

**JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE
GENOCIDIO, CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD
Y CRÍMENES DE GUERRA^{*,**}**

Alicia Gil Gil
Profesora titular de Derecho penal

I. LOS PROCESOS POR CRÍMENES INTERNACIONALES
CELEBRADOS EN ESPAÑA

1. SUMARIO CHILE-ARGENTINA

Los primeros procesos abiertos en nuestro país por crímenes internacionales han sido los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas iniciados en los Juzgados Centrales de Instrucción n.º 5 y 6 de la Audiencia Nacional (AN) en los sumarios abiertos a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena (1). El pleno de la Sala de lo Penal de AN los días 4 y 5 de noviembre de 1998 dicta sendos autos en los que reconoce la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile. La decisión interpretó que el art. 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio en el que se cometió el delito o

* Premio «José Francisco de Querol y Lombardero», 2006.

** Este artículo está dedicado a mi maestro el profesor José Cerezo Mir.

(1) *Comas de Arguemir*, La aplicación judicial del principio de justicia universal en España, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 174; *Gil Gil*, «Informe sobre España», en *Eser, Sieber, Kreicker* (eds.) *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, vol. 4, Berlin, 2005, pp. 181 y ss.

de un tribunal internacional. Para evitar la impunidad de quien lo comete, y por considerarlo crimen horrendo de Derecho internacional, la Audiencia estimó que la interpretación del delito de genocidio se debía hacer de manera que la expresión «grupo nacional» no significase «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». Aunque con menor argumentación aceptó también la competencia para juzgar a *Pinochet* por los delitos de terrorismo y torturas. Personalmente no estoy de acuerdo con la calificación jurídica de los hechos que en mi opinión no constituían genocidio o terrorismo sino crímenes contra la humanidad (2), y por otro lado la competencia por el delito de torturas es sumamente cuestionable, como veremos.

Como es sabido, el Ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar la extradición a España de *Pinochet* por encontrarse «gravemente enfermo». Pero el proceso ha seguido su curso respecto de otros acusados. México procedió al cumplimiento de las órdenes internacionales de detención del juez español *Baltasar Garzón* y a la detención, el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba volver a Buenos Aires, del oficial argentino *Ricardo Miguel Cavallo* para extraditarlo a España. También fue detenido, esta vez en España, el acusado *Adolfo Scilingo*, que se había presentado voluntariamente a declarar ante el juez *Garzón*. También en relación con el Sumario 19/97, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 dictó auto de fecha 9 de mayo de 2001 por el que admitía a trámite la querrela contra el ciudadano chileno *Hernán Julio Brady Roche* y acordó librar órdenes de busca y captura. Sin embargo, por auto de 31 de mayo de 2002 la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN procedió al archivo de las actuaciones contra *Hernán Julio Brady Roche*. La Sección Tercera apoyó sus argumentos en el auto del TS de 23 de mayo de 2002, en el que se desestima la querrela formulada por el Ministerio Fiscal contra *Arnaldo Otegui Mondragón* (3) y, en este sentido, acordó:

(2) *Gil Gil*, Derecho penal internacional, 1999, pp. 183 y ss. Posteriormente la AN cambió la calificación de los hechos en la sentencia contra *Scilingo* como veremos más adelante. Sobre los argumentos para ello puede verse mi comentario a dicha sentencia publicado en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005.

(3) Afirma la Sección Tercera: «(...) la consecuencia más inmediata de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 578 del Código Penal es la de excluir el delito de apología del terrorismo de los delitos considerados de terrorismo, y, en consecuencia, la imposibilidad de aplicación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el delito de apología del terrorismo. Esto significa que no le es aplicable al delito en cuestión la posibilidad de ser perseguido por los Tribunales españoles al haber sido cometido fuera del territorio nacional, porque la extraterritorialidad de la ley penal española sólo

«estimar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal ... ante la inexistencia de jurisdicción de este Tribunal español para conocer de los hechos objeto de la querrela ... dejándose sin efecto los Autos recurridos y, consiguientemente, también la orden de detención internacional ...»

Sin embargo, la interpretación que la Sección Tercera hizo del caso *Otegui* era absolutamente errónea y el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN fue objeto de un recurso de nulidad ante el Pleno de la Sala y de casación ante el Tribunal Supremo (TS). El TS resolvió en su sentencia n.º 319/2004, de 8 de marzo de 2004 (caso del Gral. chileno *Hernán Julio Brady Roche*), en la que rechazó la errónea interpretación del auto del caso *Otegui* realizada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN (4), asumió la doctrina sobre la jurisdic-

puede predicarse cuando se trata de perseguir delitos de terrorismo o genocidio. Así, a través de la interpretación de una norma de derecho penal material, se está restringiendo considerablemente la extraterritorialidad de la ley penal española. Estamos, por consiguiente, ante un giro copernicano en la aplicación extraterritorial de la ley penal española, pues la pauta que establece nuestro Tribunal Supremo en su resolución es la limitación de la posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal interna. Esta nueva pauta interpretativa no existía cuando el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional formuló su interpretación extensiva del principio de aplicación extraterritorial de la ley penal española en su auto de 4 de noviembre de 1998, y, desde luego, deber tener su reflejo en la resolución a dictar en este caso, pues procede de nuestro más alto Tribunal. A esta interpretación restrictiva debe llegarse aplicando criterios de estricta lógica: no puede hacerse aplicación extensiva del principio de extraterritorialidad de la ley penal española para perseguir unos hechos acaecidos en Chile hace más de veinticinco años, cuando el propio Tribunal Supremo nos da una pauta contraria a la hora de enjuiciar hechos sucedidos en Francia el 30 de marzo de este año, consistentes en una de las conductas que más daño están haciendo a la sociedad española... Por consiguiente, el anterior criterio de la aplicación extensiva del principio de extraterritorialidad de la ley penal, debe ser sustituido por el novedosamente mantenido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y esa sustitución ha de llevar a la Sala a la conclusión de negar esa aplicación extraterritorial de la ley penal y, en consecuencia, a apreciar la falta de jurisdicción de este Tribunal para el conocimiento del asunto cuya resolución le ha sido encomendada.»

(4) Fundamento de Derecho segundo d): «Que en el auto dictado por este Tribunal, en el ‘caso Otegui’, no se examinó específicamente el ámbito de la jurisdicción española para conocer de hechos cometidos en el extranjero susceptibles de ser calificados como delitos de terrorismo, genocidio o torturas, por cuanto el fundamento de lo acordado en el mismo –al negar la competencia de los Tribunales españoles para juzgar el hecho imputado al citado parlamentario autonómico vasco– fue que la conducta atribuida al mismo (haber dado el grito: ‘Gora Euskadi ta Atkatasuna’, al terminar su intervención en el frontón Jai Alai, en la ciudad francesa de San Juan de Luz), constituía una apología genérica del terrorismo –un delito de opinión–, y que por tanto no podía considerarse un delito de terrorismo, tal como este delito es configurado en el ámbito internacional por los correspondientes Tratados, que es a los que ha de estar-se a la hora de definir el ámbito propio de la jurisdicción española para conocer de este tipo de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sin perjuicio, lógicamente, de la calificación que en el ámbito interno pueda darse a este tipo de conductas en el Código Penal.»

ción española establecida en la sentencia del caso Guatemala (5) y conforme a la misma afirmó:

«... procede estimar los motivos de casación al principio citados, y, consiguientemente, dejar sin efecto el auto recurrido y declarar que los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos objeto de la querrela criminal interpuesta contra el general chileno Hernán Julio Brady Roche, de acuerdo, lógicamente, con la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la sentencia del ‘Caso Guatemala’, a cuyo efecto debemos poner de manifiesto que, entre los hechos en los que –según la parte querellante– aparece implicado el citado general se encuentran los realizados contra dos sacerdotes españoles y la muerte del Diplomático español Don Carmelo Soria.»

Unos meses después llegó al TS la cuestión de la jurisdicción de los tribunales españoles sobre el caso Scilingo. En su sentencia 1362/2004 de 15 de noviembre el TS confirma la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas imputados a Scilingo. El 19 de abril de 2005 la Audiencia llega a la primera sentencia condenatoria en este sumario en la que se condena a Scilingo a 640 años de prisión por la comisión de delitos de lesa humanidad. La Audiencia ha cambiado 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 el año 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 afirma su competencia sobre este delito recién incorporado a nuestro Cp apelando directamente a su carácter internacional, a pesar de que la competencia sobre el mismo por el principio de jurisdicción universal ni viene recogida expresamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) ni viene impuesta por ningún tratado internacional (6).

(5) Sobre el contenido de esta sentencia me extenderé *infra*.

(6) Sobre los fallos que en mi opinión presenta esta sentencia véase mi comentario en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005, pp. 7 y ss., también publicado en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 07-r1 (2005). En contra de mis críticas véase *Cas-tresana* «De Núremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo» en la misma revista, n.º de noviembre 2005, pp. 3 a 11. Sobre el principio de legalidad en Derecho penal internacional *Gil Gil*, Derecho penal internacional, 1999, pp. 66 ss.

