

EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL:
PASADO, PRESENTE Y FUTURO*
*THE PRINCIPLE OF UNIVERSAL JURISDICTION
IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM:
PAST, PRESENT AND FUTURE*

Carmen MÁRQUEZ CARRASCO**
Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ***

RESUMEN: La reforma del principio de jurisdicción universal en España, previsto en el artículo 23, de la Ley Orgánica del Poder Judicial pone de manifiesto que, justamente cuando se daba por asentada la jurisdicción universal tras años de práctica y jurisprudencia internacional, las objeciones políticas y jurídicas a este principio han empezado a cobrar cada vez más peso dando lugar a la necesidad de remodelar su configuración. La jurisdicción universal no es, sin duda, la panacea en orden a prevenir y reprimir los crímenes internacionales ni está exenta de posibles usos abusivos.

Palabras clave: Jurisdicción universal, impunidad, crímenes internacionales, jurisdicción extraterritorial.

ABSTRACT: *The reform of the principle of universal jurisdiction in Spain, laid down in Article 23, 4 of the Organic Law of the Judicial Power (LOPJ), evidences that, just when universal jurisdiction seemed to be generally accepted after years of practice and international jurisprudence, political and legal objections to this principle have begun to charge more and more weight giving rise to the need to remodel its configuration. Universal jurisdiction is certainly not the panacea in order to prevent and punish international crimes, or is exempted from potential abuse.*

Descriptors: *Universal Jurisdiction; Impunity; International Crimes; Extraterritorial Jurisdiction.*

RÉSUMÉ: *La réforme du principe de juridiction universelle en Espagne, en vertu de l'article 23, 4e de la loi organique du Pouvoir Judiciaire montre que, au moment où elle a été prise de la juridiction universelle établie après des années de pratique et la jurisprudence internationale, les objections politiques et juridiques ce principe a commencé à prendre du poids de plus en plus d'où la nécessité de remodeler sa configuration. La juridiction universelle n'est pas, sans aucun doute, la panacée pour prévenir et réprimer les crimes internationaux et n'est pas exempte de dérives possibles.*

* Artículo recibido el 15 de mayo de 2010 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2010.

** Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla. *European Master's Degree in Human Rights and Democratization Chairperson (EIUC).*

*** Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Málaga.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contenido y alcance del principio de jurisdicción universal según el derecho internacional*. III. *El principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la consolidación a la reforma*. IV. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo el concepto de jurisdicción universal y la posibilidad que los tribunales nacionales pudieran perseguir y sancionar crímenes internacionales cometidos fuera de su competencia territorial han sido prácticamente desconocidos. Y aunque los orígenes del principio de jurisdicción universal son anteriores a la Segunda Guerra Mundial, se podría decir que este principio repentinamente cobró vigencia el 16 de octubre de 1998, cuando una circunstancia inesperada hizo convulsionar la opinión pública: el dictador, general retirado y senador vitalicio de Chile, Augusto Pinochet fue detenido en Londres —donde convalecía de una operación quirúrgica— a requerimiento del titular del Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional (AN) española, Baltasar Garzón, y quedó sometido a un procedimiento de extradición instado por España ante el Gobierno británico.¹ Sobre el reclamado pesaba la acusación de hechos que pudieran ser constitutivos de delitos de genocidio, terrorismo y tortura.

En el “Caso Pinochet”, una de las cuestiones más polémicas fue justamente el título jurídico utilizado por el órgano jurisdiccional español para iniciar el proceso penal por los crímenes internacionales cometidos durante el periodo de la dictadura chilena. Al solicitar la extradición, el

¹ Los antecedentes del caso se remontan a marzo de 1996, cuando la Unión Progresista de Fiscales interpuso una denuncia ante la Audiencia Nacional contra los integrantes de la Junta Militar Argentina que usurpó el poder democrático de su país desde 1976 hasta 1983, por crímenes graves (entre otros, genocidio y terrorismo). Posteriormente, en julio de ese año, la misma Asociación presentó denuncia contra los componentes de la Junta Militar chilena por hechos similares cometidos bajo su vigencia entre 1973 y 1990. Los Juzgados Centrales de Instrucción núms. 5 y 6, a los que correspondió la tramitación de las denuncias, dictaron las correspondientes resoluciones admitiendo la competencia de la jurisdicción española para la instrucción y conocimiento de los hechos denunciados. abundante información de las actuaciones en el proceso, tanto en España cuanto en el Reino Unido, puede encontrarse en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/index.html#ju>.

juez Baltasar Garzón se basó en el principio de la jurisdicción universal.² Asimismo, el pleno de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional, en sendos autos del 4 y 5 de noviembre de 1998, confirmó la jurisdicción de España para conocer de los hechos objeto de ambos procesos y en tal sentido afirmó que:

España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos —categoría de Derecho Internacional— acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de dicha jurisdicción, ya que son más de quinientos los españoles muertos o desaparecidos en Argentina, y cincuenta los muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos.

Sin duda uno de los aspectos jurídicos más relevantes de este caso, así como de otros que le han seguido, reside, en nuestra opinión, en haber reactivado el debate doctrinal en torno a la validez del principio de jurisdicción universal en particular, y al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal de los Estados en general,³ una de las cuestiones más clásicas y controvertidas del derecho internacional, tal y como demuestra la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso del *Lotus*.⁴

Además, desde entonces se ha generado una amplia práctica española en el ejercicio de la jurisdicción universal que ha situado a nuestro país en la vanguardia de la persecución de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, y se ha favorecido la proliferación de esta práctica por parte de otros países, en particular en el ámbito europeo. Incluso se ha producido una concatenación

² Márquez Carrasco, C. and Alcaide Fernández, F., “In Re Pinochet”, *AJIL*, vol. 93, n. 3, 1999, pp. 690-696.

³ Acerca de la jurisdicción extraterritorial, Mann, F. A., “The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years”, 186 *RCADI* (1984-III), pp. 9-116; Oxman, B. H., “Jurisdiction of States”, *Encyclopedia of Public International Law* 10 (1987) pp. 277-283; D’Amato, A., “Domestic Jurisdiction”, *Encyclopedia of Public International Law* 1 (1992), pp. 1090-1096.

⁴ Judgment 9 september 1927 (CPJI, serie A, núm. 10), especialmente p. 20.

de actuaciones nacionales e internacionales que se ha dado en llamar “la cascada de la justicia”.⁵

En la actualidad, la aceptación del principio de jurisdicción universal parece fuera de duda, como se demuestra en recientes análisis de la práctica, mientras que el carácter controvertido de la jurisdicción universal se ciñe a las cuestiones relativas a los requisitos y límites para su ejercicio. En torno a la aceptación de este principio y a su definición como punto de partida, baste citar como botón de muestra el siguiente párrafo del Informe Técnico realizado por expertos para dar a conocer el debate entre la Unión Europea y la Unión Africana a este respecto:

... universal jurisdiction amounts to the claim by a state to prosecute crimes in circumstances where none of the traditional links of territoriality, nationality, passive personality or the protective principle exists at the time of the commission of the alleged offense.

International law, both customary and conventional, regulates state's assertion of universal criminal jurisdiction. States by and large accept that customary international law permits the exercise of universal jurisdiction over the international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and torture, as well as over piracy. In addition, numerous treaties oblige state parties to empower their criminal justice systems to exercise universal criminal jurisdiction over the crimes defined in those treaties...⁶

II. CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. *Concepto y modalidades de jurisdicción estatal y títulos de jurisdicción: de la territorialidad a la persecución universal*

Como ha indicado el juez de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), Abdul Koroma, la jurisdicción de los Estados: “... relates to the power of

⁵ Van Schaack, B., “The Justice Cascade in Latin America”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 345-362; Lutz, E. and Sikkink, “The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America”. *Chicago Journal of International Law*, 2001.

⁶ AU-EU Technical Ad Hoc Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, disponible http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/troika_ua_ue_rapport_competence_universelle_EN.pdf (visitado el 2 de junio de 2009).

a State to affect the rights of a person or persons by legislative, executive or judicial means”,⁷ y por esta misma razón, en el ámbito penal, las sanciones, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son: “... una expresión de la potestad punitiva del Estado”.⁸

En efecto, el ejercicio de la función jurisdiccional, entendida como aquella función estatal que consiste en la tutela y realización del derecho objetivo,⁹ es una potestad soberana de los Estados. En consecuencia, los Estados enuncian en sus legislaciones internas los criterios para determinar la eficacia de sus leyes penales tanto en el tiempo como en el espacio.¹⁰ Cuando un nacional de un Estado comete un hecho ilícito en el territorio de dicho Estado, la determinación de la jurisdicción competente se realiza de conformidad con criterios exclusivamente internos. Sin embargo, cuando algunos de los elementos del ilícito presenta una dimensión internacional, bien sea por que el autor y/o la víctima sean nacionales de otros Estados, bien porque el delito se hubiera cometido fuera del territorio del Estado que afirma su jurisdicción, o bien porque se trate de un delito tipificado en el derecho internacional, el Estado que pretende ejercer su jurisdicción deberá verificar su legitimación con arreglo a los límites fijados por el derecho internacional, puesto que ésta puede afectar los intereses legítimos de otros sujetos de derecho internacional.¹¹

⁷ Parágrafo 5 de la Opinión Separada del juez Addul G. Koroma., *ICJ Rep.*, 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, Judgment, 14 de febrero de 2002.

⁸ CIDH, *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, serie C, núm. 119, pará. 101.

⁹ De la Oliva, A. y Fernández, M. A., *Lecciones de derecho procesal*, Barcelona, Ediciones PPU, 1989, p. 18.

¹⁰ Díez Sánchez, J. J., *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, Colex, 1990.

¹¹ En este sentido conviene distinguir entre *legislative jurisdiction*, “*adjudicatory jurisdiction* y *enforcement jurisdiction*. En principio el derecho internacional ni prohíbe ni obliga a los Estados a que ejerzan su jurisdicción penal extraterritorial en un caso concreto, pero sí parece que sería contraria al Derecho Internacional la pretensión de un Estado de imponer su potestad coercitiva para obligar a que se respetaran sus leyes en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de éste. Respecto a la definición de estas tres categorías de *domestic jurisdiction*, véase American Law Institute, *Restatement of the Law Third-Foreign Relations of the United States*, vol. 1, St. Paul, American Law Institute, 1987, p. 401; Randal, K. C., “Universal Jurisdiction Under International Law”, *Texas Law Review*, 1985, pp. 785 y ss.

A fin de clarificar el concepto de jurisdicción y los principios de atribución de jurisdicción penal que los Estados emplean en la persecución de las conductas punibles penalmente, conviene distinguir entre tres categorías de jurisdicción de los Estados: i) la de prescribir una norma; ii) la de dictar una sentencia, y iii) la de hacer cumplir una decisión judicial o legislativa.¹² La primera comporta la facultad de un Estado para aplicar su ley a personas y circunstancias particulares. La segunda se define como la facultad de un Estado para someter a personas a un proceso ante sus tribunales. La tercera se configura como la capacidad de un Estado para hacer obligatoria la sumisión a sus leyes, sea a través de sus tribunales o de actos ejecutivos, administrativos, policiales u otras acciones no judiciales.

En el ámbito penal esta clasificación tripartita y, más concretamente, la diferenciación entre las competencias normativas y judiciales, resulta imprescindible por exigencias derivadas de los principios democráticos. Si el principio de legalidad penal no sólo exige la tipificación previa sino también que esa tipificación se haga por ley, es decir, por el Parlamento, la atribución al Poder Judicial de las facultades de enjuiciamiento criminal e imposición de penas está relacionada directamente con la necesidad de evitar la arbitrariedad y de garantizar los más esenciales derechos a todas las personas.

En derecho internacional se ha desarrollado un conjunto de reglas de *jurisdicción* sobre la competencia de los Estados en materia penal.¹³ Punto de partida casi obligado es la cita del *caso Lotus*, en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional observó que:

[s]i es verdad que el principio de la territorialidad del derecho penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho Penal no es, pues, un principio absoluto de Derecho internacional [Público] y de ningún modo coincide con la soberanía territorial.¹⁴

¹² Así lo distingue el American Law Institute en el citado informe en la nota anterior.

¹³ Sobre estas reglas véase Martín Martínez, M., "Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales", *U. Miami International & Comp. Law Review*, 2000-2001, 171; Simon, J.-M., "Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, 2002, en <http://www.reei.org>.

¹⁴ Judgment 9 september 1927 (CPJI, serie A, núm. 10), p. 20.

Ciertamente, la territorialidad no es un principio absoluto, y no se configura rígidamente. No obstante, el derecho internacional consuetudinario ha venido a consagrar el principio de territorialidad como la conexión más natural de jurisdicción penal. Como señala Martín Martínez,

este principio reconoce al Estado en cuyo territorio hubiese tenido lugar la comisión del ilícito (*forum comissi delicti*) un derecho preferente respecto a las jurisdicciones de otros Estados afectados por el delito. No sólo está vinculado a la noción de estatalidad, sino que también se apoya en razones de carácter práctico, tales como la inmediación y la correcta disposición y valoración de las pruebas.¹⁵

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha confirmado la importancia fundamental del principio de territorialidad en el derecho internacional contemporáneo, al afirmar que: “[e]xiste una tradición sólidamente establecida de que la territorialidad de la ley penal constituye el principio fundamental del Derecho penal contemporáneo”.¹⁶

La legislación española contempla este principio en los artículos 8, 1o. del Código Civil y 23, 1o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

La jurisprudencia nacional también se ha encargado de subrayar la preeminencia del principio de territorialidad sobre otros criterios de atribución de jurisdicción penal, incluso sobre el principio de jurisdicción universal. En efecto, en la sentencia del Tribunal Supremo español sobre el *Caso Perú* (sentencia 712/2003) se indica que:

Sexto. Sin embargo 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 este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejerce sobre la base del principio de justicia universal.¹⁷

¹⁵ Martín Martínez, M, *op. cit.*, p. 2

¹⁶ CDI: “Primer Informe sobre el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, *Anuario CDI*, vol. II, 1a. parte, 1983.

