existente en la cabeza de algunos Magistrados de la Audiencia Nacional (que provocaría que el Derecho Positivo fuera nulo cuando resultara contrario a dicho “Derecho Internacional Natural”) y, lo que es más grave en mi opinión, que infringe garantías jurídico-penales básicas propias del Estado Derecho, olvidándose de que de lo que trata en definitiva un proceso penal es de que el Estado español imponga legítimamente males o sufrimientos a determinadas personas. El fin primordial de los delitos contra la Comunidad Internacional es el mismo del ordenamiento penal en su conjunto, y éste no consiste en la satisfacción de las víctimas. Da la impresión en ocasiones que cuando se trata de delitos contra la Comunidad Internacional hay juristas que se olvidan de que los posibles infractores también tienen derechos fundamentales (salvo que se entienda que los autores de delitos contra la Comunidad Internacional, por considerarse como enemigos de toda la humanidad -*Hostis humani generis*-, sólo se merecen un Derecho Penal del enemigo ya que por su actuación han perdido o han de quedar despojados de los derechos y garantías que se merecen los “buenos ciudadanos”). La dolorosísima decisión de la Corte Penal Internacional en el caso de Thomas Lubanga recientemente es un ejemplo para todos, incluso aunque en ese caso se estuvieran enjuiciando hechos tan abominables como el reclutamiento como soldados de niños (siendo las niñas dedicadas a la esclavitud sexual), en muchas ocasiones mediante técnicas atroces.

2. La interpretación del art. 23.4 LOPJ de la que parte el Auto de 27 de octubre de 2010

La Sala parte correctamente de la existencia de indicios serios de la comisión de un delito de genocidio en el Tíbet (a pesar de que el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de 26 de febrero de 2010 afirmara que “la presente causa no versa sobre un delito de genocidio”) y del convencimiento de que ni las autoridades del territorio ni la Corte Penal

¹ Sobre dicho principio: ADDIS, “Imagining the International Community: The Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction”, *Human Rights Quarterly*, (31), 2009, pp. 129 y ss. (consultado en formato electrónico); AMBOS, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, 1ª ed., 2006, pp. 93 y ss.; COLANGELO, “The Legal Limits of Universal Jurisdiction”, *Virginia Journal of International Law*, (47), 2005; HENZELIN, *Le Principe de l’Universalité en Droit Penal International*, 2000, *pássim*; INAZUMI, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, 2005, *pássim*; REYDAMS, “Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives”, *Oxford University Press*, 2003, *pássim*. En español, por todos, véase el libro colectivo AAVV, *El principio de justicia universal*, 2001.

Internacional van a perseguir adecuadamente dicho genocidio. Sin embargo, entiende que la legislación penal española no contempla la competencia jurisdiccional con respecto a los hechos sucedidos en el Tíbet porque interpreta que con la última reforma del art. 23.4 LOPJ mediante la LO 1/2009 el legislador español ha variado su política legislativa en materia de jurisdicción universal, aportando para dicha conclusión las siguientes ideas fundamentales:

1. “Reduciendo el principio sobre la asunción absoluta de la jurisdicción universal de la anterior redacción, ha establecido límites a la jurisdicción penal española”, “de manera que no se trataría de una jurisdicción ilimitada, sino concretada por esos límites que ha fijado el legislador que, en definitiva, suponen introducir el principio de subsidiariedad”. Se ha producido “un cambio en el ámbito de actuación de su normativa penal extranacional anteriormente ilimitada a otra más reducida y acorde al principio de subsidiariedad”.

2. “Se ha decantado por la incorporación al texto del indicado artículo de importantes limitaciones que consagran, en definitiva, la necesidad de una cierta vinculación o conexión con intereses españoles que se concretan en la concurrencia de alguno de los requisitos siguientes: a) que los presuntos responsables se encuentren en España; b) que haya víctimas españolas o con algún vínculo relevante con España y además, c) que no se haya iniciado en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional un procedimiento que suponga una investigación y persecución efectiva de los hechos punibles”.

3. “Tal cambio de legislación no anula ni contradice las obligaciones asumidas en los tratados y convenios ya suscritos, simplemente supeditan la aplicación del derecho penal español a los crímenes en ella descritos a la concurrencia del cumplimiento de los nuevos requisitos de la jurisdicción penal española en materia de jurisdicción universal”. La Sala afirma con razón que no existe ninguna norma convencional que obligue a mantener un principio de justicia universal sin límites como el existente antes de la última reforma.

3. Discrepancias del voto particular

Dejando de lado los temas procesales más específicos, vinculados al concreto procedimiento, los principales argumentos para la discrepancia con la opinión mayoritaria de la Sala con respecto a la interpretación del art. 23.4 LOPJ son los siguientes:

3.1. La interpretación es contraria al significado de la Jurisdicción Universal.

a) Posición del Voto particular

Según el voto particular, “algunos tratados, especialmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1959, imponen expresamente la obligación a todos los Estados de perseguir a los responsables de crímenes de guerra independientemente de su nacionalidad y del lugar donde se haya cometido el delito. En otros, aunque no expresamente mencionada, la

jurisdicción universal resulta implícita, tales como la Convención sobre Genocidio (1949) – STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005-, Convención contra la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes (1984) y Convención para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas (2006). En todo caso sería también consustancial con los crímenes internacionales contenidos en el Estatuto de Roma. No cabe dudar del carácter de *ius cogens* internacional de este derecho penal internacional cristalizado en el Estatuto, de observancia obligatoria para todos los Estados lo hayan o no ratificado, como también que dichos crímenes internacionales sean eficazmente perseguidos y no queden impunes”. Añade el voto particular que “aunque pueda ser discutible la afirmación general de que el principio de jurisdicción universal obligatoria en relación con todos los delitos a que se refiere el Estatuto forme parte del mismo *ius cogens* internacional, sin embargo, constituye fundamento suficiente para su ejercicio por parte de los Estados, como también para afirmar la necesaria implicación, interés e incluso corresponsabilidad y deber de todos aquellos que componen la Comunidad Internacional en poner los medios para evitar la impunidad de los más graves crímenes internacionales”.

La conclusión a la que se quiere llegar con esta argumentación es que “la previsión contenida en el art. 23.4 de la LOPJ no es, por tanto, el fundamento de la justicia universal sino únicamente la norma interna que faculta expresamente a los tribunales españoles para actuarla –atribuye jurisdicción- y fija su extensión y condiciones de ejercicio, necesariamente dentro de la perspectiva establecida por el sentido que este principio cobra en el ámbito internacional”. De esa manera parece sostenerse que la legislación española no estaría legitimada a imponer restricciones contrarias a un supuesto significado amplio del principio de justicia universal.

b) Consideraciones críticas

Dejando de lado las afirmaciones excesivas relativas al *ius cogens* (norma general y obligatoria con respecto a la que resulte irrelevante el Derecho interno de los Estados y cuyo cumplimiento sea exigible a toda la humanidad) y las obligaciones *erga omnes*, el Voto Particular parece partir de la idea de que el principio de jurisdicción universal tiene un contenido claro y argumenta como si no existiera una gran disparidad de criterios entre los ordenamientos que han acogido el principio². No existe, sin embargo, un estándar mínimo para los Estados a la hora de regular estas cuestiones. La mejor muestra de la falta de claridad es el proceso que se está poniendo en marcha en Naciones Unidas a raíz de la Resolución a la Asamblea General sobre Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal de 15 de enero de 2010. La cuestión puede variar en el futuro si dicho proceso desemboca en un Tratado Internacional, pero hoy en día casi todo lo relativo al principio de jurisdicción universal como obligación es de naturaleza incierta. En el contexto actual, lo único que se puede afirmar es que los criterios para el ejercicio de la jurisdicción universal introducidos en la ley española en el 2009 no son obligados por el Derecho Internacional, pero tampoco están prohibidos. Se trata de una opción legislativa posible, al

² Sobre esta disparidad, ver la exposición de los diversos ordenamientos en AA.VV., “Principio de Justicia Universal”, *Revista Penal*, (26), 2010, pp. 187 ss.

igual que lo era la opción más abierta existente desde 1985 a 2009. Ambas decisiones político-criminales, la absoluta y la restrictiva en los términos de la reforma, son compatibles con el estado actual del Derecho Internacional y las obligaciones del Reino de España. No existe la obligación para los derechos internos de mantener un principio de jurisdicción universal puro o incondicionado ni la prohibición de un sistema de persecución universal condicionado. Es más, ni siquiera “existe, por ahora, una norma internacional general que obligue a los Estados a incorporar el principio a sus leyes jurisdiccionales”³. Se trata sólo de una facultad conforme al actual desarrollo del Derecho Internacional. Dicha facultad, junto con el Derecho interno (art. 23.4 LOPJ), es lo que legitima jurídicamente el poder punitivo del Estado español.

Ello nos lleva a señalar que la posición que sostiene el Voto Particular no tiene en cuenta, erróneamente, que de lo que se trata, en última instancia, es de aplicar el Derecho Penal español y que las normas internacionales (convencionales o consuetudinarias) no son fuente del Derecho Penal español, sino que exclusivamente deben tenerse en cuenta indirectamente para legitimar la posibilidad de recurrir al principio de jurisdicción universal en defensa de los intereses comunes de la Comunidad Internacional así como para interpretar los delitos contra la Comunidad Internacional dentro de los límites que se derivan del principio de legalidad⁴. El Derecho Internacional no es de aplicación directa en nuestro sistema, sino que debe ser transformado mediante una ley penal que emane del parlamento⁵. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad penal como principio de rango constitucional.

Esta crítica conlleva la denuncia de que en la práctica este principio se ha desconocido en varias ocasiones, al igual que hace el Voto Particular, generando un inadecuado nivel de tensión entre las fuentes del Derecho Internacional y las fuentes y garantías del Derecho Penal interno. Ello ha provocado en alguna ocasión, con base en la idea errónea de que nos encontramos ante un “Derecho Penal distinto”, una situación indeseable en el marco de un Estado de Derecho: que los delitos contra la Comunidad Internacional hayan quedado excluidos de facto de las garantías penales y constitucionales y de las reglas de aplicación de la Ley penal contenidas en el Título preliminar del Código Penal⁶.

³ REMIRO BROTONS, “A vueltas con el principio de jurisdicción penal universal” en GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI/MARTÍNEZ LÁZARO (dirs.), *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, 2010, v.2, pp. 128 y ss. De acuerdo, PÉREZ GONZÁLEZ/ESCUADERO ALDAY (eds.), *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, 2009. (“en el estado actual del Derecho internacional, ninguna norma consuetudinaria obliga –ni prohíbe– a los Estados de la Comunidad Internacional a incorporar en sus ordenamientos jurídicos internos el principio de jurisdicción universal”).

⁴ WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 1ª ed., 2005, pp. 156 y ss.; STS 798/2007, de 1 de octubre.

⁵ SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3ª ed., 2009, 11/1, 16/12 s., con amplias referencias, reflejando la doctrina dominante en Alemania, con un sistema idéntico al español a estos efectos.

⁶ Podemos encontrar el mejor ejemplo de grave confusión entre las fuentes del Derecho Internacional y las fuentes y garantías del Derecho Penal español en la única sentencia condenatoria que existe por delitos contra la Comunidad Internacional: la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª) 16/2005, de 19 de abril, con respaldo de OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, 1ª ed., 2008, pp. 145 ss., que considera expresamente que “el clásico *principio nullum crimen nulla poena sine lege*

En este sentido el Voto Particular no tiene suficientemente en cuenta las diferentes funciones que desempeñan el Derecho Internacional y el Derecho Penal. Los fundamentos normativos y de legitimación de los Tribunales Internacionales son distintos a los de los tribunales internos –por ello no se puede fundamentar la vigencia territorial del ordenamiento jurídico-penal español con referencias al Estatuto de Roma, como hace este Voto Particular y ya ha hecho algún Juzgado central de Instrucción-. En casos como el presente de lo que se está hablando es de los criterios jurídicos de legitimación –internos en coherencia con los internacionales- para que el Estado español imponga una pena (en el ejercicio de su soberanía y, por tanto, de acuerdo con sus criterios constitucionales de legitimidad, que no establecen diferencias en función de la naturaleza del delito), es decir, una restricción brutal de derechos fundamentales a un ciudadano no español, que no ha afectado a los intereses de España y que no ha cometido el delito en territorio español. El Voto Particular se olvida –en la línea de ciertas resoluciones anteriores- de que los arts. 607 y ss. CP no son normas internacionales, sino que son normas internas, si bien indudablemente son fruto de la evolución del Derecho Internacional (no hay más que ver la ampliación de los delitos en caso de conflicto armado operada por la última reforma del Código Penal para darse cuenta de ello). Cuando hablamos de la jurisdicción de los órganos de justicia españoles (es decir, de la Audiencia Nacional) estamos hablando de la aplicación del Derecho Penal español. Los Jueces y Magistrados están vinculados en exclusiva al Derecho español y cuando actúan, aunque sea castigando delitos contra la Comunidad Internacional en representación de ésta, sólo pueden aplicar el Derecho español⁷. Por ejemplo, si bien en el ámbito internacional resulta aceptable una cierta relajación del principio de legalidad en virtud de la necesidad de lograr consensos entre diferentes tradiciones jurídicas, no todas ellas apegadas al principio de legalidad como

previa, en el ámbito del DPI, deja paso al *nullum crimen sine iure*". Esta sentencia ha sido criticada certeramente por una gran especialista como GIL GIL, "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", *RECPC*, (7), 2005, pp. 6 ss., y en CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCIA, *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales.*, 1ªed., 2009, pp. 392 y ss.

⁷ Con independencia de que los órganos jurisdiccionales españoles en este ámbito, especialmente cuando actúen con base en el principio de justicia universal (art. 23.4 LOPJ), deben tener en cuenta como criterio interpretativo lo dispuesto originalmente en las normas de Derecho Internacional e, incluso, los Elementos de los crímenes elaborados por el Grupo de trabajo de la Corte Penal Internacional. Por ejemplo, no es posible interpretar los delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado prescindiendo de las disposiciones de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. La jurisprudencia de órganos internacionales como la Corte Penal Internacional o los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia o para Ruanda debe ser también tenida en cuenta, especialmente cuando se trata de los arts. 607 ss., que se ocupan de delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra "de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" (párrafo cuarto del Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Incluso, con las matizaciones correspondientes, puede ser tomada en consideración la jurisprudencia de Tribunales mixtos o híbridos en sus diversas variantes como los de Camboya, Kosovo, Bosnia-Herzegovina, Timor Oriental o Sierra Leona (sobre estos Tribunales vid. por todos, CASTILLO DAUDI /SALINAS ALCEGA, *Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales internacionales*, 1ª ed., 2007, pp. 137 y ss.; SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3ª ed., 2009, 12/31, con ulteriores referencias)

principio con rango constitucional o garantía institucional, ello no es posible en el Derecho interno⁸.