2. CASO FIDEL CASTRO

Las decisiones de la AN de 4 y 5 de noviembre animaron a la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, principalmente del ámbito latinoamericano. La AN en un auto de 4 de marzo de 1999 rechazó la pretensión de enjuiciar a *Fidel Castro* con el argumento de que al tratarse de un Jefe de Estado en activo gozaba de inmunidad según el Derecho internacional consuetudinario (7). Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Yerodia* (8), en la que el TIJ afirma la existencia en el Derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien exceptúa de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país, los casos en que el propio Estado decide levantar la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, y la persecución ante jurisdicciones penales internacionales.

3. CASO GUATEMALA

El caso Guatemala dio lugar al primer pronunciamiento del TS español sobre la competencia de nuestros tribunales en aplicación del principio de justicia universal. El 2 de diciembre de 1999 doña *Rigoberta Menchú Tum* presentó denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados conjunta e indistintamente a los Grales. *Efraín Ríos Montt* y *Oscar Humberto Mejías Victores*, que ocuparon sucesivamente la Jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente *Fernando Romeo Lucas García* y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército. El Ministerio Fiscal solicitó que se archivase las actuaciones argumentando que España no era competente para conocer de los hechos, entre otras razones porque los mismos no eran constitutivos de

(7) En dicho auto la Audiencia afirma: «La jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos, (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrela se refiere) en cuanto a que uno de los querrelados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España la soberanía del pueblo cubano (...).

(8) CIJ, Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, 14 février 2002/04, <http://www.icj-cij.org>. Sobre lo criticable de esta doctrina véase *Henzelin*, L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice, *Revue Pénale Suisse* 2002, p. 251 y ss.

genocidio, ya que «de la denuncia interpuesta no se desprende el elemento subjetivo del injusto de destruir a un grupo nacional, étnico o religioso». El juez *Guillermo Ruiz Polanco*, en auto de 27 de marzo de 2000, desestimó la solicitud del Fiscal, y afirmó la competencia de su Juzgado para conocer de los hechos bajo la calificación de genocidio (9) y destacó que

«de la detenida lectura de la extensa e intensa documentación presentada por los denunciantes se infiere con total claridad que los hechos pretendidamente ejecutados por los denunciados se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social, en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor –y aún de originador– de la insurgencia o revolución en Guatemala, así como a la eliminación de todo obstáculo ideológico –encarnado en sujetos individuales o colectivos– que pudiese representar un riesgo de fracaso de la prevalente finalidad genocida» (10).

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y el juez lo desestima por auto de 27 de abril. El auto fue recurrido en apelación ante la Sala, que en su auto de 13 de diciembre de 2000, rechazó la competencia de los tribunales españoles argumentando que «(...) en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito (...)» y que «(...) no se constata ... que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar (...)» y por ello «el Pleno de la Sala no conceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el artículo 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal». El auto de la Audiencia fue recurrido en casación. El TS admitió a trámite el recurso, y en su sentencia de 25 de febrero de 2003, tras hacer una interpretación restrictiva del art. 23.4 de la LOPJ, concluyó que, al no apreciarse ningún interés nacional español en relación directa con el delito de geno-

(9) No acepta la competencia directa sobre las torturas, sino como integrantes del delito de genocidio, y también a esta calificación reconduce los hechos supuestamente constitutivos de terrorismo (fundamento jurídico segundo).

(10) En mi opinión, al contrario de lo que hizo el Pleno en los autos de 4 y 5 de noviembre, aquí el juez instructor sí que fundamenta la existencia de un delito de genocidio en su sentido auténtico. Se trata de la intención de eliminación de un grupo étnico: los mayas, y no importan las razones que animen a ello (aquí políticas: identificar a dicho grupo con los instigadores o favorecedores de la insurgencia).

cidio, 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, ni tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes, aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico, los tribunales españoles no tienen competencia con base en este delito. Respecto de la calificación de los hechos, el TS no entró a pronunciarse sobre cuestiones de tipicidad que no son objeto del recurso, pero manejó un concepto estricto de genocidio, como lo había hecho el Juez Instructor (11).

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) de 26 de septiembre de 2005 ha anulado la STS de 25 de febrero de 2003 por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. En esta sentencia el TC rechaza la interpretación restrictiva que el TS hizo del principio de jurisdicción universal, como explico extensamente a continuación. Comunicada la decisión del Constitucional, la Audiencia en un Acuerdo del pleno no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, celebrado conforme al art. 264 LOPJ con el fin de unificar criterios, decide que en adelante y en cumplimiento de la citada sentencia del TC: examinará de oficio su propia jurisdicción, examinará de oficio la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales y aceptará la jurisdicción «salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados (12) y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos» (13). La AN en ejecución de la citada STC 237/2005 ha dictado nueva resolución en el caso Guatemala admitiendo su competencia por Auto 178/2006 de 16 de febrero (14).

(11) Fundamento séptimo: «Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique perjuicio alguno respecto al fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico.»

(12) En el Auto posterior de 10 de enero de 2006 (caso Tibet) que comento más abajo la Audiencia ha matizado que este requisito se refiere exclusivamente a que no se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho y no a que los hechos o el país en el que ocurran esté más o menos alejados de nuestro. Obviamente hacer depender la jurisdicción del número de kilómetros que distan entre nuestro país en lugar de comisión del delito hubiera sido un criterio arbitrario y absurdo. Parece por tanto que ha lo que se refiere la Audiencia es a que no se usen los tribunales españoles simplemente con fines políticos para atacar a un determinado gobierno o a un Estado. Se introduce sin embargo esta manera un nuevo límite a la jurisdicción de contornos bastante difusos.

(13) El acuerdo puede verse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, jurisprudencia, Audiencia Nacional.

(14) El auto puede consultarse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, jurisprudencia, Audiencia Nacional, salas, caso Rigoberta Menchú.

4. CASO JOSÉ COUSO

En octubre de 2005 se inicia el primer proceso en nuestro país por crímenes de guerra cometidos por ciudadanos norteamericanos en Irak. Por Auto del Juzgado de instrucción n. 1 de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2005 se dicta orden internacional de busca, captura y detención a efectos de extradición contra tres militares estadounidenses acusados de crímenes de guerra por causar la muerte de dos periodistas, uno de ellos español (José Manuel Couso, de la cadena «Telecinco»), en el ataque al hotel «Palestina» de Bagdá, donde se alojaba la prensa internacional (15). Sin embargo, por Auto de 8 de marzo de 2006 la Sección Segunda de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional archiva las actuaciones argumentando falta de dolo (error en la identificación del enemigo), lo que excluye la calificación de crimen de guerra según los Convenios de Ginebra y con ello la jurisdicción de los tribunales españoles bajo el art. 23.4 h) LOPJ (16).

5. CASO TIBET

Muy recientemente, por Auto de 10 de enero de 2006, la Audiencia Nacional, siguiendo la reciente decisión del TC que acabo de comentar más arriba, ha afirmado su jurisdicción para conocer del delito de genocidio contra la población tibetana imputado a ex-autoridades chinas, revocando el auto del Juzgado de Instrucción n. 2 de la Audiencia Nacional de 5 de septiembre que basándose en la anterior jurisprudencia del TS corregida posteriormente por el TC había negado su competencia (17). En este Auto la Audiencia, siguiendo el Acuerdo de 3 de noviembre de 2005 comentado más arriba argumenta la inactividad de la jurisdicción china en la persecución del delito, estudia la imposibilidad de intervención de la Corte penal internacional por ser los hechos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto y no ser ni China ni Tibet parte en el mismo y rechaza el exceso o abuso de derecho. Por tanto se abre un nuevo proceso por crímenes internacionales ante la Jurisdicción española.

(15) El auto puede consultarse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, apartado de jurisprudencia, Audiencia Nacional, Juzgados de Instrucción, caso José Couso.

(16) El auto puede consultarse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, jurisprudencia, Audiencia Nacional, salas, caso José Couso.

(17) El Auto puede verse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, jurisprudencia, Audiencia Nacional, Salas.

II. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. REGULACIÓN Y LÍMITES

1. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN GENERAL

Los tribunales españoles sólo aplican la ley penal española, por lo que el ámbito de la jurisdicción española coincide con el de aplicación de la ley penal española. Las reglas de aplicación de la ley en el espacio y de jurisdicción de los tribunales penales españoles están recogidas en el art. 23 de la LOPJ de 1 de julio de 1985 y en el Código civil.

El CC, en su art. 8 n.º 1 establece:

«Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

El art. 23 LOPJ lo completa:

«1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo, conocerán de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado Internacional o de un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.

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

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean

susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española.
- i) Los relativos al control de cambios.