¹⁷ <http://www.derechos.org/nizkor/>.

En el mismo sentido, en la sentencia pronunciada sobre el recurso de amparo presentado en el *Caso Guatemala* se señaló 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".¹⁸ Para el Tribunal Constitucional español, ante la concurrencia de jurisdicciones, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad, y en ese sentido afirma que con relación con los crímenes internacionales:

... 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 prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido.¹⁹

Además, incluso algunas organizaciones no gubernamentales particularmente activas en este ámbito también han resaltado la naturaleza primaria del principio de territorialidad en lo relativo a la persecución de los delitos y crímenes internacionales. Así, por ejemplo, Amnistía Internacional, una de las organizaciones no gubernamentales propulsoras de la extensión extraterritorial de la jurisdicción penal de los Estados, ha reconocido que:

[T]he primary form of national criminal jurisdiction is jurisdiction over crimes committed in the territory of a state (territorial jurisdiction). This form of jurisdiction is accepted by all states as an essential aspect of state sovereignty. It often has a number of practical advantages as the territorial state is the one where victims, witnesses, written and material evidence and the suspect usually are located, and it will have a presumed state interest in prosecuting the crime.²⁰

Las evidencias antes señaladas apuntan a determinar que el principio de territorialidad es el principio de atribución de jurisdicción penal pri-

¹⁸ Considerando 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español en el Caso Guatemala del 26 de setiembre de 2005, p. 25.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Amnesty International Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implement Legislation*. Chapter one: "Definitions". Septiembre de 2001. AI Index: OIR 53/003/2001. Distr: SC/CO/PG/PO.

mario por excelencia, y que, como tal, debe ser el primero en ser aplicado ante la comisión de un crimen de derecho internacional.

No obstante, deben existir otros factores que provean al Estado de un vínculo suficientemente relevante en términos jurídicos con un hecho ilícito y que, por consiguiente, permitan determinar la competencia sobre hechos perpetrados fuera del territorio respectivo. Estas reglas se pueden clasificar bajo los denominados principios de nacionalidad o personalidad, protección de intereses y personalidad pasiva.

Para complementar el principio de territorialidad se impulsó el establecimiento del denominado principio de nacionalidad, también llamado principio de personalidad activa, que permite al Estado ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales donde quiera que éstos se encuentren, es decir, aun en el caso de que éstos hubieran perpetrado hechos ilícitos fuera de su territorio, incluso en el territorio de otro Estado. Si bien la aplicación de los principios de territorialidad y nacionalidad puede suscitar conflictos, su coexistencia operativa, es decir, a la hora de determinar la competencia judicial de un Estado, responde a la pretensión de evitar la impunidad de quienes, tras delinquir en el extranjero, intentan escapar del lugar de la comisión del delito, refugiándose en el Estado de su nacionalidad al amparo de la excepción que no permite la extradición de los propios ciudadanos.²¹

El segundo principio mencionado es el de protección, el cual cuenta de igual manera con una larga existencia, y que permite al Estado castigar los hechos perpetrados fuera de sus límites territoriales, con independencia de la nacionalidad de su autor, siempre que éstos lesionen sus intereses o afecten a la seguridad del Estado o al ejercicio de las prerrogativas del poder público. Su coexistencia con el principio de territorialidad responde a la necesidad de conceder competencia a un Estado en el caso de que vea amenazados intereses fundamentales, y que otro Estado, en cuyo territorio son perpetrados tales ilícitos, no tome las medidas adecuadas.

²¹ Ampliamente sobre estos principios M ann, (1964), *op. cit.*, p. 82 et seq. Jescheck, H. H., Tratado de derecho penal-Parte general, Granada, Comares, 1993, p. 151, exponente de esta excepción a la extradición el artículo 6o., párr. 1 inc. a) Convenio Europeo de Extradición de París de 13 de diciembre de 1957 — European Treaty Series [=E.T.S.], No. 24 — que establece la facultad de toda parte contratante de denegar la extradición de los nacionales.

Finalmente, el tercer principio faculta al Estado para perseguir los hechos perpetrados por no nacionales fuera de su territorio cuando las víctimas de tales hechos sean sus nacionales.²² De la aplicación de este principio surgió la controversia entre Francia y Turquía en el *caso Lotus*, pero no resolvió la esencia del proceso toda vez que, según la posición de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el fundamento de la competencia de Turquía sobre el caso residía en el principio de territorialidad.

El reconocimiento de este principio se encuentra sometido a controversia, y así se pone de manifiesto en la práctica de varios Estados como la de Estados Unidos,²³ así como en la de los Estados miembros de la Unión Europea.²⁴ Es más, un análisis del ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea, dejando a salvo a Gran Bretaña e Irlanda, demuestra que a excepción de Alemania y Finlandia, que aplican un concepto amplio y de Francia, Italia, como también Bélgica, Portugal y Grecia, que siguen uno más restringido, los demás Estados miembros de la Unión Europea no han incorporado el principio de personalidad pasiva a su legislación. De las diferentes nociones del principio de personalidad pasiva se desprende que éste continúa siendo fuente de controversias que en el mejor de los casos se encuentren resueltas en tratados internacionales sobre materias específicas, como es el caso de la tortura²⁵ y, especialmente, de ciertos actos de terrorismo internacional,²⁶ así como de otros actos relacionados con el transporte aéreo y marítimo.

En cuanto al principio de jurisdicción universal, una de las primeras referencias generales a la competencia para extender el ejercicio del poder soberano fuera de sus límites territoriales sobre hechos ilícitos se

²² Restatement of the Law Third que no reconoce este principio de forma general en crímenes ordinarios, sino más bien en casos específicos, tales como ataques organizados contra ciudadanos estadounidenses por causa de su nacionalidad, casos de terrorismo, de combate a las drogas y de hechos perpetrados en buques no-nacionales en alta mar. American Law Institute, (1987), § 402, comentario (g) y nota del relator .

²³ Sobre ella véase el examen de Simon, J.-M., “Jurisdicción universal...”, *cit.*, en <http://www.reei.org>.

²⁴ Sobre ella véase el examen de Simon, J.-M., “Jurisdicción universal...”, *cit.*, en <http://www.reei.org>.

²⁵ Artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura.

²⁶ Por ejemplo, artículo 6 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, UN Doc. A/Res/52/164, del 9 de enero de 1998.

encuentra en las aportaciones de Grocio, a quien se debe la siguiente formulación:

Debe también reconocerse que los reyes, y cualquier otro con derechos similares a éstos, pueden exigir que un castigo sea impuesto no sólo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también en contra de todos los males que no se dirijan específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona, al Derecho natural o al Derecho de Gentes.

En sus orígenes, el ejercicio de esta competencia extraterritorial se fundamentó en normas consuetudinarias que permitían la persecución de actos de piratería cometidos en alta mar, es decir, en espacios sustraídos al ejercicio de la soberanía de los Estados. Así, la Corte Permanente de Justicia afirmó en el caso *Lotus*:

A la vista de que es en el alta mar, [donde se cometió el hecho ilícito y que] sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, se niega [al pirata] la protección del pabellón..., y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad —*hostis humanis generis*— a quien cualquier nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar.²⁷

No obstante, el examen de la noción de *hostis humanis generis* en términos semánticos y desde un punto de vista funcional, lleva a la conclusión de que el fundamento de la competencia de todos los Estados estriba en la seguridad de alta mar y, por tanto, el ejercicio de la competencia está basado más bien en el lugar de la comisión del delito y en la protección de intereses de los Estados que en la naturaleza o gravedad del ilícito.

²⁷ Texto original: sciendum quoque est reges, et qui par regibus jus obtinent, jus habere poenas poscendi non tantum ob injurias in se aut subditos suos commissas, sed et ob eas quae ipsos peculiariter non tangunt, sed in quibusvis personis jus naturae aut gentium immaniter violant — Grotius, H., *De iure belli ac pacis*, libri tres – in quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur, Sijthoff, Leiden, (reimpresión de la primera edición comparativa de 1919 con las ediciones de 1632, 1642, 1646, bajo la dirección de P. C. Molhuysen), p. 394; sobre la evolución de esta idea el trabajo del Juez de la Corte de Justicia Internacional

Guillaume, G., “La Compétence Universelle – Formes Anciennes et Nouvelles”, *Gazette du Palais, Mélanges offerts à Georges Levasseur – Droit Pénale, Droit Européen*, Paris, 1992, pp. 23 y ss.

En este marco lo que se trata de garantizar es la protección de intereses comunes en tanto que su violación afecta y lesiona a todos y cada uno de los Estados, ya que los mismos representan —en palabras de la profesora francesa Brigitte Stern— “una suma de los intereses idénticos y propios de los Estados”.²⁸ Como señala Magdalena Martín, esta racionalidad está presente en una serie de convenios, varios de ellos concernientes a la represión de determinados actos terroristas, que no han representado durante una cierta etapa un interés de la comunidad internacional en su conjunto.

En este sentido, a partir de la Segunda Guerra Mundial el derecho internacional ha experimentado una evolución en la que se ha producido un progresivo reconocimiento del principio de jurisdicción universal *basada únicamente en la naturaleza del crimen*,²⁹ indistintamente de dónde hubiera sido cometido dicho crimen, de la nacionalidad del presunto o culpable perpetrador, de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otro vínculo con el Estado que ejerza tal jurisdicción.³⁰

Algunos autores consideran que la jurisdicción universal constituye una excepción al principio de la territorialidad, mientras que otros niegan dicha condición afirmando que esa modalidad constituye el principio rector en lo concerniente a los crímenes de derecho internacional.³¹

En este sentido se ha sostenido que “el principio de la territorialidad no se aplica a ciertos crímenes, generalmente considerados como ilícitos de carácter internacional por la comunidad internacional en su conjunto, para los cuales se acepta que puedan ser sancionados por cualquier

²⁸ Como consecuencia, se han celebrado varios tratados internacionales en los que se establece la competencia de cada Estado para extender su jurisdicción fuera de sus límites territoriales: ciertos casos de terrorismo internacional, casos relacionados con materia nuclear, personas internacionalmente protegidas.

²⁹ Según la Comisión de Derecho Internacional de la ONU se consuma un crimen internacional toda vez que existe una “violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*”, aunque esta referencia se hacía a los crímenes internacionales de los Estados.

³⁰ Esta formulación corresponde a los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal (principio 1). Véase en <http://www.upaz.edu.uy/informes/otros/princeton2.htm>.

³¹ Véase, por ejemplo, artículo 6 (1) del Código Penal alemán; artículo 8 del Código Penal del Paraguay; artículo 16 (3) (f) del Código Penal de Nicaragua; artículo 7, II, a del Código Penal brasileño y Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/85) de España, art. 23, 4o..

Estado que tenga la custodia del presunto responsable”.³² La razón que fundamenta tal principio radica en la necesidad de evitar que crímenes particularmente horrendos, practicados de manera sistemática o generalizada, puedan quedar impunes por aplicación —precisamente— de un riguroso criterio territorialista. Así, la práctica internacional demuestra que un genocidio perpetrado en el territorio de un Estado difícilmente pueda ser objeto de un proceso judicial en el mismo o que, si ese tiene lugar, el mismo sea imparcial o no se encuentre condicionado de antemano por factores políticos o de otra naturaleza. Sea porque en algunos casos las autoridades que perpetraron los crímenes continúan aún en el poder, sea porque han entregado al responsable pero condicionando su entrega a una amnistía previa, etcétera. En tal sentido se pueden mencionar las masacres que han tenido lugar en Camboya, Vietnam, Guatemala, El Salvador o Sierra Leona, aunque en algunos de estos países se han producido algunos avances en esta materia.

En definitiva, es indiscutible que en la actualidad los responsables de tales actos, sólo en muy contados casos, han respondido por sus crímenes, y ello ha sido tomado en consideración en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (párrafo 5). Con razón se afirma que en esos casos es tal el agravio a la conciencia de la humanidad que el castigo de los responsables es un deber de todos los Estados, con independencia del lugar de comisión de los hechos (preámbulo, párrafo 4).

Sólo tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial se fue aceptando progresivamente que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cometidos en tiempos de conflicto armado habilitaban o imponían, según los casos, este tipo de jurisdicción. El Tribunal Militar Internacional de Núremberg afirmó en su sentencia que el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra alemanes podía haber sido realizado por cualquier Estado. Posteriormente el principio de jurisdicción universal ha sido atribuido a otros crímenes de derecho internacional, por medio de diversos convenios internacionales, como el *apartheid*, la tortura y la desaparición forzada de personas, entre otros.³³

³² Jennings, R., & Watts, A., *Oppenheim's International Law*, vol. 1, p. 469.

³³ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante su resolución 3068/38 del 30/11/73, artículo IV.b y artículo V; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 5.2, 6.1 y 7.1; Convención de las Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada de Personas, de 12 de diciembre de 2006; Con-

2. La jurisdicción universal en el derecho comparado

Una de las ambigüedades que aún subsisten en torno a la jurisdicción universal reside en la admisibilidad de la jurisdicción universal pura o *in absentia*. Ello se debe a que mientras que son relativamente numerosos los instrumentos de la práctica internacional —tanto convencional como institucional— que reconocen la facultad de los Estados de enjuiciar a los responsables de la comisión de ciertos crímenes internacionales en el supuesto de que se encuentren en el propio territorio, independientemente de la concurrencia de cualquier otro vínculo de conexión e imponiendo incluso su ejercicio con carácter obligatorio en caso de no extradición,³⁴

vencción Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, artículo IV, 5o. párrafo.