Si bien es cierto, como afirma la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª) 16/2005, de 19 de abril, que no se puede desconocer “la particular naturaleza jurídica de esta clase de normas, en cuanto que podríamos decir que de alguna manera no son autónomas, o al menos no totalmente, en cuanto que en gran medida representan la positivización en el derecho interno de preexistentes normas internacionales de carácter penal, integrantes por sus características y objeto del *ius cogens* internacional” ni que dichas normas internas ostentan “características propias que las diferencian de otras, en cuanto que representan o incorporan a otras normas de derecho internacional preexistente”, el principio de legalidad no sólo tiene que ver con la garantía criminal, sino también con la penal, la jurisdiccional y la de ejecución⁹. Dicha exigencia ineludible no se puede sortear con argumentos como “que el carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria “*per se*” o de que, por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos”. Si bien se trata de delitos contra intereses comunes supraestatales o universales lo que se encuentra en la base del ejercicio de la jurisdicción universal, es un Estado concreto, España, el que castiga, por lo que estos delitos contra la Comunidad Internacional tienen las mismas reglas de vigencia temporal, espacial y personal que los restantes delitos del ordenamiento jurídico-penal español. Lo contrario sería convertir al órgano jurisdiccional en creador del Derecho, usurpando funciones legislativas para las que carece de legitimidad democrática y constitucional, como pretende el Voto Particular, obviando la reforma legislativa de 2009 mediante ejercicios de “malabarismo jurídico” y la referencia a supuestas obligaciones derivadas del principio de justicia universal. Porque se aplica el Derecho Penal español, cuya única fuente es la ley aprobada por el parlamento, y no las normas internacionales que motivan su aparición (no siendo siempre coincidentes como demuestra una simple comparación entre tipo penales) es incorrecto considerar que “el derecho interno español, al recoger en su seno la norma penal internacional que se encuentra ya incluso cristalizada y codificada en Tratados donde se recogen tipos penales precisos y penas de referencia, no sólo puede limitarse a recibir la descripción del tipo penal y a asignarle una pena factible en derecho interno, sino que estimamos que también debe recoger o asumir el ámbito de aplicación de dicha norma, incluido el espacio-

⁸ GIL GIL, *Derecho penal internacional*, 1ª ed., 1999, pp. 66 y ss., 93 y ss.

⁹ BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 2004, p. 407; GÓMEZ BENÍTEZ “Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y tortura” en AA.VV., *El principio de justicia universal*, 1ª ed., 2001.

temporal de la misma". Como señala GIL GIL¹⁰ criticando esta importante sentencia de la Sala del año 2005, con una objeción extensible a la argumentación del Voto Particular, "al tribunal se le olvida que no es un órgano internacional aplicando normas internacionales ni tampoco siquiera un órgano interno aplicando Derecho internacional pues, como ha reconocido, la norma internacional no era *self executing*, sino un órgano jurisdiccional interno aplicando Derecho interno en un Estado de Derecho con un sistema de *civil law*, y su actuación está sujeta a los principios y garantías de su propio ordenamiento aun cuando las mismas no existieran o fueran diferentes en otros ordenamientos. Los tribunales españoles están estrictamente ligados al principio de legalidad recogido en la Constitución española sin que pueda admitirse ningún tipo de relajación por el carácter del delito enjuiciado o del delincuente. Conforme a nuestra Constitución no hay forma de argumentar que supuestas normas de Derecho penal internacional prevalezcan sobre los derechos y garantías previstas en la Constitución española". En el estudio más detallado hasta la fecha sobre estas cuestiones, la misma autora¹¹ considera, en la misma línea que se sostiene en este trabajo, que "los Tratados internacionales de los que España es parte, únicamente imponen a nuestro país la obligación de castigar los delitos que en ellos se recogen, por lo que nunca podrían ser directamente aplicables por los tribunales españoles, sino que, por el contrario, nuestro país tiene la obligación de dictar la correspondiente ley castigando dichos delitos. En estos casos el precepto penal lo sigue creando el Estado, y en caso contrario, su incumplimiento del Tratado le acarrearía una responsabilidad internacional, pero no puede implicar automáticamente la creación de un nuevo ámbito punible. La responsabilidad penal individual por delitos internacionales, sí se recoge, en cambio, como hemos señalado, en el Derecho internacional general, al que nuestros tribunales también están vinculados. Sin embargo, considerando que dichas normas son incompletas, puesto que no asignan la sanción correspondiente a cada delito, deberemos negarles el carácter de normas *self-executing* y, por tanto, tampoco podrán los tribunales españoles castigar una conducta aplicando exclusivamente el Derecho internacional general, sino que deberá existir necesariamente una ley al desarrollo de dicho Derecho".

En definitiva, los Tribunales españoles sólo se encuentran legitimados para aplicar una norma penal e imponer la consiguiente sanción en virtud de lo dispuesto por el Derecho interno, con independencia de que la decisión del legislador español sólo pueda ir referida a delitos con respecto a los que rige el principio de justicia universal (por esa razón el art. 23.4 LOPJ no es aplicable a todos los delitos tipificados en el Código Penal español como delitos contra la Comunidad Internacional, habiendo algunos que quedan fuera de la facultad concedida a los ordenamientos internos). Es preciso el recurso a la facultad que concede el Derecho Internacional como presupuesto de legitimidad, pero la competencia jurisdiccional es asignada por el Derecho interno.

¹⁰ GIL GIL, *RECPC*, (7), 2005, pp. 8 y s. y CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCIA, *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales.*, 1ª ed., 2009, pp. 395 y ss.

¹¹ GIL GIL, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 95.

El Voto Particular no ha tenido suficientemente en cuenta lo sostenido por la STS 798/2007, de 1 de octubre¹² en el sentido que se mantiene en este trabajo, afirmando que no es posible la aplicación directa del Derecho Internacional Penal, por lo que en los sistemas como el español, que no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales, es siempre necesaria una previa transposición operada según el derecho interno: “La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones. En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas conforme al “derecho” nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contrario al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales. (...) La vigencia del principio de legalidad (...) impide, pues, la aplicación directa del derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso”.

Precisamente la posición que se ha sostenido aquí con respecto al significado del principio de jurisdicción universal es la que hace que haya que asumir como correcta la posición jurisprudencial existente desde los pioneros Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 de la Sala de lo Penal (Sección 3ª), que asume la legitimidad de la regla de competencia extraterritorial existente con respecto al genocidio (y desde el 2009 también a los delitos de lesa humanidad¹³). Estos Autos¹⁴ establecen adecuadamente que “el artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distinta de los del territorio del delito o de un Tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un Tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio –que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas

¹² Fundamento de Derecho Sexto.

¹³ La STS 798/2007, de 1 de octubre de 2007, en su fto. jco. sexto, llega, sin embargo, a la conclusión de que los elementos que convierten un delito común (asesinatos, detenciones ilegales, etc.) en un delito de lesa humanidad justifican por sí mismos la perseguibilidad universal del hecho, incluso aunque no pueda ser subsumido en el art. 607 bis por ser previo a su entrada en vigor. Sobre la imposibilidad de aplicaciones analógicas y retroactivas desfavorables al reo del art. 23 LOPJ vid. Infra apartado 3.b.

¹⁴ Fundamento de Derecho Segundo.

penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave-, tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones universales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio de 1948, no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo de genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio". Este punto de partida ha acabado siendo posteriormente asumido en la Sentencia de la misma Sala 16/2005, de 19 de abril y por el Tribunal Supremo y ratificado de forma decisiva por el Tribunal Constitucional en su sentencia 237/2005, de 26 de septiembre¹⁵, que anula la STS 327/2003, de 25 de febrero, argumentando que "resulta una interpretación en extremo rigorista, así, como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una

¹⁵ Fundamento de Derecho Quinto.

La STC 237/2005, de 26 de septiembre, que anula la STS 327/2003, de 25 de febrero, aporta también, entre otras, razones como que la falta de autorización que encontró esta sentencia "en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él. En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición".

La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido reiterada en la STC 227/2007, de 22 de octubre (fto. jco. Quinto) que declara la nulidad de los Autos del Juzgado de Instrucción nº 2 de 20 de noviembre y 17 de diciembre de 2003, el AAN de 11 de mayo de 2004 y la STS 345/2005, de 18 de marzo (Caso "Falun Gong").

prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente, no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan, siguiendo, de hecho, el mandato plasmado en el art. I, otras herramientas de persecución del delito. Desde la óptica unilateral de los Estados, y salvando la mención a los Tribunales internacionales, lo que el art. VI del Convenio determina es una obligación de mínimos que los compromete a perseguir el crimen de derecho internacional dentro de su territorio (...) el tantas veces citado Convenio no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio (...) máxime cuando de la finalidad que inspira el Convenio sobre genocidio se desprendería antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención”.

Esta doctrina jurisprudencial se corresponde con la práctica internacional, la opinión dominante de la doctrina a nivel internacional y ha venido siendo respaldada por la doctrina dominante en España, sin que existan voces críticas significativas¹⁶.

En definitiva, con respecto a los delitos que el art. 23. 4 LOPJ establece que rige el **principio de universalidad o de justicia universal o mundial**, es evidente que la razón por la que es competente la jurisdicción española para conocer de estos hechos delictivos, aunque se hayan cometido fuera del territorio español, hayan sido cometidos por extranjeros y la víctima no sea española, deriva exclusivamente de lo dispuesto por la legislación española (si bien ello sea en consonancia con lo dispuesto por el Derecho Internacional).

Por consiguiente, si la legitimidad de la actuación de los órganos jurisdiccionales españoles deriva de lo dispuesto en el art. 23.4 LOPJ, en la medida en la que se trate de una ley compatible con el Derecho Internacional¹⁷, el poder legislativo español tiene plena legitimidad para establecer los requisitos para ejercer el principio de jurisdicción universal o mundial, mientras dichos requisitos no resulten incompatibles con la Constitución ni con las obligaciones internacionales del Reino de España. La Sala ha partido con buen criterio de que la nueva redacción otorgada al art. 23.4 LOPJ desde el año 2009 no resulta incompatible con la primera ni con las segundas. Más de un centenar de Estados han hecho suyo, en mayor o menor medida, este principio, atendiendo a una defensa descentralizada de intereses y valores de la comunidad internacional en su conjunto, no habiendo quedado la regulación de dicho principio en nuestra legislación tras la reforma en una situación muy distinta a la de los países que representan un compromiso internacional más intenso con la protección universal de los Derechos Humanos.

¹⁶ Recientemente, sin embargo, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “La reforma del principio de justicia universal”, *Revista de Derecho Penal*, (31), 2010, pp. 19 y s., se aparta en este punto de la doctrina mayoritaria y de la posición sostenida por ella anteriormente en su trabajo monográfico, *EL MISMO, Derecho Penal Internacional*, 2006, p. 131.

¹⁷ Por esa razón no cabrá hacer uso del art. 23.4 LOPJ con respecto a hechos en los que no está reconocido dicho principio (por ejemplo, la ampliación del delito de genocidio operada en la última reforma del año 2010 o algunas modalidades de genocidio del art. 607.1 CP que no se corresponden con las contempladas en el Convenio).

c) Es falsa la afirmación de que los órganos de justicia españoles estén habilitados directamente por la Convención contra la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes de 1984 y la Convención para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas de 2006 para la persecución de delitos con base en el principio de justicia universal. Se confunde jurisdicción universal con persecución universal.

Si bien el art. 5 de la “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” de 1984 establece en su art. 5.2 una obligación de los Estados Parte de adoptar “las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en los que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición”, para que pueda afectar a la responsabilidad penal individual es precisa una adaptación del Derecho interno que en España no se ha llevado a cabo. Lo mismo sucede en los casos en los que un español sufre torturas fuera del territorio español en la medida en la que nuestro ordenamiento no tiene establecida una competencia basada en exclusiva en el principio de personalidad pasiva en ningún caso. Se trata de una Convención no autoejecutiva¹⁸ y España no ha considerado apropiado hasta el momento instituir una jurisdicción permitida por el art. 5.1 de la Convención contra la tortura. No existe, por tanto, un deber de persecución según dicha Convención en el sentido que lo exige el art. 23.4. h) LOPJ¹⁹, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con las infracciones graves de los Convenios de Ginebra en conflictos internacionales (vid. infra apartado 4.b). Salvo este último supuesto, los Tratados Internacionales sólo establecen en general obligaciones de castigar para el Estado donde se cometió el delito, no estableciendo para Estados donde no se cometió el delito una obligación para juzgar y castigar, sino una facultad que debe ser desarrollada por el

¹⁸ En sentido contrario, BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, 2004, pp. 344, 416, considera que la atribución de competencia de los convenios internacionales son *self executing* por lo que directamente el Convenio permitiría perseguir los delitos de tortura contra españoles, incluso aunque el acusado no se encuentre en España

¹⁹ Correctamente Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de la AN de 27 de marzo de 2000, argumentando en su fto. de Dcho. 2º que “la ausencia de pronunciamiento de la Ley Orgánica del Poder Judicial al respecto no puede llenarse con el contenido del art. 5.2 de la Convención de 1984, pues en el caso examinado no se da el concreto alcance jurisdiccional extraterritorial al que dicho precepto internacional se refiere”.

En el sentido del texto, GIL GIL, *REDM*, (87), 2006, p. 81 (“la Convención contra la Tortura tampoco obliga a castigar en caso de que la víctima sea nacional, sino que sólo otorga en este caso la posibilidad del Estado de hacerlo si así lo considera conveniente, con lo que, en puridad, no se trata de un supuesto comprendido en el art. 23.4”); RODRÍGUEZ RAMOS/GIL DE LA FUENTE, “Límites de la jurisdicción penal universal española (a propósito de los casos Pinochet y Guatemala), *La Ley*, nº 5788, 2003, apartado IV, pp. 3 y s.; SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal*, 2004, pp. 99 y ss., especialmente 105, 213.

En sentido contrario al texto, Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de 6 de febrero de 2008; Auto de la Sala de lo Penal -Sección segunda- de 14 de enero de 2009; ALBADALEJO ESCRIBANO, “Genocidio y crímenes de Lesa humanidad de Guatemala”, en BLANC ALTEMIR (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración Universal*, 2001, p. 275; GARCÍA ARAN/LOPEZ GARRIDO, *Crimen internacional y jurisdicción universal*, 2000, pp. 145 y ss., si bien reconoce llamativamente que la Convención no establece obligación de persecución alguna, volviendo a afirmar en *LH-Mourullo*, p. 367, que el legislador al promulgar en 1985 la LOPJ estableció la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles.

Derecho interno²⁰. La Convención contra la Tortura parte, en una línea generalizada en el Derecho convencional, de la aceptación de cualquier presupuesto de jurisdicción reconocida, siempre que sea ejercida de conformidad con las leyes estatales.

En todo caso, ciertas resoluciones y los autores que mantienen la posibilidad de perseguir torturas cometidas fuera del territorio nacional exigen determinados requisitos para el ejercicio de la jurisdicción -en la línea de los introducidos en el año 2009- que parecen tener más que ver con la regla *aut dedere aut iudicare* o con el principio de justicia supletoria (de acuerdo con el cual el Estado español actuaría como fideicomisario de otros Estado pero no de la Comunidad Internacional) que buscan garantizar la universalidad en la represión dentro de un marco de jurisdicción no universal, que con el principio de justicia universal en sentido estricto. Se suele confundir -confusión en la que incurre el Voto Particular- la idea de la universalidad en la represión o en la persecución con la universalidad en la jurisdicción. Por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª) 16/2005, de 19 de abril, considera que, con base en el art. 23.4 y la Convención contra la Tortura, se podrían perseguir delitos de tortura cometidos contra ciudadanos españoles fuera del territorio nacional siempre que el acusado se encuentre en territorio español. En la doctrina la situación sobre los requisitos para la persecución de delitos de tortura es confusa y se pueden encontrar opiniones de lo más variado sobre las posibilidades de persecución de delitos cometidos por extranjeros en el extranjero: por sólo citar algunos, BACIGALUPO ZAPATER²¹ considera que existe competencia si la víctima es española, incluso aunque el acusado no se encuentre en territorio español y siempre que un órgano judicial y el poder ejecutivo lo consideren oportuno; DEL CARPIO DELGADO entiende que sólo existe obligación, más en una línea de fundamentación orientado a la idea de justicia supletoria, "cuando el presunto autor de los hechos se encuentre en el territorio español y no proceda su extradición"²², en la misma línea que GIL GIL²³, que considera que surge la competencia en caso de que se niegue la extradición.

