



La aplicación de la Ley Penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España

Silvia Mendoza Calderón

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007

RESUMEN: En el presente estudio se realiza un análisis sintético de la aplicación de la ley penal en el espacio en el ordenamiento jurídico español, incidiéndose principalmente en la repercusión que ha cobrado el principio de Justicia Universal tras los recientes pronunciamientos judiciales en España en materia de Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio.

PALABRAS CLAVE: Aplicación espacial — Legislación penal — Principio de Jurisdicción Universal.

SUMMARY: In the present study is made a synthetic analysis of the spatial application of Criminal Law in the spanish legal system, developing mainly the repercussion that has received the Principle of Universal Jurisdiction after the recent prosecutions in Spain in the matter of Crimes against Humanity and Genocide

KEY WORDS: Spatial validity — penal legislation — Principle of Universal Jurisdiction

SUMARIO: I. Introducción. II. Los principios que rigen la aplicación de la Ley Penal en el espacio. 1. El principio de territorialidad. A) El influjo de la normativa europea en el Derecho penal español y la problemática unificación del Derecho penal en Europa. B) La importancia de la delincuencia organizada en la aplicación de la ley penal en el espacio. 2. El principio personal. 3. El principio real o de protección. 4. El principio de justicia universal. A) La importancia de la Corte Penal Internacional: el principio de complementariedad y la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. B) El alcance del principio de Justicia Universal en el ordenamiento jurídico español. B.1. El catálogo de delitos previsto en el art. 23.4 LOPJ y su controvertida cláusula de cierre. B.2. La trascendencia del principio de justicia universal en la jurisprudencia española. III. Conclusiones. IV. Bibliografía

I. Introducción

Mientras que en la Edad Media y en el Antiguo Régimen el ejercicio del *ius puniendi* podía recaer sobre todos los súbditos que cometiesen un delito tanto fuera como dentro del territorio del Estado, de tal forma que la Ley penal «seguía» a sus ciudadanos donde fuesen, con el nacimiento de los Estados liberales modernos, se limitó la aplicación de la Ley penal a los hechos cometidos en su

territorio y solo excepcionalmente, podía extenderse a algunos delitos cometidos por sus nacionales en Estados extranjeros¹.

La potestad punitiva del Estado forma parte del ejercicio de su soberanía y, por lo tanto, se encuentra sometida a límites determinados por el espacio sobre el que tal soberanía se ejerce. Por este motivo, en principio, dicha potestad punitiva tiene un marcado carácter territorial, sin embargo el hecho de que cada vez se aprecie con más

1. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 2004, pág. 89.

fuerza la actuación de delincuencia organizada transnacional o la existencia de intereses de justicia que afectan a varios países, hace que sean necesarios la previa existencia de una serie de mecanismos judiciales de intervención extraterritorial y de cooperación entre los diferentes Estados. Como consecuencia, para evitar lagunas de punibilidad, surgen determinadas reglas jurídicas destinadas a resolver los supuestos en los que confluye la potestad punitiva de más de un Estado, o bien a establecer la colaboración internacional en la persecución de hechos que afecten a la comunidad supranacional².

Las excepciones al principio de territorialidad, la llamada extraterritorialidad de la ley penal se manifiesta en nuestro ordenamiento a través de tres principios, **el principio personal, el principio real o de protección y el principio de justicia universal**.

De estos tres principios, el que ha presentado una mayor expansión en última época en nuestro país tras la importancia de los casos *Pinochet* o *Scilingo*, ha sido el principio de jurisdicción universal, siendo objeto de debate tanto desde la vertiente doctrinal como por parte de la jurisprudencia. A pesar de reconocerse la necesidad de que dicho principio se encuentre presente en nuestro ordenamiento, debemos partir de que indudablemente se trata de un principio cuya aplicación resulta ampliamente problemática, puesto que a través del mismo órganos judiciales distintos de los del territorio en donde se ha cometido el delito, pueden entrar a juzgar un conjunto de hechos y a unos presuntos responsables, cuando los mismos son tan graves que pueden calificarse como un delito internacional. Asimismo, a este aspecto se le une el nacimiento de la Corte Penal Internacional tras la aprobación del Estatuto de Roma, que marca un antes y un después en la interpretación de este principio, puesto que en un primer momento este órgano judicial internacional parece el medio más adecuado para juzgar a los responsables de tan aberrantes crímenes y sin embargo, al nacer este órgano bajo el principio de complementariedad que guía su actuación, el principio de justicia universal parece haber cobrado todavía más relevancia, en opinión de algunos autores u órganos judiciales, incluso excesiva y peligrosa, cuando su uso pueda rayar en los límites del abuso del Derecho.

II. Los principios que rigen la aplicación de la Ley Penal en el espacio

1. El principio de territorialidad

El principio **de territorialidad**, que atiende al lugar de comisión de los hechos, es el principio general para determinar la competencia de los Estados en la persecución de delitos. El Estado es competente para sancionar con arreglo a sus leyes propias los hechos cometidos en su territorio, independientemente de la nacionalidad de quién los haya cometido. Conforme determina el art. 23.1 LOPJ en el orden penal corresponde a la jurisdicción española *el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales de los que España sea parte*.

El concepto de territorio equivaldría al espacio en el que el Estado español ejercería su soberanía pudiendo contemplarse en un sentido geográfico y en un sentido jurídico. Dentro del primero se incluiría el espacio terrestre, comprendido por la tierra firme y aguas interiores dentro de las fronteras; el espacio marítimo, que abarcaría la zona de doce millas náuticas adyacentes a las costas españolas; el espacio aéreo, que sería el que se eleva sobre el espacio terrestre y el mar territorial. A ello se le añaden determinadas particularidades, como los casos de las embajadas y los consulados, que formarían parte del territorio español a estos efectos, y la ley española sería aplicable a los delitos cometidos en ellos, pero tal competencia se ve limitada por la inviolabilidad³ de la que gozan dichos espacios en virtud de la *Convención de Viena de 18 de abril de 1961 y de 1963*, y por el hecho de que los agentes diplomáticos gozan de inmunidad de la jurisdicción civil, penal y administrativa⁴.

Asimismo forman parte del territorio español los espacios acogidos por el denominado derecho de bandera o de pabellón, es decir, los buques y aeronaves españolas cualquiera que sea el lugar en el que se encuentren.

Con respecto al lugar de comisión delictiva, en casos normales, cuando tanto la acción como el resultado se han

2. MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 2004, pág. 152. Se señala que tales normas jurídicas forman parte del Derecho interno de los Estados, bien por encontrarse recogidas en leyes emanadas del poder legislativo propio, bien por derivarse de Tratados internacionales, que se incorporan al ordenamiento interno desde el momento en que son suscritos y publicados. No obstante, a pesar de ser normas de Derecho interno toda la materia se encuentra afectada por principios de carácter internacional nacidos de los acuerdos entre los Estados.

3. MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *ul.op.cit.*, pág. 154.

4. CARRILLO SALCEDO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1994, pág. 239. Al considerar a los agentes diplomáticos exentos de responsabilidad penal en el territorio del Estado receptor, solamente se le puede expulsar. Dicha inmunidad no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante. Con respecto a la inviolabilidad puede denominarse inmunidad de coerción, obliga al Estado receptor a abstenerse de toda acción coercitiva respecto de la misión diplomática y sus miembros, como a concederles una protección especial, material y jurídica. La inviolabilidad tiene unos límites como son que la misión diplomática y sus miembros deben respetar las leyes del Estado receptor y la obligación de no inmiscuirse en los asuntos internos de éste (pág. 237).

producido dentro del territorio español, no existen dudas sobre la aplicación del principio territorial. El problema surge en los llamados «delitos a distancia», en los que acción y resultado se produzcan en lugares distintos. Al guardar silencio la normativa española generalmente la doctrina ha apoyado mayoritariamente *la teoría de la ubicuidad*, con arreglo a la cual puede considerarse cometido el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción, como en aquel en el que se ha producido el resultado. Desde esta óptica, los tribunales españoles son competentes tanto para perseguir conductas iniciadas en España que produzcan resultado en el extranjero como viceversa, si bien, para ejercer dicha competencia deberán tener a su disposición al autor de los hechos o en caso contrario, solicitar la extradición del mismo⁵.

En la actualidad, el uso de nuevas tecnologías como Internet plantea también nuevos aspectos con respecto al lugar de comisión. ROMEO CASABONA, ha puesto de manifiesto que la sociedad de información se caracteriza por la ausencia de fronteras y por la inmaterialidad de la comunicación, con los consecuentes problemas de identificación de los autores y la determinación de la responsabilidad penal de algunos operadores en la red como los proveedores de servicios o los gestores de servicios. Al igual que ocurre con la comisión de otros delitos, cuando la acción se realiza y el resultado se produce en territorio español se consideraría aplicable la Ley española., pero más problemático resultan aquellos casos que guardan relación con algún otro Estado como cuando los datos a los que se acceden o la comunicación privada que se realiza atraviesa varios Estados, (delitos en tránsito). En este supuesto, mantiene que todos estos lugares de tránsito han de considerarse irrelevantes, como también el del lugar donde radica el proveedor de los servicios, ya que para estos delitos el lugar relevante sería en el que se realizó el acceso o la modificación de los datos ilícitos. A su juicio, lo más aconsejable sería aplicar igualmente la teoría de la ubicuidad, aceptando para su determinación tanto el momento y el lugar de realización de la acción como el de la producción del resultado, en el caso de que éste existiera. Sin embargo, ante las dificultades que plantea esta nueva forma de delincuencia sería conveniente que en esta materia se completase el principio de territorialidad con los

principios real o de justicia universal con el correspondiente apoyo, en su caso, del Derecho Internacional⁶.

En la misma forma, también la jurisprudencia ha examinado recientemente otra serie de supuestos problemáticos, como son los casos de utilización de buques con bandera extranjera, para la comisión de delitos de tráfico de drogas. Con respecto a la comisión de estos delitos que pueden formar parte de la jurisdicción universal, *el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de febrero de 2006, núm. 178*, ha estudiado recientemente si hechos cometidos en un buque que ostenta un pabellón de la República de Togo, podrían ser juzgados en España. Frente a las posturas que recalaban que «ningún Estado puede atribuirse jurisdicción fuera de su territorio sin que una regla internacional se lo permita y que de siempre, el Derecho internacional general (consuetudinario) ha venido atribuyendo al Estado del **pabellón la jurisdicción exclusiva sobre los buques mercantes que navegan por aguas internacionales**», ha señalado el Tribunal Supremo que la jurisdicción del pabellón del buque⁷ no constituiría en todos los casos un principio de valor universal. Se reconoce que para que proceda el reconocimiento de la nacionalidad de los buques, **ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque relación que, en principio, no cabe reconocer en los denominados pabellones de conveniencia cuando, responden a planteamientos fraudulentos, con fines delictivos**. En la *Convención del Derecho del Mar* se establece por lo que se refiere al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que «todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales» y en la *Convención sobre Alta Mar*, hecha en Ginebra el 29 de abril de 1958, se establece que «los buques navegarán con la bandera de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de un modo expreso en los tratados internacionales⁸ o en los presentes arts., están sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado».

A este respecto, considera el Tribunal Supremo que la *Convención de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, ofrece cobertura suficiente⁹ para

5. MUÑOZ CONDE, GARCIA ARÁN, *ul.op.cit.*, pág. 156.

6. ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Valencia, 2004, consultada en www.tirantonline.com en fecha 30 de octubre de 2006, pág. 5 s. Considera que para determinar al juez competente en el caso concreto, al no ser estos delitos de resultado material, y no serán por lo general delitos a distancia, habrá que estar al lugar de la acción, conforme al art. 14 LECrim. En su defecto lo será el juzgado que incoó el primer lugar la diligencia.