³⁴ Así, entre otros, los siguientes: en lo relativo al *Derecho Internacional Humanitario*, los cuatro Convenios de Ginebra de 1948 (artículo 49 del I –BOE de 23-VII-1952-, artículo 50 del II –BOE de 26-VIII-1952-, art. 129 del III –BOE de 5-IX-1952- y 146 del IV –BOE de 2-IX-1952-) y el Protocolo adicional I de 1977, que a ellos se remite (artículo 85 –BOE de 26-VII-1989), la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989 (artículo 9.2 –no ratificado por España-), el Segundo Protocolo, de 1999, adicional a la Convención sobre protección de bienes culturales (artículo 16.1 –ratificado por España, aunque aún no publicado en el BOE-), y la Convención de la OUA de 1977 sobre la eliminación de las prácticas relativas a los mercenarios en África (artículo 8). En el ámbito del terrorismo internacional, el Convenio de La Haya sobre apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 (artículo 4 –BOE de 15-I-1973-), el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 (artículo 5 –BOE de 10-I-1974-), y su Protocolo del mismo año para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, que a él se remite (artículo 1 –BOE de 5-II-1992-), el Convenio de Roma para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988 (artículo 6.4 –BOE de 24-IV-1992-) y su protocolo del mismo año para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas localizadas en la plataforma continental (artículo 3.4 –BOE de 24-IV-1992-), la Convención de Nueva York sobre la prevención y la represión de crímenes contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, de 1973 (artículo 3.2 –BOE de 7-II-1986-), la Convención de 1994 sobre la seguridad del personal de Naciones Unidas y el personal asociado (artículo 10.4 –BOE de 25-V-1999-), el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares de 1972 (artículo 8.2 –BOE de 25-X-1991-), la Convención de 1979 contra la toma de rehenes de 1979 (artículo 5.2 –BOE de 7-VII-1984-), la Convención de Nueva York de 1997 para la represión de los atentados con bombas (artículo 6.4 –BOE de 12-VI-2001-), el Convenio de Nueva York de 1999, para la represión de la financiación del terrorismo (artículo 7.4 –BOE de 23-V-2002-) y el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977 (artículo 6 –BOE de 8-X-1980-). Véase igualmente, el apdo. II, 5, b, de

ninguno de esos instrumentos reconoce expresa y claramente este derecho cuando el sospechoso no se encuentra en territorio estatal.³⁵ La CDI, en su proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, tan solo contempló la jurisdicción universal con carácter obligatorio, y bajo la fórmula *aut dedere aut iudicare*, en el supuesto de presencia del sospechoso en el propio territorio.³⁶

En este contexto y simplificando un debate de mayor calado, dos son las grandes perspectivas que aparecen en torno a esta modalidad de la jurisdicción universal.³⁷ Para la primera, el derecho internacional no habría reconocido nunca ni aceptaría tampoco en la actualidad que un Estado extendiera su jurisdicción penal a hechos total y absolutamente desvinculados de su población, territorio u organización política, de modo que tratándose de crímenes internacionales cometidos en el extranjero, por

la *Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional* (Res. 49/60, de 17 de febrero de 1994), y la *Declaración complementaria* (Res. 51/219).

En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, inhumanos o degradantes de 1984 (artículo 5, —BOE de 9-XI-1987—), la Convención de las Naciones Unidas sobre desaparición forzada de personas, y las Convenciones de la OEA para prevenir y sancionar la tortura de 1985 (artículo 12) y sobre desaparición forzada de personas de 1994 (artículo 4). Véase, igualmente, el artículo 14 de la *Declaración de la Asamblea General sobre la protección de todas las personas frente a las desapariciones forzadas* (Res. 47/133), así como los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* adoptados por el ECOSOC en 1989.

³⁵ La única excepción viene representada por la piratería cometida en alta mar, respecto de la cual tanto el Convenio de Ginebra sobre alta mar de 1958 (artículo 19 —BOE de 27-XII-1971), como el Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (artículo 105 —BOE 14-II-1997-) reconocen a todo Estado un derecho de apresamiento y enjuiciamiento de los responsables

³⁶ *Informe de la CDI sobre la labor realizada en 48º periodo de sesiones*. Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer periodo de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/51/10). Puede verse un análisis en Graefarth, B., “Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court”, *EJIL*, vol. 1 (1990), pp. 67 y ss.

³⁷ Para un análisis de los problemas que plantea el principio de universalidad, véase Henzelin, M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruxelles, 2000; Bassiouni, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42 (2001), pp. 1 y ss.; Benavides, L., “The Universal Jurisdiction Principle”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, pp. 20 y ss.; o J.-M. Simon, “Jurisdicción Universal: la perspectiva del Derecho internacional público”, *REEI*, núm. 4 (2002).

extranjeros y contra extranjeros, sólo la presencia del sospechoso en el territorio del Estado le facultaría para proceder a su enjuiciamiento.³⁸

Para la segunda, el principio de jurisdicción universal está vinculado con la naturaleza de ciertos delitos y, más particularmente, con su carácter especialmente lesivo para intereses esenciales de la comunidad internacional, factor que constituye el fundamento de la facultad de todos los Estados para su enjuiciamiento.³⁹

Esta división subyace a la reciente reforma del principio de jurisdicción universal en España, en la que ha salido triunfadora la posición más restrictiva.⁴⁰ La nueva formulación del párrafo 4 del artículo 23 de la LOPJ parece apoyarse en los argumentos, y por ello sigue muy de cerca la decisión del tribunal supremo español del 25 de febrero de 2003 en el asunto Guatemala. En esta decisión, la mayoría contraria a la jurisdicción universal pura⁴¹ introdujo el requisito de la existencia de víctimas de nacionalidad española como condición imprescindible para la operatividad del título de jurisdicción previsto en el artículo 23, párrafo 4o. de la LOPJ en aquellos casos en que el sospechoso no se encuentre en territorio español. Llama poderosamente la atención el hecho de que el TS interpretase que la competencia de los tribunales españoles con base en dicho precep-

³⁸ Así, entre otras opiniones en este sentido, Cosnard, M., “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *RGDIP*, vol. 103, 1999, p. 323; Díez Sánchez, J. J., *El derecho penal internacional. Ámbito espacial de la ley penal*, Madrid, 1990, p. 179; J. Verhoeven, “Vers un ordre répressif universel? Quelques observations”, *AFDI*, vol. 55 (1999), pp. 62-63 o de forma algo más matizada, Martín Martínez, M., “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, *cit.*, p. 164; y Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford, 2003, pp. 286-295.

³⁹ Los partidarios de esta tesis toman igualmente en consideración el hecho de que en la mayor parte de los convenios internacionales antes citados, y junto a la obligación de juzgar o extraditar para el llamado Estado de custodia, se acostumbra a incluir una cláusula en virtud de la cual “no se excluye ninguna jurisdicción ejercida de conformidad con el Derecho interno”. Cabe vincular a esta segunda tesis, por ejemplo, con Remiro Brotons, *Los límites...*, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

⁴⁰ Se trata de una división similar a la que ya se apreció entre los ocho jueces de la CIJ que se pronunciaron sobre el tema en el asunto relativo a la orden internacional de arresto. Véase en sus opiniones separadas a la sentencia del 14 de febrero de 2002, ya citada.

⁴¹ La posición mayoritaria se basa en la premisa según la cual “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”, sin que la propia naturaleza del delito pueda ser en sí misma uno de esos elementos de conexión. F. D. 9o., pfo. 1o.

to se limita exclusivamente a los hechos cometidos contra ciudadanos españoles.⁴² Efectivamente, el TS sostuvo que es necesaria la existencia de una “conexión con interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respecto al principio de no intervención”, lo que reiteró en la sentencia del caso *Falun Gong*.⁴³ Esta conexión se apreciará exclusivamente en relación con el delito de que se trate y no con otros.⁴⁴ Dicho en otras palabras, el TS otorga sólo jurisdicción cuando se trate de los supuestos señalados en el artículo 23, 4o. h) LOPJ,⁴⁵ y sólo cuando se cometan contra ciudadanos españoles.

Tal decisión del TS fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, y éste reversionó completamente aquella interpretación (STC

⁴² La existencia de víctimas de nacionalidad española había sido valorada en pronunciamientos anteriores de órganos judiciales españoles. Véase a este respecto Auto del JCI núm. 6, de 20 de septiembre de 1998, en el asunto Pinochet, F.D. 3o., o autos de 4 y 5 de noviembre del pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, asuntos argentinos y chilenos ya citados, F.D. 9o.), pero ni siempre había sido así (véase el auto del JCI núm. 5, de 25 de marzo de 1998, asuntos argentinos, F.D. 9o., o el auto del JCI núm. 1, de 27 de marzo de 2000, en el asunto Guatemala, F.D. 2o., en los que se argumenta en términos de estricta universalidad), ni la nacionalidad española de las víctimas había sido nunca el criterio decisivo para afirmar una jurisdicción que se consideraba basada en el principio de universalidad y no en el de personalidad pasiva —el cual, por otra parte, no se contempla entre los títulos de jurisdicción del artículo 23 LOPJ—, ni tampoco su toma en consideración había implicado nunca una restricción de la competencia al enjuiciamiento exclusivo de los delitos cometidos contra españoles.

⁴³ FJ 2, apartado 3 y 4.

⁴⁴ En el caso concreto del delito de genocidio, el TS, caso Guatemala, FJ 11, afirmó 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 delito de genocidio, ni de las 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”.

También en esta línea en el caso *Falun Gong*, FJ 2, apartado 5.

⁴⁵ En el momento de dictar la STS 327/03 era el epígrafe g).

237/2005) avalando el principio de jurisdicción universal pura o absoluta.⁴⁶

Es preciso señalar que ni en el tenor literal del antiguo artículo 23, párrafo 4, de la LOPJ ni los trabajos parlamentarios de los que surgió⁴⁷ avalan una interpretación restrictiva del principio de jurisdicción universal. Habría por tanto que proceder al examen de los elementos más relevantes de la práctica internacional sobre los que pudiera apoyarse tal constatación.

En primer lugar, hacemos referencia a la práctica interna de algunos Estados de nuestro entorno. Cabe señalar, de una parte, el auto del juez instructor del Tribunal Supremo Federal alemán del 13 de febrero de 1994 en el asunto Tadic, en el cual, en efecto, se interpretó el artículo 6.1 del Código Penal alemán (StGB) en el sentido de que la jurisdicción universal en él prevista exigía para su ejercicio la existencia de un vínculo adicional de conexión con Alemania (doctrina del vínculo de legitimación), considerando como válido al respecto la residencia pasada del sospechoso en territorio germano así como su arresto dentro de él.⁴⁸ Habría que hacer referencia a desarrollos posteriores de la práctica alemana, en especial, la sentencia del 21 de febrero de 2001 del Tribunal Supremo

⁴⁶ Para un certero análisis de las tesis enfrentadas de ambos tribunales véase Ollé Sesé, M., *Justicia universal para crímenes internacionales de primer grado*, La Ley, 2008.

⁴⁷ Un resumen del citado pronunciamiento puede encontrarse en la base de datos del CICR sobre aplicación nacional del Derecho internacional humanitario, disponible en <http://www.cicr.org/ihl-nat.nsf/WebLAW?OpenView>. Para un análisis crítico de ésa y otras resoluciones posteriores en el sentido de exigir un “legitimizing link”, K. Ambos y S. With, “Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia Before German Criminal Courts (1994-2000)”, en Fischer, H., C. Kreb y S. Lüder (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law. Current Developments*, pp. 769 y ss.; y S. Wirth, *International Criminal Law in Germany. Case Law and Legislation. Presentation to the Conference Combating International Crimes Domestically*, Ottawa, 22-23 April 2002, pp. 2 y ss. Disponible en: <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/onlinepub/Ottawa.pdf> (visitada el 14-III-2003).

⁴⁸ En dicha sentencia, el Tribunal supremo alemán en materia penal sostuvo que “The Court inclines, in any case under Article 6 para 9 of the German Criminal Code, not to hold as necessary these additional factual links that would warrant the exercise of jurisdiction... Indeed, when, by virtue of an obligation laid down in an international treaty, Germany prosecutes and punishes under German law an offence committed by a foreigner abroad, it is difficult to speak of an infringement of the principle of non-intervention” (judgment of 21 february 2001, 3 StR 327/2000). La cita ha sido tomada de Cassese, A. *International..., cit.*, p. 289.