La negación de la competencia de los órganos españoles con base en el principio de jurisdicción universal es más evidente todavía con respecto a otros supuestos de "crímenes contra la humanidad" como las desapariciones forzadas o las ejecuciones extrajudiciales, a pesar de la existencia de textos internacionales al respecto²⁴. La Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece en su art. 9 sólo los posibles casos en los que "cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada". La única obligación por

²⁰ BLANCO CORDERO, "Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo", *La Ley*, 2004, pp. 3 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal*, 2004, pp. 253 y ss.; WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2005, pp. 125 y ss.

²¹ BACIGALUPO ZAPATER, "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero", *Cuadernos de derecho judicial*, (7), 2001, pp. 220 y ss.

²² DEL CARPIO DELGADO, "El principio de justicia universal tras la reforma de 2009", *La Ley*, (7307), 2009, p. 6, con ulteriores referencias en el mismo sentido.

²³ GIL GIL, *RECPC*, (7), 2005, p. 13, nota 42 y EL MISMO, *REDM*, (87), 2006, p.80.

²⁴ SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal*, 2004, pp. 231 ss.

parte de terceros Estados es la de colaborar en la persecución de los presuntos responsables de estos delitos de lesa humanidad cuando éstos se encuentren en su territorio (arts. 10 y 11). Estos hechos, al igual que sucede con las torturas, sólo son perseguibles con base en el principio de justicia universal desde el año 2009 si se pueden calificar como un delito de lesa humanidad del art. 607 bis.

Tampoco es correcta la afirmación, que aparece también en algún Auto de algún Juzgado Central de Instrucción para afirmar la jurisdicción de los órganos españoles (caso “bombardeo de Gaza”, por ejemplo), de que los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma generan obligaciones de persecución de estos delitos con base en el principio de justicia universal (incluso *erga omnes* contra países que no hayan ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional) de acuerdo con lo dispuesto en la letra h) del art. 23.4 LOPJ. El Estatuto de Roma sólo fija las competencias de la Corte Penal Internacional, pero no establece obligaciones para los órganos de justicia de los Estados signatarios. Los efectos del Estatuto en los Estados que han ratificado el mismo residen en estimular la adecuación de los ordenamientos internos con base en el juego que proporciona el principio de complementariedad para que juzguen ellos mismos y no la Corte los delitos que se cometan en su territorio y para posibilitar una cooperación efectiva con la Corte. Pero nada de ello tiene que ver con el principio de justicia universal, que obedece a lógicas preventivas que no tienen en absoluto que ver con la existencia de un Tribunal Penal Internacional. Esto no es sólo teoría, sino que tiene que ver con la evolución en nuestro ordenamiento –que está haciendo los deberes adecuadamente- de los delitos contra la Comunidad Internacional. En este sentido, la LO 15/2003, por influencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional (LO 6/2000, de 4 de octubre), además de modificar en algunos puntos los delitos en caso de conflicto armado, sumó los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis) y ciertas reglas de imputación específicas en los arts. 615 bis y 616 bis relativas a cuestiones importantes en este ámbito delictivo como la responsabilidad por omisión del superior con respecto a los delitos de sus subordinados y la relevancia de la obediencia debida. En palabras de la Exposición de motivos de dicha LO del 2003, se trataba de definir y regular “los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”. La reforma de este Capítulo llevada a cabo en el año 2003, supone, por tanto, junto con la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el ámbito del Derecho español. La reforma del 2003 viene a completar lagunas de punición en relación a la regulación del Estatuto, si bien, como no puede ser de otra manera, el alcance de los delitos contra la Comunidad Internacional en el Derecho interno no se corresponde exactamente con el alcance de las normas del Estatuto de Roma (en unos casos por exceso y, en otros, escasos, por defecto, lo cual en teoría podría dar lugar –de forma altamente improbable- con base en el principio de complementariedad a que en este último caso pudiera intervenir el Tribunal Penal Internacional con respecto a hechos cometidos en España que no se encuentran definidos como delito en el Código Penal español). Precisamente son las diferencias entre las garantías y los criterios de legitimación del Derecho Internacional y las garantías y los criterios de legitimación de un Derecho penal propio de un sistema constitucional las que tornan imposible un acoplamiento

perfecto de éste con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Este proceso de adaptación al Estatuto de Roma, al que se suma la adaptación a la ratificación por España de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario, ha provocado que los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado hayan vuelto a ser modificados mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, de reciente entrada en vigor. El Estatuto de Roma, por tanto, tiene que ver con esta rápida evolución del Título relativo a los delitos contra la Comunidad Internacional en los últimos siete años, pero carece de relevancia para interpretar el alcance del art. 23.4 LOPJ (especialmente en lo relativo a su letra h)), salvo que se trate de asuntos que sean competencia de la Corte y entre en juego el principio de subsidiariedad. De forma más matizada, en otro punto el Voto Particular afirma que “aunque pueda ser discutible la afirmación general de que el principio de jurisdicción universal obligatoria en relación con todos los delitos a que se refiere el Estatuto forme parte del mismo *ius cogens* internacional, sin embargo, constituye fundamento suficiente para su ejercicio por parte de los Estados”. Esto es verdad, pero de nuevo hay que insistir que se trata de una posibilidad que tiene que ser desarrollada por el Derecho interno, sirviendo la referencia al Estatuto para afirmar que la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española como genocidio o de lesa humanidad (art. 23.4.a)) es perfectamente legítima, siempre que concurren los requisitos establecidos desde el año 2009 para ejercitar dicha jurisdicción.

3.2. La interpretación y aplicación plasmada por la mayoría de la Sala en el Auto es contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente la manifestada en las SSTC 237/2005 (Pleno), de 26 de septiembre, y 227/2007, de 22 de octubre.

a) Posición del Voto particular

El Voto Particular entiende que la reforma mediante la LO 1/2009 de 3 de noviembre establece “determinados límites de carácter automático al acceso a la jurisdicción” que podrían resultar innecesarios, excesivos e irrazonables por lo que “la interpretación y aplicación de la norma en el caso, que realiza la mayoría de la Sala, omite cualquier consideración sobre los estándares constitucionales y se limita a hacer una lectura puramente formalista y literalista de la norma”. Los tres magistrados que emiten el Voto Particular plantean dudas sobre la constitucionalidad de la reforma considerando que “el criterio o canon avanzado por el TC, además de limitar, inmediatamente, la capacidad de interpretación de los tribunales a la hora de establecer criterios de restricción del derecho a la tutela judicial efectiva, va más allá y se proyecta sobre la propia actividad del legislador, en el sentido de que, aunque esté plenamente facultado para configurar legalmente el derecho de acceso a la jurisdicción, no es libre de hacerlo de cualquier manera, y no puede vaciar de facto el contenido del derecho, particularmente cuando se trata del acceso a la jurisdicción para la obtención de tutela judicial de derechos humanos fundamentales frente a los ataques más graves, constitutivos de crímenes internacionales, que no pueden ser perseguidos de otra manera, cuando, además de ser esta tutela judicial en sí misma un derecho fundamental constitucionalizado, lo es por vehicular el derecho humano

fundamental a la justicia y a la reparación ante los más graves actos atentatorios de los derechos humanos, reconocido por la legalidad internacional. En su labor de configuración del derecho de acceso a los tribunales, el legislador debe ajustarse a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad –STC 73/2004, de 19 de abril; Auto TC 171/1986, de 19 de febrero, etc–.

b) Consideraciones críticas

b.1) El objetivo político-criminal de los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción universal

La reforma del art. 23.4 LOPJ –dejando de lado la cuestión fáctica de las presiones que pueda haber sufrido el Gobierno de España–, que introduce ciertos condicionamientos para el ejercicio de la jurisdicción universal, tiene su origen en que en los últimos tiempos a nivel de Derecho comparado se habían establecido de forma generalizada condiciones al ejercicio del principio de justicia universal, de tal manera que la Audiencia Nacional se había acabado convirtiendo en una especie de Tribunal Penal Internacional permanente debido a la práctica inexistencia de límites o condiciones legales al ejercicio de la jurisdicción salvo el vinculado a la cosa juzgada, la inexistencia de un principio de oportunidad en el ordenamiento español y la doctrina del Tribunal Constitucional vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva con respecto al art. 23.4 LOPJ. Incluso, por los propios requisitos para la persecución de la Corte Penal Internacional, la Audiencia Nacional se había convertido, con dudosa legitimidad y un cierto espíritu quijotesco, en una Corte Penal Internacional en la que se perseguían hechos anteriores a la entrada en funcionamiento de la Corte o con respecto a países (Estados Unidos, China Israel, etc.) que no han ratificado el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, tratando más casos de violaciones de Derechos Humanos que la propia Corte Penal Internacional. La situación se podía calificar de “anómala”. No dejaba de ser curioso que con referencias al *ius cogens* internacional la Audiencia Nacional fuera el único órgano judicial en todo el mundo en el que se abrían procedimientos por determinados hechos, especialmente después de la reforma de la ley belga del 2003. A partir de la persecución desde 1998 de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos durante la época de las dictaduras argentina y chilena, la Audiencia Nacional se ha venido ocupando entre otras cuestiones (al menos tratando la admisión de querellas) del genocidio de Guatemala, de la represión en El Salvador, de la actuación de la policía mexicana, de la ocupación China en el Tíbet, de la persecución de minorías como el movimiento “Falun Gong” por parte de las autoridades chinas, de la represión marroquí contra el pueblo saharauí, de conflictos en África como los que afectan a Ruanda y República Democrática del Congo, la represión de las manifestaciones de monjes (“la revolución del azafrán”) del 18 al 26 de septiembre de 2007 en Myanmar (Birmania), de bombardeos en Gaza por parte del ejército israelí²⁵ o de las torturas en Guantánamo, sin olvidar el procedimiento abierto por los delitos cometidos hace más de

²⁵ En profundidad sobre esta cuestión, PÉREZ GONZÁLEZ/ ESCUDERO ALDAY (edits.), *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, 2009.

sesenta años en campos de concentración nacionalsocialistas en los que hubo víctimas españolas.

La reforma obedece, pues, a la idea que orientó los intentos de restricción del art. 23.4 LOPJ por parte del Tribunal Supremo de que “no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción” (STS 327/2003, de 25 de febrero)²⁶.

Es evidente que, con independencia de la valoración que cada uno pueda hacer, este es el objetivo de este aspecto de la reforma del 2009, especialmente teniendo en cuenta la introducción de la referencia a los delitos de lesa humanidad.

b.2) La interpretación sesgada de la doctrina del Tribunal Constitucional por parte del Voto Particular

El Voto Particular intenta basar su interpretación contraria a la de la mayoría de la Sala recurriendo a una argumentación del Tribunal Constitucional, que no se puede olvidar que se encontraba muy centrada en la amplitud de la redacción del art. 23.4 LOPJ. No tiene suficientemente en cuenta en su discurso que, por ello, el cambio legislativo condiciona en gran parte la previa doctrina constitucional enormemente vinculada al tenor literal del precepto. Lo que vino a afirmar el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Pleno 237/2005 es que, de acuerdo con el tenor literal del art. 23.4 LOPJ previo a la reforma de 2009, el precepto instauraba un principio de jurisdicción universal absoluto que no se encontraba sometido a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y, por esa razón, venía a entender que ciertas restricciones vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción²⁷. Es decir, lo que hizo el Tribunal fue

²⁶ Véase también el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2005.

²⁷ “El art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación. Ahora bien, en dicha labor exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la Ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del Derecho

conceder el amparo (desde luego no resolver una Cuestión de constitucionalidad) anulando dos resoluciones que entendía que habían vulnerado el derecho de acceso a la jurisdicción teniendo en cuenta el texto vigente de la ley.

Es evidente que el estado de la cuestión se encontraba hasta la reforma de 2009 enormemente determinado por la anulación por parte del Tribunal Constitucional del Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y de la STS 327/2003, de 25 de febrero -resoluciones correspondientes al denominado "caso Guatemala"- mediante la sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Las repercusiones de todas estas resoluciones han sido sobradamente plasmadas en ulteriores sentencias y en trabajos doctrinales, por lo que no es necesario llevar aquí a cabo una exposición detallada²⁸. La Sentencia del Tribunal Constitucional fue importante porque la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 se había ido consolidando en otras resoluciones como las SSTS 319/2004, de 8 de marzo, 1362/2004, de 15 de noviembre y 345/2005, de 18 de marzo y ha sido, incluso, enconadamente defendida en respuesta a la STC 237/2005, de 26 de septiembre, por la STS 645/2006, de 20 de junio, a pesar de que acabara acatando la posición del Tribunal Constitucional e interpretando el art. 23.4 LOPJ en el sentido amplio de la doctrina constitucional.

La doctrina del Tribunal de casación, que salió adelante en la sentencia del 2003 por un voto de diferencia y que motivó un decisivo Voto Particular de los magistrados de la minoría, consideró que "la jurisdicción de los Tribunales españoles, sobre la base del principio de justicia universal, no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio, ni de ningún otro convenio o tratado suscrito por España. Por otra parte, no consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición. El ejercicio de la jurisdicción respecto de los hechos denunciados no podría basarse en estos datos. No se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes". Con independencia de que el Tribunal Supremo eligiera el peor caso para denegar la

rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE. Tal es el cauce analítico que debemos seguir" (Fundamento de Derecho Tercero).

²⁸ Vid. posterior Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 178/2006, de 16 de febrero (ARP 2006, 195). Son muchos los trabajos que se han dedicado en España a las diferencias entre la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en relación al art. 23.4 LOPJ. Entre ellos, por todos, LLOBET ANGLÍ, "El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006", *InDret*, (4), 2006, *pássim*; MENDOZA CALDERÓN, "La aplicación de la Ley Penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España", *Revista Penal*, (20), 2007, pp. 133 ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ, "Configuración actual del principio de justicia universal en el ordenamiento jurídico penal español", *Cuadernos de Política Criminal*, (91), 2007, pp. 53 y ss.

competencia ultraterritorial con respecto al delito de genocidio, la sentencia introdujo argumentos erróneos desde la perspectiva de las bases del principio de justicia universal. Como se ha expuesto, la existencia de un Tratado internacional relativo a un crimen contra la humanidad otorga una facultad, si bien normalmente no obliga, que debe ser desarrollada por el Derecho interno, para hacer uso del principio de justicia universal. El ordenamiento español ha hecho uso de dicha facultad con respecto al delito de genocidio y esa es la base competencial de los órganos de justicia españoles en línea con el espíritu que informa el Convenio sobre prevención y sanción del genocidio (si bien es cierto que el Convenio no hace referencia a la jurisdicción universal de los Estados, como ya se ha puesto de manifiesto). Se trata de delitos perseguibles *ex lege* como señala correctamente la STC 237/2005, de 26 de septiembre, y no porque exista una obligación internacional²⁹. A partir de ahí, la exigencia de una conexión con intereses españoles o un vínculo de nacionalidad pasiva desvirtuaba, en el contexto de la anterior regulación que se caracterizaba por su amplitud, la persecución de un delito contra la Comunidad Internacional con base en el principio de justicia universal, sobre todo cuando el Tribunal Supremo pretendía reducirlo arbitrariamente a agresiones contra grupos de españoles fuera del territorio nacional como constata la STC 237/2005, de 26 de septiembre, en sus Fundamento de Derecho Octavo y Noveno. El Tribunal de casación no tuvo suficientemente en cuenta que en el caso del delito de genocidio o de los delitos de lesa humanidad los Tribunales nacionales actúan como una especie de Tribunales Penales Internacionales (si bien aplicando el Derecho interno) y no como meros agentes supletorios u órganos en representación de la Administración de Justicia competente por razón del territorio o de la nacionalidad del sujeto activo, como sucede con otros delitos como los de terrorismo³⁰.

²⁹ Fundamento de Derecho Quinto.