7. Vid. art. 91.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.

8. La *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*, por su parte, establece, en su art. 36 que «los referidos delitos graves cometidos por el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente».

9. Se establece, en su art. 4, apartado 1 que «cada una de las Partes: (...) b. Podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del art. 3: i) Cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio (...). iii) Cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del art. 3 y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del art. 3»; y, en su apartado 3, que «la presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno».

estimar la competencia de los órganos judiciales españoles, e igualmente, el principio de jurisdicción universal reconocido en el art. 23.4 LOPJ respecto a las conductas de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España¹⁰.

Sin embargo, independientemente de la importancia del propio principio de justicia universal incluso en el derecho de pabellón, en la actualidad, la idea de que la producción y aplicación del Derecho penal está presidida por la creación normativa Estatal y centrada en el principio de territorialidad, debe matizarse por la creciente importancia de la Unión europea, en la armonización de legislaciones y en la implantación de mecanismos de cooperación policial y judicial en Europa; y por la trascendencia que cobran cada vez más los principios de aplicación extraterritorial ante el fenómeno de la delincuencia organizada ante la denominada «deslocalización del delito» o la comisión de hechos delictivos que afectan a varios territorios nacionales¹¹.

El influjo de la normativa europea en el Derecho Penal español y la problemática unificación del Derecho penal en Europa

La Unión Europea aunque no posee un Derecho penal supranacional¹² ha generado distintas formas de influencia sobre los Derechos penales nacionales la llamada «europeización del Derecho penal nacional» y está conformando un Espacio judicial europeo dotado de instituciones propias cuya finalidad es coordinar y coope-

rar con las autoridades judiciales y policías nacionales. Como ha destacado la doctrina, las formas de influencia sobre el Derecho penal nacional son *la asimilación, el principio de primacía del Derecho comunitario, que produce los denominados efectos negativos sobre el Derecho penal nacional y la armonización*. La **asimilación** obliga a los Estados miembros a proteger bienes jurídicos comunitarios como pueden ser la Hacienda Pública Europea de forma semejante a como tutelan sus propios intereses, de forma eficaz, proporcionada y suficientemente disuasiva. El Derecho comunitario (Reglamentos, Directivas, y Tratados de la Comunidad Europea) además de tener eficacia directa¹³ está dotado de **primacía en relación a los ordenamientos internos**, con lo cual, el juez nacional no puede aplicar una norma jurídica interna que resulte contraria a las normas comunitarias y las leyes penales no son una excepción. Finalmente, con la armonización o aproximación de legislaciones, se trata de crear figuras delictivas homogéneas, que no iguales, tanto en lo concerniente a la conducta prohibida como en su caso las sanciones. La **armonización** puede producirse tanto a través de Directivas como por tratados internacionales y, sobre todo, tras el Tratado de Ámsterdam mediante Decisiones marco¹⁴.

No obstante, los obstáculos que se destacan para la unificación del Derecho penal europeo son, por un lado, la ausencia real de una efectiva competencia del Parlamento Comunitario¹⁵ para producir leyes penales y, por otra parte, que la política criminal de cada país puede requerir ac-

10. Reconoce el Tribunal Supremo que como se desprende de las normas anteriormente transcritas de los Tratados y Convenios internacionales especialmente citados, en materia de jurisdicción para conocer de las materias a que los mismos se refieren —particularmente en cuanto afecta al tráfico ilícito de drogas—, se permiten variadas soluciones desde el punto del derecho interno de los Estados implicados, y en nuestro ordenamiento jurídico está reconocido el principio de jurisdicción universal para este tipo de delitos, además por lo que se refiere a la nacionalidad de los buques, se exige que la relación entre éstos y los correspondientes Estados sea una relación auténtica y, que tampoco cabe olvidar que, en el presente caso, tanto por razón de las personas —el grupo español adquirente de la droga— como del territorio por haberse desarrollado buena parte de la trama delictiva en España —destino también de la droga—, en cuyo territorio tuvieron lugar varias e importantes reuniones entre los implicados y fueron hallados importantes efectos e instrumentos del delito habría de reconocerse la validez de la jurisdicción española.

11. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCIA RIVAS, SERRANO PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *ul.op.cit.*, pág. 93.

12. Cfr. en torno a esta materia QUINTERO OLIVARES, «La unificación de la Justicia penal en Europa», en *Revista Penal*, núm.3, 1999, pág. 53, en donde señala que sería cerrar los ojos a la realidad el olvidar que durante mucho tiempo la única vía de homogenización del Derecho penal ha sido el Derecho de Extradición. A partir del Convenio Europeo de Extradición de 21 de abril de 1982, se establece un marco que obliga a través del principio de *doble incriminación* a adquirir conciencia de que el Derecho interno si quiere aspirar a ser eficaz en los casos en los que el autor no se encuentre en España ha de asimilar su normativa a la de los diferentes Estados del Convenio. Cfr. igualmente, VORMBAUM, Moritz, «El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo», en *Revista penal*, núm. 19, 2007, pág. 101 y 102.

13. Sobre los efectos de la eficacia directa vertical de las Directivas Comunitarias, cfr. VÁZQUEZ ORGAZ, *La eficacia directa de las Directivas comunitarias*, en www.derecho.com, visitada en fecha 9 de noviembre de 2006.

14. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCIA RIVAS, SERRANO PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *ul.op.cit.*, pág. 94. Cfr. Igualmente, en torno al déficit democrático de la Unión Europea en relación con la creación normativa a través del llamado «tercer pilar», bajo Acuerdo Común o Decisiones-marco, RUIZ ROBLEDO, *El Derecho fundamental a la Legalidad Punitiva, «El concepto de legislación en el ámbito penal»*, Valencia, 2004, en www.tirantonline.com, consultada en fecha 27 de octubre de 2006, pág. 6. *Vid.* igualmente, VORMBAUM, *ul.op.cit.*, pág. 101 s, donde señala que la Decisión marco tiene como finalidad la aproximación legal de los Estados miembros, sin tener influencia directa sobre el ciudadano europeo no pudiendo ser aplicadas por autoridades y jueces hasta que el legislador nacional las transforme en Derecho nacional vigente. No obstante, no necesitan ninguna ratificación, pudiendo entrar en vigor las Decisiones-marco en el momento que fije el Consejo Europeo.

15. QUINTERO OLIVARES, *ul.op.cit.*, pág. 57. (*vid.* asimismo pág. 55 en donde destacaba que se ha hablado de una supuesta falta relativa de legitimidad democrática del Parlamento Europeo, pues la distancia respecto de los electores y con ella, la concreción

tuaciones legislativas concretas, determinadas por las características de la criminalidad de cada sociedad, con lo que es absolutamente necesaria una política legislativa estatal. Frente a las posturas que mantienen que el catálogo común de delitos europeos debería reducirse a intereses comunitarios, como en la opción elegida en el denominado *Corpus Iuris*, y que ello supondría limitar estos delitos a aquellas conductas que afectaran a intereses financieros de la Unión Europea, se ha expuesto, por el contrario, que este catálogo común de delitos se tendría que ampliar a todo lo que pudiera considerarse patrimonio fundamental de los ciudadanos europeos, incluyéndose medio ambiente, alimentos, libre circulación, no discriminación, libertad de trabajo etc. Sin embargo se ha insistido en que el principal inconveniente sería que antes de proceder a esta criminalización se haría necesario formular una escala de valores de la que necesariamente dependiese la personalidad europea no exagerándose ni en el plano teórico, el volumen de los bienes jurídicos comunes¹⁶.

En lo que se refiere a la cooperación entre Estados miembros de la Unión Europea el *Tratado de la Unión* en su art. 29 establece el Espacio Judicial Europeo a través de la cooperación de la policía y los órganos judiciales de los diferentes Estados, estableciéndose la Europol y Eurojust. En una primera etapa se mejoraron los instrumentos de cooperación clásicos, como la asistencia judicial y la extradición, creándose procesos de extradición más sencillos entre los Estados miembros de la Unión. Además se estableció el principio de *reconocimiento mutuo*, que permite que cualquier decisión judicial emitida en un Estado miembro tendrá validez en cualquier otro Estado miembro¹⁷. La progresiva simplificación del procedimiento de la extradición ha culminado con su sustitución por el mandamiento de detención y entrega conocido como «euro orden» regulada por la *Decisión marco de 13 de junio de 2002*, con un sistema que se inspira en el reconocimiento mutuo, en virtud del cual no es necesario homologar el procedimiento de extradición entre los Estados miembros, bastando la mera petición judicial para que la resolución judicial se ejecute en otro, que es el que pro-

cede a la detención y entrega de la persona solicitada. Igualmente en determinados delitos no es preciso cumplir con el principio de doble incriminación, como en supuestos de terrorismo, trata de seres humanos, tráfico de drogas, corrupción, hasta el terrorismo y la xenofobia, el homicidio y la falsificación de los medios de pago y los delitos propios de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Solamente no se ejecuta la orden de detención europea en los supuestos de amnistía, cosa juzgada y minoría de edad penal¹⁸.

La importancia de la delincuencia organizada en la aplicación de la ley penal en el espacio

Por otra parte, como han recalcado algunos autores en lo relativo a la segunda cuestión que indicábamos anteriormente, frente a las actividades criminales clásicas llevadas a cabo básicamente de manera individual, se ha observado en la actualidad una criminalidad más corporativa, que considera al crimen como empresa, en el llamado «crimen organizado» que afecta por lo general a varios países. Se trata de grupos delincuentes organizados, que pueden actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende en ocasiones hasta poder condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional. Los efectos de la globalización económica y la habilidad para utilizar los nuevos recursos del espacio mundial explican la extraordinaria expansión de estas grandes organizaciones criminales como **la Cosa Nostra siciliana, la Camorra napolitana, N'drangheta calabrese, los Yakuzas japoneses y las Tríadas chinas, los Cárteles de Colombia y México, las organizaciones criminales rusa, turco-kurdas o italo-americanas**, que se dedican al tráfico de armas, drogas, dinero de origen ilícito, mano de obra, trata de blancas, tráfico de órganos humanos, de embriones, de obras de arte, etc. Ante la evidente incapacidad de los sistemas penales de los Estados individuales de hacer frente a la actividad del crimen organizado transnacional, se considera la respuesta penal más adecuada la cooperación internacional en materia penal¹⁹.

del principio de representación de los eurodiputados y los electores de cada Estado dificulta trazar un paralelismo exacto con la representatividad que puedan tener las Cámaras legislativas nacionales). Sobre el desarrollo del espacio judicial europeo tras el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *ul.op.cit.*, pág. 95. Cfr. igualmente VORMBAUM, *ul.op.cit.*, pág. 101, donde enfatiza que sólo el Consejo Europeo, es decir, la asamblea de ministros, tiene el poder legislativo para influir sobre el Derecho con vistas a la consecución de la deseada política de la integración de la Unión.

16. QUINTERO OLIVARES, *ul.op.cit.*, pág. 57. Cfr. Igualmente, HIRSCH, Hans Joachim, «Cuestiones acerca de la armonización del Derecho penal y del Derecho procesal penal en la Unión Europea, en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B.J Maier*, Buenos Aires, 2005, pág. 661 ss.

17. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *ul.op.cit.*, pág. 95.

18. MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *ul.op.cit.*, pág. 170.

19. BLANCO CORDERO, SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio», en *Revista Penal*, número 6, 2002, pág. 3 ss. Entre las iniciativas de Naciones Unidas se subrayan la Declaración Política de Nápoles y el Plan de Acción Global contra el Crimen Transnacional Organizado, aprobado por la Asamblea General mediante Resolución 49/159, de 23 de diciembre de 1994. En el Proyecto de Convención de Naciones Unidas

En la Unión Europea el *Convenio de Europol*, de 26 de julio de 1995, define que uno de sus objetivos es mejorar la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y la cooperación entre los mismos con vista a la prevención y la lucha de la criminalidad organizada que afecta a varios Estados miembros. De la misma forma el *Tratado de Amsterdam* de 2 de octubre de 1997, señala el compromiso de adoptar progresivamente medidas que establezcan reglas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los actos criminales y de las penas en el campo del crimen organizado, el terrorismo y el tráfico de drogas²⁰.

2. El principio personal

El **principio personal** determina que la ley española puede aplicarse a hechos cometidos por españoles en el extranjero, siendo supletorio con respecto al de territorialidad para subsanar las lagunas de punibilidad, como puede surgir cuando un español delinque en el extranjero y se refugia en España, rigiendo el principio de no entrega de los nacionales a otros países que solicitaran su extradición²¹.

Según dispone el apartado segundo del art. 23 LOPJ *la jurisdicción española conocerá 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 hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: 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; que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hu-*

biere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

La *sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1988* examinó un supuesto en el que se había realizado por un ciudadano español en una provincia francesa un robo con violencia e intimidación obteniéndose un beneficio de un millón quinientas mil pesetas; dándose el responsable seguidamente a la fuga y refugiándose posteriormente en Irún, donde fue detenido por la Policía española. Se consideró que la jurisdicción española era competente sobre la base del principio personal²².

De acuerdo con este precepto la jurisdicción española renuncia a perseguir hechos cometidos por españoles en el extranjero que sean constitutivos de falta según la legislación española, siendo el principio más significativo en esta materia el **de doble incriminación**, que exige que los hechos sean punibles en el lugar de ejecución²³. Desde esta óptica se ha resaltado que generalmente las conductas de tráfico de drogas, tráfico de armas, prostitución, sí son delitos previstos en los principales ordenamientos nacionales, pero que también existen una serie de comportamientos relativos a la pornografía infantil, tráfico de bienes del patrimonio histórico-artístico, en los que no existe siempre esta coincidencia. Se destaca por ejemplo el uso de hormonas en la alimentación del ganado, lícitos en los EE.UU pero duramente criminalizados en los países de la Unión Europea, o la confección de productos de pornografía infantil o la introducción de este material en Internet en países asiáticos donde este comportamiento no es punible, planteándose problemas en el momento de ser juzgados por su participación en la organización criminal y sus actividades delictivas en un país occidental donde estos comportamientos sí son constitutivos de delito. La doctrina ha insistido en que debido a esta problemática ha surgido como respuesta una tendencia extensiva de la competencia estatal, realizándose en nuestro país tras la *Ley orgánica 11/99, de 30 de abril*, una modificación a la regla de la doble incriminación incorporando en el art. 23.2 a) LOPJ la excepción de *«que en virtud de un Trata-*

contra el Crimen Organizado en su revisión de marzo de 1999 se definía al grupo organizado como **«a un grupo estructurado de tres personas o más existente desde un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente un beneficio financiero o material de otro tipo»**.

20. BLANCO CORDERO, SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, *ul.op.cit*, pág. 6 s.

21. MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *ul.op.cit*, pág. 157.

22. En referencia a la antigua ley orgánica del poder judicial de 1870. En el caso de delito cometido en el extranjero por un español contra un extranjero, conforme a los arts. 339, 340 y 341 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, vigente al tiempo de perpetración de los hechos y de celebración del juicio, resultaba factible mentado enjuiciamiento en España sobre la base de que el hecho punible fuese un delito de los que el Código Penal español calificaba de graves. Se estimó la competencia de la jurisdicción española, puesto que el hecho punible era un delito en el Código Penal español, y que tal hecho se consideraba como delito en el país en que aquél se perpetró; concurriendo las circunstancias de que el ofendido o cualquiera de las personas que pudieran haberlo con arreglo a las leyes se hubiera querrellado; que el delincuente se hallara en territorio español; que no hubiera sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no hubiera cumplido la condena, y si solo en parte la hubiera extinguido, se tendría en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso le correspondería. En art. 23.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial se contiene una regulación semejante, exigiéndose que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles, bastando, pues, la iniciativa denunciante.

23. MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *ul.op.cit*, pág. 158.

do internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte no resulte necesario dicho requisito»²⁴.

Como destacan BLANCO CORDERO y SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ la existencia de criminalidad organizada en Europa ha provocado que la *Acción Común*²⁵ de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo, sobre lucha contra la criminalidad organizada exija que los Estados declaren su competencia territorial sobre conductas cometidas en su territorio con independencia de en qué lugar de la Unión Europea tenga su sede la organización, por ello en el art. 4 se señala que «los Estados miembros garantizaran que los comportamientos que se hayan producido en su territorio queden sometidos a la acción de la justicia, sea cual sea el territorio en el que la organización tenga su base o ejerza sus actividades delictivas», planteándose los interrogantes de si en algunos casos supondría una derogación del principio de doble incriminación en cuanto parecería exigir de los Estados la adopción del principio de jurisdicción universal limitada al territorio de la Unión.

De la misma forma, en materia de extradición este principio va a resultar ampliamente restringido en nuestro entorno europeo tras el Convenio relativo a la **Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1996**, ya que en su art. 3.1 se expone que «cuando el delito que motivare la solicitud de extradición esté tipificado en la ley del Estado miembro requirente como conspiración o asociación con propósito delictivo y se castigue con una pena privativa de libertad o medida de seguridad de la misma naturaleza cuya duración máxima sea de doce meses por lo menos, **no se podrá denegar la extradición por el motivo de que la ley del Estado miembro requerido no considere el mismo hecho constitutivo de delito**, siempre y cuando la conspiración o asociación sea para cometer uno o varios de los delitos contemplados en los arts. 1 y 2 del Convenio Europeo para la represión del terrorismo o cualquier otro delito que se castigue con una pena privativa de libertad o medida de seguridad de la misma naturaleza cuya duración máxima sea de doce meses por lo menos, en el ámbito del tráfico de estupefacientes, y otras formas de delincuencia organizada, u otros actos de violencia contra la vida, la integridad física o la libertad de una persona, o que represente un peligro colectivo para las personas»²⁶.

3. El principio real o de protección

En el art. 23.3 LOPJ se recoge al **principio real o de protección** bajo el cual la jurisdicción española conocerá 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: de traición y contra la paz o la independencia del Estado, contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente, rebelión y sedición, falsificación de la Firma o Estampilla reales, del Sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los Sellos públicos u oficiales, falsificación de Moneda española y su expedición, cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado, atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles, los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero, los delitos contra la Administración Pública española y los relativos al control de cambios. Por dicho principio el Estado español se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos fuera de sus fronteras con independencia de la nacionalidad del autor cuando se lesionan intereses del propio Estado²⁷.

La sentencia del *Tribunal Supremo de 5 de abril de 2006* examina si la jurisdicción española es competente en un supuesto en el que se falsificó un documento identificativo como es la carta de identidad en el extranjero, en base a dicho principio. Se reconoce que en paralelo con el Documento Nacional de Identidad, este documento debe entenderse comprendido entre aquellos a que se refiere el art. 392 CP puesto que, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, atribuye, en su art. 9, al Documento Nacional de Identidad el valor suficiente para acreditar, por sí solo, la identidad de las personas y le otorga la protección que a los documentos públicos y oficiales es reconocida por el ordenamiento jurídico. Se establece que en relación con la regla de extraterritorialidad «no puede discutirse el interés legítimo del Estado en la correcta identificación de las personas, y, de modo especial, de los extranjeros residentes en España». Todo lo cual concuerda hoy día con las obligaciones de identificación que, para el Estado español, se derivan del Título II del *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen*.

24. BLANCO CORDERO, SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, *ul.op.cit.*, pág. 9.

25. BLANCO CORDERO, SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, *ul.op.cit.*, pág. 7, señala que las dificultades que presenta la regulación de esta materia a través de Tratados que exigen para su entrada en vigor la ratificación de los parlamentos de quince Estados miembros, ha provocado el recurso de las Acciones Comunes en base al art. 31 e) del Tratado de Ámsterdam con las que se pretende llegar a un enfoque común de los diversos Estados miembros en materia de participación en las actividades delictivas.

26. BLANCO CORDERO, SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, *ul.op.cit.*, pág. 10 s.

En algunos casos lo previsto en este Convenio ha sido sustituido a partir del 1 de enero de 2004 por la *Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados* (Diario Oficial L 190 de 18.7.2002).

27. MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *ul.op.cit.*, pág. 159.

4. El principio de justicia universal

El principio de **justicia universal** se recoge en el apartado cuarto del art. 23 LOPJ que dispone que 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: *genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, los relativos a la mutilación genital femenina, (en este caso siempre que los responsables se encuentren en España) y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.* Asimismo será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del art. 23 LOPJ, es decir, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

La importancia de la Corte Penal Internacional: el principio de complementariedad y la Ley orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

Una de las principales características de la Corte Penal Internacional es su actuación bajo el *principio de complementariedad*, es decir, solamente entrará a juzgar a instancia de un Estado parte, del Ministerio Fiscal o del propio Consejo de Seguridad²⁸, cuando las jurisdicciones nacionales competentes no puedan o no quieran juzgar los hechos, o cuando a pesar de haberse producido un enjuiciamiento,

se demuestre que nos hallamos en una impunidad de facto, o se ha ido contra los intereses de justicia definidos en el Estatuto de Roma o se ha producido un proceso sin las reglas de un procedimiento justo. Igualmente se declara la inadmisibilidad de un asunto, cuando éste no sea de *gravedad suficiente* para justificar la adopción de medidas por parte de la Corte²⁹.

Esta serie de principios están recogidos en el art. 17 ECIPI, si bien es difícil determinar cuándo se puede concluir que la jurisdicción nacional no está dispuesta o es incapaz de juzgar. Debe admitirse una falta de voluntad de persecución penal cuando un determinado Estado incoe un procedimiento solamente aparente para sustraer a la persona interesada de la persecución penal, cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal o cuando el proceso no se sustancia de manera independiente o imparcial. En cambio, se considera que la jurisdicción nacional es incapaz cuando debido a su colapso total o esencial no consigue hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios³⁰.

El **principio de complementariedad** presupone que el Estado donde se comete un crimen internacional va a tener la capacidad y la voluntad de perseguirlo penalmente castigando a los responsables³¹. Por ello, en este sentido se interpreta que el Estatuto y el ejercicio de la jurisdicción de la Corte se basan en el presupuesto de que existe una jurisdicción nacional complementaria, y la existencia de tal jurisdicción deja traslucir que la esencia del Estatuto de Roma puede ser ejecutada en el Estado respectivo, y sobre todo especialmente que los crímenes allí definidos pueden y deben ser perseguidos primariamente por los tribunales nacionales. *La implementación o adaptación nacional* de todas las disposiciones pertinentes de derecho sustancial y procesal penal internacional, es igualmente una condición necesaria, para cumplir con los propósitos del Estatuto de Roma³².

28. AMBOS, Kai, «Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2000, pág. 135 s.

29. MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 2004, pág. 168 s. GOMEZ BENÍTEZ, «La Corte Penal Internacional como órgano de jurisdicción universal. Reflexiones sobre su ámbito de competencia y su naturaleza complementaria», en *Actualidad Penal*, núm.3, 2002, pág. 1200 s. CUERDA RIEZU, RUIZ COLOMÉ, «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», en *El nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 2000, pág. 123.

30. *Vid.* nota anterior, pág. 137 ss.