(*Bundesgerichtshof*) en el asunto Sokolovic,⁴⁹ así como a la ley relativa al Código de Crímenes contra el Derecho Internacional de 26 de junio de 2002, adoptada con la finalidad de adaptar el derecho penal alemán al Estatuto de la CPI. En su artículo 1o. reconoce la jurisdicción universal de tal forma que “un asunto no sólo debe ser investigado si el sospechoso se encuentra en territorio alemán, sino también si la presencia del sospechoso es previsible. Razonablemente, esto significa que un asunto será tomado en consideración si existe una posibilidad real de que la persona en cuestión sea extraditada previa solicitud a Alemania”.⁵⁰

Por su parte, la sentencia de la Cour de Cassation belga, del 12 de febrero de 2003 en el asunto Sharon, reconoció claramente la jurisdicción universal absoluta contemplada entonces en la legislación belga.⁵¹

⁴⁹ Kaul, H. P., Mlitzke, A., y Wirth, S., *International Criminal Law in Germany. The Drafts of the International Crimes Code and the Rome Statute Implementation Act*. Informe presentado por la Delegación Alemana en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional durante su 9a. sesión celebrada el 18 de abril de 2002. Disponible en la siguiente dirección de internet <http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools/analysis/Comments%20on%20ICCode%20and%20E41.pdf>. Esta ley se aplica a los crímenes en ella previstos —que son los de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra contemplados en el Estatuto de la CPI— “incluso cuando el delito sea cometido en el extranjero y no mantenga ninguna relación con Alemania” (Cursiva añadida). La ley, traducida al inglés, se encuentra disponible en la siguiente dirección de internet: www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools/legislationdebates/German-CodeOfInternation4C1.pdf.

⁵⁰ En la citada decisión, el tribunal supremo belga declaró inadmisibles las acciones ejercidas contra A. Sharon por considerar aplicable con preferencia al derecho interno belga el Derecho internacional consuetudinario en materia de inmunidad de los altos representantes estatales en ejercicio, tal y como lo había interpretado la CIJ en el asunto relativo a la orden internacional de arresto. Por el contrario, consideró admisibles las acciones presentadas contra el comandante A. Yaron, por considerar que el artículo 7o. de la ley belga de 1993 (reformada en 1999) sobre represión de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario no condiciona el ejercicio de la jurisdicción universal en ella prevista a la presencia del sospechoso en territorio belga. Cour de Cassation, Section Française, 2e Chambre, arrêt du 12 février 2003, *Aff. Hijazi S. et crts. C/ Sharon A. et Yaron A.*, núm. JC032C1_1. El texto de la sentencia, junto a las conclusiones del *procureur général* Du Jardin, está disponible en la página web de la Cour de Cassation en Internet: <http://www.cass.be/juris>.

⁵¹ Es el caso, por ejemplo, de Francia, donde el requisito de la presencia del presunto responsable en el territorio, prevista tanto en el *Code de Procédure Pénale* (artículo 689.1) como en las leyes de adaptación del ordenamiento francés a las resoluciones de creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, fue objeto en el asunto Javor de una interpretación considerablemente rígida por parte de la *Cour de Cassation*, vinculando cualquier ac-

No obstante, de un análisis detallado de la práctica interna de los Estados, se extrae la conclusión de que la mayoría de los ordenamientos internos vinculan el ejercicio de la jurisdicción universal a la presencia del sospechoso en el propio territorio.⁵² Pero ello no implica afirmar que la mayoría equivalga a unanimidad.⁵³ Algunos ordenamientos prevén la posibilidad de ejercer

tuación judicial en Francia con base en el principio de universalidad a la existencia de claros indicios que acrediten que el sospechoso se encuentra en territorio galo. Véase, al respecto, Stern, B., "La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex Yougoslavie et au Rwanda", *GYBIL*, vol. 40, 1997, pp. 292 y ss.; Lattanzi, F., "La competenza delle giurisdizioni di Stati 'terzi' a ricercare e processare i responsabili dei crimini nell'ex Iugoslavia en el Ruanda", *Riv. Dir. Int.*, vol. 78, 1995, pp. 707 y ss.; Maison, R., "Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes", *EJIL*, vol. 6, 1995, pp. 623 y ss. Igualmente, en Holanda y en el caso relativo al antiguo presidente de Surinam D. D. Bouterse, el Tribunal Supremo holandés sostuvo que, si bien la legislación holandesa no exige la presencia del sospechoso en el territorio holandés, no cabe el enjuiciamiento de un individuo por actos de tortura cometidos en el extranjero más que "si concurre alguna de las conexiones previstas por la convención para el establecimiento de la competencia jurisdiccional, por ejemplo, si el acusado o la víctima fueran holandeses o hubieran de ser considerados como tales o si el acusado se encontrase en el territorio holandés en el momento de su arresto". Véase. Kleffner, J. K., "Jurisdiction over genocide, crimes against humanity, war crimes, torture and terrorism in the Netherlands", en Cassese, A. & Delmas-Marty, M. (eds.), *Crimes internationaux et juridictions nationales. Etude comparée*, París, 2002, disponible en internet: <http://www.jur.uva.nl/aci/jann-kleffner1.pdf>.

Además de los casos mencionados, la referencia al requisito de la presencia es una constante en la inmensa mayoría de las legislaciones que prevén la jurisdicción universal, entre otras, la ley australiana sobre crímenes de guerra de 1945, enmendada en 1988 y 1999 (sect. 11), el código penal austriaco (artículo 64), el código penal danés (artículo 8.6), el código francés de procedimiento penal (artículo 689.1) y las leyes relativas a la adaptación de la legislación francesa a las resoluciones del Consejo de Seguridad por las que se crearon los Tribunales penales internacionales *ad hoc* (artículo 2), el código penal nicaragüense de 1974 (artículo 16), el código penal polaco de 1997 (artículo 110 y 113), el código penal portugués de 1995 (artículo 5.1), las Leyes británica y escocesa relativas a la Corte Penal Internacional, que exigen no sólo presencia sino residencia (sects. 68 y 6.2, respectivamente), el código penal sueco (sect. 2, cap. 2), el Código Penal suizo (artículo 6 bis), el código penal venezolano (artículo 4.9), o la ley sudafricana relativa a la Corte Penal Internacional (artículo 4.2).

⁵² Así lo señala Sánchez Legido, A., *La práctica española en materia de jurisdicción universal*.

⁵³ El reconocimiento por la citada ley de una jurisdicción universal absoluta fue el resultado de la intención expresa del legislador belga. Véase Andries, A. *et al.*, "Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la repression des infractions graves au droit international humanitaire", *Revue de droit pénal et de la criminologie*, 1994, p. 1173, y David, E., "La

la jurisdicción universal incluso cuando el sospechoso se encuentra fuera de las propias fronteras. Además de la ley belga de 1993/1999 sobre represión de las infracciones graves del derecho internacional humanitario,⁵⁴ cabe mencionar el reconocimiento de la jurisdicción universal por los tribunales israelíes en los asuntos Eichmann⁵⁵ y Demjanjuk,⁵⁶ o más recientemente, la ley neozelandesa sobre la Corte Penal Internacional⁵⁷ y la ya citada ley alemana relativa al Código de Crímenes contra el Derecho Internacional.

loi belge sur les crimes de guerre”, *RBDI* (1995), pp. 677-678. Cuestionado por la Sala de cuestiones preliminares del *Tribunal de Grande Instance* de Bruselas en el asunto *Sharon* (decisión de 12 de abril de 2002), el carácter absoluto de la jurisdicción universal prevista en la citada ley ha sido corroborada por la Cour de Cassation en su sentencia, ya citada, de 12 de febrero de 2003. Véase, no obstante, la reforma de que ha sido objeto muy recientemente dicha ley, *infra*, nota 102.

⁵⁴ Las sentencias del Tribunal de Distrito de Jerusalén y del Tribunal Supremo israelí en el asunto *Eichmann*, en *Int. Law Reports*, vol. 36 (1968).

⁵⁵ Puede encontrarse abundante información sobre este asunto en la página web de Equipo Nizkor: <http://www.nizkor.org/hweb/people/d/demjanjuk-john>.

⁵⁶ *International Crimes and International Criminal Court Act* (2000), sect. 8. Disponible en la ya citada base de datos del CICR.

⁵⁷ Dicha cláusula está incluida en todos los convenios relativos a la *seguridad aérea* (Convenio de Tokio de 1963 sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves -artículo 3.3, BOE de 25-XII-1969-, de La Haya de 1970 (artículo 4.3), de Montreal de 1971 -artículo 5.3-, así como, por remisión a este último, Protocolo de Montreal de 1988 -artículo 1-) y *marítima* (Convenio de Roma de 1988 -artículo 6.5- y Protocolo de 1988 -artículo 3.5-), así como a *ciertas prácticas y actividades relacionadas con el terrorismo* (Convenio de 1973 sobre personas internacionalmente protegidas -artículo 7-, Convenio de 1979 sobre toma de rehenes - artículo 8-, Convenio de Viena de 1979 sobre protección de materiales nucleares - artículo 8.3-, Convenio de 1994 sobre protección del personal de Naciones Unidas - artículo 10.5-, Convenio relativo a la represión de los atentados con bombas - artículo 6.5- y Convenio relativo a la financiación del terrorismo - artículo 7.6-), en diversos convenios adoptados en materia de *delincuencia transnacional* a partir de los ochenta (Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas narcóticas y sustancias psicotrópicas de 1988 -artículo 4.3, BOE DE 10-XI-1990-, Protocolo facultativo, de 2000, a la Convención sobre derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía -artículo 4.4, BOE de 31-I-2002- y Convenio de Naciones Unidas de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional - artículo 15.6- y, por remisión a él, Protocolos sobre tráfico de personas, tráfico de inmigrantes - artículo 1.2- y tráfico ilícito de armas de fuego - artículo 1.2-, ratificados por España, así como en ciertos convenios adoptados también a partir de los ochenta en el ámbito del *Derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos* (Convenio sobre *mercenarios* de 1989 - artículo 9.3-, el protocolo sobre protección

Un segundo elemento a considerar son los tratados de derecho penal internacional, en los cuales se contemplan criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que sean utilizados como refugio.

No obstante, aunque ninguno de esos tratados prevé expresa y literalmente la jurisdicción universal con carácter absoluto, se debe resaltar que en casi todos ellos se incluye una cláusula en cuya virtud no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.⁵⁸

Un tercer elemento de la práctica internacional a valorar sería la sentencia de la CIJ del 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de

de bienes culturales de 1999 - artículo 16.2- o los convenios sobre la *tortura* de Naciones Unidas - artículo 5.3- y de la OEA - artículo 12-).

⁵⁸ Dicha cláusula está incluida en todos los convenios relativos a la seguridad aérea (Convenio de Tokio de 1963 sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves - artículo 3.3, BOE de 25-XII-1969-, de La Haya de 1970 (artículo 4.3), de Montreal de 1971 - artículo 5.3-, así como, por remisión a este último, Protocolo de Montreal de 1988 - artículo 1-) y marítima (Convenio de Roma de 1988 - artículo 6.5- y Protocolo de 1988 - artículo 3.5-), así como a ciertas prácticas y actividades relacionadas con el terrorismo (Convenio de 1973 sobre personas internacionalmente protegidas - artículo 7-, Convenio de 1979 sobre toma de rehenes - artículo 8-, Convenio de Viena de 1979 sobre protección de materiales nucleares - artículo 8.3-, Convenio de 1994 sobre protección del personal de Naciones Unidas - artículo 10.5-, Convenio relativo a la represión de los atentados con bombas - artículo 6.5- y Convenio relativo a la financiación del terrorismo - artículo 7.6-), en diversos convenios adoptados en materia de delincuencia transnacional a partir de los ochenta (Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas narcóticas y sustancias psicotrópicas de 1988 -art. 4.3, BOE DE 10-XI-1990-, Protocolo facultativo, de 2000, a la Convención sobre derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía -artículo 4.4, BOE de 31-I-2002- y Convenio de Naciones Unidas de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional - artículo 15.6- y, por remisión a él, Protocolos sobre tráfico de personas, tráfico de inmigrantes - artículo 1.2- y tráfico ilícito de armas de fuego - artículo 1.2-, ratificados por España, así como en ciertos convenios adoptados también a partir de los ochenta en el ámbito del Derecho internacional humanitario y del Derecho Internacional de los derechos humanos (Convenio sobre mercenarios de 1989 - artículo 9.3-, el protocolo sobre protección de bienes culturales de 1999 - artículo 16.2- o los convenios sobre la tortura de Naciones Unidas - artículo 5.3- y de la OEA - artículo 12-).

arresto, en la cual, sin embargo, el órgano judicial principal de Naciones Unidas, aceptando la petición de las partes, no se pronunció sobre la compatibilidad con el derecho internacional de la jurisdicción universal prevista en la ley belga de 1993/1999.

Un cuarto elemento a valorar sería el Estatuto de la Corte Penal Internacional, del que en principio no parece poder extraerse consecuencia alguna sobre el alcance con el cual el derecho internacional reconoce la jurisdicción universal.

IV. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: DE LA CONSOLIDACIÓN A LA REFORMA

Antes de la reforma legislativa, el artículo 23, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial consagraba la aplicación del *principio de jurisdicción* universal con la siguiente formulación:

...será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. Genocidio.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Falsificación de moneda extranjera.
- e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- h. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- i. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Esta formulación constituía una excepción al principio básico de aplicación de la ley penal española, como es el *principio de territorialidad*, regulado en los artículos 8. 1 C.c. y 23. 1 de la LOPJ.

En consecuencia, carecía de trascendencia el territorio español, la nacionalidad del responsable del delito, los intereses o la defensa de nuestro

Estado, o la nacionalidad de la víctima. Además, era competente la jurisdicción española fuese o no punible el hecho en el lugar de ejecución, medie o no denuncia o querella del Ministerio Fiscal; ya que únicamente condicionaba la aplicación de dicho principio un único requisito: que el presunto delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado y, en este último caso, que haya cumplido la condena (artículo 23.5 LOPJ).