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 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.

Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España

5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo».

En relación con la aplicación de la Ley penal militar, el art. 7 Código Penal Militar establece:

Los preceptos de esta Ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión, salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales (18).

El principio básico de aplicación de la ley penal española es el principio de territorialidad (19), regulado en los arts. 8.1 CC y 23.1 LOPJ. Junto a este principio reconoce nuestra legislación como principios complementarios el de personalidad activa (20), regulado en el art. 23.2 LOPJ, el principio real o de protección de intereses (21), regulado en el art. 23.3 LOPJ y en el art. 7 del CPM (22) y el principio de justicia universal (23) recogido en el art. 23.4 LOPJ. En cambio, el ordenamiento español no recoge el principio de personalidad pasiva como tal, ni el de justicia penal sustitutiva, aunque los mismos pueden tener entrada a través de la cláusula del art. 23.4.h) cuando España se haya comprometido convencionalmente a perseguir algún delito conforme a alguno de estos criterios, como, por ejemplo, la tortura, según opinión, que personalmente no comparto, del TS (24).

La LOPJ no establece ninguna limitación al principio de territorialidad. En cambio, para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por los tribunales españoles se establecen determinados requisitos: En

(18) Es condición necesaria para ser sujeto activo de los delitos contenidos en el CPM ser militar. El art. 8 CPM da una definición de militar a los efectos de este Código. *Fernández Flores*, en *Blecua Fraga / Rodríguez-Villasante* (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988, pp. 818 y 819 entiende que debe incluirse tanto el militar español como el extranjero, lo cual es conforme con el principio de represión universal que establecen los Convenios de Ginebra –arts. 49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV– y el art. 23.4.g) de nuestra LOPJ. De la misma opinión *Higuera Guimerá*, *Curso de Derecho penal militar español*, 1990, pp. 223 y 224. Véase sobre el concepto de militar *Jiménez y Jiménez*, *Introducción al Derecho Penal Militar*, pp. 150 a 152; *Martínez-Cardos Ruiz*, *Definición de militares*, en *Blecua Fraga / Rodríguez-Villasante* (coords.) *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988, pp. 215 a 244; *Higuera Guimerá*, *Curso de Derecho penal militar español*, 1990, pp. 209 a 227. Sin embargo la Audiencia Nacional en el caso José Couso no invocó el CPM sino el CP común, véase el Auto del Juzgado de instrucción n. 1 de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2005 y el Auto de 8 de marzo de 2006 la Sección Segunda de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional (supra notas 70 y 71).

(19) Sobre este principio y sobre el concepto de territorio español, véase por todos *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 239 y ss.

(20) Véase por todos *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 248 y ss.

(21) Véase por todos *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 252 y ss.

(22) Así *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, p. 253.

(23) Véase por todos *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 253 y ss.

(24) STS de 25 de febrero de 2003, caso Guatemala, fundamento duodécimo. En contra, *Rodríguez Ramos*, *Límites de la jurisdicción penal universal española* (A propósito de los casos *Pinochet* y *Guatemala*), *La Ley*, año XXIV, n.º 5788, 26 de mayo de 2003, pp. 2 y ss.

relación con el principio de personalidad activa se exige la punibilidad en el lugar de comisión (salvo que quede exceptuado por el Derecho internacional) y que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena; y en relación con los principios de protección de intereses y de justicia universal el único requisito es que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. La AN hizo una interpretación estricta de este requisito que le permitió no tener en cuenta las leyes argentinas de punto final y de obediencia debida con el argumento de que dichas leyes no establecían indultos (25) sino que despenalizaban conductas (26) –es preciso recordar que el Derecho espa-

(25) La amnistía consiste en una «derogación transitoria de la Ley» mediante la que a través de una ley general que beneficia a una pluralidad de sujetos, se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la iniciación de otros nuevos por los hechos que caen en la órbita de la amnistía, mientras que mediante el indulto, que puede ser individual o general, se concede al penado una remisión total o parcial de la pena impuesta, y presupone, por tanto, a diferencia de lo que sucede en la amnistía, una sentencia firme y la no cancelación de los antecedentes penales –*Gracia Martín*, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español, 2000, pp. 281 a 282.

(26) Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998, Recurso de Apelación núm. 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento jurídico «OCTAVO. Cosa juzgada. Las Leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y de Obediencia Debida. Las Leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y Obediencia Debida, han sido derogadas, si bien del documento presentado en el Juzgado por el recurrente Adolfo Francisco S., junto con escrito de fecha 17 de julio de este año (consistente en Resolución núm. 5/1998, del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de Argentina, de fecha 2 julio 1998, obrante a los folios 18.559 y siguientes del sumario, por la que se declaran extinguidas las acciones que pudieran corresponder contra dicho recurrente por su presunta participación en los delitos del art. 10 de la Ley 23049), resulta que dichas Leyes de Punto Final y Obediencia Debida son aplicadas y determinan la exención de responsabilidad que se declara, argumentándose que, aunque derogadas, esas Leyes ya han operado sus efectos y mantienen virtualidad por el principio de la ultractividad de la Ley penal más benigna o favorable.» Y continúa el fundamento: «Con independencia de que dichas Leyes puedan tenerse por contrarias al ‘ius cogens’ internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras, en razón de no ejercicio de acción penal a partir de un determinado tiempo o en razón de la condición de sometido a jerarquía militar o funcional del sujeto activo. Vienen a despenalizar conductas, de modo que su aplicación no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero [letra c) del apartado 2 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en el caso de conducta no punible –a virtud de norma despenalizadora posterior– en el país de ejecución del delito [letra a) del mismo apartado 2 del art. 23 de la Ley citada], lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado 5 del tan aludido art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

ñol no menciona la amnistía (27) y prohíbe expresamente los indultos generales (art. 62 CE)–.

En general no se exige ni la punibilidad en el lugar de ejecución ni la presencia del delincuente en territorio español (28) (salvo en el nuevo apartado el apartado g) en el que se extiende la competencia universal a la persecución de la mutilación genital femenina, con la condición de que el culpable se encuentre en suelo español) (29), pudiendo obtenerse ésta última mediante una orden internacional de detención y la petición de extradición.

La LOPJ no exige ningún otro requisito o condición, pero las restricciones han sido introducidas recientemente por la jurisprudencia y por la LO de Cooperación con la CPI. El TS en su sentencia en el caso Guatemala hizo una interpretación restrictiva de este principio que exige una conexión con intereses españoles (30). En un principio la AN, en su auto de 13 de diciembre de 2000, había denegado la competencia de los tribunales españoles para conocer del genocidio cometido en Guatemala (31), argumentando que al no haber leyes en Guatemala que sancionen la impunidad existe la posibilidad de que los tribunales guatemaltecos juzguen los

(27) Nada se dice en la Constitución sobre la misma y la doctrina se encuentra dividida en relación con su admisibilidad. Una parte entiende que su ejercicio no está prohibido y deberá ser regulado por la ley que la conceda, véanse *Aguado Renedo*, Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia, 2001, pp. 82 y ss. y *Gracia Martín*, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español, 2000, p. 283, con ulteriores citas. Otros autores, en cambio, han llegado a afirmar que la amnistía está prohibida en nuestro Derecho –véanse los autores citados por *Aguado* en la nota 97, p. 78.

(28) Lo mismo ocurre en las legislaciones de otros países, véase *Blanco Cordero, I.*, La Ley, 23 de marzo de 2004, p. 4.

(29) Este nuevo apartado g) ha sido introducido por LO 3 / 2005 de 8 de julio. Particularmente no veo ningún sentido a la extensión de la jurisdicción universal a una modalidad de lesiones comunes. Hubiera hecho mejor el legislador en extender este tipo de competencia a la persecución de los crímenes contra la humanidad.