31. AMBOS, Kai, «La implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional», en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, pág. 25 ss. Se recoge que dentro de las opciones de implementación, se debe descartar la «opción cero», decantándose como mínimo por una *implementación limitada o parcial*, es decir, la introducción de normas que protejan la administración de justicia de la Corte Penal Internacional, así como normas procesales de cooperación con la Corte, o bien, se señala como la alternativa más recomendable una *implementación total o completa*. *Vid.* asimismo en esta misma obra ESER, Albin, KREICKER, Helmut, «Persecución penal nacional de crímenes internacionales», pág. 14 ss, que destacan la entrada en vigor en junio de 2002 en Alemania de un Código Penal Internacional Independiente (*Völkerstrafgesetzbuch*) que no sólo prevé una pena para los crímenes internacionales recogidos en el Estatuto, sino también para otros crímenes internacionales reconocidos por el Derecho internacional consuetudinario.

32. TRIFFTERER, Otto, «Domésticos de ratificación e implementación», en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002, pág. 17 ss. Asimismo el art. 1 ECIPI reconoce que la Corte Penal Internacional será una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas, respecto de los crímenes mas graves de trascendencia internacional de conformidad con su Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del Estatuto de Roma.

TRIFFTERER declara que la estructura de la Corte y su jurisdicción criminal internacional presupone que los Estados partes ejercerán de hecho su *ius puniendi* sobre crímenes de Derecho internacional, con lo cual, los Estados deberán de hacerse cargo de la mayor parte de los casos con el objeto de reservar la capacidad de la Corte a los autores principales que habitualmente *están fuera del alcance de la legislación y la jurisdicción local*. Se destaca igualmente que el principio de justicia universal rige en referencia a la comisión de crímenes internacionales, por ello cuando la Corte determina que un caso sea inadmisibles porque el asunto no es de gravedad suficiente para justificar la adopción de medidas, puede ser que sí tenga bases razonables para ser perseguido a nivel nacional³³.

En España la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el art. 607 bis CP se ha realizado cumpliendo con los compromisos asumidos en el Estatuto de Roma, procediéndose a la adaptación o implementación interna de crímenes regulados en la normativa penal internacional. A ello debe conectarse la interrelación entre el papel que juega *el principio de complementariedad* en el funcionamiento de la Corte, y la importancia que tiene todavía hoy el principio de Justicia Universal ante la trascendencia internacional de estos delitos, sobre todo ante los riesgos o procesos de distorsión del principio de complementariedad señalados por la doctrina, denominado «**forum shopping**» y su relación con el principio de Justicia Universal.

Este término como su nombre indica, se refiere a la existencia de una diversidad de jurisdicciones concurrentes sin que a un mismo tiempo exista una prioridad entre ellas, pudiendo favorecerse la producción *de una carrera con distintos mecanismos tendentes a hacer comparecer al imputado en una jurisdicción en concreto y no en otras*, dependiendo de diferentes motivos y valoraciones³⁴. Por ello, aunque el art. 17 del propio Estatuto de Roma ha establecido las normas para armonizar el ejercicio de la jurisdicción entre los tribunales nacionales y la propia Corte Penal Internacional no se ha adoptado internacionalmente una consolidación de qué principios regirán la prioridad de jurisdicciones penales nacionales sobre otras para investigar o enjuiciar un asunto, cuando en el Preámbulo se establece la obligación de los Estados partes de adecuar sus ordenamientos jurídicos al Estatuto de Roma, debiendo incorporar, aquellos que no lo posean, el principio de Justicia Universal. Igualmente, como se señala muy acertadamente, hasta ahora tampoco se sabe con certeza si debe de-

terminar la Corte penal internacional la inadmisibilidad de una causa, porque cualquier jurisdicción nacional esté investigando en base al principio de Justicia universal o sólo si lo hacen las jurisdicciones nacionales más directamente conectadas con el crimen, que son las que efectivamente puedan mejor reunir los medios de prueba necesarias³⁵.

En nuestro país sí se contiene el principio de Justicia Universal, sin embargo hasta el momento en nuestro propio art. 23 de la Ley orgánica del Poder Judicial en su apartado cuarto, no se ha recogido expresamente a los «delitos de lesa humanidad», lo que ha provocado que en el caso de los Crímenes de lesa humanidad o bien se fuerce a que tengan que reconducirse dentro de la expresión prevista en el párrafo cuarto *in fine*, relativa a la persecución por los Tribunales españoles en el orden penal de «cualquier otro delito que según los tratados o los convenios internacionales, deba ser perseguido en España», en base a que el Estatuto de Roma se considera Derecho interno vigente, conforme determina el art. 96 de nuestra Constitución, o bien, como ha hecho parte de la doctrina a que se declare que hasta que no sean exclusivamente incluidos dentro del catálogo delictivo, los órganos judiciales españoles no pueden considerarse competentes para el enjuiciamiento de estos crímenes³⁶.

La *Ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, recoge en su Exposición de Motivos que se ha partido del presupuesto del carácter autoejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto de Roma, en condiciones de positividad que permiten su aplicación directa por los Tribunales, en aquellos sistemas, como el español, que permiten que los tratados puedan ser aplicados directamente cuando el contenido material de la norma así lo permita. En el art. 7.2 de dicha Ley se mantiene que cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud a 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, la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte Penal Internacional. En el art. 7.3 se recoge que **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**

33. TRIFFTERER, Otto, *ul.op.cit.*, pág. 17 ss.

34. ALCAIDE FERNÁNDEZ, «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempo de ingeniería jurisdiccional?», en *La criminalización de la barbarie: La Corte penal internacional*, Madrid, 2000, pág. 423 ss.

35. Vid obra citada en nota anterior, pág. 423 ss.

36. Además de lo expuesto, en torno a la interpretación de las excepciones para la aplicación del principio de Justicia Universal previstas en el art. 23. 2 c) LOPJ, consultar *la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003*, núm. 712, en cuyo Fundamento Jurídico sexto se recoge al denominado **principio de necesidad de la intervención jurisdiccional**, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal, en donde se excluye la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal, cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país.

ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes.

El alcance del principio de Justicia Universal en el ordenamiento jurídico español

El principio de justicia universal siempre se ha interpretado como un criterio subsidiario del principio de territorialidad, puesto que lo más lógico es la aplicación de la Ley del territorio donde se ha cometido el delito y la intervención de sus órganos judiciales territoriales. Ello favorece la función de prevención general que debe cumplir el Derecho penal y facilita la tarea de recogida de pruebas pertinentes. En cambio, cuando se invoca el principio de justicia universal, se parte de la inactividad de los órganos judiciales competentes y del preceptivo examen de si el delito a enjuiciar extraterritorialmente puede considerarse de naturaleza internacional. La postura doctrinal mayoritaria estima que solamente serían encuadrables en este principio aquellos delitos que atentasen a los intereses comunes de toda la comunidad internacional y en la medida en que vinieran predeterminados en acuerdos internacionales³⁷.

La práctica judicial española en esta materia nos ha enseñado que en la persecución de Crímenes contra la humanidad o Genocidio al entrar en conflicto distintos intereses como son que órganos judiciales nacionales pueden entrar a juzgar hechos no cometidos en su territorio (siempre que la propia jurisdicción territorial no se encuentre enjuiciándolos o persiguiéndolos) y que van a enfrentarse con aplicar su propia legislación interna a sucesos acontecidos en otros países, en los cuáles por determinadas motivaciones políticas puedan haberse promulgado leyes de «punto final» o «de obediencia debida» (carentes de todo principio de justicia material), se provoca como consecuencia el posible establecimiento de unas tensas relaciones internacionales entre ambos países.

Igualmente en nuestro país una serie de resoluciones judiciales como las producidas durante el caso *Pinochet*, el caso *Scilingo* y el caso del *genocidio guatemalteco*, han marcado la aplicación del principio de justicia universal, sobre todo las repercusiones de este último supuesto tras el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en su *Sentencia núm. 237/2005, de 26 de septiembre*, que ha implicado un cambio jurisprudencial sobre la doctrina emanada del Tribunal Supremo en torno a este principio y que ha iniciado un nuevo camino en la interpretación del principio de justicia universal como ha indicado recientemente la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 645/2006, de 20 de junio*.

B.1 El catálogo de delitos previsto en el art. 23.4 LOPJ y su controvertida cláusula de cierre

Una de las cuestiones que se han planteado principalmente en torno a la aplicación del principio de Justicia Universal en España es si debe considerarse que la lista de delitos contenida expresamente en el art. 23.4 LOPJ es superflua, bajo el argumento de que se apoya también en Tratados Internacionales en consonancia con la cláusula de cierre de dicho art., si bien, como señala la doctrina acertadamente, la regulación que hacen los Tratados internacionales respecto de los concretos foros de competencia hace necesaria en algunas ocasiones la previsión legal nacional del principio de justicia universal respecto determinados delitos, al remitirse aquellos a la legislación interna de los Estados³⁸.

Con respecto al delito de **Genocidio**, la *Convención de 9 de diciembre de 1948*, a la que España se adhirió el 13 de septiembre de 1968, señalaba en su art. 4 que «las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción». Este art. ha sido objeto de numerosas interpretaciones, desde que en defecto de la Corte Internacional solamente podría entrar a juzgar el Estado competente bajo el principio de territorialidad, o bien, que dada la inexistencia en la época de la Corte Penal Internacional, se reconoce que el Convenio establecía tácitamente su persecución universal. Postura que siguió la Audiencia Nacional en el Caso Pinochet, en el Auto de 5 de noviembre de 1998, en donde se afirmaba la competencia española para enjuiciar delitos de genocidio cometidos en Chile pues dicho Convenio no excluía ninguna jurisdicción, incluida la universal³⁹.

En lo que se refiere al *terrorismo*, algunas Resoluciones de Naciones Unidas han llegado a establecer el principio de justicia universal no sometido a la presencia del sujeto en el territorio del Estado que le pretende enjuiciar⁴⁰ y en los que respecta a los tratados internacionales sobre el mismo, se establecen foros de competencia obligatorios que los Estados deben ejercer, estableciéndose el principio *aut dedere aut iudicare*, así como foros de competencia facultativos.

En materia de *piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves* existen Convenios Internacionales que contienen disposiciones precisas sobre la piratería como el *Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982*, que forma parte de nuestro ordenamiento interno⁴¹.

37. GARCÍA SÁNCHEZ, *Límites a la ley penal en el espacio*, Barcelona, 2004, pág. 116 y 118.

38. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 125.

39. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 128.

40. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 131. Cita la Resolución del Consejo de Seguridad 1373, de 28 de noviembre de 2001.

41. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 133. Sin embargo, como indica esta autora los problemas se plantearon porque se apuntaba que dichos delitos solamente serían perseguidos por cualquier Estado en la medida que fuese posible según sus ordenamientos

El apoderamiento ilícito de aeronaves se castiga en la Ley de Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964⁴², añadiéndose otra serie de determinados instrumentos internacionales que tratan de proteger la seguridad del tráfico aéreo de los que España es parte, respecto de los que se ha señalado que la aplicación de los mismos en nuestro país puede resultar imposible, dada la falta de desarrollo específico en nuestro Derecho interno de los delitos que se han declarado en este ámbito como internacionales⁴³.

En lo que respecta a la falsificación de moneda se ha recalcado que la española está sometida al principio real, mientras que la extranjera está sometida al principio de jurisdicción universal, en la que además no se incluye la expención ni la introducción de dicha moneda⁴⁴. Asimismo en los delitos de prostitución, corrupción de menores y tráfico de drogas se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio de 21 de marzo de 1949 de represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, y los Convenios de Nueva York de 30 de marzo de 1961 y Viena de 21 de febrero de 1971, y la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, sobre persecución y castigo de los delitos de tráfico de drogas⁴⁵.