Por otro lado, se observa que la vinculación con *intereses internacionales* se encontraba presente en todos los delitos que la LOPJ incluía en el principio de jurisdicción universal, porque todos ellos se apoyan en la celebración de convenios o tratados, lo que por otra parte, explica la referencia genérica a los Tratados de la letra g del artículo 23, párrafo 4, de la LOPJ que se constituye así en cláusula de recogida de todos los supuestos no contenidos en apartados anteriores y consagra un fundamento común a todos ellos: el compromiso internacional en la persecución de delitos.⁵⁹

El principio de jurisdicción universal no es el único caso de extraterritorialidad de la ley penal española que se admite pero, en cambio, presenta algunas características diferenciales respecto de otros igualmente admitidos (principio de personalidad activa, principio de protección...). Así lo ha señalado García Arán, al indicar que, desde un punto de vista formal,

las declaraciones de extraterritorialidad de la ley penal formuladas por un Estado no plantean problemas de interferencia con la soberanía de otros. Los Estados no pueden realizar actos de soberanía en el territorio de otro, pero son soberanos para decidir el ámbito de su propio poder punitivo. El grado de eficacia de tales declaraciones dependerá, a su vez, del grado de legitimación internacional que se les reconozca, especialmente si el sujeto perseguido se encuentra en el territorio de otro Estado al que debe solicitarse la extradición.

Y ahí es donde se encuentra una de las principales diferencias entre el principio de jurisdicción universal y otros casos de extraterritorialidad. En efecto, el principio personal y el principio real o de protección son supuestos en los que el Estado extiende sus propias competencias más allá de sus fronteras por motivos distintos a los que inspiran el principio de justicia universal; así, cuando el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española (LOPJ) declara competente al Estado español para

⁵⁹ García Arán y López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 63 y ss.

perseguir delitos cometidos por españoles en el extranjero (principio personal) pretende, entre otras cosas, juzgar a los autores cuando se hayan refugiado en España después de delinquir en otro país que resultaría competente por el principio de territorialidad, y ello porque de ser solicitada la extradición para ser juzgados en el país de comisión, España debería denegarla en aplicación del principio de no entrega de los nacionales que recoge la Ley de Extradición Pasiva. El principio *aut dedere, aut iudicare* obliga a juzgar el hecho en España y para ello los Tribunales españoles deben considerarse competentes aunque el hecho se haya cometido en otro país. Por otra parte, el principio de protección (artículo 23.3 LOPJ) se basa en la pretensión de extender la autoprotección del Estado más allá de los límites territoriales y se trata, por tanto, de una extensión de soberanía sólo ejercitable si resulta reconocida por el país competente por el principio de territorialidad, lo que plantea innumerables problemas si el autor se encuentra en otro país y éste deniega la extradición por considerar los hechos como delito político.

En cambio, según García Arán, el principio de jurisdicción universal constituye el

punto de conexión entre la soberanía estatal y las normas de Derecho internacional (normalmente convencionales) que establecen las bases para la demanda de responsabilidad por atentados a intereses supranacionales de diferente importancia. No se trata por tanto, de una mera extensión de la propia competencia para proteger a los propios nacionales o los propios intereses, sino del ejercicio de la soberanía propia, en cierta forma como delegación de un grado de soberanía supranacional admitido en torno a determinados bienes jurídicos o como órgano de la comunidad internacional que es el primer titular de los mismos.

En lo relativo a la competencia judicial, siguiendo el artículo 9. 3 LOPJ “*los (Juzgados y Tribunales) del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales...*”. Así, la competencia general para el conocimiento de los delitos y faltas es de los jueces y tribunales españoles. No obstante, la concreción definitiva del órgano que haya de ocuparse del asunto en cuestión viene determinada, en este caso, por el artículo 65 LOPJ, que establece que la Audiencia Nacional es competente para conocer de aquellas causas que se sustenten en el principio de justicia universal, ya que en virtud de este precepto, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá “Del enjuiciamiento,

salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: ...e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales Españoles”.

Por tanto, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá del enjuiciamiento de los delitos previstos en el artículo 65. 1 LOPJ, siempre que su enjuiciamiento no se atribuya a los Juzgados Centrales de lo Penal (a los que corresponde el enjuiciamiento de los delitos especificados en el mencionado precepto, a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años).

En lo que se refiere a los recursos contra las resoluciones que dicte esta Sala, podrán conocer, o bien la Sala de Apelación de la propia Audiencia Nacional (artículo 64 bis LOPJ: “La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional conocerá de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal”), o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que según el artículo 57. 1. 1 LOPJ conocerá “De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la Ley”.

En virtud del análisis realizado, la consolidación del principio de jurisdicción universal en España resulta evidente. Sin embargo, la aplicación de este principio se ha visto enormemente restringida, y ello conduce a plantear como cuestión obligada las razones políticas y jurídicas que la explican. Las trece causas abiertas ante la Audiencia Nacional, los conflictos diplomáticos con otros países, cuando no la presión ejercida directamente por algunos de ellos, como Israel y China, y la propia demanda de la judicatura española de criterios más claros para el ejercicio de la jurisdicción universal, así como el pedido de filtros comparables a los que existen en otros países, han conducido finalmente a la reforma del principio de jurisdicción universal en el artículo 23, párrafo 4, de la LOPJ.

El pasado 19 de mayo el Congreso de los diputados acordó, con el apoyo de los grupos mayoritarios, modificar el artículo 23.4 de la LOPJ. Se limita ahora la aplicación de este principio para casos en los que:

- haya víctimas españolas.
- o responsables en España.
- y, en todo caso, siempre que un tribunal internacional o el país donde sucedieron los hechos no esté procediendo a su “persecución efectiva”.

A partir de ahora, como requisitos para que la justicia española pueda actuar bajo el principio de jurisdicción universal, por tanto, se establece la necesidad de que *se demuestren “vínculos de conexión relevante” con España*, que haya víctimas de nacionalidad española o que el autor de delito esté en territorio nacional, restringiéndose con ello el principio de jurisdicción universal hasta el punto de hacerlo prácticamente inaplicable.

Esta reforma del apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ, por la que se desvirtúa completamente el principio de justicia universal, fue ya aprobada por el Congreso, y el 7 de octubre de 2009 por el Senado. El Congreso dió luz verde el 15 de octubre de 2009 a las enmiendas aprobadas en el Senado, y el trámite parlamentario finalizó mediante la publicación de la nueva norma en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE).⁶⁰

La polémica reforma del principio de justicia universal se ha incluido en la nueva Ley de la Oficina Judicial. La norma tenía como objetivo inicial la reforma de los juzgados; sin embargo, se ha aprovechado la tramitación para incluir una restricción de la competencia de la Audiencia Nacional, que a partir de su entrada en vigor sólo será competente para los casos que presente una conexión relevante con España.

Desde el momento en que se conoció la intención de reformar la citada norma, jueces de la Audiencia Nacional se posicionaron en contra. De la misma forma lo han hecho numerosas organizaciones de defensa de los derechos humanos, así como sindicatos, quienes han criticado duramente el proyecto de ley para limitar el ejercicio de la jurisdicción universal, afirmando que “tendrá graves consecuencias para la lucha contra la impunidad”. Al mismo tiempo, ha sido duramente criticada la forma en la que se ha procedido a reformar el artículo 23, párrafo 4, de la LOPJ, y es que al adoptarse el acuerdo aprovechando el trámite de enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Oficina Judicial, se ha sustraído esta reforma al necesario debate informado que la cuestión exige.

En la redacción del nuevo precepto se limita al juez a conocer únicamente causas que tengan una “conexión nacional”, entrando así España

⁶⁰ *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE, núm. 266, de 4 de noviembre de 2009, p. 92089.

en la lista de los países más restrictivos para el ejercicio de la jurisdicción universal. El texto es el siguiente:

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

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

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

5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo.⁶¹

⁶¹ Así quedan redactados los apartados 4 y 5 del artículo 23 de la LOPJ.

De este modo, sólo podrá perseguirse a los presuntos delincuentes si éstos se encontraran presentes en España, si las víctimas fueran españolas, si concurriera algún vínculo de conexión relevante con España, y siempre que un tribunal internacional u otro “tribunal competente” no haya abierto una investigación sobre el asunto. Obviándose con ello la doctrina del Tribunal Constitucional desde 2005 establecida en el caso “Guatemala”, por la cual se declaró que “...*el alcance de la jurisdicción universal es absoluto y prima sobre la existencia o no de intereses nacionales...*”.

Así, el ejercicio del principio de jurisdicción universal va a quedar restringido a muy pocos casos, puesto que será imprescindible a partir de la reforma que la causa presente “vínculos de conexión relevante con España”. Por tanto, y a propósito de citar el “caso Guatemala”, entendemos que la línea que va a seguirse por los tribunales en aplicación a este principio es la establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 327/2003, del 25 de febrero de 2003, que exigía conexión con intereses españoles (que fue posteriormente anulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005). De esta forma, a modo de ejemplo, en el citado caso del genocidio guatemalteco, la Audiencia Nacional únicamente podría declarar su competencia para conocer de los hechos denunciados que tuvieron lugar en Guatemala, pero limitando su conocimiento a aquellos en los que se aprecia una conexión con un interés nacional (ataque a la Embajada española el 30 de enero de 1980 y asesinato de sacerdotes católicos españoles).

1. *La jurisprudencia española*

El principio de jurisdicción universal ha sido interpretado de diversas formas por nuestros tribunales. La *LOPJ* no exigía ningún otro requisito ni condición, no obstante, las restricciones para su aplicación han sido introducidas por la jurisprudencia. En este apartado nos proponemos comentar las principales decisiones judiciales y extraer algunas ideas conclusivas.

A. *Caso Scilingo*

Adolfo Scilingo, militar argentino, fue detenido en España tras presentarse voluntariamente a declarar ante el juez Garzón en 1997. Fue acusa-

do de la comisión de crímenes contra la humanidad cometidos durante la última dictadura militar en Argentina.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 1362/2004, señala que en este caso es competente la jurisdicción española (la Audiencia Nacional) porque los delitos de los que se acusa a Scilingo “afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la comunidad internacional..., el presunto culpable se halla en territorio español... y existe un punto de conexión directo con intereses nacionales en cuanto aparecen víctimas de nacionalidad española”.

El 19 de abril de 2005 la Audiencia llega a la primera sentencia condenatoria en el sumario 19/97, que agrupa las causas contra las dictaduras chilena y argentina. Esta sentencia representa una de las mayores expresiones del ejercicio del principio de jurisdicción universal por dicho tribunal. Se trata de una sentencia histórica para el derecho penal internacional, que encuentra su justificación tanto en la imposibilidad de aplicación del Estatuto de Roma a hechos anteriores a su vigencia (artículo 11), como en el estado de impunidad de los hechos enjuiciados en Argentina, como consecuencia, principalmente, de las leyes de punto final y obediencia debida, declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de ese país dos meses después de que la Audiencia Nacional dictara Sentencia.

En esta sentencia de la AN, de 19 de abril de 2005, se condena a Scilingo a 640 años de prisión por la comisión de crímenes contra la humanidad. La Audiencia cambia la calificación jurídica de los hechos respecto de la que hizo el juez instructor, y en lugar de por genocidio, terrorismo y torturas, condena aplicando el nuevo artículo 607 bis que introdujo en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad en 2004. La Audiencia argumenta en su sentencia que ello no implica, sin embargo, una violación del principio de legalidad, pues los crímenes contra la humanidad ya existían en la costumbre internacional en el momento de comisión de los hechos. Además, la Audiencia Nacional afirma su competencia sobre este delito recién incorporado a nuestro Código Penal por el principio de jurisdicción universal apelando directamente a su carácter internacional, a pesar de que la misma ni viene recogida expresamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial ni viene impuesta por ningún tratado internacional.

B. *Caso Pinochet*

Días después de la denuncia por lo sucedido en Argentina se interponía otra en el mismo sentido por los sucesos acaecidos durante la dictadura chilena. En este proceso, como en el anterior, la Fiscalía siguió la misma línea de oposición, si bien, en el caso de Chile, no se manifestó contraria a la entrada de la jurisdicción española para enjuiciarlo.

Años más tarde, y tras grandes esfuerzos por parte de acusaciones populares y particulares y jueces de instrucción, se produce en España una actuación determinante que supuso un hito en la historia del derecho internacional y de los derechos humanos. Los días 4 y 5 de noviembre de 1998, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, reunida en pleno, ratifica por unanimidad la competencia de la Jurisdicción española para entender de los crímenes perpetrados por las dictaduras argentina y chilena, aceptando, indiciariamente, la calificación de los mismos como constitutivos de delitos de genocidio, terrorismo y torturas.

También en este caso la Audiencia Nacional estimó el criterio de la subsidiariedad para el delito de genocidio, que, sin embargo, no fue objeto de polémica ni contienda judicial, por la “imposibilidad legal” del ejercicio jurisdiccional en aquellos países por la existencia de la Ley de Amnistía en Chile, la Ley de Obediencia Debida y la ley de Punto Final en Argentina, era patente la absoluta ausencia de procedimientos judiciales, lo que legitimaba, aún aplicando el criterio de subsidiariedad, la intervención de los tribunales españoles.

Con respecto al auto de la Audiencia Nacional del 5 de noviembre de 1998, merece destacarse la conceptualización del delito de genocidio que realiza la Sala, estimando que el genocidio es un crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano, mediante la muerte o la neutralización de sus miembros; es decir, un crimen contra la humanidad donde todas las acciones van destinadas a exterminar a un grupo humano, sean cuales sean, las características diferenciadoras del grupo. Para la Sala,

el sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de Derecho Internacional, requiere que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino simplemente,

“grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor, lo que se ha venido a denominar por la doctrina como “genocidio social”.

Otro punto a destacar del mencionado Auto de la AN es la interpretación que realiza del artículo 23. 4 de la LOPJ como norma procesal y no penal. Estableciendo en este sentido que

El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial — en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera— no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma —tal sucede en este caso—, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio —la pena— trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito.