(30) STS n.º 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

(31) El Juzgado de Instrucción n.º 1 de la AN, en auto de 27 de marzo de 2000, había declarado su competencia para el conocimiento de los hechos, desestimando la solicitud de archivo formulada por el Ministerio Fiscal. El auto del Juzgado de Instrucción defiende que de la documentación presentada por los demandantes se infiere que los hechos se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social y declara su competencia para conocer del delito de genocidio con base en el art. 23.4.a) LOPJ. En cambio, respecto de los delitos de terrorismo y torturas dice que quedan integrados en el de genocidio, y en relación con las torturas afirma el juez instructor *Guillermo Ruiz Polanco* que en su opinión la misma no es perseguible de forma autónoma «toda vez que la ausencia de pronunciamiento de la Ley Orgánica del Poder Judicial al respecto no puede llenarse con el contenido del art. 5.2 de la Convención de 1984, pues en el caso examinado no se da el concreto alcance jurisdiccional extraterritorial al que dicho precepto internacional se refiere».

hechos (32). Concebía con ello la AN la competencia por el principio de justicia universal de forma subsidiaria. Esta interpretación carecía de base legal y, en mi opinión, respondía únicamente al deseo de frenar una posible avalancha de querellas ante la AN. La legislación española no contiene ninguna disposición de la que pueda deducirse la subsidiariedad del principio de justicia mundial y dicha consideración tampoco existe en el

(32) Auto de 13 de diciembre de 2000, Pleno de la Sala de lo Penal, Razonamiento jurídico segundo. «Ciertamente es que el art. 23.4.a) de la LOPJ atribuye un mandato a la Sala de lo Penal de la AN, que es la competente a tenor de los arts. 65 y 88 de la misma Ley, para la persecución del delito de genocidio que se haya cometido fuera del territorio español, pero también lo es que España es parte contratante del Convenio sobre el Genocidio de 09.12.1948 en virtud del Instrumento de Adhesión de 13.09.1968, y en consecuencia, al no haber hecho reserva alguna al art. 6 del Convenio, se debe cohonestar el principio de persecución universal del delito de genocidio, que nos impone el art. 23.4.a) de la LOPJ, con los criterios de atribución jurisdiccional del art. 6 del Convenio, que también es un mandato que tenemos por cuanto forma parte de nuestra legislación interna (art. 96 de la CE y art. 1.5 del CC), y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del *ius cogens* internacional y que ha cristalizado en el propio art. 6 del mentado Convenio, y más recientemente en los arts. 17 y ss. del Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado el 17.07.1998 y firmado por España el 18.07.1998, y con respecto al que se ha autorizado su ratificación por las Cortes Generales por LO 6/2000 (BOE nº 239, 5.10.2000).» A continuación recuerda que en sus autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 (casos Chile y Argentina) había mantenido que el art. 6 de la Convención no impide la jurisdicción de otros Estados distintos de aquel en cuyo territorio se cometieron los hechos o de un tribunal internacional, pero destaca también de aquellos autos la siguiente frase: «Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el Derecho interno (art. 96 de la CE y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), es que el art. 6 del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio 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 penal internacional.» Y concluye que «La postura del Pleno fue por tanto la siguiente: Subsidiariedad de la jurisdicción penal española para el delito de genocidio cuando los hechos son extraterritoriales». Que este criterio se desprenda del art. 6 de la Convención me parece bastante discutible, pero en todo caso el criterio de no asumir la competencia cuando otro tribunal de competencia «preferente» ya está conociendo de los hechos me parece bastante juicioso. Lo malo es que la Audiencia da un salto lógico a partir de aquí, pues en los autos de Chile y Argentina se refirió claramente a que los «hechos estuviesen siendo enjuiciados» mientras que en el caso de Guatemala se conforma con la posibilidad de que vayan a serlo en un futuro, lo que es algo muy distinto. El Pleno de la Audiencia afirma, no que el delito esté siendo perseguido en el Estado del territorio, lo que evidentemente no sucede, sino que «... en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito ...» (fundamento jurídico tercero) y que «... no se constata ... que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar ...» (fundamento jurídico cuarto). Por lo que concluye que «el Pleno de la Sala no conceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el art. 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal» (fundamento jurídico quinto).

Derecho internacional consuetudinario (33). El auto fue recurrido en casación y el TS rechazó esta interpretación subsidiaria del principio con el siguiente argumento:

«el criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuando 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 soberano (...) una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado.» (34).

Con posterioridad se ha impuesto una versión mucho más razonable del «carácter subsidiario» del principio de justicia universal sustituyéndolo por el principio de «conurrencia» que entiende que se debe ceder la competencia a una jurisdicción preferente, como la del territorio, cuando esta efectivamente haya comenzado la persecución del delito (35).

Pero una vez rechazada aquella limitación la sentencia del TS en el caso Guatemala incluyó otra consistente en la necesidad de un punto de conexión directo con intereses nacionales. Tras admitir que el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no establece expresamente la jurisdicción universal, pero tampoco la prohíbe, afirma que el hecho de que el art. 23.4 de la LOPJ no establezca ninguna particularidad respecto al régimen de la persecución extraterritorial «no puede ser interpretado de manera que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refie-

(33) Véase, en contra de la interpretación de la AN, *Slepoy Prada*, El principio de justicia universal y su regulación en España, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 140 y ss.

(34) STS n.º 327/2003, de 25 de febrero de 2003, fundamento sexto.

(35) Así el TS en el caso Perú –STS de 20 de mayo de 2003 (ponente *Conde-Pumpido*)–, argumentó que «el cambio político acontecido en el Perú ha determinado la iniciación de procesos penales contra varios de los querrelados». Esta comprensión del principio de justicia universal se ve confirmada en la STS en el caso *Scilingo*, de 15 de noviembre de 2004, fundamento jurídico sexto, y por la sentencia del TC de 26 de septiembre de 2006.

re». En opinión del TS, cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de Derecho internacional público (el principio de no intervención en asuntos de otros Estados) (36), en los casos en que su proclamación no procede de una fuente reconocida en Derecho internacional, sino que ha sido asumida únicamente por el Derecho interno, como es el caso del genocidio (37). Además, «la conexión deberá aparecer en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él... la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes en los que tal conexión no se aprecie». La decisión del caso Guatemala, a pesar de contar con el voto en contra de un amplio número de magistrados fue acogida en otras sentencias posteriores: el caso contra el Gral. chileno *Hernán Julio Brady Roche*, STS de 8 de marzo de 2004 (38), y el caso Scilingo, STS de 15 de noviembre de 2004 (39), con lo que puede decirse que ya había creado jurisprudencia, aunque lo cierto es que ambas sentencias relajaron algo la estricta interpretación de la sentencia Guatemala.

Las sentencias mencionadas resumen de la siguiente manera la doctrina establecida por el TS en el caso Guatemala (40):

(36) Los límites a este principio en lo referente a hechos que afectan a derechos humanos sólo operarían, según el TS, cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad internacional, y la posibilidad de intervención acordada en el Convenio contra el genocidio no es la jurisdicción universal sino el recurso a los órganos competentes de Naciones Unidas.

(37) El TS quiere fundamentar estos límites en la costumbre internacional, y para ello cita una serie de resoluciones de otros países y del TIJ, ninguna de las cuales, sin embargo, aborda el tema de la legalidad o los límites en Derecho internacional del ejercicio del principio de justicia universal. En concreto se refiere, por ejemplo, al caso *Sharon* ante la Corte de Casación belga y al caso *Yerodia*, en el que el TIJ no entró en la cuestión de la competencia universal sino que se limitó a analizar el tema de la inmunidad, como bien señala el voto particular en el mismo sentido *Henzelin*, La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia, *Revue Générale de Droit International Public* 2002, p. 820. Como también destaca el voto particular, la sentencia desconoce otras muchas resoluciones de tribunales nacionales y del propio TIJ que han reconocido el principio de justicia universal sin estas limitaciones y que contradicen la pretendida costumbre alegada por el voto mayoritario.

(38) STS núm. 319/2004.

(39) N.º: 1362/2004

(40) Citamos los fundamentos jurídicos de la STS de 8 de marzo de 2004, pero la STS en el caso Scilingo es una copia exacta de este resumen.

«Las líneas básicas de la citada resolución, en cuanto se refiere a la competencia de la jurisdicción española para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, presuntamente constitutivos de determinados tipos delictivos objeto de tratados o convenios internacionales (art. 23.4 LOPJ [RCL 1985, 1578 y 2635]), resumidamente expuestas son:

1.^a) Que «hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción» (FJ 9.º).

2.^a) Que, en el artículo VIII del Convenio contra el genocidio, se establece que cada parte contratante puede «recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio», como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda (FJ 9.º).

3.^a) Que «el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional»; y, a este respecto, se cita expresamente lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (FJ 9.º). Y,

4.^a) Que, en los Tratados Internacionales relativos a estas materias, «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 acogándose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado» (FJ 9.º).

En esta misma línea, se destaca también en dicha sentencia que, según se establece en el art. 23 4, g) (41) de la LOPI, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando «según los tratados o convenios internacionales, deba(n) ser perseguido(s) en España» (FJ 10.º). Y, a este respecto, se hace expresa mención del artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el que se dispone que lo acordado en ellos «no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado» (FJ 10.º).

Como corroboración de estos principios, la sentencia del Pleno de esta Sala hace una particular referencia –sin propósito exhaustivo– a lo dispuesto al efecto por los siguientes tratados y convenios: a) La Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, de 14 de diciembre de 1973 (BOE de 7 de febrero de 1986); b) el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970 (BOE de 15 de enero de 1973); c) el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de septiembre de 1971 (BOE de 10 de enero de 1974); d) La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (BOE de 9 de noviembre de 1987); e) la Convención contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979 (BOE de 7 de julio de 1984); f) el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977 (BOE de 28 de octubre de 1980); g) el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (BOE de 23 de mayo de 2002); y, h) la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988 (BOE de 10 de noviembre de 1990) (FJ 10.º).