La Ley orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial, introdujo un nuevo apartado en el art. 23.4. En concreto se introdujo la persecución universal de la mutilación genital femenina siempre que los responsables se hallasen en España. Se reconoce en su Exposición de Motivos que la mutilación genital femenina debe considerarse un trato inhumano y degradante incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al estimarse que los Estados miembros de la Unión Europea, cuyas Constituciones reconocen el derecho fundamental a la integridad personal, tanto física como mental, como un derecho fundamental, se han visto enfrentados a este fenómeno debido a la inmigración de personas

procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor.

Por ello se ha considerado que al contemplar la *Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, en su art. 2.f que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres y al incluir el *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo 1994)* y el *Programa de Pekín (1995)* recomendaciones a los Estados a fin de erradicar las mutilaciones genitales femeninas y para modificar los comportamientos sociales y culturales y acabar así con los perjuicios y prácticas lesivos para las personas, en España debe posibilitarse la persecución extraterritorial de esta práctica aun cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país⁴⁶.

Sin embargo, sin lugar a dudas el aspecto más discutido en la interpretación del principio de justicia universal previsto en el art. 23.4 LOPJ gira en torno a la cláusula de cierre del precepto que dispone la persecución además de los delitos expresamente previstos de «cualquier otro, que según los Tratados o Convenios Internacionales, deba ser perseguido en España».

En relación a los delitos previstos en tratados internacionales pero enumerados expresamente en el art. 23.4 LOPJ, la doctrina sostiene que *España puede perseguirlos aunque se cometan en el extranjero por extranjeros y los sujetos no se encuentren en España puesto que lo establece la propia Ley orgánica del Poder Judicial conforme a lo dispuesto en los Tratados correspondientes en los que si bien no se impone el principio de justicia universal con carácter absoluto, si se permite que los Estados lo prevengan en sus legislaciones internas*⁴⁷.

internos, siendo necesario en algunos casos declarar específicamente la universalidad del delito. Recalca que no obstante, si un Estado ratifica un convenio, incorporándolo a su Derecho interno y dicho convenio declara una conducta como delito universal, pero no aparece tipificado en su legislación interna y por ello el Estado afectado deja de perseguirlo, incurriría en responsabilidad internacional respecto de aquellos Tratados *non self-executing*, e incluso, se vulneraría el principio de legalidad respecto a los *self-executing*. Cfr. Igualmente, RUEDA FERNÁNDEZ, «La regulación jurídica de las violaciones esenciales emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI», en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, 2005, pág. 76.

42. Cfr. *la Disposición Derogatoria de nuestro actual Código penal, en donde se derogan los art. 29 y 49 de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea*. Con respecto a los tipos delictivos concretos, *vid.* Delitos contra la seguridad de la aeronave (arts. 13 al 19), Delitos contra el tráfico aéreo: sedición (arts. 20 al 27), abandono de la aeronave y del servicio (arts. 28 al 34), de otros delitos contra el tráfico aéreo (arts. 35 al 38); asimismo Delitos contra el derecho de gentes (arts. 39 al 44).

43. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 134.

44. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 135.

45. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, págs. 135 y 137.

46. Esta nueva incorporación expresa al catálogo delictivo del art. 23.4 LOPJ, guarda bastantes similitudes con el principio de *Justicia Supletoria*, reconocido en el ordenamiento alemán conforme al cual el Estado alemán se reserva la competencia para enjuiciar hechos cometidos en el extranjero cuando el delincuente se encuentre en Alemania siempre que el país competente para perseguirlos no solicite su extradición.

47. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 138. Excepto en el supuesto de mutilación genital femenina que se exige que el responsable se encuentre en nuestro país. Delito tipificado expresamente en el art. 149.2 CP, tras la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

En cambio, aquellos delitos **no expresamente contenidos** en la lista del art. 23.4 LOPJ parece que esta cláusula abierta establecería el principio de justicia universal siempre que según el Tratado en cuestión, el delito debiera ser perseguido en España. El problema radica en que muchos tratados internacionales que regulan estos delitos internacionales no imponen de forma absoluta el principio de jurisdicción universal, sino que tan solo se permite su jurisdicción conforme lo prevea específicamente la normativa interna de cada Estado (es decir, que en algunos casos podemos encontrarnos con la paradoja de que el Tratado se remitiría a lo que previese la norma interna y la norma interna a través de esta cláusula nos reenviaría en una fórmula abierta a lo previsto por el Tratado, con lo cual, habría que interpretar minuciosamente cada Tratado en concreto si no hay previsión expresa interna).

Por ello, la doctrina ha recalcado que para un correcto funcionamiento y efectividad del principio de justicia universal **en esta cláusula abierta se deberían incluir todos los delitos que afecten a intereses internacionales declarados por los Tratados internacionales correspondientes, ya sea expresa o tácitamente y que hayan sido ratificados por España**⁴⁸. En ocasiones algunos Tratados declaran este interés común en los Considerandos, pero en otras ocasiones se desprendería de su articulado al intentar establecer foros de competencia obligatoria y **no excluir ninguna jurisdicción ejercida conforme a las leyes nacionales**. Desde este punto de vista, recalca GARCÍA SÁNCHEZ que esta cláusula española debería

considerarse como **habilitadora** para que España pueda perseguir cualquier delito internacional. En contra, otros autores como CUERDA RIEZU afirman que para que se pueda fundamentar esta competencia, el Estado en cuestión debe prever una jurisdicción obligatoria, no siendo suficiente una jurisdicción facultativa⁴⁹.

Con ello debe examinarse igualmente si la declaración por un Tratado Internacional de una conducta como delito internacional implicaría automáticamente una jurisdicción universal, o si por el contrario habría que examinar los foros de competencia que específicamente establece el Tratado. Como señala acertadamente GARCÍA SÁNCHEZ, siguiendo una interpretación teleológica y en muchas ocasiones literal de los Tratados internacionales que tratan de perseguir conductas consideradas tan aberrantes por la comunidad internacional, y **evitar la impunidad**, hay que interpretar que la declaración por estos Convenios de delitos internacionales conlleva la atribución de competencia universal al menos facultativa. Cuando un acuerdo internacional establece determinados criterios que atribuyen la competencia a determinados Estados, como pueden ser los Convenios sobre Genocidio y Torturas, no se está excluyendo la competencia del resto de los Estados, sino que está imponiendo jurisdicciones obligatorias o preferentes, y directamente aplicables por los Estados partes, **pero no excluyentes**. El problema surge cuando el Tratado expresamente se remita a las leyes nacionales para la posible aplicación del principio de justicia universal y éstas no prevean nada⁵⁰.

48. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 139. Cita en contra, PALOMO DEL ARCO, «La aplicación extraterritorial de la ley penal española», en Cuadernos de Derecho Judicial, número IX, 1999, pág. 139-140. Según GARCÍA SÁNCHEZ se incluirían entre otros los delitos de toma de rehenes, represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, publicaciones obscenas, trata de mujeres y niños, esclavitud, delitos contra personas internacionales protegidas, delitos de tortura, crimen organizado, tráfico de personas y Crímenes de guerra.

49. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 142. Cita a CUERDA RIEZU, «Fundamentos del Derecho penal, la ley penal en el espacio», en www.iustel.com, 2002. Con respecto a la consideración de si los delitos de tortura y desaparición forzada de personas son *per se* crímenes internacionales, *vid.* a favor de dicha postura ANDREU-GUZMAN, «Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la Ley penal: un falso dilema, International Comisión de Jurists, www.icj.org, consultada en fecha 30 de octubre de 2006, pág. 3. Asimismo la practica sistemática o a gran escala de la tortura, la desaparición forzada, las persecuciones por motivos políticos, constituyen un crimen internacional calificado como crimen de lesa humanidad. Cfr. art. 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el art. 7 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, y el art. 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Cfr. respecto a las implicaciones relativas al principio de legalidad tras la aprobación del Estatuto de Roma, OLÁSULO ALONSO, «Del Estatuto de los tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional», en *Revista General de Derecho Penal*, núm.5, mayo, 2006, en www.iustel.com, pág. 9.

50. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 143 ss. Por ello aquellos Tratados que formen parte de nuestro Derecho interno fundamentan nuestra jurisdicción cuando sean *self-executing*, aunque no estén expresamente reconocidos por la Ley interna. Esto se predica de los concretos foros establecidos con carácter obligatorio o facultativo, cuando no haya remisión expresa a la normativa interna de los Estados. Respecto a los Tratados que carecen de eficacia directa, o *non self-executing* que serán aquellos que se remitan a las leyes nacionales para establecer la competencia, si permiten un foro de competencia que no ha sido incorporado al Derecho interno del Estado en cuestión, no derivará en responsabilidad del Estado, pues éste haría uso de dicha facultad no incorporándolo a su ordenamiento. CARRILLO SALCEDO, *ul.op.cit.*, pág. 159, señala que los tratados *self executing* permiten sostener que dichas normas convencionales crean directamente derechos y obligaciones que deben ser tutelados y sancionados por las autoridades y tribunales internos, cuando por el contrario se trate de tratados que no son autoejecutorios deberán adoptarse las disposiciones legislativas o reglamentarias que hagan posible su aplicación en Derecho interno. Cfr. Igualmente CARRILLO SALCEDO, *ul.op.cit.*, pág. 156, donde reconoce que conforme al art. 96 CE se reconoce la primacía del Tratado sobre la ley interna, puesto que un tratado solo puede ser derogado modificado o suspendido conforme a lo previsto por el propio Tratado o de conformidad con las normas generales de Derecho internacional. (*Vid.* pág. 158) debido a críticas en el Debate Parlamentario la constitución solamente acoge la primacía del Derecho internacional convencional más que de forma indirecta.

En relación a lo previsto en el Estatuto de Roma, se recalca que la competencia de la Corte Penal Internacional no es exclusiva y excluyente, puesto que dejaría de tener sentido el principio de justicia universal. El Estatuto de Roma, no excluye la competencia de los Estados partes sino que la competencia de la Corte es complementaria a éstas. Se añade que el Gobierno español no parece haberlo entendido cuando se redactó el Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, pues en su art. 7 se cedía automáticamente la competencia a la Corte para los delitos que cayesen en su ámbito de aplicación, cometidos por extranjeros en el extranjero. Al criticarse esta redacción, puesto que se negaba el principio de justicia universal previsto en el art. 23 LOPJ y no era acorde con el principio de complementariedad que rige la actuación de la Corte, se acordó introducir que si la Corte inadmitía dicho asunto, se pudieran volver a presentar denuncias ante nuestras autoridades en base al principio de justicia universal, tal como aparece hoy recogido en el apartado tercero de dicho art. 7 en la Ley orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte⁵¹.

B.2. La trascendencia del principio de justicia universal en la jurisprudencia española

Augusto Pinochet, ex presidente de Chile, es detenido en Inglaterra cuando estaba a la espera de una intervención médica, tras recibirse un *Auto del Juzgado Central de Instrucción, número 5, de la Audiencia Nacional, de 3 de noviembre de 1998*, en el que se solicitaba su extradición en base a un proceso abierto por delitos de genocidio, terrorismo y tortura⁵². El acto de admisión de querrela del órgano judicial instructor había sido incluso recurrido por el Ministerio fiscal español bajo los argumentos de que la Ley Orgánica del Poder Judicial había entrado en vigor a partir de julio de 1985 y los hechos se habían cometido a partir del año 1976, y que se rechazaba el procesamiento

porque Pinochet ostentaba condición de «senador vitalicio de su país»⁵³.