Por otro lado, uno de los argumentos utilizado por la cancillería chilena para oponerse a la extradición de Pinochet, fue la invocación de la vulneración del principio de igualdad soberana entre los Estados que consagra la Carta de las Naciones Unidas. Con respecto a ello, el Auto de la Sala, objeto de estudio, afirma en el fundamento jurídico noveno que “El artículo 2, apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas (“La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”) no es norma jurídica que permitiese neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23, apartado cuatro...”. Lo que justifica el Auto en que

Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales; continúa afirmando España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos —categoría de Derecho internacional— acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos.

A través de este caso, además de lo apuntado hasta el momento, observamos que para la aplicación del principio de jurisdicción universal por los tribunales españoles no se exige ni la punibilidad en el lugar de ejecución ni la presencia del delincuente en territorio español. Pudiendo obtenerse su presencia, como se intentó en este caso, mediante una orden internacional de detención y petición de extradición.

C. Caso Guatemala

La ONU calificó de genocidio la represión perpetrada por el ejército de Guatemala sobre las comunidades mayas durante el periodo 1978-1983.

Según los datos de la ONU fueron unas 200.000 víctimas, entre muertos y desaparecidos. El 93% de ellas, según el informe de Naciones Unidas, fueron causadas por las fuerzas de seguridad del Estado y, en su gran mayoría, pertenecían a la población maya.

La justicia guatemalteca no actuó, y tampoco lo podía hacer la Corte Penal Internacional, puesto que no puede tratar retroactivamente de los delitos cometidos antes de julio de 2002 (fecha de su entrada en vigor). En este contexto, cobra especial importancia la actuación de los tribunales españoles a través del principio de jurisdicción universal.

La querella fue interpuesta por Rigoberta Menchú en 1999 por diversos hechos perpetrados en Guatemala entre los citados años considerados como delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal. Los demandados fueron el ex general golpista Ríos Montt, jefe de gobierno en 1982 y 1983, y los ex presidentes guatemaltecos Óscar Humberto Mejías Vítores, jefe de Gobierno por golpe de Estado entre 1983 y 1986, y Fernando Romeo Lucas García, dictador entre 1978 y

1982, como otros cinco militares que ocuparon diferentes cargos durante la dictadura.

El Juzgado Central de Instrucción número 1 admitió entonces a trámite la querrela porque consideró que el genocidio guatemalteco constituía un delito de persecución universal. Sin embargo, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó a instancias de la Fiscalía investigar los hechos, ordenando archivar el caso “por falta de jurisdicción”, aplicando, para ello, el principio de subsidiariedad, al establecer la necesidad de que conste la imposibilidad de ejercer la jurisdicción por parte del país territorialmente competente para que pueda aplicarse el principio de jurisdicción universal; es decir, que exista la imposibilidad o una denegación de justicia acreditada.

Posteriormente, se interpuso recurso de casación, interesando la interpretación restrictiva realizada por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 327/2003, del 25 de febrero de 2003, que exige conexión con intereses españoles. Así, en el fundamento de derecho octavo, declara el TS:

es preciso tener en cuenta que en la doctrina del derecho penal internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte de un Tratado. En tales casos se admite que el principio tiene una justificación indudable. Por el contrario, cuando solo ha sido reconocido en el derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional. En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede —como ha quedado dicho— contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales.

El fundamento de derecho noveno, por su parte, establece que:

el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 2.7 Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones solo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional, y en especial por las Naciones Unidas como su órgano representativo, de forma que una tal decisión no debería ser adoptada unilateralmente por

un Estado o por los jueces de un Estado, apreciando por sí la necesidad o conveniencia de la intervención.

Continuando:

En los tratados internacionales suscritos en orden a la persecución de delitos que afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiendo solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución.

De este modo, como comprobamos, el TS se inclina en dicha sentencia por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una *conexión con un interés nacional como elemento legitimador*, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. Negando, por tanto, la jurisdicción de los tribunales españoles para el conocimiento de los hechos ocurridos en Guatemala, argumentando que tal jurisdicción no puede extraerse:

de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio, ni de las de ningún otro convenio o tratado suscrito por España... ni 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.

La Sentencia señala, por tanto, que el Convenio contra el Genocidio no establece el principio de jurisdicción universal; en cambio, añade que la Convención contra la Tortura sí permite (con base en el principio de nacionalidad pasiva) el enjuiciamiento por los Tribunales españoles de los casos no juzgados en el país donde ocurrieron los hechos, cuando haya

nacionales afectados. En este sentido, el TS declara la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos denunciados, que tuvieron lugar en Guatemala limitando su conocimiento a aquéllos en los que se aprecia una conexión con un interés nacional (ataque a la Embajada española el 30 de enero de 1980 y asesinato de sacerdotes católicos españoles), revocando por ello parcialmente el Auto de la Audiencia Nacional que había declarado la incompetencia absoluta de la jurisdicción española.

Resulta oportuno citar un extracto del voto particular emitido por la mitad de los miembros del Pleno, en contra de la interpretación restrictiva del principio de justicia universal que se efectúa en la referida sentencia:

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

Los rigurosos límites establecidos por la resolución mayoritaria para la aplicación de la Jurisdicción universal en materia de Genocidio son, a nuestro entender, incompatibles con el tratamiento de este grave crimen contra la humanidad en nuestra legislación interna y en el Derecho internacional.

Para la admisión de la querella (continuaba el voto particular) resultaba 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”. El voto particular concluía que, en el caso Guatemala, la documentación aportada por la querella y valorada por el Instructor era manifiestamente significativa en el sentido de que transcurridos largos años desde que ocurrieron los hechos, por unas u otras razones, la jurisdicción territorial de Guatemala no ha podido ejercerse de un modo efectivo en relación con el genocidio sobre la población maya que era objeto de la querella.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, que anula la STS del 25 de febrero de 2003 por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, considera que tanto la interpretación de la Audiencia Nacional como la del Tribunal Supremo sobre la regla de atribución de competencia del artículo 23. 4 de la LOPJ es “abiertamente restrictiva”, “con la consecuencia de negar la jurisdicción de los tribunales españoles para el enjuiciamiento de hechos presuntamente calificados como genocidio, terrorismo y torturas”. Así, la referida STC entiende que:

la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la 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 denunciantes 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.

Continúa afirmando que:

tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional 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, y tal como denuncia el Fiscal en su escrito de alegaciones, 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 propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre Genocidio, por cuanto sería 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 de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE.

Sobre la base de las decisiones judiciales comentadas es posible extraer algunas ideas conclusivas. Primero, la práctica judicial española, siguiendo en elementos a la práctica internacional,⁶² reconoce la prioridad en el enjuiciamiento por parte del llamado *iudex loci delicti commissi*.⁶³ Como antes hemos señalado, ello se relaciona con razones tanto de prin-

⁶² El artículo 12.2 del proyecto de la CDI de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, por ejemplo, admitía como excepción a la aplicación del principio *non bis in idem*, la posibilidad de un segundo enjuiciamiento nacional por los tribunales de otro Estado cuando los hechos en cuestión hubieran tenido lugar en su territorio, justificándose en el comentario dicha excepción en que “el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen tiene un firme interés” y “resulta más directamente afectado por el crimen que los demás Estados”. *Informe...*, cit., p. 89. También en el artículo 47.2 del Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional, a los efectos de considerar el ordenamiento interno del lugar de comisión —entre otros—, para fijar la cuantía o la duración de las penas a imponer. *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46o. periodo de sesiones*, comentario al artículo 47 del proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional, pfo. 2o. Por su parte, el principio núm. 19 del informe final presentado por el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos, JOYNET, sobre la cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos, afirma que “la competencia territorial de los tribunales nacionales sigue siendo la regla general”. Doc. E/cn.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. La idea ya estaba presente en 1973 en el texto de los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, entre los cuales se afirmaba el relativo a que “las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes”. Resolución AGNU 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973, apdo. 5.

⁶³ En el asunto *Bouterse*, el Tribunal de Apelación de Amsterdam únicamente afirmó su competencia tras subrayar que, de confirmarse las noticias aparecidas en la prensa sobre el desarrollo de investigaciones en Surinam —de lo que no se tenía constancia fidedigna—, el procedimiento debería ser suspendido y, en caso de concluir con una sentencia definitiva, archivado. La decisión del citado tribunal, de 20 de noviembre de 2000, se encuentra disponible en <http://www.icj.org/objectives/decision.htm>.

En la misma línea, en el curso del procedimiento ante la CIJ relativo al examen del asunto sobre la orden internacional de arresto, las autoridades belgas invocaron que la actuación de sus órganos judicial contra el entonces Ministro de Exteriores congoleño, Yerodia Ndombasi, sólo había tenido lugar una vez que se había acreditado la falta de voluntad para su enjuiciamiento por parte de las autoridades congoleñas. Véanse, por ejemplo, las intervenciones del agente belga, J. Devader, y de uno de sus consejeros, D. Bethlehem, durante la audiencia pública del 17 de octubre de 2001 (doc. CR 2001/8, p. 22). Por último, en el asunto *Eichmann*, el Tribunal Supremo israelí reconoció expresamente que el Estado del territorio “es el lugar más adecuado (*forum conveniens*) para el desarrollo del proceso”. Para. 12.d, loc. cit., p. 302.

cipio como de carácter práctico. No obstante, se ha de advertir que el informe técnico de los expertos sobre el principio de jurisdicción universal, ya citado, sostiene que en el derecho internacional no existe jerarquía en la aplicación de los títulos de jurisdicción penal.

Segundo, en la práctica judicial española encontramos un importante respaldo al carácter subsidiario de la jurisdicción universal, aunque la aplicación de esta regla no ha sido uniforme. Como antes hemos indicado, en los sumarios relativos a los llamados juicios argentinos y chilenos, el pleno de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional rechazó que el artículo 6 del Convenio sobre Genocidio pudiera interpretarse en el sentido de otorgar una jurisdicción exclusiva a los jueces del lugar de comisión, proponiendo en su lugar una interpretación alternativa, en virtud de la cual dicho precepto “impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal internacional”.⁶⁴

Por su parte, en el caso Guatemala, la Audiencia Nacional⁶⁵ estimó que se trataba de un tema que debía ser resuelto previamente a la afirmación de competencia, y que, además, a menos que la inactividad o ineffectividad resultase de una legislación en vigor en el Estado del territorio o del transcurso de un largo periodo e tiempo, la carga de la prueba recaía sobre la parte acusadora.⁶⁶

⁶⁴ Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, ya citados, F.D. núm. 2, *REDI*, vol. 51 (1999), pp. 639 y ss.

⁶⁵ En su auto de 13 de diciembre de 2000, la AN sostuvo que el principio de persecución universal del artículo 23.4 LOPJ se debía cohonestar “con los criterios de atribución jurisdiccional del artículo 6 del Convenio..., y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del ‘ius cogens’ internacional que ha cristalizado en el propio artículo 6 del mentado Convenio, y más recientemente en el artículo 17 y ss. del Estatuto del Tribunal Penal Internacional”. F.D. 2o.

⁶⁶ En efecto, tras señalar que “en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito de genocidio presuntamente cometido en el territorio de dicho país” (F.D. 3o.), el auto de 13 de diciembre de 2000 concluía que “(n)o hay constancia de rechazo en el Estado del territorio... de la denuncia y querellas adheridas que se han formulado ante el Juzgado Central de Instrucción n. 1 y no podemos inducir la inactividad judicial en virtud del transcurso del tiempo como fue factible en Chile y Argentina por el transcurso de años desde que terminaron las dictaduras militares dado que como

Como hemos indicado, el Tribunal Supremo afirmó en su sentencia de 22 de febrero de 2003 en el mismo asunto que,

el criterio de la subsidiariedad... no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuándo procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado... Una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado. El artículo 97 de la Constitución española dispone que el Gobierno dirige la política exterior, y no puede ignorarse la repercusión que en ese ámbito puede provocar una tal declaración.⁶⁷

En este punto estuvieron de acuerdo mayoría y la minoría disidente,⁶⁸ para quien:

este criterio no faculta para excluir la aplicación de lo prevenido en el art. 23.4.a) de la LOPJ estableciendo como exigencia para admitir una querella por Genocidio extraterritorial la acreditación plena de la inactividad o ineffectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial... Para la admisión de la querella 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”.⁶⁹

En este contexto se puede compartir la afirmación de que la proclamación de la subsidiariedad de la jurisdicción universal por los tribunales espa-

queda reseñado, el material de que se vale como núcleo esencial, la denuncia inicial, vio la luz el 25.02.1999 y la denuncia se presentó el 02.12.1999. Sin acompañar a la misma ninguna resolución judicial de Guatemala que la rechace” (F.D. 4o.).

⁶⁷ Sentencia citada, (F.D. 6o., págs. 5o. y 6o.).

⁶⁸ Tal y como se reconoce en el propio voto particular. F.D. 1o.

⁶⁹ Voto particular, F.D. 4o.

ños requiere en todo caso ser interpretada en el marco de las obligaciones internacionales que pesan sobre los Estados para impedir la impunidad, ya se deriven de exigencias jurídicas en materia de derechos humanos o de otra índole.