A la vista de todo ello, la sentencia subraya que «aunque los criterios de atribución utilizados (en los tratados y convenios internacionales citados) presentan ciertas variaciones en función de las características y naturaleza del delito, en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal» (FJ 10.º).

«Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva –se

(41) En la actualidad es el apartado h).

afirma en dicha sentencia—, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción» (FJ 10.º).

Finalmente, como complemento de los anteriores principios, la sentencia citada reconoce que «una parte de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado 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» (FJ 10.º). En este contexto, el Pleno de este Tribunal estimó, en la referida resolución, que «en los casos de los sacerdotes españoles..., así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables» (FJ 11.º).

Pero a pesar de repetir la doctrina anterior, a la hora de concluir conforme a la misma en el caso concreto que les ocupa, las mencionadas sentencias operan una relajación de todos los requisitos que acaban de mencionar. Relajación que unas veces es, en mi opinión, aplaudible, y otras, en cambio, censurable. Así, el TS en el caso Scilingo afirma que aunque ni el Convenio internacional contra el genocidio, ni el Convenio Europeo contra el terrorismo, ni la Convención contra la tortura establecen el principio de justicia universal...

„... surge, sin embargo, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción. Finalmente, como complemento de los anteriores principios, la jurisprudencia de esta Sala, antes mencionada, reconoce 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 cri-

terios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. Y ciertamente, en el caso a que se contrae la excepción de jurisdicción que examinamos, es aplicable el artículo 23.4 en cuanto establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española, como delitos de genocidio, terrorismo, entre otras figuras delictivas y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España, extensión de jurisdicción, que por lo antes expuesto, en este caso y respecto a los delitos de los que se acusa al recurrente, es compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, ya que los delitos de genocidio, torturas y terrorismo afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, y si a ello añadimos que el presunto culpable se haya en territorio español, que existe un punto de conexión directo con intereses nacionales en cuanto aparecen víctimas de nacionalidad española y que no consta que se encuentre encausado por estos mismos hechos en Argentina, siendo de reiterar las razones que se expresan en el auto recurrido, por lo que no puede hablarse de litis pendencia ni de «non bis in idem» en cuanto los concretos graves crímenes objeto de acusación, según las actuaciones, no están siendo perseguidos por la jurisdicción territorial».

Es decir, por una parte parece convertir la presencia del acusado en territorio español en fundamento para la jurisdicción, y se le olvida el dato fundamental de que ello exigiría que se diese la premisa, que no concurre en ninguno de los casos analizados, de que se hubiese solicitado la extradición a España del presunto responsable y ésta hubiese sido denegada (42), lo que me parece rechazable. Por otro, no es cierto que siga la doctrina de la sentencia Guatemala en cuanto a la exigencia de conexión con intereses españoles, ya que aquella sentencia limitaba la competencia a los casos de víctimas españolas, rechazando además el genocidio del grupo nacional de los españoles o que un posible delito de terrorismo afectara a intereses españoles, mientras que aquí se conforma el tribunal para afirmar

(42) El principio *aut dedere aut punire* está pensado para evitar la impunidad a la que llevan algunas limitaciones a la extradición como por ej. la nacionalidad del autor, pero no otorga competencia sobre un delito por la mera presencia del acusado en el territorio. Sobre las diferencias entre este principio y el de Justicia mundial *Blanco Cordero*, La Ley, 5980, 22 marzo 2004, p. 3; *Martín Martínez*, University of Miami International and Comparative Law Review, 9, 2000/2001, p. 185.

la conexión con la existencia en el contexto enjuicizado de víctimas españolas que al parecer legitimaría la competencia sobre todos los demás casos en los que no se puede probar una víctima española (43). Esta ampliación no me parece tan censurable dado que lo rechazable era aquella exigencia, aunque sí rechazo la interpretación amplia de genocidio a la que de nuevo parece apuntarse.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 ha anulado la STS de 25 de febrero de 2003, y con ello la jurisprudencia posterior basada en ella, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. En esta sentencia el Tribunal Constitucional refuta con gran acierto la jurisprudencia del TS en materia de persecución de crímenes internacionales bajo el principio de jurisdicción universal. Se rechaza el principio de subsidiariedad que manejó la AN en el caso Guatemala y repitió en el caso Scilingo, sustituyéndose por el de concurrencia, según el cual se debe ceder la competencia a una jurisdicción concurrente preferente como la del territorio, pero ello no implica en ningún caso la obligación de que el denunciante acredite plenamente la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como pretendía la AN. Rechaza también el TC la existencia en Derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral (no dispuesto en un Convenio internacional) del principio de jurisdicción universal que argumentó el TS, y en especial rechaza la exigencia de un punto de conexión como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la presencia del acusado en territorio español. Todos ellos son, según el TC, requisitos establecidos *contra legem* y son contrarios al fundamento y los fines del principio de jurisdicción universal, los dos primeros además desnaturalizan el principio conduciendo a la derogación de facto del art. 23. 4 LOPJ (44). Afirma con razón el TC que la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las parti-

(43) En el proceso a Scilingo llevado a cabo ante la Audiencia Nacional se recoge una lista de víctimas españolas de la Dictadura argentina pero se admite que no se sabe si en alguno de los vuelos de la muerte en los que participó Scilingo había algún español. El acusado es condenado finalmente por la muerte de 30 personas de identidad desconocida y tampoco las personas torturada y detenida se dice que tuvieran nacionalidad española. A la Audiencia le basta con la presencia de víctimas españolas en el contexto y no lo exige en los delitos concretos imputados en contra de lo que había decidido el TS en el caso Guatemala. Véase SAN 16/2005 de 19 de abril, fundamento jurídico primero, punto 6.3.

(44) El voto particular –fundamento séptimo– insiste en que se trata de una interpretación *contra legem* y que viene a derogar en la práctica el principio –fundamento undécimo–. Así lo había manifestado también la doctrina, véase *Cerezo Mir*, Curso I, p. 256; *Gil Gil*, Informe sobre España, ob. cit., p. 143 y 188, *Blanco Cordero*, La Ley, 23 marzo 2004, p. 5.

culares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos.

Sin embargo, las mayores limitaciones al principio de justicia universal, más allá incluso de aquella interpretación restrictiva realizada por el TS, han sido introducidas por la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI. El art. 7.2 de la LO de Cooperación dispone:

Art. 7.2

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

En principio no parece mal que se ceda la competencia a la CPI en el entendimiento de que la competencia de un órgano internacional puede ser preferible a la nacional bajo el principio de justicia universal, para evitar tensiones, conflictos y presiones políticas, pero por otro lado tenemos que pensar que la Corte actúa con unos medios personales y materiales muy limitados y que por ello el principio de complementariedad está pensado no sólo para proteger la soberanía de los Estados cuando estos reclaman la competencia por los principios de territorialidad o personalidad, sino también como mecanismo de colaboración en la tarea de impartir justicia ante la mencionada limitación de las posibilidades, no sólo legales, sino prácticas, de actuación de la Corte (45).

(45) A las limitaciones expresas previstas en el Estatuto a la competencia de la Corte hay que añadir la autolimitación derivada de la interpretación del art. 17.1. d y en concreto del requisito de gravedad de los crímenes que ha realizado la Corte en su reciente decisión de la Sala de cuestiones preliminares de 26 de febrero de 2006 en el caso Lubanga. En

Además, si unimos esta «cesión de competencia» al monopolio político de la interposición de la demanda, impidiendo al juez o fiscal que ha entendido que el supuesto puede ser competencia de la Corte dirigirse a ésta, y si además el gobierno no está tampoco obligado en tales casos a presentar la demanda, entiendo que se está eliminando el principio de legalidad que inspiraba hasta ahora el sistema procesal español. Si a ello unimos que el gobierno se atribuye expresamente la posibilidad de tener en cuenta consideraciones políticas para no denunciar, entiendo que infringe sus obligaciones de lucha contra la impunidad de estos delitos como Estado parte en el Estatuto de Roma. El compromiso adquirido por España al firmar y ratificar el Estatuto, de luchar contra la impunidad de los crímenes en él contenidos y de cooperar con la CPI exigiría, en mi opinión, que la prohibición a los jueces y tribunales españoles de conocer de los delitos que pudieran ser competencia de la Corte fuera acompañada en esos supuestos de inhibición de nuestros tribunales de la obligación del gobierno (puesto que se ha reservado tal facultad) de interponer la demanda correspondiente ante la Corte. Resulta evidentemente contradictorio con el compromiso de luchar contra el delito impedir que los jueces nacionales actúen y no activar tampoco en tales casos la competencia de la Corte.