³⁰ Dejo de lado la cuestión de que el Tribunal Supremo tenía poderosas razones en un punto: la jurisdicción universal *in absentia* es una posibilidad jurídica enormemente discutida (DEL CARPIO DELGADO, *La Ley*, (7307), 2009, pp. 6 s.; SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal*, 2004, pp. 268 y ss.). Tras la reforma sigue en todo caso siendo vinculante la posición del Tribunal Constitucional que ha reconocido la jurisdicción universal *in absentia* para el delito de genocidio, convirtiendo la disponibilidad del sospechoso en un asunto a debatir dentro del proceso. Dice literalmente la STC 237/2005 en su fto. de Dcho. Séptimo, que “la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso”. De esta manera el Tribunal Constitucional ha venido a corroborar la tesis de que la presencia del imputado desde el principio del procedimiento no representa un elemento esencial de una jurisdicción basada en el principio de persecución universal –si la ley española o un Tratado no lo exigen, evidentemente-. Las razones de practicabilidad derivadas del futuro del procedimiento que se pueden barajar en el proceso no son presupuestos competenciales, sino que tienen que ver con las funciones de la instrucción en un sistema jurídico que no conoce el enjuiciamiento en ausencia del acusado para delitos graves. Es más, la decisión de qué hacer en los supuestos en los que se constata como altamente improbable la presencia de algún acusado presupone necesariamente la competencia jurisdiccional. No representan razones materiales para inadmitir una

Las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos (genocidio, delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los Convenios de Ginebra) no son un asunto interno de los Estados con respecto a los que sólo puedan intervenir terceros Estados para los que también representen un asunto interno o que vean lesionados sus intereses.

Si bien no se puede tildar de ilegítima una interpretación restrictiva del art. 23.4 LOPJ (como de cualquier otra norma en la que se base la actividad punitiva del Estado), el grave error conceptual de no tener en cuenta lo que representa la protección frente a las violaciones más graves de los Derechos Humanos en el actual estado del Derecho Internacional fue lo que acabó dando lugar al amparo que concedió el Tribunal Constitucional.

En este contexto debe entenderse el argumento esencial de la STC 237/2005, de 26 de septiembre,³¹ con respecto a la doctrina del Tribunal Supremo que se venía asentando desde el año 2003: “tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la Ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de justicia universal según es concebido en el Derecho

querella –salvo en los supuestos de infracciones graves de los Convenios de Ginebra, como se expondrá-, si bien pueden serlo para un sobreseimiento provisional. Por ello un Auto correctamente motivado de sobreseimiento provisional, una vez afirmada la competencia, no puede representar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La STC 237/2005 ha deslindado las cuestiones competenciales relativas a la ultraterritorialidad de la ley penal española de otras ponderaciones de practicabilidad procesal, pero no ha eliminado éstas de los procesos por delitos de genocidio o de lesa humanidad, como venía sucediendo, por ejemplo, en los casos en los que se decide la extradición de los imputados para que sean juzgados por los mismos hechos en otro país. En este sentido, si ni siquiera recurriendo a las vías de cooperación internacional como la extradición es posible recabar la presencia del sospechoso y el procedimiento carece de mínimas posibilidades de llegar a una fase decisiva, la Administración de Justicia habrá cumplido su papel ante la Comunidad Internacional. No se gana nada disparando al aire y no tiene sentido un procedimiento penal abierto indefinidamente sin posibilidades serias de llegar a una vista oral. Se trata de ejercitar la jurisdicción con base en expectativas mínimamente realistas. En este sentido REMIRO BROTONS, “Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial”, *El derecho penal internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, p. 83, señala como “un juez legitimado para actuar con base en el principio de justicia universal ponderará la oportunidad de ejercer su jurisdicción si aprecia como altamente improbable la presencia del acusado y, por ello, la igualmente alta probabilidad de acabar archivando los autos”. En profundidad sobre estas cuestiones, DEL CARPIO DELGADO, *La Ley*, (7307), 2009, pp. 7 ss. Tras la reforma seguiría siendo posible la puesta en marcha de un procedimiento aunque el responsable no se encuentre en España si, por ejemplo, el delito contra la Comunidad Internacional ha afectado a víctimas españolas. La presencia del infractor en España sigue sin ser un requisito imprescindible para el ejercicio de la jurisdicción universal teniendo en cuenta nuestra legislación y la doctrina constitucional, que continua siendo válida en este punto no afectado por la reforma.

³¹ Fundamento de Derecho Octavo.

internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ". Como ha señalado, con conocimiento de causa, ALCACER GUIRAO³², "la Sentencia del Tribunal Constitucional declara contrario al derecho a la tutela judicial efectiva a la concreta interpretación restrictiva que efectúa el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2003, pero de ello no infiere que toda interpretación restrictiva del artículo 23.4 LOPJ haya de ser, per se, lesiva de tal derecho fundamental", entendiéndose que no sería incompatible con la doctrina del Tribunal Constitucional llegar a la conclusión de que "aun existiendo legitimidad para la intervención de los Tribunales españoles, en determinados casos dicha persecución por los Tribunales españoles devendría ya a priori inefectiva, dadas las irreconciliables diferencias socioculturales y las enormes dificultades de investigación; o bien de que la misma querrela o denuncia es manifiestamente contraria a la misma finalidad de la institución, constituyendo un mecanismo de denuncia política o similar y, con ello, un abuso de derecho".

b.3) Lo que tienen de correcto las objeciones del Voto Particular

Es cierta, sin embargo, la afirmación del Voto Particular de que la posición mayoritaria de la Sala incurre en cierto automatismo y la interpretación que se hace de la reforma conduce a una lectura puramente formalista de la norma. Si esto es así, ello significa que, en principio, la posible restricción arbitraria del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso concreto no se deriva obligadamente de la norma, sino de la interpretación que se ha hecho de la misma.

El Auto de 27 de octubre de 2010 intenta fundamentar materialmente su interpretación en la referencia al **principio de subsidiariedad** que, según la mayoría de la Sala, sería el principio orientador de la reforma de acuerdo con su escueta Exposición de Motivos. Si esto fuera así, y todo se redujera a una introducción expresa del principio de subsidiariedad, la reforma no tendría mayor relevancia en la medida en la que la regla de que no es necesario entrar a conocer de determinados hechos si en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional "se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles" representa un requisito ampliamente asumido para el ejercicio de la competencia basada en el principio de justicia universal.

Los órganos de justicia españoles venían limitando ya anteriormente el ejercicio de su competencia mediante un principio complementario de subsidiariedad, según el cual ha de cederse la competencia a una jurisdicción preferente como un Tribunal Penal Internacional o la del territorio (*iudex loci delicti commissi*) cuando ésta haya comenzado efectivamente la persecución del delito³³. Es un principio ampliamente reconocido que la legitimidad del

³² CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA, *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, 2009, pp. 473 y s.

³³ Por muchas resoluciones, Autos de 4 y 5 de noviembre de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional - Sección 3ª- (ARP 1998, 5943 y 5944), fto. de Derecho segundo; Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 16/2005, de 19 de abril; STS 327/2003, de 25 de febrero; STS 712/2003, de 20 de

Derecho Penal internacional, bien sea aplicado por Cortes internacionales o Tribunales estatales, se basa en la idea de subsidiariedad³⁴, de tal manera que es evidente no sería necesaria la existencia de un principio de justicia universal referido al delito de genocidio o cualquier otro delito internacional si todos los Estados cumplieran sin fisuras sus obligaciones internacionales de prevención y castigo. En definitiva, si bien existe una competencia universal con respecto a ciertos delitos contra la Comunidad Internacional, ésta debe ejercerse sólo cuando sea necesaria. No lo será, por ejemplo, cuando un órgano jurisdiccional esté ejerciendo efectivamente su labor jurisdiccional o cuando el asunto es competencia de una Corte Penal Internacional. Es algo generalmente asumido, tanto por doctrina como por jurisprudencia, que el ejercicio de la concurrencia de pretensiones con otro Estado que no actúe con base en el principio de territorialidad debe valorarse bajo este prisma de la necesidad de intervención con el objetivo último de **evitar la impunidad**. Cualquier órgano de justicia competente que lleve a cabo una investigación y persecución efectiva e imparcial convierte en innecesarias ulteriores actuaciones en el mismo sentido.

Con respecto a dicho contenido del principio de subsidiariedad, la nueva redacción que exige la iniciación de un “procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva” también refleja satisfactoriamente la actual exigencia de los órganos judiciales españoles, especialmente a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, de que no basta que exista la mera posibilidad de que actúe una jurisdicción preferente, no siendo preciso acreditar la absoluta imposibilidad de otros procedimientos, como se había afirmado inicialmente por la Audiencia Nacional en el denominado “caso Guatemala” con el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000. Este Auto fue anulado por la STC 237/2005, de 26 de septiembre, que alega en su Fundamento de Derecho Cuarto contra esta resolución que “la abstención de los Tribunales de un tercer Estado sólo habría de darse cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o en el Tribunal internacional; o bien, en todo caso, una modulación razonable de la regla de subsidiariedad habría de llevar también a la abstención de la jurisdicción extraterritorial cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo. A sensu contrario, para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial, habrá de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la

mayo(-caso Perú-), que desestima por estas razones el recurso contra el Auto del Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional que confirmó el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1, que inadmitía la querrela para la persecución de delitos de genocidio, terrorismo, torturas y detención ilegal cometidos en Perú, por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles; STS 345/2005, de 18 de marzo; Auto de 10 de enero de 2006 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional -Sección 4ª- (-caso Tíbet-), fto. de Derecho noveno; Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de 2 de julio de 2008 inadmitiendo a trámite la querrela por torturas en México en el caso Cristina Valls, confirmado posteriormente por Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional -Sección segunda- de 14 de enero de 2009; de gran relevancia, Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2009 (caso bombardeo de Gaza), con Voto Particular de los mismos magistrados que firman el Voto Particular que está siendo comentado en este trabajo.

³⁴ BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 2004, pp. 374 ss.; GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, 1999, pp. 20 s.; EL MISMO, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, 1999, p. 39; REMIRO BROTONS, *El derecho penal internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, pp. 84 ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, 2004, pp. 320 ss.

parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes. No obstante el Auto de diciembre de 2003, acogiendo una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad que la misma Audiencia Nacional había delimitado, va más allá y requiere de los denunciadores una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos. Tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional de los Tribunales españoles establecida en el art. 23.4 LOPJ conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte (...) con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio diabolica*. De otra parte con ello se frustra la finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre genocidio, por cuanto será precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica *pro actione*, se hace acreedora del reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE".

Lo que viene a dejar claro la reforma, en todo caso, es la consagración del principio de subsidiariedad como presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción universal, no siendo sólo uno de los diversos criterios que se deben tener en cuenta en caso de **conurrencia de jurisdicciones**. Cabe destacar en este sentido que el Voto Particular de la STS 327/2003, de 25 de febrero, aludiendo a que la actuación de los órganos de otros Estados no tienen que ver con el fundamento material de la competencia, sino con el ejercicio de la misma, considera que la "jurisdicción universal sobre los delitos de genocidio como crímenes de derecho internacional no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de **conurrencia**, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, es decir, garantizar que el Genocidio será en cualquier caso sancionado. Ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de genocidio cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal. La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal. Ahora bien, este criterio no faculta para excluir la aplicación de lo prevenido en el art. 23.4º a) de la LOPJ estableciendo como exigencia para admitir una querrela por Genocidio extraterritorial la acreditación plena de la inactividad o inefectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial. Este requisito vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal del

Genocidio, pues se trata de una acreditación prácticamente imposible, y determinaría la exigencia de una valoración extremadamente delicada en este prematuro momento procesal. Para la admisión de la querrela resulta exigible, en esta materia, lo mismo que se exige en relación con los hechos supuestamente constitutivos del delito de genocidio. La aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad *de facto*".

En todo caso, como ya he señalado, lo que viene a aportar la reforma desde esta perspectiva no es de gran trascendencia para la aplicación que se viene llevando a cabo del art. 23.4 LOPJ. La doctrina de la subsidiariedad, se ampare bajo el manto protector de esta denominación o de necesidad de la intervención jurisdiccional en caso de concurrencia de jurisdicciones en condiciones de igualdad (sin competencias jerarquizadas), en la medida que se trata de dos formas de denominar un juicio sobre la necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales españoles, representa la doctrina jurisprudencial dominante, donde no ha enraizado la tesis inicial mantenida en el "caso Guatemala" de que no existía competencia mientras no quedara probada la absoluta imposibilidad de sustanciarse un proceso ante la Administración de Justicia del país donde se cometió el hecho delictivo³⁵. En este sentido, la STS 712/2003, de 20 de mayo, argumentaba "que ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal. La aplicación de ese principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal. Este criterio no faculta para excluir la aplicación de lo prevenido en el art. 23.4º de la LOPJ estableciendo como exigencia para admitir una querrela por jurisdicción universal la acreditación plena de la inactividad o inefectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial. Este requisito vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal, pues se trata de una acreditación prácticamente imposible, y determinaría la exigencia de una valoración extremadamente delicada en este prematuro momento procesal. Para la admisión de la querrela resulta exigible, en esta materia, lo mismo que se exige en relación con los hechos supuestamente constitutivos del delito universal. La aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad "de *facto*".

³⁵ Vid. el posterior Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional 178/2006, de 16 de febrero.

La existencia de un principio de subsidiariedad entendido en este sentido relativo a la concurrencia de jurisdicciones ha sido ratificado por la decisiva STC 237/2005, de 26 de septiembre, argumentando que “resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal (...) el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio *ne bis in idem*, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar la prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido”. Es evidente que si el sentido de la jurisdicción universal es combatir la impunidad de los responsables de más graves delitos contra la Comunidad Internacional, de existir auténtica voluntad y capacidad de enjuiciamiento por parte del Estado donde se han cometido los hechos, el recurso a la jurisdicción universal carece de sentido. Si todos los Estados pudieran y quisieran juzgar a sus genocidas, criminales de guerra o violadores masivos y sistemáticos de derechos humanos no sería necesario el recurso a la intervención de Estados sin una vinculación de soberanía. No tiene sentido el principio de justicia universal si existe capacidad y voluntad de perseguir los crímenes internacionales por parte de los Estados que tienen soberanía sobre los mismos. En la posterior STC 227/2007, de 22 de octubre, se daba a entender también que esas reglas de subsidiariedad se extienden a la actuación de la Corte Penal Internacional –en la línea de la reforma-, ya que antes de conceder el amparo a los recurrentes con base en la doctrina de la decisiva 237/2005 argumenta que “se ha dejado constancia antes de la alegación de los recurrentes sobre la imposibilidad de acudir a la Corte Penal Internacional, elemento singular en este caso respecto del resuelto por la STC 237/2005, de 26 de septiembre, la aplicación de cuya doctrina al caso actual constituye el núcleo esencial del recurso. Pues bien, debe empezarse afirmando la corrección del planteamiento de los recurrentes respecto a la imposibilidad de acceso a la Corte Penal Internacional por las razones que indican, lo que en consecuencia no deja otra salida, como sostienen, para el posible enjuiciamiento de los delitos denunciados que la que han elegido, situando así la clave de la decisión en el alcance del art. 23.4 LOPJ en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, que es precisamente la cuestión decidida en nuestra STC 237/2005”³⁶.

Una de las consecuencias de esta estable línea jurisprudencial es que los órganos jurisdiccionales españoles están procediendo a la extradición a países como Argentina de sujetos imputados en España para que sean juzgados por los mismos hechos en el país donde su cometió el delito, procediendo a continuación al sobreseimiento provisional³⁷.

³⁶ Fundamento de Derecho Quinto.

³⁷ Auto de la Sala de lo Penal –Sección 3ª- de 13 de marzo de 2008. La STS 705/2007, de 18 de julio, que casa y deja sin efecto el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional –Sección 3ª- de 20 de

La referencia expresa en la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ a que el procedimiento abierto que hace innecesaria la intervención de la Administración de Justicia española tiene que representar una investigación y una persecución efectiva (lo cual implica otros requisitos como la imparcialidad y que los interesados puedan intervenir) se corresponde con la praxis judicial preexistente a la reforma. Otra cosa es cuáles son los criterios para determinar la efectividad, pero esta es una cuestión que al carecer de relevancia en el presente caso sobre la represión en el Tíbet, a diferencia de otros como la actuación del ejército israelí en Gaza, tiene que ser dejada para otro trabajo³⁸.