En tal sentido,

la prioridad del Estado del lugar de comisión no debería servir de pretexto que hiciera posible, para España, el incumplimiento de la obligación —general en nuestra opinión—⁷⁰ que sobre él pesa de juzgar, si no extradita, a los responsables bajo su custodia de los más graves crímenes internacionales. De acuerdo con esta interpretación, por tanto, la prioridad del *iudex loci delicti commissi* podría sí, ser un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* —o, en la reformulación efectuada por el TS, para la puesta en práctica del principio de personalidad pasiva—, pero no para ese ejercicio por los jueces españoles cuando las autoridades competentes decidan no extraditar o, por exigencias jurídicas, no puedan hacerlo, ya que otra solución equivaldría a impunidad en clara contradicción con el objeto y fin de la obligación de extraditar o juzgar.⁷¹

⁷⁰ La amplia y representativa participación en algunos de los convenios que prevén la jurisdicción universal bajo la fórmula *aut iudicare aut dedere*, refleja un consenso general respecto a la existencia de una obligación extraterritorial de represión que operaría, condicionada a la no entrega, respecto de crímenes tales como las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, la tortura o determinados actos terroristas contra la seguridad de la navegación aérea. E, igualmente, el reconocimiento de idéntica obligación por instituciones representativas de la Comunidad internacional, en especial en resoluciones de la Asamblea General adoptadas por consenso y mediante pronunciamientos que son periódicamente reiterados, respecto del terrorismo internacional o las desapariciones forzosas podría igualmente servir de fundamento a la afirmación de la existencia de una obligación general de represión respecto del Estado en cuyo territorio se encuentre el sospechoso. En este sentido, pese a los frecuentes incumplimientos, ese conjunto de pronunciamientos tal vez manifieste que, en virtud del Derecho internacional general, ningún Estado puede convertirse en tierra de refugio o en lugar seguro de paso para los responsables de aquellas conductas que atentan contra los intereses y valores esenciales de la Comunidad Internacional en su conjunto. Y que, sobre todo ante crímenes más graves de trascendencia internacional e independientemente de que exista o no cobertura convencional, el Estado de detención, como parece insinuar el preámbulo del Estatuto de la CPI, muy probablemente viole el Derecho internacional si no enjuicia pese a haber optado por no extraditar o entregar al sospechoso.

⁷¹ Sánchez Legido, A., “La práctica española en materia de jurisdicción universal”.

2. *La reforma del artículo 23, 4o. de la LOPJ y su efecto respecto de las causas pendientes*

La reforma del citado precepto incluye límites y condiciones a la competencia de los tribunales españoles que desvirtúan el propósito de la jurisdicción universal. En el momento en que se adopta la reforma del principio de jurisdicción universal en España las causas pendientes son las siguientes:

*A. Caso Guantánamo (o los seis de Bush)*⁷²

El 17 de marzo de 2009 se presentó ante la Audiencia Nacional una querrela por delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y otros delitos “que aparezcan en el transcurso de la investigación de los hechos que se denuncian”. La querrela está dirigida contra el antiguo fiscal general de Estados Unidos, Alberto Gonzáles, y otros cinco asesores jurídicos de la administración Bush, por elaborar y formular un cuerpo normativo que permitió justificar e implementar actos de tortura e hizo posible la existencia del limbo jurídico de Guantánamo. La Fiscalía se opuso a la admisión a trámite. La querrela fue remitida al Juzgado núm. 6, el cual, previamente a resolver sobre su admisión a trámite, en mayo de 2009 cursó una comisión rogatoria a Estados Unidos a fin de que las autoridades de ese país informasen si los hechos denunciados están siendo investigados o perseguidos en ese país. Esta solicitud está pendiente de resolverse. Existe también una investigación abierta de oficio en el Juzgado de Instrucción núm. 5 en abril de 2009 en contra de los posibles autores, colaboradores y cómplices de la tortura y otros delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto, que denuncian haber sufrido Hamed Abderraman Ahmed (también llamado el talibán español), Lahcen Ikassrien, Jamiel Abdulatif Al Banna y Omar Deghayes, durante el tiempo que estuvieron detenidos en diferentes países bajo la autoridad de personal del ejército norteamericano. Los cuatro hombres estuvieron detenidos en la base naval de Guantánamo varios años.

⁷² www.amnesty.org/es/library/asset/.../eur410172008spa.htm; http://Garzón_investiga_a_autores_e_inductores_de_torturas_a_presos_de_Guantánamo_en_el_mandato_Bush_-_RTVE_es.mht.

Es bastante dudoso que, salvo para las denuncias relativas a Ahmed, esta causa siga en curso.

*B. Caso de la masacre de los jesuitas*⁷³

El 13 de noviembre de 2008 se presentó querella contra el que fuera presidente de la República de El Salvador Alfredo Cristiani y otros 14 antiguos oficiales y soldados del ejército salvadoreño por crímenes contra la humanidad y terrorismo cometido por agentes estatales en lo que se conoce como la “Masacre de los Jesuitas” del 16 de noviembre de 1989. En esta masacre fueron asesinados sacerdotes jesuitas de origen español y nacionalizados salvadoreños, entre los que se encontraba Ignacio Ellacuría.

El juez de instrucción admitió a trámite la querella en enero de 2009, ordenando practicar una serie de diligencias tras las que resolvió denegar la admisión de la querella contra Cristiani, al estimar que no se le había imputado participación en los hechos sino supuesto de encubrimiento, sin perjuicio del resultado de la investigación. El procedimiento sigue en curso contra todos los demás denunciados.

*C. Caso Israel*⁷⁴

El Ejército de Israel, en su política de asesinatos selectivos, acabó con la vida de Salah Shehadeh, supuesto responsable del aparato militar de Hamás, la noche del 22 de julio de 2002. Pero el método utilizado (una bomba teledirigida de una tonelada lanzada desde un caza F-16 contra su vivienda del barrio de Al Daraj, uno de los de mayor densidad de población de la ciudad de Gaza) se llevó por delante a la mujer y una hija de 10 años de Shehadeh, así como a siete miembros de la familia Mattar, cuya casa se encontraba a sólo dos metros del objetivo de los militares. En total murieron 14 civiles inocentes, la mayoría de ellos niños y bebés.

Seis años y medio después, el juez Fernando Andreu admitió la querella presentada por varios de los familiares de los 14 fallecidos contra los presuntos organizadores de la operación. El de más alto rango es el ex ministro de Defensa de Israel, Benjamín Ben-Eliezer, actualmente titular de Infraestructuras. Le siguen el jefe de la fuerza aérea, Dan Halutz; el general del mando sur del Ejército, Doron Almog; el asesor de seguridad

⁷³ www.amnesty.org/es/library/asset/.../eur410172008spa.htm.

⁷⁴ www.amnesty.org/es/library/asset/.../eur410172008spa.htm.

Giora Eiland; el secretario militar del ministro, Michael Hertzog; el jefe de Estado Mayor, Moshe Ya'Alon, y Abraham Dichter, director del Servicio General de Seguridad.

El auto de admisión a trámite de la querella (diligencias previas núm. 157/2008), argumentaba “con el propósito de cometer el asesinato” (del líder de Hamás), “las Fuerzas Armadas del Estado de Israel, con el conocimiento de las consecuencias que tal acción podría conllevar lanzaron un ataque que acabó con la vida de 15 personas”. Continúa... “nos encontraríamos ante la existencia de un ataque contra la población civil, ya de inicio ilegítimo... que se torna en un hecho que ha de ser perseguido en virtud del principio de jurisdicción universal” debido a que es una acción “desproporcionada o excesiva” y que si se demuestra que fuera “preconcebida” podría dar lugar a “una calificación de los hechos distinta y aún más grave de la que inicialmente puede considerarse”.

En este sentido, ha de recordarse, como lo hizo en su momento el juez Fernando Andreu, que el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que: “lanzar un ataque intencionadamente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil” constituye “un crimen de guerra”.

No obstante, a pesar del empeño del juez de la Audiencia Nacional por procesar a los responsables del bombardeo de Gaza de 2002, en el que 14 civiles inocentes perdieron la vida y más de 150 resultaron heridos, actualmente el caso se encuentra archivado. Y es que tras la decisión de investigar a ciertas autoridades israelíes por los mencionados hechos, el fiscal general presentó un recurso contra tal decisión, por considerar que en dicho Estado ya se estaban investigando a los presuntos responsables.

Actualmente el caso está cerrado, debido, especialmente, a las presiones diplomáticas ejercidas por Israel.

D. Caso campos de concentración nazis⁷⁵

El 19 de junio de 2008 se presentó ante la Audiencia Nacional una querella en representación de varios supervivientes y familiares de víctimas españolas por crímenes contra la humanidad, incluidos asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, tortura y otros actos inhumanos contra cuatro antiguos miembros de la SS Totenkopf que actuaron en campos

⁷⁵ <http://www.radionizkor.org/espana/>.

de concentración nacionalsocialistas en Austria y Alemania. La Fiscalía apoyó la querella al considerarse acreditado que por los tres campos (Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg) pasaron, al menos, 7.000 españoles republicanos y que estos prisioneros “fueron sometidos a programas de exterminio diseñados por el sistema nacionalsocialista”.

La Audiencia Nacional admitió a trámite la querella en julio de 2008 considerando que dichas conductas ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la “legalidad penal internacional”, declarando la competencia de los tribunales españoles para conocer del caso. Entre los querellados figuran Johann Leprich, Anton Titjung, Josias Kumpf e Iwan (John) Demjanjuk, que presuntamente fueron miembros del Batallón de la Calavera (Totenkopf-Sturmabteilung). Todos ellos se encontraban en Estados Unidos, donde entraron ilegalmente. Demjanjuk ha sido recientemente extraditado a Alemania para ser juzgado. El caso sigue abierto, y en 2009, han prestado declaración testifical ante el juez instructor varias víctimas.

*E. Caso Atenco*⁷⁶

El 25 de enero de 2008 se presentó una querella ante la Audiencia Nacional contra varios agentes de policía mexicanos y autoridades responsables por el delito de tortura en la modalidad de violencia sexual durante la represión de las protestas de una organización campesina en San Salvador Atenco, México, a principios de mayo de 2006. La denuncia fue interpuesta por una ciudadana española. La Fiscalía se opuso a la admisión de la querella. Por su parte, las autoridades mexicanas informaron al Juzgado Central de Instrucción núm. 1 que se encontraban abiertas causas en ese país por los hechos de San Salvador Atenco. Sin embargo, no informaron de las personas que estaban siendo investigadas, ni los delitos por los que se estaba investigando, y tampoco sobre la existencia de alguna investigación por lo ocurrido a la víctima española. Aun así, el Juzgado de Instrucción decidió denegar la admisión de la querella considerando que había quedado suficientemente demostrada la actividad efectiva del Estado territorial, en este caso, el Estado mexicano.

Se interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre su admisibilidad y está aún pendiente de resol-

⁷⁶ www.amnesty.org/es/library/asset/.../eur410172008spa.htm.

verse por este Tribunal. El operativo de mayo de 2006 en San Salvador Atenco, formado por más de 2.500 policías federales, estatales y municipales, resultó en la detención de más de 200 personas y centenares de denuncias de abusos, incluso de violencia sexual como forma de tortura contra más de veintiséis mujeres. Hasta la fecha, los responsables por los abusos no han sido llevados ante la justicia ni las víctimas han recibido reparaciones.

F. *Caso Sahara*⁷⁷

El 14 de septiembre de 2006 se presentó una querrella contra 13 personas (gobernantes, militares y otras autoridades marroquíes responsables del mantenimiento del orden en el territorio del Sahara Occidental) por crimen de genocidio, en concurso con asesinatos, lesiones y torturas, contra ciudadanos saharauis entre 1976 y 1988. Fue admitida a trámite en octubre de 2007. Se realizó una diligencia (comisión rogatoria) ante las autoridades judiciales del Reino de Marruecos para saber si los hechos que se recogían en la querrella fueron o están siendo investigados y conocer el resultado de la investigación. Desde entonces se han practicado diferentes declaraciones testificales de víctimas denunciantes de los delitos, principalmente de víctimas de tortura.

G. *Caso Tíbet*⁷⁸

El 28 de junio de 2005 se presentó la primera querrella por crímenes de genocidio, torturas, terrorismo y crímenes contra la humanidad contra dirigentes del Partido Comunista Chino responsables de la represión contra el pueblo tibetano entre los años 80 y finales de los 90. Tanto el fiscal como el Juzgado Central de Instrucción inicialmente se opusieron a la investigación de los hechos.

El 10 de enero de 2006 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, basándose en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala, admitió la jurisdicción y competencia de los tribunales españoles en el caso Tíbet, argumentando que los hechos revisten, “*prima facie*, caracteres de un delito de genocidio”, porque es inoperante la propia ju-

⁷⁷ www.amnesty.org/es/library/asset/.../eur410172008spa.htm.

⁷⁸ www.amnesty.org/es/library/asset/.../eur410172008spa.htm.

jurisdicción territorial y la Corte Penal Internacional, y, finalmente, porque la querella no supone un ejercicio abusivo del derecho. Así se acordó en el auto en el que se estima el recurso que interpuso el Comité de Apoyo al Tíbet (CAT) contra la decisión del juez Ismael Moreno de archivar la querella presentada contra siete dirigentes chinos, entre ellos el ex presidente, Jiang Zemin.

El juez instructor pidió información a los querellantes en relación con las torturas denunciadas, y numerosas víctimas (que sufrieron tortura) ya han testificado ante el juez. En 2008 se presentó una solicitud para la ampliación de la querella por casos de torturas ocurridos en el período 1998-2003, así como nueva querella por los hechos ocurridos en Tíbet en marzo de 2008. Ambas fueron admitidas a trámite.

Los jueces españoles enviaron varias comisiones rogatorias a China con cuestionarios de interrogación que no obtuvieron respuesta por parte de las autoridades chinas o bien éstas han informado que no procederán a dar curso a la comisión.