Resulta además llamativo el hecho de que el legislador no haya reservado siquiera para la jurisdicción nacional los casos de delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal en los que se vean afectados víctimas o intereses españoles, pues aunque nuestro ordenamiento no contempla el principio de personalidad pasiva, la lamentable decisión del TS en el caso Guatemala, aunque limitó *contra legem* el principio de justicia universal, al menos dejó a salvo para los tribunales nacionales dichos casos. Por fortuna el TC ha corregido la interpretación del TS, porque nos encontrábamos con que, por el juego de la LO de Coopera-

esta decisión la Sala de Cuestiones Preliminares ha restringido la competencia de la Corte exclusivamente a los delitos más graves imputados a personas que ostente un alto grado de responsabilidad en el Estado u organización criminal (véanse en especial los párrafos 42 y ss.). La decisión puede verse en <http://www.ub.edu/dpenal/>. Se trata sin duda de una decisión de suma importancia pues en ella se definen los requisitos de la competencia de la Corte, la relación con las jurisdicciones internas y especialmente el requisito de la «gravidad» de los hechos que según esta decisión exige un examen sobre tres aspectos: la comisión del delito de manera sistemática o a gran escala, la posición del acusado en el Estado, organización o grupo armado (en contra de lo que vienen haciendo los tribunales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda, la Corte afirma que solo va a juzgar a los líderes, no a los peones) y el grado de responsabilidad en el delito que se le atribuye al acusado. Por lo tanto parece que la responsabilidad de los «peones» deberá ser enjuiciada por las jurisdicciones internas.

ción y aquella jurisprudencia, el principio de justicia universal se veía sumamente limitado (46).

Por supuesto hay que interpretar que será el juez español ante el que se interponga la denuncia el que determinará en un primer momento si la Corte es o no competente para juzgar los hechos, y para ello tendrá en cuenta no sólo la naturaleza del delito denunciado, sino también los criterios de competencia derivados del lugar y tiempo de comisión del delito (47).

El precepto fue tan criticado por la doctrina, las asociaciones de jueces y fiscales y las ONGs cuando se dio a conocer el Proyecto, que el prelegislador se vio obligado a introducir un nuevo párrafo:

Art. 7.3

No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes.

Sin embargo, este párrafo no soluciona ni el incumplimiento de los deberes de España como Estado parte, ni la vulneración del principio de legalidad, sino que pretende dar una salida a la víctima ante la eventualidad de que la Corte no admita el asunto. La solución a este problema, no obstante, tampoco es convincente, pues no se establece un plazo de espera para entender que el fiscal no ha acordado la apertura de la investigación (48).

(46) Por un lado sucedía que si por la naturaleza del delito eran competentes los tribunales españoles bajo el principio de justicia universal, según el TS no podían, sin embargo, actuar salvo que hubiera víctimas españolas (exceptuándose aquí los supuestos de crímenes de guerra, pues las Convenciones de Ginebra son las únicas que imponen el principio de justicia universal). Pero por otro lado además, según la LO de Cooperación, aunque hubiera víctimas españolas tampoco podían actuar los tribunales españoles si pudiera ser competente sobre el caso la Corte.

(47) La Corte no es competente si el delito se cometió antes de la entrada en vigor del Estatuto (art. 11 ECPI), ni tampoco si ni el Estado en cuyo territorio se cometió, ni aquél cuyo nacional lo cometió son Parte en el Estatuto ni dan su consentimiento (art. 13 ECPI). Véase *Gil Gil*, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, p. 67 y ss.; *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, pp. 64-65.

(48) El art. 15 del ECPI y la Regla 104 de Procedimiento y Prueba establecen que el Fiscal analizará la veracidad de las informaciones recibidas antes de abrir una investigación, para lo cual podrá recabar más información de Estados y Organizaciones. Si tras el examen preliminar entiende que no hay fundamento para una investigación informará de ello a quienes hubieran presentado la información. Véase *Gómez Colomer*, *El Tribunal penal internacional: investigación y acusación*, 2003, pp. 124 y ss. No se establece ningún plazo para iniciar el examen ni tampoco está muy claro, en mi opinión, que deba hacerse en todos los casos, si es que ello es posible, dada la avalancha de informaciones recibidas en la oficina del Fiscal.

En mi opinión dado el amplio volumen de informaciones que ha recibido el fiscal hasta el momento, no debería exigirse a la víctima la respuesta expresa a la que hace referencia el punto 6 del art. 15 del Estatuto para permitirle volver a la jurisdicción nacional, sino que, si dado un plazo razonable, el fiscal no ha procedido siquiera a realizar el examen preliminar destinado a analizar la veracidad de la información a la que se refiere dicho artículo, debería entenderse que los tribunales nacionales recuperan automáticamente la competencia en el entendimiento de que se cumple el requisito establecido en el art. 7.3 de la LO de Cooperación, de que el fiscal no ha acordado la apertura de la investigación.

En todo caso opino que hubiera sido preferible seguir el modelo alemán (49), concediendo la capacidad de iniciar un procedimiento por el principio de justicia universal a la decisión libre e independiente de los fiscales (o de los jueces en el caso de denuncias de las víctimas) tal y como sucedía hasta ahora en nuestro sistema, reservando en todo caso para los tribunales españoles los supuestos de víctimas o intereses españoles y cediendo la competencia a la Corte sólo cuando ésta ya ha iniciado el procedimiento, incluyendo si se quiere, como manifestación del principio de oportunidad –pero con motivos tasados y sujetos a control–, una posibilidad de renuncia a la persecución a decisión del fiscal o del órgano judicial, y no del gobierno. Como sucede en la legislación alemana, dicha renuncia habría de responder realmente a razones de economía procesal, cuando se vea claro que no va a ser posible conseguir la presencia del acusado, y no a razones políticas desvinculadas totalmente del interés de la Justicia.

2. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PARA LOS CRÍMENES INTERNACIONALES RECOGIDOS EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

Para el delito de genocidio rige el principio de jurisdicción universal, por el que los tribunales españoles tienen jurisdicción por razón del delito, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima y del lugar de comisión. Este principio no está limitado en la ley por ninguna exigencia de conexión especial, dicha limitación fue introducida por la jurisprudencia del TS, como acabamos de ver, en interpretación posteriormente corregida por el TC, y otras limitaciones han sido introducidas por la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI (50).

(49) Véase la Ley alemana de Código penal internacional de 26 de junio de 2002, art. 3.5.

(50) Véase el apartado anterior.

Respecto de los crímenes contra la humanidad, a pesar de que se había propuesto que a su incorporación en el CP le acompañase una reforma de la LOPJ en la que se otorgase a los nuevos tipos la cualidad de delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal (51), dicha modificación no se ha realizado ni es en estos momentos esperable. Por lo tanto, los crímenes contra la humanidad sólo serán perseguibles por los tribunales españoles cuando hayan sido cometidos en territorio español (art. 23.1 LOPJ) o cuando a pesar de haberse cometido en el extranjero el autor tenga nacionalidad española (y concurren los requisitos establecidos en el art. 23.2 LOPJ) o sea funcionario público español y haya actuado en el ejercicio de sus funciones (art. 23.3 LOPJ) o la víctima sea una autoridad o un funcionario público español, el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente (art. 23.3 LOPJ). En relación con el anterior apartado g) –hoy h)– del art. 23.4 se pretendió argumentar la jurisdicción española, con base al principio de justicia universal, sobre el delito de tortura aludiendo al art. 5 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (52). Sin embargo, en mi opinión este artículo no obliga a España a castigar el delito de tortura con independencia del lugar de su comisión, como sería necesario para aplicar la letra h), sino sólo a juzgar en el caso de negarse una extradición que aquí no se ha solicitado (es precisamente el juez español el que solicita la extradición arrogándose la competencia) (53). El juez de Instrucción

(51) Véase en este sentido *Grupo de Estudios de Política Criminal*, Una propuesta de Justicia penal internacional, Documentos, n.º 6, 2002, p. 57.