Haciendo ya referencia expresa a lo que se ha venido a denominar **subsidiariedad vertical**, la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ debe completarse con lo dispuesto en la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Según esta ley la jurisdicción española debería inhibirse siempre a favor de la Corte cuando se trate de delitos cometidos por extranjeros en el extranjero (art. 10). En este sentido el art. 7.2 establece que “cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”. Si el principio de justicia universal con respecto al delito de genocidio se basa en que los órganos judiciales estatales han tenido que suplir la inexistencia de un Tribunal Penal Internacional como el contemplado en el Convenio de 1948, es lógico que la puesta en marcha de un Tribunal Penal Internacional permanente convierta en innecesaria la solución subsidiaria de los órganos judiciales estatales con respecto a los hechos que sean tramitados por la Corte (salvo, evidentemente, que los hechos se cometan en territorio o bajo pabellón nacional con base en el principio de complementariedad que rige la actividad de la Corte Penal Internacional). Lo mismo se puede predicar de cualquier delito competencia de la Corte. Por ello es lógico también que el art. 7.3 disponga que “si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes”. Habrá que ir teniendo en cuenta las autolimitaciones que se impone la

diciembre de 2006, que estimaba el artículo de previo pronunciamiento sobre declinatoria de Jurisdicción planteado por la defensa en el “caso Cavallo” cediendo, en consecuencia, la competencia para el enjuiciamiento a las Autoridades penales de la República Argentina, ha señalado que en estos casos la vía procesal no es la declinatoria de Jurisdicción. Vid. también sobre este asunto Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional –Sección 3ª- de 4 de abril de 2008 y ATS de 24 de noviembre de 2008.

³⁸ Las últimas reformas obligan a un análisis de qué entiende la ley por eficacia como una especie de antónimo de “fraudulento”, “cosmético” o “aparente”. En este sentido, el nuevo art. 31 bis) letra d) relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere a “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos”.

Corte Penal internacional para perseguir y enjuiciar a los máximos responsables de los delitos más graves. Si un asunto es evidente que no va a ser admitido por la Sala de cuestiones preliminares ya que el Fiscal de la Corte en esos casos no viene acordando la apertura de una investigación no cabrá la inhibición.

La regulación es distinta con respecto a los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Por ello la reforma del art. 23.4 LOPJ, como ley posterior, ha venido a derogar lo dispuesto en los arts. 4 de la LO 15/1994, de 1 de junio, relativa a la Cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia y de la LO 4/1998, de 1 de julio, relativa a la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, que presentaban una regulación distinta al permitir todo tipo de actuaciones judiciales mientras no fueran requeridos de inhibición por el Tribunal Internacional correspondiente³⁹. Desde la reforma de 2009, si ya se ha iniciado un procedimiento ante alguno de los dos Tribunales Internacionales *ad hoc*, sólo cabe el sobreseimiento provisional, de acuerdo con lo que establece el último párrafo del art. 23.4 LOPJ, incluso sin requerimiento de inhibición.

Por lo expuesto hasta aquí, es evidente que el reconocimiento expreso de un principio de subsidiariedad en caso de concurrencia de jurisdicciones efectivas no debería afectar significativamente a la praxis judicial relativa al art. 23.4 LOPJ. Por tanto, se pone también en evidencia que la reforma pone más cosas en juego que el mero reconocimiento expreso del principio de subsidiariedad. Si observamos la estructura del art. 23.4 LOPJ apreciamos como, una vez declarada la competencia de la jurisdicción española para conocer de determinados hechos cometidos fuera de territorio nacional por españoles o extranjeros, se supedita el ejercicio de la competencia o el conocimiento por parte de los Tribunales españoles a que quede acreditado que “sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”. Es decir, lo que se viene

³⁹ “1. Cuando los Tribunales españoles de la jurisdicción ordinaria o militar fueran competentes, de acuerdo con sus respectivas normas orgánicas y procesales, para juzgar hechos comprendidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Tribunal Internacional, iniciarán o continuarán las actuaciones, en tanto no sean requeridos de inhibición por el Tribunal Internacional. 2. Recibido el requerimiento de inhibición, el Juez o Tribunal suspenderá el procedimiento y, sin perjuicio de seguir conociendo de actuaciones urgentes, remitirá lo actuado a la Audiencia Nacional, que dictará resolución de inhibición a favor del Tribunal Internacional (...). 3. Sólo se podrá desestimar el requerimiento, cuando el hecho no entrase en el ámbito de competencia temporal o territorial del Tribunal Internacional. 4. Ningún Juez o Tribunal español podrá plantear conflicto jurisdiccional al Tribunal Internacional, limitándose a exponer las razones que creyere fundamentan su propia competencia”.

No se trata sólo de un problema teórico. Sobre la concurrencia de jurisdicciones con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, vid. el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de 6 de febrero de 2008 (Fto. Jco. Segundo).

entendiendo por principio de actuación subsidiaria en caso de concurrencia de jurisdicciones se encuentra en el último inciso. Los requisitos anteriores tienen que ver con la necesidad, razonabilidad y oportunidad de intervención de los Tribunales españoles, pero no en relación a ceder la preferencia a otros Estados o Tribunales Internacionales, sino más bien por todo lo contrario: para fundamentar la preferencia o ejercicio preferente de la jurisdicción por parte de los órganos jurisdiccionales españoles frente al resto de la Comunidad Internacional cuando se trata de actuar como una especie del Corte Penal Internacional frente a delitos contra la Comunidad Internacional en su conjunto⁴⁰. Es decir, la ley exige una justificación de cuál es la razón por la que tienen que intervenir los órganos españoles y no los de otros Estados, con el objetivo de evitar actuaciones en una especie de “fraude de ley” del art. 23.4 LOPJ. La situación que se ha dado en los últimos años, y que ha motivado en gran medida la reforma, no es que España concorra con otros Estados, sino que España tiene que actuar en representación de la Comunidad Internacional porque no hay nadie más.

Las razones para justificar la actuación preferente de los órganos españoles no son un catálogo cerrado, sino que lo que exige la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ es que tiene que “constatarse algún vínculo de conexión relevante” para que los órganos jurisdiccionales españoles actúen con preeminencia frente a otros como órganos que ejercen una jurisdicción en nombre de toda la Comunidad Internacional. Ello tiene como objetivo que se pueda justificar que no se trata en exclusiva una decisión derivada de las características peculiares de la legislación interna lo que permite actuar como una especie de Tribunal Penal Internacional. La referencia a la presencia de los presuntos responsables en España o la existencia de víctimas de nacionalidad española no son más que dos referencias ejemplificativas ampliamente compartidas para ejercer la competencia con base en el principio de jurisdicción universal. Sin embargo, pueden existir otros vínculos de lo más variado que justifiquen la actuación de los órganos jurisdiccionales españoles. Por ejemplo, con respecto a delitos cometidos en el ámbito Latinoamericano existe como dato relevante la indudable facilidad que otorga el idioma (los jueces pueden tener un acceso directo a las pruebas documentales o testificales), pero puede haber otros vínculos como la presencia importante en España de un colectivo que se haya visto afectado (por ejemplo, la persecución de gitanos o de una colonia importante de refugiados políticos como consecuencia de los delitos internacionales), el aprovechamiento por parte de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado de información obtenida mediante una comisión masiva y sistemática de torturas o la pretensión de utilizar dichas declaraciones en un procedimiento en España, etc. Evitando incurrir en una modalidad de neocolonialismo cuando se trata de la protección frente a los ataques más graves contra Derecho Humanos Básicos, como señala el Voto particular en la Sentencia del Tribunal Supremo del 2003 sobre el caso Guatemala, pueden ser relevantes para establecer los vínculos de conexión las relaciones de

⁴⁰ Sobre la necesidad de restringir el principio de jurisdicción universal y la ilegitimidad de un principio absoluto de jurisdicción universal que hace que el poder punitivo del Estado carezca absolutamente de fronteras, LLOBET ANGLÍ, *InDret*, (4), 2006, pp. 17 ss.

vinculación históricas, sociales, culturales, jurídicas etc.⁴¹. La pertenencia a una misma organización política internacional puede ser suficiente si esta se basa en lazos comunes de diversos países, entre los que se encuentre España. También el hecho de ser Potencia Administradora de territorio no autónomo como sucede con el Sahara Occidental. Por esta razón, por ejemplo, está justificada la persecución de un presunto delito de genocidio en Guatemala, con independencia de la existencia de víctimas españolas en ese país, pero carece de sentido que los órganos de justicia española actúen como Tribunales Internacionales con respecto a presuntos genocidios que se realizan en la zona del Himalaya⁴².

En el primer caso (Guatemala) la no persecución de un genocidio supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en la línea de la doctrina del Tribunal Constitucional, mientras en el segundo (Tibet) lo lógico es que actúen preferentemente los órganos de justicia de otros países. El recurso a los órganos españoles sólo por la inactividad del resto de la Comunidad Internacional no puede legitimar el ejercicio de la competencia basada en el principio de justicia universal (el denominado “forum-shopping”). La Audiencia Nacional no puede desempeñar legítimamente el papel de una Corte Penal Internacional que se tenga que encargar en exclusiva de la protección de los derechos humanos en el mundo.

A pesar de compartir la parte dispositiva, el Auto de 27 de octubre de 2010 no tiene razón, sin embargo, al entender que la reforma debe interpretarse en sentido idéntico a la posición del Tribunal Supremo en la STS 327/2003, de 25 de febrero, convirtiendo el principio de justicia universal en una especie de principio de personalidad pasiva o de protección de intereses de tal manera que la competencia surja en exclusiva cuando España vea afectado algún elemento de su soberanía: “se ha reducido su castigo y punición a que los hechos guarden cierta vinculación con intereses españoles, asumiendo en definitiva, los postulados defendidos por el Tribunal Supremo”. Esta interpretación restrictiva puede ser aceptable con respecto a los delitos transnacionales (como el terrorismo, la prostitución o los relativos al tráfico de drogas o de inmigrantes), pero no a los delitos contra la Comunidad

⁴¹ Fundamento Duodécimo del Voto Particular de la STS 327/2003: “Ha de atenderse a los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con España, que no permiten utilizar la absoluta ajenidad del asunto como criterio razonable de exclusión de la regla general contenida en el art. 23.4º de la LOPJ, que atribuye a la jurisdicción española competencia expresa para enjuiciar delitos de genocidio.

Ha de tenerse en cuenta que una regla relevante en estos supuestos es la de la facilidad para el enjuiciamiento, y en el caso actual la comunidad jurídica y lingüística avalan la mayor efectividad de la intervención jurisdiccional, respecto de otros países que no pertenezcan a esta comunidad cultural.

Debe insistirse en que no es esta comunidad jurídica y lingüística la que determina la competencia, sino el principio de jurisdicción universal y la naturaleza del delito, pero resulta claro que la pertenencia a esta comunidad impide considerar ajeno y carente en absoluto de conexión con nuestro país lo ocurrido a la etnia maya”.

⁴² Correcto también por estas razones el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional –Sección 4ª- 204/2010, de 6 de septiembre, que desestima el recurso de apelación contra el auto de inadmisión de querrela del Juzgado central de Instrucción nº 3 en el caso de Myanmar (Birmania).

Internacional (genocidio, lesa humanidad e infracciones graves de los Convenios de Ginebra) que tipifican las violaciones más graves contra Derechos Humanos y que obedecen a una lógica distinta. No es cierto, como señala la mayoría de la Sala, que la reforma mediante la LO 1/2009 haya provocado que “de una jurisdicción absoluta se ha pasado a limitada” y consagrado “la necesidad de una cierta vinculación o conexión con intereses españoles que se concretan en la concurrencia de algunos de los requisitos siguientes: a) que los presuntos responsables se encuentren en España; b) que haya víctimas españolas o con algún vínculo de conexión relevante con España”. No se puede asumir, por tanto, como correcta la idea de que la reforma “ha optado por un papel subsidiario acorde con la necesidad de plasmar, dentro del tipo penal, a algún tipo de vinculación o nexo con intereses españoles”. Esa idea de subsidiariedad, que no es la convencional, que se podría definir como “subsidiariedad por soberanía” en la línea de los restantes supuestos de extraterritorialidad del art. 23 LOPJ, al entender que sólo se aplica el principio de justicia universal cuando se han afectado intereses españoles o con base en el principio *aut dedere aut iudicare* resulta inadmisibles como criterio interpretativo. La posición de la doctrina de la STS 327/2003 –si bien con un propósito de partida asumible–, que quiere compartir a partir de la nueva regulación la mayoría de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, va más allá de la interpretación de los requisitos o condicionantes para ejercer la jurisdicción universal, que es de lo que se ocupa el art. 23.4 LOPJ, para acabar afectando a la interpretación de tipos penales como el genocidio o los delitos de lesa humanidad, en la medida en la que viene a exigir que junto a su dimensión internacional se constate en el hecho concreto una especie de “lesividad nacional o interna”. Este “plus de lesividad”, que excede de las posibilidades de interpretación restrictiva del art. 23.4 LOPJ y afecta a la propia esencia o naturaleza de los delitos contra la Comunidad Internacional, que tienen que ver con los ataques más graves contra los derechos humanos básicos (genocidio, lesa humanidad e infracciones graves de los Convenios de Ginebra), es la que fue rechazada por el Tribunal Constitucional y, desde luego, no ha venido a ser validada por la última reforma del art. 23 LOPJ. Este es el punto en el que hay que concederle la razón a las objeciones del Voto Particular.

Más bien la reforma parece orientarse en el sentido que al vínculo de conexión le quiso conceder, de forma más matizada, el Voto Particular discrepante en la STS 327/2003, cuya argumentación tuvo gran importancia para el posterior amparo concedido por el Tribunal Constitucional anulando esta resolución del Supremo:

“La exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama.

Pero únicamente será así si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla.

Se trata de una restricción (...) que puede ser asumida como emanación de los principios del Derecho Penal Internacional, y aplicada como **criterio de razonabilidad** en la interpretación de la normativa competencial.

Ahora bien, este criterio no puede ser aplicado de tal modo que deje sin contenido con carácter general lo dispuesto en el art. 23.4 de la LOPJ, es decir que sustituya la norma legal de atribución de la Jurisdicción exclusivamente en consideración a la **naturaleza** de determinados delitos, por el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en nuestro ordenamiento, o por el principio de defensa, que ya se recoge separadamente en el apartado tercero del citado art. 23 de la LOPJ.

(...)La aplicación del criterio de razonabilidad anteriormente enunciado puede permitir a un Tribunal nacional que tenga atribuida con carácter general competencia extraterritorial en estos supuestos, como sucede en nuestro país con la Audiencia Nacional, denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción en relación con supuestos hechos delictivos sucedidos en países que no tengan vínculo alguno de conexión, en sentido amplio, con España, con los ciudadanos españoles, con sus intereses y sus relaciones. Esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos, y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, **pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula**".