Al investigar el supuesto crimen de genocidio cometidos por las autoridades chinas en el Tíbet, en relación con los disturbios registrados en la región en marzo de 2008, el juez de la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz apreció indicios de delito en la actuación de los titulares de Defensa, Lian Guanglie; de Seguridad del Estado, Geng Huichan, y Seguridad Pública, Meg Jianzhu, al haber ordenado presuntamente junto con otros cargos militares y del Partido Comunista Chino “un ataque generalizado y sistemático contra la población civil tibetana” desde el 10 de marzo de 2008. Esos actos de represión causaron 203 muertes, más de 1.000 heridos y 5.972 detenciones ilegales.

El juez Pedraz consideró que los hechos que se imputaban a esos tres ministros, al secretario del Partido Comunista Chino en Tíbet y al general al mando del Ejército en Lhasa, la capital de esa región autónoma, constituirían crímenes contra la humanidad “dada la supuesta causación intencionada de muerte o lesiones graves, la desaparición forzada, la detención y privación de libertad con infracción de normas internacionales y las torturas denunciadas” contra la población tibetana. Esa población constituye “un colectivo perseguido” por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos o religiosos inaceptables con arreglo al derecho internacional.

Según el auto, la jurisdicción española está avalada en este caso por la “inoperancia de la jurisdicción china” en la investigación de la presunta

represión denunciada, así como por la imposibilidad de actuación de la Corte Penal Internacional al tratarse de hechos anteriores a su entrada en vigor y al no haber suscrito ni China ni el Tíbet el Estatuto de creación de dicho Tribunal.

No obstante, esta causa, que se encontraba pendiente en un momento en el que el principio de justicia universal fue reformado, ha sido posteriormente archivada. Sin dejar de tomar en consideración, además, las presiones diplomáticas ejercidas por parte de China a nuestro gobierno para que no se investigue a tales presuntos responsables.

H. *Caso Ruanda*⁷⁹

El 6 de abril de 2005 se presentó una querella en la Audiencia Nacional que fue admitida a trámite para investigar las circunstancias en que se produjeron las muertes de nueve ciudadanos españoles (seis religiosos y tres cooperantes) asesinados entre 1994 y 2000 en Ruanda. Tras la toma de declaraciones de testigos y otras diligencias practicadas, en 2008 el juez instructor dictó un auto de procesamiento contra cuarenta altos cargos del Frente Patriótico Ruandés (FPR) por la comisión de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y terrorismo a lo largo de los años 90 hasta 2002 en Ruanda y República Democrática del Congo, librándose las oportunas órdenes internacionales de busca y captura e ingreso en prisión.

La Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados aprobó el 26 de noviembre de 2008 una Proposición no de Ley instando al gobierno español a activar los mecanismos internacionales para la entrega de los cuarenta altos cargos ruandeses presuntos responsables de crímenes internacionales ante la justicia española. Sin embargo, hasta el momento, el gobierno español no ha adoptado ningún tipo de acción concreta al respecto.

I. *Caso Falun Gong*

El 15 de octubre de 2003, quince víctimas interpusieron una querella criminal contra miembros del Partido Comunista Chino por las torturas,

⁷⁹ www.amnesty.org/es/library/asset/.../eur410172008spa.htm.

persecución, y genocidio cometidos en China desde 1990 contra practicantes de la enseñanza religiosa Falun Gong. Actualmente existe un total de cuatro querellas acumuladas y finalmente admitidas a trámite en la Audiencia Nacional contra el ex presidente Jiang Zemin y los miembros del partido Luo Gan, Jia Qinglin y Wu Guanzheng.

Las cuatro querellas fueron inicialmente denegadas a trámite pese a la absoluta inactividad e ineffectividad de las acciones interpuestas por las víctimas ante los juzgados chinos. El Ministerio Fiscal se opuso a todas ellas. No fue hasta 2006 que, en aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Guatemala primero, y con posterioridad por otra sentencia de ese mismo Tribunal en 2007, que se confirmó la competencia de los Tribunales españoles para conocer del caso. Desde 2007 se han practicado varias pruebas testificales por parte del juez instructor. No se ha producido ninguna orden de arresto ni solicitud de extradición.

La reforma del artículo 23, 4 ha determinado el archivo de esta causa.

J. Caso Guatemala

En este caso, ampliamente comentado en el presente estudio, las últimas actuaciones desde la sentencia del Tribunal Constitucional se refieren a la continuación de la investigación de los hechos. Tras una primera comisión rogatoria que viajó a Guatemala en junio de 2006, durante la cual no se pudieron practicar las diligencias planificadas, el juez instructor español dictó órdenes de arresto y embargo de bienes contra los acusados. La Corte Suprema de Justicia de Guatemala envió las órdenes de arresto al Tribunal de Sentencia Penal V, el cual ordenó a la policía la detención de los acusados. Dos de los cuales han permanecido unos 18 meses en prisión, ya que, debido a los amparos interpuestos por los acusados ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala alegando que el tribunal español no tiene competencia para juzgar los hechos y que no es aplicable por tanto el Tratado de Extradición entre España y Guatemala, el gobierno español no pudo solicitar la extradición de los acusados.

Finalmente, el 12 de diciembre de 2007, el alto tribunal guatemalteco dictó sentencia por la que no reconoce la competencia del tribunal español. Lo que no ha impedido que el tribunal español continúe su investigación llevando a cabo las diligencias de toma de declaraciones de víctimas, testigos y peritos, que viajaron a España durante 2008 a estos

efectos. Estos obstáculos se producen debido a una interpretación por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en contra de la propia esencia del Tratado de Extradición entre ambos países, argumentando que el Tratado está pensado para la entrega de acusados que utilizan otro Estado como refugio y no para los propios nacionales, y en contra de la competencia del tribunal español y reclamando la soberanía de Guatemala para juzgar los hechos cometidos en su territorio. Sin embargo, los tribunales en Guatemala no han investigado estos hechos al día de hoy.

Los expertos señalan un problema importante como es el abuso de la legislación de amparo en Guatemala. Aspectos de esta legislación como poder solicitar amparo incluso antes de haberse producido la vulneración, o la falta de unificación de todos los recursos de amparo en el mismo tribunal, provocan demoras en los procesos de una media de hasta cinco años. Ello va unido al escaso compromiso de los jueces en la agilización o mejora en la resolución de los amparos, ya que el periodo que por regla general suelen permanecer en los tribunales es el de una legislatura, dada la inestabilidad política en el país.

En este caso, la Audiencia Nacional únicamente podría declarar su competencia para conocer de los hechos denunciados que tuvieron lugar en Guatemala, limitando su conocimiento a aquéllos en los que se aprecia una conexión con un interés nacional (ataque a la Embajada española el 30 de enero de 1980 y asesinato de sacerdotes católicos españoles).

K. Caso José Couso

En julio de 2003 la familia del cámara José Couso, muerto en el ataque al Hotel Palestina en Irak por parte de fuerzas norteamericanas, presentó una querrela al amparo del IV Convenio de Ginebra contra los militares norteamericanos implicados en su muerte. Se libraron comisiones rogatorias a Estados Unidos para tomar declaración a los mismos que no fueron tramitadas por Estados Unidos, por lo que en octubre de 2005 el juez instructor dictó orden de busca y captura internacional contra tres militares norteamericanos.

El Ministerio Fiscal no ha apoyado la competencia de la jurisdicción española, y la Sala Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional no reconoció la jurisdicción española y ordenó el archivo del caso en 2006, arguyendo no haber encontrado existencia de dolo al tratarse de un acto

de guerra. La decisión fue revocada por el Tribunal Supremo en 2006, afirmando la necesidad de investigar. En 2007 el juez instructor Santiago Pedraz dictó nuevo auto de procesamiento contra tres militares estado-unidense (Thomas Gibson, Philip Welford, y Philip de Camp) implicados en los disparos contra el Hotel en el que se encontraba Couso. Pese a los esfuerzos del juez instructor, que siguió adelante con la investigación, en julio de 2009, la Audiencia Nacional ha archivado el caso, basándose en las tesis exculpatorias utilizadas por la Sala Segunda en 2008. El archivo de la causa ha sido recurrido ante el Tribunal Supremo y se encuentra pendiente de resolución.

En este caso, considerar el efecto del artículo 23, 4 de la LOPJ reformado nos remitiría a la doctrina formulada por el Tribunal Supremo en la STS 1.240/2006 del 11 de diciembre en la que se ocupó de este caso, dictada después de la STC 237/2005 en el caso Guatemala, y reconociendo, por tanto, el principio de jurisdicción universal absoluto, no obstante, añade que, además, la condición de ciudadano español de la víctima es “un punto de conexión legitimante que justificaría también la extensión territorial de la jurisdicción española”.⁸⁰

IV. REFLEXIONES FINALES

La configuración internacional del principio de jurisdicción universal y su posterior recepción y aplicación en los ordenamientos jurídicos internos es quizá el mejor ejemplo posible de lo que se ha denominado la grandeza y la miseria del derecho internacional contemporáneo. Por una parte, es un exponente de la grandeza en tanto que representa el triunfo de la protección de intereses y necesidades comunes frente a las viejas concepciones competencialistas basadas en la intangible soberanía estatal. Por la otra, refleja la miseria de un ordenamiento, el internacional, en el que cuando por fin se consigue el objetivo de permeabilizar los ordenamientos internos y lograr su aplicación más o menos generalizada, las normas y los principios pierden su identidad internacional.

En el plano teórico, la consolidación del principio de jurisdicción universal no ha sido fácil ni lineal ni para la doctrina internacional ni para juristas domésticos. De hecho, los debates académicos sobre el alcance y límites del mencionado principio anticipaban con acierto muchos de los

⁸⁰ FJ 12.

problemas a los que luego deberían enfrentarse los tribunales a quienes competía su aplicación. *Grosso modo*, tales problemas se pueden agrupar en torno a dos grandes cuestiones: objeciones políticas y conflictos de jurisdicción. Las primeras están vinculadas al hecho ya apuntado de que no invocan la jurisdicción universal los Estados que quieren, sino los que pueden, es decir, los mejor situados en la pirámide social internacional

Tras años de práctica y jurisprudencia internacional, las objeciones políticas y jurídicas han empezado a cobrar cada vez más peso, de manera, que justamente cuando la jurisdicción universal se daba por asentada, surge la necesidad de remodelar su configuración, como evidencia el caso español. Parece quedar claro que la doctrina del TS en el caso Guatemala es la que se ha vertido finalmente en la nueva redacción del artículo 23, párrafo 4 de la LOPJ, introduciendo una restricción extraordinaria de la jurisdicción universal de los tribunales españoles. Fuera de los supuestos en que el sospechoso se encuentre en territorio español, su ejercicio sólo parece poder extenderse en el futuro a los casos en que las víctimas sean de nacionalidad española. De este modo, como puso de manifiesto la minoría disidente en su voto particular, el TS operó ya una relectura del artículo 23, párrafo 4, de la LOPJ, en virtud de la cual al no estar presente el sospechoso en territorio español, no se acogería el principio de universalidad, sino el de personalidad pasiva, precisamente el único que no ha estado contemplado anteriormente en la legislación española. El Poder Judicial indicaba así la senda que luego seguiría el poder político. El TS en la fecha de pronunciamiento de su sentencia se adelantaba y preconizaba la que iba a seguirse como actitud reticente de distintos gobiernos españoles respecto a la práctica de nuestros tribunales en razón del principio de jurisdicción universal.

Con independencia de los supuestos de reconocimiento expreso, claros y generales del principio de jurisdicción universal por los Estados, ya sea en convenios de amplia y representativa participación, ya sea en resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas adoptadas por consenso y objeto de sistemática reiteración, es posible aceptar la operatividad de la jurisdicción universal en virtud del derecho internacional general respecto de los crímenes internacionales —y, muy especialmente, sobre los crímenes de guerra no convencionales, el genocidio o los crímenes contra la humanidad—, a partir del desarrollo experimentado por el derecho internacional contemporáneo en el ámbito de la responsabilidad

internacional del individuo. Gracias a la evolución acaecida tras el fin de la guerra fría en el llamado legado de Núremberg, hoy está fuera de toda duda que determinadas conductas que atentan gravemente contra los valores e intereses aceptados como fundamentales por la comunidad internacional en su conjunto, y que se encuadran bajo los mencionados tipos, tienen carácter criminal en virtud de un ordenamiento internacional que, a su vez, considera su represión una exigencia estructural y esencial del propio orden internacional.

Los valores e intereses esenciales que reconoce el derecho internacional positivo contemporáneo, derivados de consideraciones elementales de humanidad, no pueden quedar reducidos a mera retórica ante las insuficiencias institucionales de la Comunidad Internacional. Ello autorizaría a los Estados a asumir la protección de aquellos intereses mediante su *ius puniendi* actuando a modo de órganos de la comunidad internacional.

La jurisdicción universal no es, sin duda, la panacea en orden a prevenir y reprimir los atentados contra esos intereses comunes esenciales ni está exenta de posibles usos abusivos. Pese a ello, y pese a reformas furtivas y deficientes en la forma y en el fondo como la experimentada por el artículo 23, 4o. de la LOPJ, a día de hoy parece imprescindible admitir que, dentro de ciertos límites y como elemento indispensable para combatir la tradicional impunidad de los autores de tales crímenes, el principio de jurisdicción universal resulta razonable y, con ello, jurídicamente legítimo. Y ello porque también lo requiere así el desarrollo del sistema de jurisdicción penal internacional, en el que la Corte Penal Internacional se encuentra regida por el principio de complementariedad con las jurisdicciones nacionales.