Asimismo otra de las cuestiones más polémicas en relación con este procedimiento e incluso debatidas internacionalmente, era que el Estado chileno lógicamente, frente a aquellos Estados que reclamaban el procesamiento del general fundándose en el principio de justicia universal, exigía la intervención de sus propios órganos judiciales en base al principio de territorialidad, rechazando intromisiones extranjeras que afectaran a su soberanía nacional.

En este sentido, el art. 23.4 LOPJ había sido el instrumento jurídico utilizado por el auto español de prisión y de extradición al considerarse que no cabía la excepción prevista en el art. 23.2 c) LOPJ también para el principio de justicia universal, puesto que los hechos no habían sido juzgados en su país⁵⁴.

Ante la problemática de la aplicación del llamado genocidio político a la «Operación Cóndor», el *Auto del Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 1998*⁵⁵, como los del *Pleno de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre*, entendían que en el delito de genocidio lo principal era la existencia del exterminio humano independientemente de las «características diferenciadoras»⁵⁶, sin embargo la Cámara de los Lores inglesa en su decisión de 24 de marzo de 1999 rechazó la petición de extradición de Pinochet por dicho motivo, aunque la concedió por otros cargos como el de tortura, conforme al principio de justicia universal consagrado en el art. 23.4 LOPJ y la Convención para la Tortura de Naciones Unidas de 1984, por los que podrían juzgar órganos judiciales españoles.

La *sentencia de 8 de Octubre de 1999, del Magistrado del Tribunal penal de Bow Street*, concedió la extradición, aunque finalmente, por motivos de salud, Pinochet no fue juzgado en España, iniciándose contra él una serie de procedimientos penales en su país⁵⁷.

Tras la introducción con la *Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, del Crimen de Lesa Humanidad en el orde-

51. GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 151.

52. **La Operación Cóndor**, según nos destaca la prensa consistía en un plan de inteligencia y coordinación entre los servicios de seguridad de las dictaduras militares de Argentina, Chile, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia en 1970 provocando el asesinato y desaparición forzada de centenares de personas consideradas opositores políticos.

53. Cfr. SERRANO PIEDECASAS, «El delito de genocidio. Especial referencia al caso Pinochet» en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, págs. 1495-1497.

54. Cfr. respecto al principio de necesidad en la intervención en materia de justicia universal la STS de 10 de mayo de 2003. En relación a la competencia jurisdiccional española para la persecución penal del delito de genocidio cfr. SERRANO PIEDECASAS, *ul.op.cit.*, pág. 1497. Igualmente el tribunal inglés de Bow Street había afirmado «a los efectos del proceso la conducta o los hechos son los presentados en la demanda de extradición, la ley relevante del estado demandante es aquella presentada en la demanda de extradición».

55. Auto ampliando la fundamentación de prisión incondicional de Augusto Pinochet. Cfr. Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 1998, por el que se decreta la prisión provisional incondicional y la orden de entrega del general Augusto Pinochet.

56. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2004, pág. 762 s.

57. Con respecto a su proceso de desafuero tras la investigación de la «operación caravana de la muerte», vid. VERDUGO, Patricia, *Los zarpazos del puma*, Santiago, 2001, pág. 227, donde se recoge la Resolución del Ministro de Fuego D. Juan Guzmán Tapia, de 29 de enero de 2001, acordando el procesamiento del general Pinochet. Cfr. la resolución de la *Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de mayo de 2000* que resuelve despojarlo de su fuero parlamentario para ser procesado por dichos crímenes. En relación a la «Operación Cóndor» vid. la resolución de la *Corte de Apelaciones de Santiago de 28 de mayo de 2004*, donde se revocó el

namiento jurídico español, se dio cumplimiento a los compromisos asumidos por España en el Estatuto de Roma, en torno a la implementación de dicho tipo delictivo superándose también los obstáculos interpretativos que se generaban en el genocidio por persecuciones políticas, al poderse considerar en muchos casos esta serie de actos Crímenes contra la Humanidad. *La Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril, núm. 16/2005*, fue la primera en aplicar este tipo delictivo a gravísimos hechos ocurridos durante la dictadura argentina, en el denominado *Caso Scilingo*⁵⁸.

Se consideró probado que a lo largo de todo el año 1975, en la República Argentina, los principales responsables militares de cada una de las ramas del ejército, con ayuda de las fuerzas policiales y servicios de inteligencia, decidieron no solamente derrocar con un golpe de Estado a la legítima presidenta constitucional, sino también acordaron diseñar, desarrollar y ejecutar un plan sistemático de secuestro, tortura, desaparición y eliminación física de toda aquella parte de la ciudadanía que resultaba subversiva, entendiéndose por tal a los que por su forma de pensar, actividades, relaciones o adscripción política o incluso religiosa, resultaban en apariencia incompatibles con su proyecto político y social.

Del mismo modo se expresó que otro método de desaparición de esta serie de personas contrarias a lo que denominaban la «moral occidental y cristiana» sería que las detenidas embarazadas siguieran con vida hasta el alumbramiento de los bebés, los cuales serían entregados a familiares de marinos, militares o civiles que los solicitasen a través de las órdenes establecidas en la Escuela Mecánica de la Armada, evitándose la «contaminación» que supondría devolver a los hijos a sus familias biológicas. Desde el 24 de febrero de 1976, fecha del golpe de Estado, hasta el 10 de diciembre de 1983, las fuerzas armadas argentinas usurparon ilegalmente el gobierno, poniendo en marcha el **Proceso de reorganización nacional** y la **Lucha contra la subversión**, cuya actividad se tradujo en la implantación de un organigrama de grupos, organizaciones y bandas armadas que subvirtiendo todo el orden constitucional y alterando gravemente la paz pública, cometieron toda una cadena de hechos violentos e ilegales que desembocaron en una represión generalizada y un estado absoluto de terror de toda la población⁵⁹.

Los métodos consistían en la detención masiva de ciudadanos, acompañada de la práctica sistemática de tortura con «métodos científicos», el exterminio generalizado con

lanzamientos de personas sedadas al mar, abusos sexuales, secuestro, desaparición forzada, situándose las víctimas entre 20.000 y 30.000 personas, con la existencia al menos de 600 españoles.

Se estimó que el procesado Scilingo, en su condición de oficial, había asistido a la reunión previa al golpe militar, en la que se aludió a la caótica situación del país y a los cambios que lo transformarían en un país pacificado de orden, conociendo de ese modo el plan mencionado antes de que entrase en ejecución haciéndolo propio. Igualmente se mantuvo que participó en la lucha contra la insurgencia organizada por la dictadura argentina, interviniendo durante su estancia en la Escuela de Mecánica de la Armada en los llamados «vuelos de la muerte», en los cuales se lanzaban vivas a decenas de personas a las que previamente se les había sedado, fue testigo de las torturas impartidas por el procedimiento de la «picana eléctrica» o descargas eléctricas, y tuvo conocimiento de los denominados «asados» en los que se calcinaban los cuerpos de las personas fallecidas.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española calificó los hechos cometidos como constitutivos de un delito de lesa humanidad del art. 607 bis) C.P con la causación de muerte de treinta personas, detención ilegal y tortura. Se apreció la producción de un único delito de lesa humanidad pero con el resultado de treinta muertes con alevosía (art. 139 CP). Un delito de detención ilegal en el que intervino personalmente el acusado, y otro de torturas, referidas a aquella en las que quiso estar presente, aunque sin hacer nada por impedir las o evitarlas. En cambio, se consideró que Scilingo no tuvo intervención directa en otros actos llevados a cabo por el denominado «Grupo de Tareas» y que no le eran directamente imputables como delitos independientes otros hechos no directamente realizados por él.

Lo más destacable en relación a este punto, es que la Audiencia Nacional en consonancia con lo sostenido por la doctrina penal, valoró que las otras situaciones de torturas y detenciones que se realizaron en la ESMA durante el tiempo de su permanencia, *formarían parte de los elementos contextuales del delito de lesa humanidad*, en los que se enmarcaron los distintos actos concretamente realizados por el acusado.

En este pronunciamiento la Audiencia Nacional intentó salvar, (en muchos casos con bastante dificultad) el debido respeto a principios tan esenciales de la creación y aplicación del Derecho penal, como son el Principio de Lega-

sobreseimiento por demencia, confirmándolo la *Corte Suprema chilena el 25 de agosto de 2004*. Cfr. Resolución de 6 de julio de 2005 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que lo desafora para juzgarlo por su presunta responsabilidad en el caso «Operación Colombo» por la desaparición de 15 opositores a su régimen en 1974 y 1975. Por otra parte, el 23 de noviembre de 2005, fue ordenado el procesamiento de Pinochet por enriquecimiento ilícito y falsificación de documentos.

58. Cfr. MENDOZA CALDERÓN, «La reciente aplicación de los Crímenes de Lesa Humanidad en España: el caso Scilingo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, núm. 6, Santiago de Chile, octubre 2005, pág. 97 ss.

59. El Reglamento RC-9-1, de 1977, establecía que el concepto era «prevenir y no curar», impidiendo mediante la eliminación de los agitadores, posibles acciones insurreccionales masivas. La localización de activistas debía ser siempre una preocupación permanente en todos los niveles del comando.

lidad y el de Irretroactividad de la norma penal. En lo que se refiere a la exigencia de una ley previa a la comisión del delito, la Audiencia Nacional partió en este caso, de que la formulación clásica del principio de legalidad penal «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» en el Derecho internacional se articulaba solamente como «*nullum crimen sine iure*», por lo tanto, a diferencia de lo que ocurría en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la seguridad de la humanidad no se determinaría en el orden internacional por su incorporación a textos escritos⁶⁰. Sin embargo, se señaló que el art. 6 del *Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945*, en los Juicios de Nuremberg, determinaba que los crímenes contra la Humanidad actuaban como norma de cierre, para cerrar la salida a las posibles escapatorias destinadas a obstaculizar el castigo de los autores de graves atropellos. Por lo tanto, la naturaleza mixta de los delitos contra la humanidad, convencional y consuetudinaria, al cristalizarse en normas escritas añadía un plus de taxatividad y de previsibilidad de la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional⁶¹.

Con respecto a la aplicación de la ley penal española en referencia a unos hechos producidos en Argentina, a partir de febrero de 1976, la Audiencia defendió que no tendría ningún sentido que el legislador español al introducir en el año 2003 el precepto penal del art. 607 bis C.P⁶², se estuviera limitando a permitir en el ordenamiento español, sólo de cara al futuro la persecución de este tipo de crímenes como formal cumplimiento del principio

de complementariedad⁶³ del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional, que desde hacía décadas castigaba este tipo de conductas⁶⁴.

Además de lo expuesto, el tribunal observó que la razón de la utilidad de esta serie de crímenes consistía en garantizar su persecución ante dificultades extremas o imposibilidad de persecución interna, por ello una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad **era su perseguibilidad internacional más allá de la territorialidad**. Se reconoció que aunque lo más neutral y menos complicado desde el punto de vista de las relaciones internacionales fuese que un Tribunal *ad hoc* los persiguiera, lo esencial era que la persecución internacional, aunque fuese complementaria o subsidiaria de la interna inefectiva o inexistente, se produjese; **resultando que cuando no se hubiera podido dar la actuación de un tribunal penal internacional, el principio de necesaria persecución seguiría indemne, debiendo actuar una jurisdicción nacional en su sustitución y haciendo las funciones de ésta**. En lo que respecta a la excepción prevista en el apartado quinto del art. 23 de la Ley orgánica del Poder Judicial, se afirmó que la actuación de la jurisdicción española había venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina, que había dado lugar a una situación de impunidad de los responsables⁶⁵.