La consecuencia práctica de la interpretación que aquí se plantea es que la acusación pública debería justificar como presupuesto de una actuación con base en el principio de justicia universal la competencia preferente de los órganos jurisdiccionales españoles y las acusaciones privadas o populares en casos de delitos cometidos en el extranjero por extranjeros deberían argumentar la razón por la que recurren a la Administración de Justicia española, salvo, evidentemente, en los supuestos ejemplificativamente contemplados en la ley de forma expresa. En esos casos debería bastar la referencia a la nacionalidad de ciertas víctimas o la presencia del autor en nuestro país. El rechazo al conocimiento de los asuntos debería ser motivado, lo cual permitirá velar por que la denegación de acceso a la jurisdicción no represente una vulneración arbitraria del derecho a la tutela judicial efectiva. En el fondo, si bien la solución que aquí se plantea presenta parentescos con los sistemas de oportunidad reglada, la ventaja de esta solución es que existiría una resolución judicial cuyos Fundamentos de Derecho estarían sometidos a los recursos ordinarios y, en última instancia, a la posibilidad de recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. No se puede negar que se trata de una interpretación absolutamente conforme a las exigencias constitucionales, acorde a las obligaciones internacionales de España, que sigue respetando el significado del principio de justicia universal o mundial y que –a diferencia de la posición del Voto Particular– respeta también el tenor literal del art. 23 LOPJ y, por tanto, el principio de legalidad como principio de rango constitucional. Con base en las ideas expuestas previamente, se pueden ir configurando criterios jurisprudenciales que ofrezcan seguridad jurídica a los que pretendan recurrir a la Administración judicial española reclamando tutela judicial efectiva por violaciones graves de los Derechos Humanos.

Se trata, en conclusión, de que la Administración de Justicia española atienda a sus responsabilidades internacionales en aquellos casos en los que se encuentra en mejores condiciones de cumplir con ella. Ese debería ser el principio orientador que legitimara jurídicamente la reforma del 2009.

3.3. Imposibilidad de aplicación retroactiva de la reforma legal del art. 23.4 de la LOPJ.

a) Posición del Voto particular

El Voto particular entiende que “la reforma sobre el art. 23.4 de la LOPJ, operada por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, establece en su disposición final que entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE, sin contener normas de carácter transitorio que se refieran a los procesos iniciados al amparo de la anterior regulación. La presente es precisamente una de esas situaciones, sobre las que entendemos que nunca podría operar de forma retroactiva la nueva regulación. La norma contenida en el art. 23.4 no tiene una naturaleza puramente procesal sobre la que rija sin más el principio *tempus regit actum* y que por tanto despliegue efectos retroactivos en relación con acciones penales ya iniciadas. Su finalidad es la de facultar y establecer las condiciones básicas para el ejercicio de la jurisdicción universal por los Jueces y Tribunales españoles en relación con determinados delitos de carácter internacional y, por tanto, de acceso a la justicia. Regula por ello aspectos sustanciales del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. La introducción de nuevas condiciones o requisitos para el acceso a la jurisdicción, a no ser que la norma expresamente contemple otra cosa, debe en todo caso operar de cara al futuro, respetando las acciones iniciadas según la configuración legal del derecho en el momento de su ejercicio”.

b) Consideraciones críticas

El Voto Particular parece basarse en la doctrina del Tribunal Supremo, que ha definido el art. 23.4 LOPJ como una norma procesal u orgánica negándole carácter sustantivo, lo cual ha permitido, por ejemplo, hacer aplicaciones analógicas de la misma en contra del reo en la única sentencia condenatoria que existe en nuestro país por un delito contra la Comunidad Internacional⁴³.

⁴³ STS 798/2007, de 1 de octubre, en el fto. jco. séptimo: “La determinación del ámbito de extensión extraterritorial de la jurisdicción española se encomienda a normas de orden procesal u orgánico. (...) En relación con las conductas enjuiciadas, aun cuando la tipicidad y la pena a tener en cuenta a causa de los límites impuestos por el principio de legalidad, sean las propias del asesinato o de la detención ilegal, el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario ya en el momento de los hechos, coinciden básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del Código Penal vigente. La condena por los Tribunales españoles no podría utilizar formalmente el *nomen iuris* “crímenes de lesa Humanidad” como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis del Código Penal, ni imponer penas previstas en esa norma, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal, que, por sus circunstancias constituyen internacionalmente, o constituirían según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la Humanidad. El artículo 23.4 de la LOPJ no se refiere expresamente a los

No habría nada que objetar a la afirmación de la imposibilidad de aplicación retroactiva del art. 23 LOPJ si lo que estuviera exclusivamente en juego fuera el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Voto Particular se olvida que de lo que trata en esencia un procedimiento penal –cuyos fines tienen que ser coincidentes con los del ordenamiento sustantivo– es de la restricción de los derechos fundamentales del imputado (mediante medidas cautelares) y, posteriormente, condenado (mediante el mal que representa la pena). Negar al art. 23.4 LOPJ su naturaleza penal cuando extiende el ámbito espacial de las normas de conducta y de sanción que se derivan de los arts. 607 ss. del Código Penal español no es más que un fraude de etiquetas contrario a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴, especialmente en un ordenamiento en el que no existe más norma sobre la vigencia territorial de las leyes penales españolas fuera del Título Preliminar del Código Civil que el art. 23 LOPJ y en el cual en el curso del procedimiento se pueden adoptar medidas cautelares personales como la prisión provisional con base, entre otros, en principios como el de instrumentalidad u homogeneidad. Si se parte de la afirmación de la STS 798/2007, de 1 de octubre, de que en el Derecho español “la determinación del ámbito de extensión extraterritorial de la jurisdicción española se encomienda a normas de orden procesal u orgánico”, dichas normas materialmente rigen la vigencia territorial de la ley española, por lo que deberían de gozar de las mismas garantías penales del Título preliminar que tendrían las normas penales que regularan dicha vigencia territorial. En este sentido se manifestaron ya los ilustrativos votos particulares a la STS 798/2007 tanto de Varela Castro, afirmando con razón que “el principio de legalidad no puede ser minusvalorado cuando la cuestión estriba en la determinación de la extensión extraterritorial de la jurisdicción” y que “es difícil no advertir el imperio del principio de legalidad también a la aplicación de las normas que regulan la asunción de jurisdicción por los Tribunales españoles cuando se trata de hechos cometidos en el extranjero por extranjeros”, resaltando la relevancia constitucional de esta cuestión no menor, como de Maza Martín y de Marchena Gómez, avisando “del riesgo de desnaturalización del principio de legalidad” y considerando que “la audaz solución jurídica suscrita por el criterio mayoritario, que ha permitido la condena del recurrente, no puede aceptarse a la

crímenes contra la Humanidad. Sí lo hace al genocidio. Y por la vía del apartado h) es posible entender que es aplicable a los crímenes de guerra contemplados en los Convenios de Ginebra (...). En principio no parece razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los Tribunales internos respecto de los crímenes contra la Humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves de los Derechos Humanos básicos. La incorporación de estos delitos al Código Penal por medio de la Ley Orgánica 15/2003, si se tienen en cuenta sus características y la razón de su modificación, tampoco parece razonable limitar su aplicación a los que se cometieran en España (...) la prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la Humanidad es apreciable una profunda similitud, no solo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español (...) Nada impide, pues, una interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ, en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles”.

⁴⁴ Vid. por todas la Sentencia 1/65 TEDH Núm. 19359/04 (5. Sala) – Sentencia de 17 de diciembre de 2009 (M. c. Alemania).

luz de las exigencias constitucionales inherentes al principio de legalidad (art. 25, 9.3 y 24.1 de la CE)".

Como señala el Auto en su Fundamento de Derecho Segundo, el art. 23 LOPJ es algo más que una norma procesal u orgánica. Determina la "jurisdicción" como "atributo de la soberanía". Es decir, establece hasta donde se puede extender **legítimamente** en el mundo la *potestas puniendi* del Estado español (sin olvidarse de la enorme capacidad de restricción de derechos que implican algunas medidas cautelares). ¿No es esta dimensión del poder punitivo del Estado la que siempre hemos colocado bajo el rótulo de vigencia espacial de las normas penales? Sólo hay que pensar que si desapareciera el art. 23.4 LOPJ el Estado español carecería de legitimidad para imponer penas por hechos cometidos fuera de su territorio por ciudadanos de otros Estados que no afectaran a intereses básicos de la soberanía nacional (art. 23.3 LOPJ). Las normas de vigencia espacial, que en otros países de nuestro entorno se encuentran en la parte general del Código Penal, han venido siendo reguladas desde 1870 en las leyes orgánicas del poder judicial.

El Voto Particular no tiene en cuenta, en definitiva, que el art. 23.4 LOPJ no es sólo un precepto que afectando al acceso a la jurisdicción condiciona los derechos fundamentales de las acusaciones, sino sobre todo de los acusados, por lo que no cabe otra alternativa que entender que afecta a todas las Instrucciones que se pusieron en marcha con anterioridad a la reforma⁴⁵. Si no existen normas de carácter transitorio es, precisamente, porque son innecesarias.

3.4. Los hechos constituyen no sólo un delito de genocidio, sino también crímenes de guerra cometidos en territorio ocupado, siendo en estos casos la jurisdicción universal obligatoria y no siendo aplicables los vínculos de conexión del art. 23.4 LOPJ.

a) Posición del Voto Particular

El Voto Particular considera que las actuaciones de China en el Tibet también "pueden razonablemente ser tenidos como crímenes de guerra del artículo 611.5º CP, que se refiere al que traslade o asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente, en relación con el art. 49 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949".

⁴⁵ En el mismo sentido del Auto, BLANCO CORDERO, "Sobre la muerte de la jurisdicción universal", *Revista General de Derecho*, (12), 2009, p. 16, señalando que "sea cual sea la naturaleza de la ley de competencia, bien procesal bien sustantiva, el efecto será el mismo, pues en ambos casos será aplicable a los casos pendientes de resolver ante los Tribunales españoles"; RODRÍGUEZ YAGÜE, "Principio de Justicia Universal (España)", *Revista Penal*, (26), 2010, p. 203 ("ya se entienda que se trata de una norma de naturaleza procesal, ya de naturaleza penal, los efectos de esta reforma se extienden también a las investigaciones en curso admitidas a trámite en la Audiencia Nacional con anterioridad a la reforma, que serán archivadas a no ser que se constate la presencia de alguno de los criterios de conexión").

En virtud de esta calificación argumenta que “el referido tratado internacional configura en el párrafo segundo de su artículo 146 un principio de justicia universal de amplio alcance, al establecer la persecución obligatoria, por parte de todos los Estados, llevándolos ante sus propios tribunales, de todos los presuntos responsables de estos crímenes, independientemente de su nacionalidad”.

El Voto Particular ofrece una peculiar interpretación de la reforma de 2009 –que seguramente será compartida por muchos de los que adoptan una posición crítica frente a la reforma de 2009-: “El párrafo h del art. 23.4 de la LOPJ claramente recoge este criterio, ya que se refiere a cualquier otro delito que, “según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de derechos humanos, deba ser perseguido en España”. La referencia expresa a los Convenios de derecho internacional humanitario no deja duda sobre a cuáles se refiere, específicamente a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales. La utilización del verbo “deber” y no cualquier otro, como “facultar” o “permitir”, no deja tampoco dudas de cuál es la posición del legislador respecto de la obligatoriedad de la jurisdicción internacional, cuando así lo establezcan expresamente tratados internacionales y en particular la establecida en los Convenios de Ginebra de 1949. Esta concepción de la jurisdicción universal obligatoria acogida en particulares Convenios se proyecta sobre la previsión contenida en la primera parte del párrafo segundo del texto del art. 23.4 LOPJ tras la reforma, que establece cláusula de exclusión o salvaguarda en relación con las obligaciones internacionales contraídas por España y que expresa: “sin perjuicio de los que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”, y que deja fuera del juego de los vínculos de conexión a estas situaciones, al referirse exclusivamente a aquellas otras en las que la jurisdicción universal no tenga carácter obligatorio”.

b) Consideraciones críticas

En lo que respecta a la vigencia espacial de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado del Capítulo III del Título XXIV del Libro II (arts. 608 ss.) que incorporó al Código Penal de 1995 el Derecho de conflictos armados o –en una denominación más reciente, que incide en la influencia de la idea de protección de Derecho Humanos en conflictos armados- el Derecho Humanitario bélico, no deja de ser llamativo que mientras los Comentarios al Código Penal y manuales de parte especial suelen negar la posibilidad de aplicación ultraterritorial de estos preceptos, afirmando que sólo son aplicables cuando el conflicto se desarrolle en territorio español, los órganos de justicia vienen admitiendo la posibilidad de aplicación ultraterritorial para tramitar varios procedimientos con respecto a conflictos armados de los que España no ha sido parte⁴⁶.

⁴⁶ Esta posición de la Jurisprudencia ha recibido también cierto respaldo doctrinal. En este sentido, OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, 2008, pp. 545 y ss. y *pássim*, si bien su apoyo se basa en considerar erróneamente, al contrario que la doctrina dominante y la jurisprudencia, que el art. 23.4 LOPJ es innecesario y que existe competencia universal respecto de todos los Delitos contra la Comunidad Internacional con independencia de lo que diga el art. 23 LOPJ, e, incluso, “con independencia de la

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las sentencias 1240/2006, de 11 de diciembre (“Caso Couso”⁴⁷), que anula el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2006 (Sección 2ª) y 798/2007, de 1 de octubre⁴⁸ (“Caso Scillingo”). También existen otras resoluciones judiciales de órganos inferiores como los Autos del Juzgado Central de Instrucción nº cuatro de 6 de febrero de 2008 (“Caso Ruanda”) y 29 de enero y 4 de mayo de 2009 (“Caso bombardeo de Gaza”)⁴⁹ y de 26 de noviembre de 2009 (“Caso Irak”), así como el relevante Auto del Juzgado de Instrucción nº cinco de 27 de abril de 2009 relativo al “Caso Guantánamo”. En realidad, esta es la cuestión práctica más interesante que han planteado estos delitos hasta la fecha en la praxis jurisprudencial⁵⁰. El dato de que, según el Estatuto del Tribunal penal Internacional, lo que convierte siempre al delito en un delito contra la Comunidad Internacional, que la conducta esté integrada en un plan o política o se cometa a gran escala, sea en Derecho interno una agravante, es más bien un argumento a favor de la doctrina dominante. El Código Penal parte de la idea de que los arts. 608 ss. no tienen que tener necesariamente tal dimensión o elemento internacional. Además, de acuerdo con un criterio histórico de interpretación, los avatares de la tramitación parlamentaria de la reforma del art. 23 LOPJ en el 2009 vienen a avalar las tesis contrarias a la práctica jurisprudencial. Si bien en el Congreso se había incorporado una referencia expresa a los crímenes de guerra (que se ha mantenido en el apartado III de la Exposición de Motivos como “rastros” de lo sucedido), el Senado la eliminó posteriormente, aprobando finalmente el Pleno del Congreso de los Diputados las enmiendas del Senado en su totalidad⁵¹.

recepción en las legislaciones internas de los correspondientes tipos penales internacionales”; PÉREZ GONZÁLEZ C./ESCUDERO ALDAY (edits.), *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, 2009, pp. 156 y s.; SÁNCHEZ PATRÓN, “La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso “Couso””, *Revista electrónica de estudios internacionales*, (14), 2007, *pássim*.

⁴⁷ Sobre este caso, Autos del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de 19 de octubre de 2005, de 27 de abril de 2007 (Auto de procesamiento) y de 24 de mayo de 2007. El Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional –Sección segunda– de 13 de mayo de 2008 deja sin efecto el Auto de procesamiento, con Voto particular del Magistrado José Ricardo de Prada Solaesa. Vid. también posterior Auto de procesamiento del mismo Juzgado de 21 de mayo de 2009, que también es dejado sin efecto por Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional –Sección segunda– de 14 de julio de 2009 y Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional –Sección tercera– de 23 de octubre de 2009, que confirma el Auto de conclusión del sumario de 16 de julio de 2009 y declara el sobreseimiento libre de las actuaciones. Este Auto ha sido dejado sin efecto por la STS 691/2010, de 13 de julio, que representa hasta el momento el último pronunciamiento del Tribunal de Casación en relación a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Como consecuencia de esta STS el Juzgado de Instrucción nº 1 ha dictado mediante Auto de 29 de julio de 2010 una orden de búsqueda y captura.