(52) Art. 5: 1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;

c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

(53) A favor de la existencia del principio de jurisdicción universal para el delito de torturas se manifiesta *Gómez Benítez*, Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y torturas, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 64 y ss., pero todos los textos y opiniones que cita defienden la capacidad, no la obligación de los Estados de asumir la competencia por ese principio, mientras que para aplicar el antiguo apartado g) debe tratarse de una obligación de asumir la competencia, no de una mera facultad. En su opinión la obligación del art. 49 del I Convenio de Ginebra de hacer comparecer ante los tribunales propios a los autores de crímenes de guerra o entregarlos a otra

de la AN *Guillermo Ruiz Polanco* tampoco estimó aplicable el art. 5.2 de la Convención para fundamentar el principio de persecución universal de la tortura en el caso Guatemala (54). La AN en los autos en los que confirma la jurisdicción de los tribunales españoles en los casos de Chile y Argentina, no entra a analizar estos problemas y pasa de puntillas sobre el tema de la existencia o no de competencia de los tribunales españoles sobre el delito de torturas con base en la Convención de 1984 (55). El TS, en su sentencia de 25 de febrero de 2003 en el caso Guatemala, admite la competencia de los tribunales españoles por delitos de tortura, pero no por el principio de justicia universal, sino por el de personalidad pasiva, por lo que la reduce a los casos de víctimas de nacionalidad española. El apoyo legal se encuentra, según el TS (56), en el art. 23.4.g) –hoy h)– que otorga competencia a los tribunales españoles cuando nuestro país ha adquirido una obligación convencional de perseguir que en este caso se encuentra recogida en el art. 5.1.c) de la Convención contra la Tortura. Pero lo cierto es que la Convención contra la Tortura tampoco obliga a castigar en caso de que la víctima sea nacional, sino que sólo otorga en este caso la posibilidad al Estado de hacerlo si así lo considera conveniente (57), con lo que, en puridad, no se trata de un supuesto comprendido en el art. 23.4.h), en contra de lo mantenido por el TS (58).

parte para su enjuiciamiento es muy parecida a la obligación *aut dedere aut iudicare* que contiene la Convención contra la tortura. Sin embargo, en mi opinión es clara la diferencia esencial entre ambos preceptos. El principio *aut dedere aut iudicare* no obliga a buscar a delincuentes que no están en poder del estado y pedir su extradición para juzgarlos, mientras que el art. 49 sí. Por eso el antiguo apartado g) es aplicable a los Convenios de Ginebra pero no a la tortura.

(54) Véase *supra*.

(55) Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998. Fundamento de Derecho séptimo: «Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro Derecho, delito de persecución universal por la vía del art. 23, apartado 4, letra g), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el art. 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del art. 5, apartado 1, letra c), de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado 2 del art. 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario.»

(56) STS de 25 de febrero de 2003, fundamento duodécimo.

(57) Véase *supra* la nota 43.

(58) Así lo destaca también *Rodríguez Ramos*, Límites de la jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos *Pinochet* y Guatemala), *La Ley*, año XXIV, nº 5788, 26 de mayo de 2003, pp. 2 y 3, en cuya opinión el TS ha procedido en esta sentencia a reconocer en nuestro ordenamiento un «inexistente principio de personalidad pasiva».

A pesar de todo lo dicho sobre la inexistencia de competencia de nuestros tribunales para perseguir delitos de lesa humanidad por el principio de Justicia universal según el ordenamiento español, la AN en su sentencia de 16 de abril de 2005 en el caso Scilingo ha afirmado su competencia para conocer de los hechos bajo la calificación de delitos de lesa humanidad apelando simplemente a la naturaleza internacional del delito (59):

«La competencia de la jurisdicción española en el caso puede ser examinada desde la doble perspectiva que se viene haciendo, desde la del derecho internacional y desde el nacional interno. Aunque las normas nacionales admitan la competencia jurisdiccional extraterritorial para la persecución penal de un delito acaecido en el territorio de otro Estado (art 23.4 y 5 LOPJ), estimamos que necesita para ser legítima en el ámbito internacional su reconocimiento en dicho espacio. En el presente caso, y como venimos afirmando, tratándose de responsabilidad individual por delitos contra la humanidad, viene reconocida esta posibilidad de ejercicio de la persecución penal a cualquier otro Estado...»

A continuación cita un fragmento de la argumentación del juez argentino Cavallo en el auto de 6 de marzo de 2001 en el que declara nulas las leyes de obediencia debida y punto final y con ello parece adherirse a la opinión de que el Derecho internacional atribuye directamente competencia a todos los Estados sobre este delito por el principio de jurisdicción universal:

«Tampoco el interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables (responsabilidad de los individuos) queda en cabeza del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos. Por el contrario, *toda la Humanidad y los Estados en que ésta se organiza tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción punitiva a sus autores o partícipes*. Para asegurar que tal interés sea efectivamente satisfecho, el *derecho de gentes asigna competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en su contra (jurisdicción universal) (...) al enjuiciar y penar a los responsables el Estado (incluso el del territorio donde los hechos ocurrieron) actuará en interés del conjunto de la comunidad internacional, interés superior al suyo individual*»

(59) Fundamento jurídico primero, número 5.

Y concluye:

«En definitiva, una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad, desde nuestro punto de vista la que verdaderamente los singulariza, es su perseguibilidad internacional mas allá del principio de territorialidad...Estimamos, pues, que resulta legítimo en estos casos que un Estado asuma la defensa de los intereses de la comunidad internacional y persiga penalmente a individuos en virtud del principio de responsabilidad individual».

La argumentación de la Audiencia Nacional es equivocada porque aunque el Derecho internacional permita la asunción de la competencia sobre estos delitos a cualquier Estado por el principio de Justicia universal debido al carácter internacional de los mismos (cosa que el TS tampoco admitió) lo cierto es que ningún convenio ni costumbre internacional obliga a asumir esa competencia (60) y en el ordenamiento español es el legislador en la Ley el que determina el ámbito de competencia de los tribunales españoles, no cada tribunal y hasta el momento el legislador español no ha hecho uso de esa facultad añadiendo este delito a los perseguibles bajo el principio universal en el art. 23.4 de la LOPJ, aunque sería muy conveniente que lo hiciera.

La sentencia ha sido objeto de recurso de aclaración, al que es de imaginar siga otro de casación y es de esperar que el TS niegue la competencia sobre los hechos desde su calificación como delitos de lesa humanidad, aunque es posible mantenga la jurisdicción variando la calificación jurídica y volviendo a deformar y extender analógicamente el tipo del genocidio.

En relación con los crímenes de guerra, los tribunales españoles tienen competencia por el principio de jurisdicción universal sobre las violaciones a los Convenios de Ginebra en virtud del art. 23.4.h) LOPJ. Así lo ha entendido correctamente la AN en el caso José Couso (61). Respecto de otros crímenes de guerra regirán las reglas generales del art. 23 tal y como hemos visto para los crímenes contra la humanidad, pero respecto de los crímenes de guerra previstos en el CPM serán competentes en todo caso los

(60) Los casos que cita la Audiencia para fundamentar sus afirmaciones lo son o bien de violaciones a los Convenios de Ginebra (único texto internacional que impone la obligación de perseguir universalmente) o de supuestos que tiene su apoyo en las respectivas legislaciones internas, lo que no ocurre en el nuestro.

(61) Véase el Auto del Juzgado de instrucción n. 1 de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2005 y el Auto de 8 de marzo de 2006 la Sección Segunda de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional (supra notas 70 y 71).

tribunales militares españoles en virtud de lo dispuesto en el art. 7 CPM (62). Sería conveniente extender la jurisdicción de los tribunales españoles a todos los crímenes de guerra, y no sólo a los constitutivos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra, por el principio de jurisdicción universal, con base en la naturaleza internacional de dichos delitos.

En relación con el crimen de agresión, al no estar éste codificado tampoco hay nada previsto respecto de la competencia de los tribunales españoles. En los casos en que se puedan subsumir los hechos en los delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado del capítulo II del Título XXIII del CP, serían competentes los tribunales españoles por aplicación del principio de protección de intereses (art. 23.3.a) LOPJ).

3. LÍMITES DERIVADOS DE LA NATURALEZA PENAL O PROCESAL DE LOS PRINCIPIOS

La doctrina discrepa sobre la naturaleza penal o procesal de las normas que regulan la eficacia de la ley penal en el espacio. Así, a pesar de su ubicación en la LOPJ, un sector de la doctrina ha defendido su naturaleza penal (63). Por el contrario, otro sector doctrinal defiende su naturaleza procesal (64), y ese mismo carácter le atribuyó la AN (65) en los casos

(62) Hay que lamentar, sin embargo, que la regulación de los crímenes de guerra en el CPM ha quedado obsoleta y presenta numerosas divergencias respecto de la regulación del CP común que originarán disfunciones difíciles de solucionar. Véase sobre ello *Rodríguez Villasante*, La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en «La criminalización de la barbarie», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 82, 2003, p. 227; *Gil Gil*, Informe sobre España, ob. cit. pp. 188-189

(63) *Cerezo Mir*, Curso de Derecho penal español, I, 2004, p. 293; *Polaino Navarrete*, Derecho penal. Parte general, 2001, pp. 450 y ss.; *Díez Sánchez*, El Derecho penal internacional (Ámbito espacial de la Ley penal), 1990, pp. 21 y 22.

(64) *Morillas Cuevas*, en Cobo (dir.) y otros, Curso de Derecho penal español. Parte general, 1996, p. 119; *Quintano Ripollés*, Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal, I, 1955, pp. 21 y 22 y II, 1957, pp. 12 y 13.