Con respecto a este aspecto, la doctrina especializada ha criticado la aplicación del principio de justicia universal en el *caso Scilingo*. GIL y GIL, la ha calificado de la

60. Vid. REMIRO BROTONS, «Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial», en *Derecho Penal Internacional*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, Madrid, 2001, pág. 93, destaca que en cuanto a la no retroactividad está muy extendida la creencia de que el juez estatal no puede perseguir sino los actos posteriores a su tipificación criminal por el Derecho interno o por lo menos a la fecha en la que un Estado manifestó su consentimiento en obligarse por un tratado. Recalca sin embargo que no hay que beneficiar a los criminales con la morosidad de los legisladores estatales, proponiendo a menos que la ley o los tratados disponga otra cosa, que la fecha decisiva para proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la de su incorporación a normas internas ni la de su consentimiento en obligarse por tratados tipificadores de crímenes internacionales, sino la de su cristalización en normas generales de Derecho internacional.

61. Siguiendo esta línea argumentativa la Audiencia Nacional destaca que en el momento de producción de los hechos, existían normas consuetudinarias internacionales de aplicabilidad general, y aunque la tipificación de estas conductas basadas en el art. 6 del Estatuto de Nuremberg, y en el Convenio contra el Genocidio de 1948 no le fuera absolutamente aplicable, había suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que tales conductas eran crímenes contra la humanidad e iban no solo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional, pudiendo exigirse responsabilidad penal individual a los autores de tales crímenes. Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2001, en el Caso *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania* en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) en el caso de «los disparos del muro de Berlín». Incluso, en relación a la previsión de la pena se destaca que en el Código penal vigente en Argentina en el momento de los hechos, se establecía pena de prisión perpetua para el homicidio agravado, la pena de muerte o reclusión perpetua en el caso de que con el delito de asociación ilegal se causaran muertes o graves lesiones en las personas, por lo que el tribunal estima, que dichas penas tan severas podrían haberle sido impuestas al encausado, teniendo esta cuestión gran importancia desde el punto de vista del principio de legalidad penal.

62. Vid. Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de Reforma del Código Penal, cuya entrada en vigor se produjo a partir del 1 de octubre de 2004.

63. Vid. AMBOS, Kai, «Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm.5, pág. 137 ss.

64. Vid. asimismo TRIFFTERER, Otto, «Domésticos de ratificación e implementación», en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002, pág. 18, que afirma que la estructura de la Corte Penal Internacional se basan sobre el presupuesto de que los *Estados partes ejercerán de hecho su ius puniendi sobre crímenes de Derecho internacional*, aplicándose así un modelo de ejecución indirecto.

65. Vid. AMBOS, Kai, *ul.op.cit.*, pág. 137 s.

parte más creativa de la Sentencia, cuando este delito no ha sido introducido en la Ley Orgánica del Poder Judicial en el catálogo delictivo previsto en el apartado cuarto del art. 23 LOPJ, ni la obligación de su persecución universal viene dispuesta, a su juicio, en ningún Tratado⁶⁶. En su opinión, mientras no se modifique dicha Ley orgánica solamente serán perseguibles los crímenes del lesa humanidad cuando hayan sido cometidos en territorio español, o cuando se cometan en el extranjero pero el autor tenga nacionalidad española o sea funcionario público y haya actuado en el ejercicio de sus funciones, o la víctima sea una autoridad o un funcionario español, el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el regente⁶⁷. Frente a esta postura destaca que la Audiencia Nacional en el caso *Scilingo* se ha basado en la argumentación del juez argentino Cavallo en el Auto de 6 de marzo de 2001, que reconocía que el Derecho de gentes asignaba competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los Crímenes cometidos en su contra (en base a la jurisdicción universal)⁶⁸. Destaca esta autora que la argumentación de la Audiencia Nacional estaría equivocada, porque además de que ningún convenio o costumbre internacional obligue a asumir tal competencia, en el ordenamiento español el legislador no ha hecho uso de esa facultad, añadiendo este delito a los perseguibles bajo el principio de justicia universal en el art. 23.4 LOPJ, aunque esto sería deseable⁶⁹.

Sin embargo, el caso que más implicaciones ha derivado para el principio de justicia universal en el ordenamiento jurídico español ha sido sin lugar a dudas, el «*Caso Guatemala*», en el enjuiciamiento del genocidio guatemalteco. La controvertida *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003* había determinado hasta

dónde podía llegar la competencia de los tribunales penales españoles invocando el principio de Justicia Universal reconocido en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, enfocando a su vez, cuáles debían ser las líneas básicas de actuación. En primer lugar, se consideraba que a ningún Estado en particular le correspondía el ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden recurriendo al Derecho penal contra todos y en todo el mundo, sino que más bien, haría falta un punto de conexión que legitimase la extensión extraterritorial de su jurisdicción. En segundo lugar, se establecía que el «*principio de no intervención en asuntos de otros Estados*», reconocido en el art. 27 de la Carta de las Naciones Unidas, admitía limitaciones en relación a hechos que afectasen a los derechos humanos, pero que estas limitaciones solo eran inobjetables cuando la posibilidad de intervención se aceptase mediante acuerdos entre Estados o se decida por la Comunidad Internacional⁷⁰ y finalmente, como complemento de los anteriores principios, se establecía que algunos tribunales nacionales reconocían que debía existir incluso **una conexión con un interés nacional como elemento legitimador**, en el marco del principio de justicia universal, con arreglo a criterios de racionalidad y siempre respetando el principio de no intervención⁷¹.

La *sentencia del Tribunal Constitucional núm. 327/2005, de 26 de septiembre*, anuló dicha Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Guatemala, al mantenerse que el art. 23.4 LOPJ no contiene ninguna limitación del principio de jurisdicción universal y que una interpretación que redujera teleológicamente la extensión literal del texto exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, sería incompatible con dicho precepto por ser extremadamente rigorista y abiertamente restrictiva⁷².

66. GIL GIL, «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», en *Revista Electrónica de Derecho penal y criminología*, 07, 2005, pág. 10 ss. En su opinión, la STS de 25 de febrero de 2003, en el caso Guatemala, es rechazable porque introduce principios no previstos en la ley que convierten al principio de justicia universal en otro de personalidad pasivo limitado. En dicha sentencia se imponen una serie de límites como son la conexión con intereses españoles o que el sujeto se halle en territorio español y no se acceda a la extradición solicitada, (justicia supletoria o de Derecho penal de representación). En el caso Scilingo la propia presencia del acusado en territorio español parece ser el único fundamento para la jurisdicción y se olvida el dato de que se debería haber exigido la solicitud de extradición a España del presunto responsable y ésta hubiera sido rechazada. El principio *aut dedere aut punire* (vid. nota 40 de dicho art.) está pensado para evitar la impunidad a la que llevan algunas limitaciones a la extradición, pero no otorga competencia sobre un delito por la mera presencia del acusado en el territorio.

67. GIL GIL, *ul.op.cit.*, pág. 14.

68. GIL GIL, *ul.op.cit.*, pág. 14. cfr. Nota 45 de dicho estudio.

69. GIL GIL, *ul.op.cit.*, pág. 15.

70. En los Tratados Internacionales relativos a estas materias solamente se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se les 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 al suprimirse la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Sin embargo se recalca, que esto no implica un reconocimiento expreso de que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogidos solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en el territorio de otro Estado.

71. Respecto a delitos de torturas, se estimó en esta resolución que en los casos de los sacerdotes españoles, así como en el asalto a la Embajada Española de Guatemala, respecto a las víctimas de nacionalidad española, los tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables.

72. Frente a esta Sentencia del Tribunal Constitucional, se presenta Voto particular a favor de la interpretación prevista por la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Guatemala, en base a que dicha interpretación intenta excluir cuestiones de abuso del derecho. La discrepancia no obstante con la resolución del Tribunal Supremo se debió solo a si esta conexión debía ser apreciada ya cuando fueran comprobados, vínculos culturales, históricos, sociales, lingüístico, jurídicos y de toda clase que unen a Guatemala y

De la misma manera, esta sentencia ha generado que a pesar de la polémica doctrinal y jurisprudencial que suscitaron en España los casos *Scilingo y Pinochet*, de nuevo, la jurisdicción española, pueda enfrentarse a la disputada de la aplicación de la justicia penal bajo el principio de justicia universal, esta vez, por hechos cometidos en la República Popular China, tras la nueva línea interpretativa aportada por el Tribunal Constitucional.

La Audiencia Nacional había confirmado el Auto del Juzgado Central de Instrucción, que disponía que no se admitía a trámite la querrela formulada por delitos de genocidio y torturas contra Jia Quinglin, Presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo político del Pueblo Chino. La querrela se había presentado en septiembre del año 2004 y se había ampliado en noviembre del mismo año, poniendo en conocimiento de los órganos judiciales españoles, que los querrelados se hallaban en nuestro país por razones de asistencias a congresos internacionales. Por este motivo determinados organismos presentaron recurso ante el Tribunal Supremo denunciando que se había vulnerado la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 CE, puesto que la Audiencia Nacional no había considerado los argumentos referentes a que China no había suscrito el Estatuto de Roma de 1998 y que por lo tanto, no podría formularse ante la Corte Penal Internacional la denuncia correspondiente, que el Derecho chino no sancionaba el delito de genocidio y que siendo China miembro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, vetaría seguramente una propuesta de iniciar una causa por los hechos denunciados. De esta manera se recalca que el art. 23.4 LOPJ había sido interpretado **contra legem** puesto que su texto no contenía ninguna limitación aplicable al caso, al principio de justicia universal.

Frente a este recurso, el Ministerio Fiscal solicitó la destimación del mismo, sosteniendo que no estaba claro que las víctimas que se señalaban en la querrela fuesen

miembros de una religión, subrayando **que los tribunales españoles no se deberían convertir en los competentes para hacer justicia en el resto del mundo.**

El Tribunal Supremo en cambio, **a través de la Sentencia 645/2006, de 20 de junio**, ha estimado recientemente el recurso, y ha considerado que los tribunales españoles son competentes para el enjuiciamiento de los hechos, tras la nueva lectura al principio de justicia universal realizado por la STC 237/2005, de 26 de septiembre.

El Tribunal Supremo declara que se alinea con quienes piensan que dentro del orden internacional, el principio de justicia universal refuerza una protección deseable de los derechos humanos frente a abusos de poder, estimando **que el principio de justicia universal en nuestro derecho no puede ser neutralizado por la instauración de la Corte Penal Internacional pues la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados favorecerá la persecución de los delitos contra la humanidad, con la cobertura de los espacios que el Estatuto de Roma podría dejar desprotegidos y el aumento de la protección de valores básicos de la comunidad internacional.** No obstante, añade **que no debe ignorarse el peligro de conflictos provenientes de este principio cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación**⁷³.

En opinión del Tribunal Constitucional la Ley Orgánica del Poder Judicial instauraría un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y los criterios reguladores que podrían restringir el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, no serían aplicables en el caso del genocidio y que solo podrían operar en otros delitos como el tráfico de drogas, etc⁷⁴.

Sin embargo en este pronunciamiento del Tribunal Supremo, aunque se reconoce la competencia a los Tribunales españoles conforme a la doctrina emanada de la jurisprudencia constitucional, se expone que el principio de

a su población indígena con España. En palabras del Tribunal Supremo, la discrepancia entre la mayoría y la minoría de la Sala se refería a la apreciación de los hechos del caso, es decir, sobre una materia ajena a la jurisdicción constitucional. En opinión del Tribunal Supremo, su fundamentación se basaba en que la jurisdicción universal en materia de genocidio no podía extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio en consonancia con la cláusula de cierre del art. 23.4 LOPJ.