⁴⁸ Fundamento de Derecho Séptimo.

⁴⁹ Acordado archivo definitivo de las actuaciones por Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2009, no habiendo admitido el Tribunal Supremo Recurso de casación contra dicho Auto mediante Auto de 4 de marzo de 2010 (Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarda).

⁵⁰ STS 1240/2006, de 11 de diciembre, fto. de Dcho. Quinto, que en el Octavo argumenta que “parece obligado poner de relieve los graves problemas que la interpretación y aplicación de la norma cuestionada en los presente recursos –al art. 23.4 de la LOPJ– puede plantear”

⁵¹ Con mayor profundidad DEL CARPIO DELGADO, *La Ley*, (7307), 2009, p. 5.

Como se expondrá, la solución adecuada –como sucede en tantas ocasiones– se encuentra en un punto intermedio: No todo crimen de guerra puede sin más ser perseguido por los órganos jurisdiccionales españoles, a diferencia de lo que parecen afirmar diversas resoluciones judiciales y el Voto Particular.

Los órganos jurisdiccionales han basado su posición favorable a la aplicación ultraterritorial de estos preceptos en lo dispuesto en la letra h) del art. 23.4 LOPJ: la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional que, según los tratados o convenios internacionales, deban ser perseguidos en España. La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han afirmado que España tiene una obligación según los Convenios de Ginebra y el Protocolo I Adicional (arts. 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio, 146 del IV Convenio y 86.1 del Protocolo I Adicional de 1977) de enjuiciar cualquier delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Los Convenios establecen que “cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes”. Sin embargo, la consideración general de algunas resoluciones judiciales de que existe “un principio de jurisdicción universal absoluto”, amplio o sin límites o restricciones con base en el tenor de los Convenios de Ginebra resulta incorrecta y está provocando una arrogación excesiva de competencias sin fundamento jurídico⁵². Los Convenios de Ginebra y el Protocolo I Adicional no establecen la competencia de los órganos de justicia de los Estados Parte, desde luego no de los órganos jurisdiccionales españoles (en tanto que Estado no beligerante), sino que establece en general un deber de “reprimir las infracciones graves” y de “buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves”, es decir, España tiene el deber, según los Convenios, de castigar adecuadamente las infracciones cometidas en su territorio y de perseguir penalmente a las personas acusadas de cometer o haber cometido una infracción grave de los Convenios que se encuentren en su territorio o a su disposición. Esta última obligación, que busca la eliminación de espacios o ámbitos territoriales de refugio o impunidad (la existencia de “paraísos jurídicos” o santuarios para los criminales de guerra), está pensada para los supuestos en los que el presunto culpable se encuentra a disposición de un Estado no beligerante, por tanto, para supuestos en los que el presunto autor del crimen se encuentra en territorio español⁵³.

⁵² STS 645/2006, de 20 de junio.

⁵³ STS 327/2003 de 25 de febrero, anulada por otras razones; BARIFFI, “Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra: Evolución histórica y su codificación en el Derecho de Ginebra”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, (17), 2009, pp. 32 ss.; BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 2004, pp. 352 ss.; PÉREZ GONZÁLEZ/ABAD CASTELOS, “Los delitos contra la Comunidad Internacional en el Código Penal español”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, (3), 1999, p. 457; PIGNATELLI Y MECA, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, 2003, pp. 36, 82, puntualizando correctamente este

La regla que fundamenta la competencia ultraterritorial en estos casos es la máxima *aut dedere aut iudicare*, siempre que otra Parte contratante interesada en la persecución porque, por ejemplo, la infracción se ha cometido en su territorio, haya formulado acusación bastante. Es decir, la obligación a la que se refieren los Convenios de Ginebra a los que se remitiría el art. 23.4.h) LOPJ es la de juzgar a los presuntos responsables de crímenes de guerra que se encuentren en el territorio si se decide que no se procede a la extradición solicitada por un Estado con competencia preferente, existiendo un derecho de elección entre ambas alternativas⁵⁴. Sólo en estos casos es en los que surge la competencia jurisdiccional aún cuando no exista vínculo específico con el delito. Como señala BLANCO CORDERO⁵⁵, “mientras que el principio de jurisdicción universal constituye por sí mismo un nexo jurisdiccional autónomo que habilita para el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal estatal, el principio *aut dedere aut iudicare* requiere la existencia de un nexo jurisdiccional previo, en tanto que la obligación de juzgar o extraditar recae sobre el Estado

autor que, al constituir los cuatro Convenios de Ginebra el núcleo del derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados, pero no así los Protocolos Adicionales, de tratarse de delitos que traigan causa en los previsto en el Protocolo I Adicional, sólo existirá competencia si el Estado en el que el delito se hubiera perpetrado fuera Parte en el momento de cometerse los hechos del Protocolo I Adicional o, al menos, Parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional si los hechos son típicos de acuerdo con el art. 8 de dicho Estatuto; PLAZA VENTURA, *Los Crímenes de Guerra. Recepción del Derecho Internacional Humanitario en Derecho Penal Español*, 2000, p. 56; PUEYO LOSA, “El principio de jurisdicción universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional” en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coord.), *El Derecho Internacional Humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, 2006, pp. 184 y s.; PUEYO LOSA, “Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia”, *Revista española de Derecho Militar*, (83), 2004, pp. 26 y s.; REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, 1999, p. 55; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Delitos contra la Comunidad Internacional. Seguridad nacional-Seguridad internacional (VIII Seminario «Duque de Ahumada»)*, 1997, p. 73; RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, 2001, p. 175; SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal*, 2004, pp. 71 y ss.

En sentido contrario, PÉREZ GONZÁLEZ / ESCUDERO ALDAY (edits.), *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, 2009, p. 155, si bien asume que “no es ésta, desde luego, una interpretación pacífica”. Más bien habría que decir que es absolutamente minoritaria, sin aportar esta autora argumentos significativos en contra de la posición dominante con la siguiente argumentación con respecto al silencio de la Sentencia de 14 de febrero de 2002 del TIJ en el Asunto de la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo contra Bélgica): “Tal y como el ya mencionado voto particular de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el asunto de la orden de arresto de 11 de abril de 2000 pone de manifiesto en los comentarios dirigidos por J. PICTET al Primer Convenio de Ginebra se afirma que la obligación contenida en el artículo 49 impone a los Estados parte el deber de buscar a los presuntos responsables de haber cometido una violación grave del mismo que pudiesen encontrarse en su territorio. Se preguntan los jueces del TIJ, al respecto, si puede hablarse de universalidad en sentido estricto cuando la obligación de búsqueda se limita al territorio del Estado. En mi opinión, no cabe sino contestar negativamente a esta pregunta. Y ello porque en tal caso no estaríamos sino ante una reformulación de la regla *aut dedere aut iudicare*. Y, tal y como se apunta en el citado voto conjunto, resulta posible afirmar que si bien los artículos correspondientes de los Convenios de Ginebra y del Primer Protocolo Adicional contiene dicha regla, la misma va precedida de la obligación de perseguir. Lo que consagraría un verdadero principio de universalidad”.

⁵⁴ BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 2004, pp. 354 ss.; WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2005, pp. 131 s., 437.

⁵⁵ BLANCO CORDERO, “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo”, *La Ley*, (2), 2004, p. 5.

en el que se encuentra el presunto culpable”. Ningún otro país ha hecho una interpretación distinta al Convenio⁵⁶, como la que proponen algunas resoluciones de órganos jurisdiccionales españoles en contra del Derecho Internacional convencional y consuetudinario⁵⁷ y esta es la posición que suele aparecer en los comentarios internacionales más prestigiosos sobre los Convenios de Ginebra⁵⁸.

⁵⁶ Con una profundidad que aquí no es posible, SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal*, 2004, pp. 94 ss., 268 y ss.

⁵⁷ Detalladamente Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional -Sección 2ª- de 8 de marzo de 2006.

⁵⁸ Como señala BLANCO CORDERO, *La Ley*, (2), 2004, p. 5, “la primera de las convenciones en la historia del Derecho Penal internacional que enunció la máxima *aut dedere aut iudicare* fue la cuarta convención de Ginebra en el art. 146, en materia de crímenes de guerra cometidos contra civiles. Es cierto que otros instrumentos internacionales más antiguos exigen a los Estados regular las cuestiones de competencia y jurisdicción, como la Convención de 1926 relativa a la esclavitud o la Convención de 1929 sobre la represión de la falsificación de moneda, pero no imponen la regla *aut dedere aut iudicare*. En las Convenciones de Ginebra de 1959 se dispone por primera vez en un único artículo el ejercicio de la competencia y la obligación de perseguir”. Sobre las relaciones entre el principio *aut dedere aut iudicare* y el de jurisdicción universal BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 2004, p. 356, que señala como el primero implica “el deber que tiene todo Estado Parte en el Tratado que lo contenga y en cuyo territorio se encuentre el presunto criminal, de proceder a su enjuiciamiento o a su entrega a un tercer Estado que así lo haya solicitado. El principio de justicia universal es, pues, corolario de la obligación del Estado parte de conceder la extradición de la persona presuntamente responsable de tal crimen o de proceder a su enjuiciamiento. Y es que el principio de justicia universal garantiza que el Estado de detención pueda ejercer su derecho de opción entre el enjuiciamiento y la extradición, en el caso de que el Estado en cuestión carezca de vínculo alguno con los hechos que se le imputan -porque ni el autor ni la víctima son nacionales suyos, ni tampoco los comportamientos criminales tuvieron lugar en su territorio-. En tal caso, el principio de justicia universal le asegura al Estado la tenencia de un título habilitante para el enjuiciamiento de los hechos en cuestión. Dicho de otro modo, el principio de justicia universal sirve para reforzar, en caso de que sea necesario, la segunda parte del aforismo *aut dedere aut iudicare*, esto es, el *iudicare*”.

Como reconoce, PÉREZ GONZÁLEZ/ESCUADERO ALDAY (edits.), *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, 2009, p. 156, a pesar de sostener una posición distinta al texto cuando se trata de Estados no beligerantes, “los Estados parte, al interpretar la obligación impuesta por los Convenios de Ginebra, han evitado en general considerar que debían otorgar competencia a sus tribunales para conocer en cualquier circunstancia de las violaciones graves del DIH”. A ello añade (pp. 159 s.), que “no resulta posible ocultar, sin embargo, que la interpretación de las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra y de su Primer Protocolo Adicional que se ha defendido aquí no se ha visto reflejada, de modo general, ni en la práctica de los Estados -y me refiero tanto a las legislaciones internas como a la interpretación que de ellas han hecho los jueces y tribunales- ni de modo unánime en la doctrina. Parece evidente, así, que los Estados parte, al interpretar de modo unilateral las obligaciones adquiridas en este contexto e incorporarlas a sus legislaciones, han restringido de manera significativa su capacidad de actuar judicialmente contra los presuntos responsables de la comisión de aquellas violaciones del DIH que cabe considerar particularmente graves. Más allá de la relevancia jurídica que, en su caso y en ausencia de un pronunciamiento del TIJ al respecto, deba darse a esa práctica subsiguiente de los Estados, resulta desde luego necesaria una reflexión”. Las palabras de esta autora demuestran que su interpretación del alcance de las obligaciones de persecución en los Convenios de Ginebra no se corresponde con la situación actual del Derecho Internacional.

La propia STC 237/2005 de 26 de septiembre, a cuya doctrina otorga una importancia desmedida el Voto Particular, señala que su doctrina referida a la competencia universal por delitos de genocidio no afecta a la cláusula de cierre del art. 23.4 LOPJ, distinguiendo entre el catálogo de delitos que se declaran perseguibles *ex lege* en España pese a haber sido cometidos por extranjeros en el extranjero y la obligación, si así se pacta en un tratado internacional, de perseguir en España otros delitos distintos a los recogidos expresamente en dicho precepto. En este último caso habrá que tener en cuenta las limitaciones o condicionantes recogidos en el tratado correspondiente. Este aspecto no fue debidamente tenido en cuenta en la STS 1240/2006, de 11 de diciembre, en otro caso relativo a las actuaciones del Estado chino, que se remite sin mayores precisiones al alcance amplio otorgado al art. 23.4 LOPJ por la doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual supone una interpretación jurídica enormemente endeble que no se corresponde con las adecuadas matizaciones realizadas por el Tribunal Constitucional. Como ya se ha señalado, este órgano nunca ha sentado una doctrina general acerca de la jurisdicción universal, sino que simplemente ha considerado contraria al derecho a la tutela judicial efectiva una determinada interpretación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Además de lo expuesto, los órganos de justicia españoles no se ven afectados por un deber internacional de reprimir cualquier infracción de los Convenios de Ginebra. El principio de justicia universal sólo rige en conflictos armados internacionales⁵⁹ y, aún en estos casos, no opera con los actos contrarios o simples infracciones, ya que la obligación de persecución se circunscribe convencionalmente a las infracciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra y a las infracciones graves del Protocolo I Adicional a los convenios de 1977⁶⁰.

En los cuatro Convenios de 1949 (arts. 50 del I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV) se enumeran como crímenes de guerra o infracciones graves contra personas protegidas “el homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas y el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud”. En los Convenios I, II y IV (arts. 50, 51 y 147) se añade “la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria”. Los Convenios III y IV (arts. 130 y 147) agregan “el hecho de forzar a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga y el privar de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente según las prescripciones del respectivo Convenio”. El art. 147 del

⁵⁹ BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, 2004, pp. 381 y ss.; PIGNATELLI Y MECA, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, 2003, pp. 76, 81 y 175; PLAZA VENTURA, *Los Crímenes de Guerra. Recepción del Derecho Internacional Humanitario en Derecho Penal Español*, 2000, p. 112.

⁶⁰ Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional -Sección 2ª- de 8 de marzo de 2006, fto. de Dcho. Octavo; BARIFFI, *Revista electrónica de estudios internacionales*, (17), 2009, pp. 35 ss.; GIL GIL, *REDM*, (87), 2006, pp. 83 s., 88; PÉREZ GONZÁLEZ/ESCUADERO ALDAY (edits.), *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, 2009, pp. 154 y s.; PIGNATELLI Y MECA, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, 2003, pp. 76 y ss., 114 s.; PUEYO LOSA, *REDM*, (83), 2006, p. 35; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Delitos contra la Comunidad Internacional. Seguridad nacional-Seguridad internacional (VIII Seminario «Duque de Ahumada»)*, 1997, p. 73; SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal*, 2004, pp. 142 ss.

Convenio IV añade también “las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima y la toma de rehenes”. Por su parte, el Protocolo I Adicional de 1977 añade más comportamientos al catálogo de los cuatro Convenios en el art. 85.

Los restantes supuestos, que no se corresponden con las infracciones graves de los Convenios de Ginebra o del Protocolo I Adicional de Ginebra, entre ellos claramente las simples infracciones o actos contrarios a los Convenios contemplados en el art. 614 CP, así como los delitos cometidos con ocasión de un conflicto interno sólo pueden ser enjuiciados y condenados por la Audiencia Nacional si se realizan en territorio español.

No rige, por tanto, el principio de justicia universal en los siguientes supuestos: a) que el hecho se realice en el contexto de un conflicto armado de índole no internacional; b) en los supuestos de delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado de carácter internacional que no representen una infracción grave de los Convenios de Ginebra o del Protocolo I Adicional de 1977; c) tratándose de una infracción grave con ocasión de un conflicto internacional de los arts. 11.4, 85.3 y 85.4 del Protocolo I Adicional, que hayan sido perpetrados en el territorio de un Estado que no fuera Parte del citado Tratado o no haya ratificado el Estatuto de Roma.