(65) Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998, Recurso de Apelación núm. 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento de Derecho tercero: «Aplicabilidad actual del art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como norma procesal ahora vigente. El art. 23, apartado 4, 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 ... 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 art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es norma de punición, sino procesal. ... La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuicia-

contra las dictaduras argentina y chilena, lo que le permitió aplicar la doctrina consolidada de que la aplicación de una norma procesal al enjuiciamiento de un hecho cometido con anterioridad a su entrada en vigor no es una aplicación retroactiva, pues el objeto de las leyes procesales es el proceso, y no los hechos delictivos enjuiciados, por lo que para cumplir con el principio de irretroactividad basta con que se aplique la ley procesal vigente en el momento de celebración del proceso (66). En el caso «Guatemala» el Juez de Instrucción de la AN también había rechazado la pretensión del Ministerio Fiscal de archivar las actuaciones por haber sido cometidos los hechos con anterioridad a la promulgación de la LOPJ, recordando que «la determinación de la jurisdicción no es aplicación retroactiva de la ley penal» y que «el art. 23 de la LOPJ no es norma penal sino procesal en cuanto determinante del ámbito jurisdiccional» (67). El TS no se ha manifestado sobre la naturaleza de estas normas.

4. LÍMITES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

En el sistema legal español, de acuerdo con el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el principio de legalidad obliga al fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho de que tenga noticia con carácter de delito o falta conforme a la ley penal sustantiva. Queda excluida por tanto toda capacidad de decisión sobre la conveniencia u oportunidad de la persecución en el caso concreto. El criterio del órgano de la acusación debe ser siempre y exclusivamente la ley (68). Sin embargo, algunos autores

miento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el art. 9, apartado 3, 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. El principio de legalidad (art. 25 de la Constitución Española), impone que los hechos sean delito –conforme a las Leyes españolas, según el art. 23, apartado 4, tan mencionado–, cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por Ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.»

(66) Otros argumentos a favor de la competencia de los tribunales españoles por el delito de terrorismo en el caso argentino (alguno de ellos no muy convincente) pueden verse en *Lamarca Pérez*, *La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile*, en *El principio de Justicia Universal*, 2001, pp. 85 y ss.

(67) Fundamento jurídico quinto.

(68) *Armenta Deu*, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Alemania, España, 1991, p. 139. Ve esta autora la plasmación del principio de legalidad también en los arts. 124 CE, 430 LOPJ y 3.4 EOMF (p. 202).

entienden que existen manifestaciones del principio de oportunidad en nuestro Derecho, como la regulación de la conformidad del acusado, la necesidad de denuncia en los delitos semipúblicos y querrela en los privados, el perdón del ofendido, etc (69). Ninguno de ellos es aplicable a los crímenes internacionales y tampoco el procedimiento abreviado, que también se ha visto como una manifestación del principio de oportunidad (70). *Conde Pumpido* ve también una manifestación del principio de oportunidad en la necesidad de denuncia o querrela del Ministerio Fiscal para juzgar hechos previstos en España como delito pero cometidos fuera (art. 23.2 LOPJ) (71), pero este requisito no es aplicable a los delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal que se recogen en el punto 4, y además, al admitirse la denuncia o querrela del agraviado en ningún caso se deja a la decisión exclusiva del Ministerio Fiscal la persecución. Ante la noticia de la comisión de un crimen perseguible bajo el principio de justicia mundial un fiscal español tiene la obligación de acusar (72). Si el Ministerio Fiscal no actuó de oficio en los casos de Argentina, Chile y Guatemala, sino que, al contrario, recurrió las decisiones de los jueces, fue porque no compartía las opiniones de éstos sobre la calificación jurídica de los hechos y la competencia de los tribunales españoles (73). Sin embargo, estas afirmaciones se vieron matizadas por la interpretación del principio de justicia universal realizada por el TS en su sentencia de 25 de febrero de 2003, que si bien reconocía la inexistencia del principio de oportunidad en nuestro Derecho, exigía por vía interpretativa un punto de conexión con intereses españoles (74). Como ya he comentado esta interpretación ha sido rechazada por el TC. Pero el principio de legalidad en materia de persecución penal se ha quebrado respecto de los crímenes que

(69) En contra *Armenta Deu*, ob. cit., pp. 204 y ss.

(70) *Armenta Deu*, ob. cit., pp. 213 y ss.

(71) *Conde Pumpido*, El principio de legalidad y el uso de la oportunidad, Poder Judicial, 1987, pp. 30 y 31. En contra de que esta exigencia sea manifestación del principio de oportunidad, *Armenta Deu*, Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España, 1991, pp. 204 y ss.

(72) *Castresana Fernández*, La figura del acusador público ante el principio de justicia universal, en *El principio de Justicia Universal*, 2001, p. 182.

(73) En mi opinión la postura de la fiscalía era correcta en algunos puntos, y sin entrar en la valoración del trasfondo político o no de su actuación, que además creo que fue exagerado por los medios de comunicación.

(74) Fundamento octavo: «... este artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro Derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia.»

pudieran ser competencia de la CPI mediante lo dispuesto en el art. 7.2 de la LO 18/2003 de Cooperación con la CPI, que ya he comentado.

Creo que la introducción de otros criterios en la línea de la legislación alemana hubiera sido preferible a las limitaciones del principio realizadas por un lado por el TS, que lo convirtieron en una extensión de los principios de protección de intereses y de personalidad pasiva, desnaturalizando su esencia, y por otro lado por la LO de Cooperación con la CPI, que ha venido a eliminar el tradicional principio de legalidad en la persecución penal.

III. VALORACIÓN

La actuación de los jueces y tribunales españoles en la persecución de crímenes internacionales ha otorgado sin duda un gran impulso al desarrollo del Derecho penal internacional y a la concienciación de la opinión pública internacional contra la impunidad de estos delitos, ha animado a los tribunales de otros países a seguir sus pasos y ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a la instauración de la CPI. Hay que agradecer, por tanto, a estos jueces y magistrados, a la Unión Progresista de Fiscales, a los abogados de la acusación y a las víctimas su valor, su tenacidad y su arrojo. Los llamados «juicios de Madrid» han constituido, sin duda, junto con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el principio del Derecho penal internacional moderno. Sin embargo, en este afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se realizaron interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, propiciando con ello la presentación de nuevas demandas con la pretensión de que fueran juzgados hechos cometidos en diversos lugares y en ocasiones se ha ido todavía más lejos, vulnerando peligrosamente los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley penal (SAN caso Scilingo). Evidentemente nuestra AN no puede convertirse en la CPI, pues no tiene capacidad ni jurídica, ni material, ni política para llevar a cabo tal tarea. Y por otra parte la lucha contra la impunidad no debe hacerse a costa de los principios esenciales del Estado de Derecho y del Derecho penal moderno, pues una condena conseguida a esta costa no supondría en absoluto un avance para la Justicia sino todo lo contrario. En la denegación de jurisdicción para algunos de estos supuestos que se presentaron tras la apertura del sumario Chile –Argentina (Guatemala, Castro, Perú) se han manejado los criterios más variados, que han dejado insatisfechos y perplejos a

los demandantes, cuando hubiera sido más fácil en la mayoría de los casos hacer una adecuada interpretación de los tipos y en otras ocasiones se debería sin más haber admitido la jurisdicción (por ej. sobre el genocidio maya en Guatemala). El TS en sus sentencias dictadas en los casos Guatemala y Gral. *Brady Roche* también adoptó un criterio insatisfactorio, pues, como se ha comentado, desvirtuó absolutamente el principio de justicia universal, aunque esta jurisprudencia tiene de positivo la inclinación por un concepto estricto de genocidio, que sin embargo parece volver a abandonarse en la posterior sentencia del TS en el caso Scilingo. Por fortuna el TC ha venido a corregir aquellas erróneas restricciones al principio de justicia universal.

Estimo que hubiera sido conveniente la extensión de dicho principio a todos los delitos internacionales, como ha sugerido la doctrina, es decir, incluyendo todos los crímenes de guerra (y no sólo las violaciones graves a los Convenios de Ginebra) y los crímenes de lesa humanidad, pero esta extensión debe hacerla el legislador y no es en cambio competencia del juez extender contra *legem* la jurisdicción de los tribunales españoles, como ha hecho la AN en el caso Scilingo. Creo que también era necesario que se hiciera de forma subsidiaria, no en el sentido erróneo en que lo interpretó la Audiencia en el caso de Guatemala, ni por supuesto mucho menos mediante la opción tomada por la LO de Cooperación con la CPI, sino cediendo expresamente la competencia a la CPI en los casos en que el delito no se haya cometido en España, ni el autor o la víctima sean españoles y aquella *pudiera y hubiera* comenzado a actuar, y también al país que sea competente por un principio preferente como el de territorialidad y haya iniciado ya un proceso que ofrezca garantías de imparcialidad, y sólo en el caso de que ninguno de los dos hubiera iniciado el procedimiento actuarían los tribunales españoles aplicando el principio de justicia universal. Incluso podría añadirse algún otro requisito que responda al principio de oportunidad, como, por ejemplo, la presencia (actual o posible) del acusado, tal y como se ha hecho en Alemania, para evitar la proliferación de procesos que evidentemente no llegarán a buen término.