73. Cfr. en relación a la regulación alemana AMBOS, Kai, «Crímenes nucleares de Derecho internacional, principio de jurisdicción universal y parágrafo 153f de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, (a la vez comentario de la GBA JZ 2005, 311 y OLG, NSTZ 2006, 117), en *Revista Penal*, núm. 19, enero, 2007, pág. 22 s, destaca que el parágrafo 1 del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*) asienta la competencia de los tribunales alemanes, (independientemente del lugar de comisión del hecho y de otros puntos de partida del derecho de aplicación de la ley penal), en el *principio de jurisdicción universal puro o en sentido estricto*, especialmente a través de la fase «ninguna conexión nacional», privando de base a la comprensión restrictiva del Tribunal Supremo Federal alemán que tradicionalmente exigía un vínculo nacional. AMBOS señala que dicho parágrafo adapta la persecución penal alemana a un **sistema de justicia penal internacional**, el cual para evitar la impunidad de los crímenes internacionales, se apoya en primer término en los Estados competentes del lugar del hecho, del autor o de la víctima, en segundo término en la Corte Penal Internacional y en tercer término, en terceros Estados que tengan preferencia en virtud del principio de jurisdicción universal. Para proteger la subsidiariedad condicionada del principio de jurisdicción universal el deber de persecución de la Fiscalía ha sido limitado a través del nuevo parágrafo 153f de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

74. Incluso, según manifiesta el Tribunal Supremo en la Sentencia 645/2006, la interpretación del Tribunal Constitucional supondría que la norma de habilitación de la jurisdicción universal debe ser entendida como un requisito procesal esencial o la ausencia de un presupuesto o un óbice procesal, cuyo cumplimiento dependería de la parte. Solamente desde este contexto se entendería que la denegación de la pretensión de ejercicio de la jurisdicción española equivaliese a una sanción procesal en cuya imposición debiera observarse el principio de proporcionalidad.

jurisdicción universal conectado con el fenómeno del *forum shopping*, no permitiría pensar que éste sea una solución ideal, lo que hace que algunos juristas se planteen que habría que limitar el alcance del principio⁷⁵.

III. CONCLUSIONES

Generalmente la aplicación de la Ley penal en el espacio, siempre ha estado presidida por el principio de territorialidad, puesto que en un Estado de Derecho el ejercicio del *ius puniendi* debe realizarse principalmente en los límites de su propio territorio. Sin embargo, la necesidad de evitar la existencia de lagunas de punibilidad, ha hecho necesaria la utilización excepcional de una serie de principios de carácter extraterritorial, con son el personal, el real y el de justicia universal, si bien, hoy en día debemos preguntarnos si esta denominada extraterritorialidad de la norma penal es realmente tan puntual como se pretende.

La creciente existencia de delincuencia organizada cuya actividad se ejerce en el territorio de diferentes Estados y la necesaria tutela de intereses comunes para diferentes países integrados en organizaciones internacionales, ha provocado que cada vez se produzcan mayores excepciones a principios clásicos de la aplicación extraterritorial de la ley penal como es el de *doble incriminación* y que se agilicen notablemente los sistemas de extradición con países que pertenezcan a organizaciones internacionales comunes, sobre todo en el entorno europeo mediante el recurso al principio de *reconocimiento mutuo y a la existencia de la orden de detención y entrega*. Si el principio de doble incriminación limitaba la aplicación del principio personal cuando la jurisdicción española enjuiciaba hechos cometidos por nuestros nacionales en el extranjero al regir en materia de extradición pasiva el principio de no entrega de los nacionales, hemos visto cómo a través de acuerdos internacionales y actos normativos de organizaciones internacionales de las que España sea parte, este principio en algunos casos puede obviarse.

No obstante, el principio extraterritorial que más importancia ha cobrado en estos últimos años en España ha sido sin lugar a dudas, el principio de justicia universal. A pesar de la firma por parte de nuestro país del Estatuto de Roma, y del controvertido art. 7.3 de la Ley orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, casos como la extradición de Pinochet, la aplicación de los Crímenes de Lesa Humanidad en el caso Scilingo, la intervención del Tribunal Constitucional en el supuesto del genocidio guatemalteco, o las recientes actuaciones

judiciales en denominado caso del genocidio del Tíbet nos demuestran que bien por motivos de carácter procesal o bien, por cuestiones de carácter diplomático y político, no se acude en primera instancia a la Corte Penal Internacional sino que el principio de justicia universal cada vez toma más fuerza en estos crímenes internacionales.

La aplicación del principio de justicia universal siempre ha sido y será una de las cuestiones más controvertidas de la práctica penal. Dentro de su ámbito entran en juego una serie de principios que nacen en el Derecho internacional y que no siempre se ajustan adecuadamente a principios esenciales del Derecho penal, que siempre ha poseído un marcado carácter nacional. Por ello, surgen cuestiones como el valor que puede atribuírsele a la costumbre internacional cuando en el Derecho penal rige el más escrupuloso respeto al principio de legalidad, como se desprende de nuestra Constitución, y como debe exigírsele al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, la aplicación de la ley penal en el tiempo ante la irretroactividad que dirige la intervención de la ley penal como principio básico, y sobre todo, el hecho de que cuando el delito internacional no está expresamente previsto en el catálogo de delitos del art. 23.4 LOPJ, se hace necesario acudir a lo previsto por los Tratados y Convenios internacionales de los que España sea parte, para decidir si España puede o no puede perseguir dicho delito.

Las críticas a una reducción de este principio durante la tramitación de la Ley orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, y la reciente interpretación del Tribunal Constitucional que reclama interpretaciones del mismo que no sean excesivamente restrictivas, puesto que la comunidad internacional exige la persecución de esta serie de horrendos crímenes que afectan a intereses de todos los Estados, hace que surjan voces que ponen de manifiesto que dicho principio no es una panacea, y que su uso ilimitado puede incidir en un abuso del Derecho, manifestándose incluso que los órganos judiciales españoles no pueden considerarse competentes para hacer justicia en todo el resto del mundo.

A nuestro juicio, a pesar de que obviamente nuestros órganos judiciales no tienen que suplantar en todo caso funciones que le correspondieran a otro órgano jurídico como es la Corte Penal Internacional, que nace con vocación de permanencia, España ha demostrado su firme decisión de perseguir este conjunto de aberrantes crímenes que afectan a toda la comunidad internacional, no solo con la celebración e incorporación a nuestro ordenamiento interno de los correspondientes Tratados internacionales, sino interviniendo cuando se ha considerado competente para ha-

75. Señalan los *Princeton Principles on Universal Jurisdiction* elaborados en el año 2001, en donde se establece que «la jurisdicción universal puede ser ejercida por un cuerpo competente y ordinario de cada Estado en orden al enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido los graves crímenes del derecho internacional, siempre y cuando la persona este presente ante dicho órgano judicial». Frente a ello cfr. el Voto Particular de los Excmo. Sres. Magistrados MARTIN PALLÍN y ANDRÉS IBÁÑEZ. Cfr. en cambio a favor de un criterio de *razonabilidad* en la aplicación del principio de justicia universal, GARCÍA ARÁN, «Complementariedad recíproca y Justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional», en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, pág. 379.

cerlo. Sin embargo, no creemos que el principio de justicia universal deba aplicarse cuando esa misma decidida intención de persecución existe en los países en donde se han producido dichos crímenes. El hecho de que se discutan en sus propios países el mantenimiento y el alcance de leyes de punto y final o de obediencia debida, (adoptadas generalmente en conflictivos periodos de transición política) o que se plantee y aplique el desafuero y eliminación de la inmunidad de determinados implicados, hace que se rechacen intromisiones extranjeras que afecten a su soberanía nacional, sobre todo, cuando se puedan iniciar procedimientos en los que se trate de evitar que los acusados se amparen en privilegios procesales o en cuestiones políticas, que conlleven una impunidad *de facto*.

Lo esencial, es que ya sea a través de los propios órganos judiciales territoriales, a través de la Corte Penal Internacional o a través de órganos judiciales extraterritoriales que tengan reconocido en sus ordenamientos jurídicos el principio de justicia universal, se persigan y se juzguen tan graves hechos como los que constituyen los delitos internacionales. La comunidad internacional no puede admitir la vulneración reiterada de los Derechos Humanos y permitir que los responsables queden sin castigo amparándose en que dichos actos se produjeron durante un conflicto armado o un periodo de grave crisis política, refugiándose en una premeditada inmunidad. La imprescriptibilidad de estos crímenes y la necesaria persecución de los mismos ponen de manifiesto la invariable intención que debe presidir en la Comunidad Internacional, independientemente del territorio donde se hayan producido estos delitos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALCAIDE FERNÁNDEZ, «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempo de ingeniería jurisdiccional?», en *La criminalización de la barbarie: La Corte penal internacional*, Madrid, 2000.

ANDREU-GUZMAN, «Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la Ley penal: un falso dilema», *International Commission of Jurists*, www.icj.org, consultada en fecha 30 de octubre de 2006.

AMBOS, Kai, «Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2000.

* «La implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional», en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003.

* «Crímenes nucleares de Derecho internacional, principio de jurisdicción universal y parágrafo 153f de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, (a la vez comentario de la GBA JZ 2005, 311 y OLG, NSz 2006, 117), en *Revista Penal*, núm. 19, enero, 2007.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 2004.

BLANCO CORDERO, SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio», en *Revista Penal*, número 6, 2002.

CARRILLO SALCEDO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1994.

CUERDA RIEZU, RUIZ COLOMÉ, «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», en *El nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 2000.

ESER, Albin, KREICKER, Helmut, «Persecución penal nacional de crímenes internacionales AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003.

GARCÍA ARÁN, «Complementariedad recíproca y Justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005.

GARCÍA SÁNCHEZ, *Límites a la ley penal en el espacio*, Barcelona, 2004.

GIL GIL, «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», en *Revista Electrónica de Derecho penal y criminología*, 07, 2005.

GOMEZ BENÍTEZ, «La Corte Penal Internacional como órgano de jurisdicción universal. Reflexiones sobre su ámbito de competencia y su naturaleza complementaria», en *Actualidad Penal*, núm.3, 2002.

HIRSCH, Hans Joachim, «Cuestiones acerca de la armonización del Derecho penal y del Derecho procesal penal en la Unión Europea», en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005.

MENDOZA CALDERÓN, «La reciente aplicación de los Crímenes de Lesa Humanidad en España: el caso Scilingo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, núm. 6, Santiago de Chile, octubre 2005.

MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 2004.

OLASOLO ALONSO, «Del Estatuto de los tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional», en *Revista General de Derecho Penal*, núm.5, mayo, 2006, en www.iustel.com.

QUINTERO OLIVARES, «La unificación de la Justicia penal en Europa», en *Revista Penal*, núm.3, 1999.

REMIRO BROTONS, «Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial», en *Derecho Penal*

Internacional, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, Madrid, 2001.

ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Valencia, 2004, consultada en www.tirantonline.com en fecha 30 de octubre de 2006.

RUEDA FERNÁNDEZ, «La regulación jurídica de las violaciones esenciales emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI», en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, 2005.

RUIZ ROBLEDO, *El Derecho fundamental a la Legalidad Punitiva*, «El concepto de legislación en el ámbito penal», Valencia, 2004, en www.tirantonline.com, consultada en fecha 27 de octubre de 2006.

SERRANO PIEDECASAS, «El delito de genocidio. Especial referencia al caso Pinochet» en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

TRIFFTERER, Otto, «Domésticos de ratificación e implementación», en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002.

VÁZQUEZ ORGAZ, «La eficacia directa de las Directivas comunitarias», en www.derecho.com, visitada en fecha 9 de noviembre de 2006.

VERDUGO, Patricia, *Los zarpazos del puma*, Santiago de Chile, 2001.

VORMBAUM, Moritz, «El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo», en *Revista penal*, núm. 19, 2007.