Existe, por consiguiente, competencia extraterritorial bajo las condiciones ya expuestas en los siguientes supuestos: art. 609, apartados 1º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del artículo 611, apartados 1º, 2º y 4º del art. 612 y en las letras a), b), d) y e) del art. 613.1, y, aún así no en todas las modalidades (por ejemplo quedarían fuera del ámbito del principio de justicia universal conductas como someter “a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas” –art. 609-; hacer objeto a la población civil de represalias –art. 611.1º- o hacer objeto a la población civil de actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla –art. 611.1º-⁶¹; la

⁶¹ El Auto de procesamiento del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de 21 de mayo de 2009 afirma que “Los hechos relatados, por tanto, pueden ser constitutivos de un delito contra la comunidad internacional, previsto en el artículo 611.1 del Código Penal, en relación con el artículo 608.3 del Código Penal, que indica los sujetos protegidos, y un delito de homicidio, previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal; dado el ataque a población civil con la causación de la muerte del Sr. Couso; o, también incluso, actos o amenazas de violencia con la finalidad de aterrorizar a la población civil o los periodistas. Obsérvese que no se concreta qué supuesto del artículo 611.1 del Código Penal, sino que se señala el ataque a la población civil y/o también el acto o amenazas con tal fin de aterrorizar: el auto de procesamiento no lo requiere, dada su función, y al efecto es pacífica la jurisprudencia que así considera el auto de procesamiento, la cual no es necesaria citar por de sobra conocida por las partes y Ministerio Fiscal. Basta, pues, para el caso, decir que los hechos pueden ser constitutivos de un delito del artículo 611.1 del Código Penal”.

Si bien el derecho de defensa no exige una mayor concreción, la existencia de una competencia con base en el principio de justicia universal sólo con respecto a determinadas modalidades del art. 611.1º exige determinar si existen indicios con respecto a una de las modalidades de conducta relevantes desde esta perspectiva, en la medida en la que no rige el principio con respecto a todas. La determinación del crimen de guerra como infracción grave de los Convenios de Ginebra es un presupuesto para la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles que debe ser motivada en el Auto de procesamiento si no se ha hecho previamente en el Auto de admisión de la querrela.

utilización de personas protegidas para poner a cubierto de ataques a ciertos puntos, zonas o fuerzas militares -art. 611.4º-; el uso indebido de “los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y del Cristal Rojo” -art. 612.4º-). La mayoría de las modalidades introducidas mediante la reforma de 2010 como, por ejemplo, el reclutamiento o alistamiento de menores de dieciocho años o su utilización para participar directamente en las hostilidades quedan fuera de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles si el autor no es español o no se realizan -algo bastante improbable, por fortuna, en un horizonte cercano- en territorio español.

En definitiva, para tener competencia con base en el principio de justicia universal por un crimen de guerra cometido fuera del territorio o del pabellón nacional, los órganos de justicia tienen que: a) Tener a su disposición al presunto culpable; b) constatar que el hecho se ha cometido con ocasión de un conflicto internacional; c) que el delito está contemplado como una infracción grave en los Convenios o en el Protocolo I Adicional; d) en este último caso que el hecho se ha realizado en un Estado Parte del Protocolo I Adicional o del Estatuto de Roma (si bien en este último caso puede primar el deber de colaboración con la Corte con base en el principio de subsidiariedad). Por mencionar un ejemplo significativo, si bien Estados Unidos es signatario de los Cuatro Convenios de Ginebra, no es Estado Parte ni del Protocolo I Adicional ni del Estatuto de la CPI.

La conclusión es que la cuestión competencial resulta mucho más compleja que lo que refleja el Voto Particular y que el órgano jurisdiccional tiene que concretar siempre cuál es el delito que imputa para poder afirmar su competencia con base en el principio de justicia universal contemplado en el art. 23.4 LOPJ. Por mencionar un ejemplo significativo, en el conocido “caso Couso”, no existe legitimidad para abrir un procedimiento por cualquiera de las modalidades del art. 611, 1º CP. La competencia existirá en función de que se impute la modalidad de “ataques indiscriminados o excesivos” o de hacer “objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla”.

Queda una última cuestión planteada por el Voto Particular y de enorme relevancia para la aplicación del art. 23.4 LOPJ. La Mayoría de la Sala no entra a interpretar el significado de la expresión “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España” en referencia a los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción universal. El Voto Particular considera que esta expresión excluiría la necesidad de “algún vínculo de conexión relevante con España” “para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos” cuando exista una obligación de persecución. En mi opinión -con independencia de lo que pudiera estar en las cabezas de algunos parlamentarios-, una vez expuestas las condiciones para la persecución en el único supuesto en el que existe dicha obligación, las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, la interpretación de este segundo párrafo del art. 23.4 LOPJ salta a la vista o “cae

como fruta madura". Habrá que tener en cuenta, para que puedan conocer de un asunto los órganos jurisdiccionales españoles, no sólo los requisitos del art. 23 LOPJ, sino también los dispuestos en los tratados y convenios suscritos por España. Otra interpretación no tendría sentido, ya que no existe tratado o convenio internacional alguno que vete requisitos para el ejercicio de la competencia basada en el principio de justicia universal reconocidos internacionalmente como los ejemplificados en la ley española. Ya he señalado que conocer de determinados asuntos no es una obligación, salvo que concurran los supuestos muy específicos de los Convenios de Ginebra. Por citar un ejemplo, un supuesto de reclutamiento o alistamiento de menores de dieciocho años o su utilización para participar directamente en las hostilidades (introducido recientemente mediante la LO 5/2010) en el que, aunque cometido fuera de España, alguno de sus responsables se encontrara en nuestro país, no podría ser instruido y enjuiciado por los órganos españoles porque no representa una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Ante esta dolorosa laguna, la solución no se encuentra en manos del poder judicial, sino exclusivamente del legislativo.

4. Conclusiones

Primera. No se puede compartir la interpretación que ha llevado a cabo el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de la reforma del art. 23.4 LOPJ mediante la LO 1/2009 de que sólo cabe el ejercicio de la jurisdicción universal o mundial cuando "los hechos guarden cierta vinculación con intereses españoles".

Segunda. Tampoco se puede compartir, sin embargo, la posición del Voto Particular que entiende que el segundo párrafo del art. 23.4 LOPJ que comienza con la expresión "sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España" significa que cuando exista obligación de perseguir por parte de la jurisdicción española "según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos" debe ser interpretado como que desaparecen los condicionamientos al ejercicio de la jurisdicción basada en el principio de justicia universal o mundial y, por tanto, que ésta mantiene carácter absoluto como antes de la reforma del 2009.

Tercera. La Parte Dispositiva del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 en el "Caso Tíbet" es correcta, si bien no se puede compartir la interpretación del art. 23.4 LOPJ expuesta en sus Fundamentos de Derecho, al igual que no se pueden compartir los excesos restrictivos del Tribunal Supremo en el año 2003 frente a los cuales el Tribunal Constitucional concedió el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Cuarta. Como se ha expuesto en el trabajo, la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ permite una aplicación restrictiva adecuada y proporcionada en un sistema que no conoce el principio de oportunidad, sin vulnerar con ello el contenido esencial del derecho a la tutela

judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y que resulta compatible con la Constitución Española y las obligaciones internacionales del Reino de España.

5. Bibliografía citada

Adeno ADDIS (2009), "Imagining the International Community: The Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction", *Human Rights Quarterly*, (31).

Isabel ALBADALEJO ESCRIBANO (2001), "Genocidio y crímenes de Lesa humanidad de Guatemala" en BLANC ALTEMIR (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración Universal*, Tecnos, Madrid.

Kai AMBOS (2006), *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, Marcial Pons, Madrid.

Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ (2006) *Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- EL MISMO (2010) "La reforma del principio de justicia universal", *Revista de Derecho Penal*, (31).

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (2001), "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero", *Cuadernos de Derecho Judicial*, (7), (Ejemplar dedicado al derecho penal internacional).

Francisco J. BARIFFI (2009), "Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra: Evolución histórica y su codificación en el Derecho de Ginebra", *Revista electrónica de estudios internacionales*, (17).

Isidoro BLANCO CORDERO (2004), "Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo", *La Ley*, (2).

-EL MISMO (2009), "Sobre la muerte de la jurisdicción universal", *Revista General de Derecho*, (12).

Maria Dolores BOLLO AROCENA (2004), *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, Bilbao.

Mireya CASTILLO DAUDI /Sergio SALINAS ALCEGA (2007), *Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Anthony J. COLANGELO (2005), "The Legal Limits of Universal Jurisdiction", *Virginia Journal of International Law*, (47), (consultado en formato electrónico).

Antonio CUERDA RIEZU/Francisco JIMENEZ GARCIA (2009), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid.

Juana DEL CARPIO DELGADO (2009), "El principio de justicia universal tras la reforma de 2009", *La Ley*, (7307), (consultada en formato electrónico).

Mercedes GARCIA ARAN (2004), "Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional" *Revista Persona y Derecho*, (51).

Mercedes GARCIA ARAN/Diego LOPEZ GARRIDO (coords.) (2000), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Alicia GIL GIL (1998), *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro UNED Francisco Tomás y Valiente, Alzira.

- EL MISMO (1999), *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid.

- EL MISMO (2005), "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7).

- EL MISMO (2006), "Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes en contra la humanidad y crímenes de guerra", *Revista Española de Derecho Militar*, (87).

José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ (2001), "Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y tortura", *El principio de justicia universal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid.

Marc HENZELIN (2000), *La principe de l'universalité en droit penal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Brussels.

Mitsue INAZUMI (2005), *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, Amberes y Oxford.

Mariona LLOBET ANGLÍ (2006), "El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006", *InDret*, (4).

Silvia MENDOZA CALDERÓN (2007), "La aplicación de la Ley Penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España", *Revista Penal*, (20).

David L. MORILLAS FERNÁNDEZ (2007), "Configuración actual del principio de justicia universal en el ordenamiento jurídico penal español", *Cuadernos de Política Criminal*, (91).

Manuel OLLÉ SESÉ (2008), *Justicia universal para crímenes internacionales*, La ley, Madrid.

Manuel PÉREZ GONZÁLEZ/Montserrat ABAD CASTELOS (1999), "Los delitos contra la Comunidad Internacional en el Código Penal español", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, (3).

Carmen PÉREZ GONZÁLEZ/Rafael ESCUDERO ALDAY (edIts.) (2009), *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Fernando PIGNATELLI Y MECA (2003), *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, Ministerio de Defensa, Madrid.

Patricia PLAZA VENTURA (2000), *Los Crímenes de Guerra. Recepción del Derecho Internacional Humanitario en Derecho Penal Español*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona.

Jorge PUEYO LOSA (2004), "Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia", *Revista española de Derecho Militar*, (83).

Antonio REMIRO BROTONS (1999), *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva S.L., Madrid.

- EL MISMO (2001), "Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial" *El derecho penal internacional: Cuadernos de Derecho Judicial*.

- EL MISMO (2008), "A vueltas con el principio de jurisdicción penal universal" en Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI/Javier MARTÍNEZ LÁZARO, *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, t.II, Centro de Documentación judicial, Madrid.

Luc REYDAMS (2010), "The Rise and Fall of Universal Jurisdiction" en William A. SCHABAS/Nadia BERNAZ, *Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, (consultado en formato electrónico).

Luis RODRÍGUEZ RAMOS/Juan GIL DE LA FUENTE (2003), "Límites de la jurisdicción penal universal española (a propósito de los casos Pinochet y Guatemala)", *La Ley*, (3).

José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (1997), “Delitos contra la Comunidad Internacional”, *Seguridad nacional-Seguridad internacional (VIII Seminario «Duque de Ahumada»)*, Ministerio del Interior, Madrid.

-EL MISMO (2006), *El Derecho Internacional Humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Marcial Pons, Madrid.

Casilda RUEDA FERNÁNDEZ (2001), *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Barcelona.

Ángel SÁNCHEZ LEGIDO (2004), *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN (2007), “La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso “Couso”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, (14).

Helmut SATZGER (2009), *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden.

VV.AA. (2001), *El principio de Justicia Universal*, Colex, Madrid.

VV.AA. (2010), “Principio de Justicia Universal”, *Revista Penal*, (26).

Gerhard WERLE (2005), *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

6. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal y Fecha	Referencia	Magistrado Ponente
AAN (Pleno) de 27 de octubre de 2010	-	-
Auto Juzgado Central de Instrucción nº 1 de 26 de febrero de 2010	-	-
STC de 26 de septiembre de 2005	RTC 2005\237	D. Guillermo Jiménez Sánchez
STS de 1 octubre de 2009	RJ 2009\4711	Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
SAN de 19 abril de 2005	JUR 2005\132318	Ilmo. Sr. D. José Ricardo de Prada Solaesa
AAN de 5 noviembre 1998	ARP 1998\5944	Ilmo. Sr. D. Carlos Cezón González

<i>AAN de 4 noviembre 1998</i>	<i>ARP 1998\5943</i>	<i>Ilmo. Sr. D. Carlos Cezón González</i>
<i>STS de 25 febrero de 2003</i>	<i>RJ 2003\2147</i>	<i>Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda</i>
<i>STC de 22 octubre de 2007</i>	<i>RTC 2007\227</i>	<i>D. Vicente Conde Martín de Hijas</i>
<i>AAN de 11 de mayo de 2004</i>	<i>JUR 2004\241622</i>	<i>Ilma. Sra. D.ª. Manuela Fernández Prado</i>
<i>STS de 18 marzo de 2005</i>	<i>RJ 2005\3422</i>	<i>Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín</i>
<i>STC de 19 abril de 2004</i>	<i>RTC 2004\73</i>	<i>Vicente Conde Martín de Hijas</i>
<i>ATC de 19 febrero de 1986</i>	<i>RTC 1986\171</i>	-
<i>STS de 8 de marzo de 2004</i>	<i>RJ 2004\2670</i>	<i>D. Luis Román Puerta Luis</i>
<i>STS de 15 de noviembre de 2004</i>	<i>RJ 2004\ 6783</i>	<i>D. Carlos Granados Pérez</i>
<i>STS de 18 de marzo de 2005</i>	<i>RJ 2005\ 3422</i>	<i>D. José Manuel Maza Martín</i>
<i>STS de 20 de junio de 2006</i>	<i>RJ 2006\5184</i>	<i>D. Enrique Bacigalupo Zapater</i>
<i>AAN de 16 febrero de 2006</i>	<i>ARP 2006\195</i>	<i>D. Jorge Campos Martínez</i>
<i>STS de 20 de mayo de 2003</i>	<i>RJ 2003\3910</i>	<i>D. Cándido Conde-Pumpido Tourón</i>
<i>AAN 10 de enero de 2006</i>	<i>ARP 2005/771</i>	-
<i>STS de 18 de julio de 2007</i>	<i>RJ 2007\3661</i>	<i>Sr. D. José Manuel Maza Martín</i>
<i>AAN (Sala de lo Penal) de 14 de enero de 2009</i>	-	-
<i>AAN(Sala de lo Penal) de 9 de julio de 2009</i>	-	-
<i>AAN (Sala de lo Penal) de 13 de diciembre de 2000</i>	-	-
<i>AAN (Sala de lo Penal) de 20 de diciembre de 2006</i>	-	-
<i>ATS de 24 de noviembre de 2008</i>	<i>JUR 2008\380127</i>	<i>Sr. D. José Ramón Soriano Soriano</i>
<i>STS de 11 diciembre de 2006</i>	<i>RJ 2006\8241</i>	<i>Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis</i>
<i>AAN (Sala de lo Penal) de 8 marzo 2006</i>	<i>JUR 2006\126471</i>	<i>Ilmo. Sr. D. Fernando García Nicolás</i>
<i>AAN (Sala de lo Penal) de 13 de mayo de 2008</i>	<i>(ARP 2008\251)</i>	
<i>STS de 13 julio de 2010</i>	<i>RJ 2010\7339</i>	<i>Sr. D. Francisco Monterde Ferrer</i>