

Un análisis en perspectiva de la aplicación del principio de jurisdicción universal a la luz de la jurisprudencia española de la última década

-
- 1 Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina, y Diplomado en Estudios Avanzados en el marco del Doctorado en Derecho: Programa Derechos Fundamentales, del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, de la Universidad Carlos III de Madrid. Investigador en Derecho Internacional en el Instituto TMC Asser de La Haya, en los Países Bajos (2000). Profesor e Investigador en las asignaturas de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Mar del Plata, y Universidad Atlántida, Argentina (1996-2000). En la actualidad se desempeña como Profesor en el Área de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid, y se encuentra en fase de elaboración de su tesis doctoral. Sus principales áreas de especialidad son el derecho penal internacional, la jurisdicción internacional, la justicia transicional y el Derecho Internacional Humanitario.
- 2 El autor agradece los comentarios y el apoyo brindado por el profesor FERNANDO MARIÑO MENÉNDEZ (Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid) en la elaboración del presente trabajo.

Resumen. El presente trabajo se centra en el denominado “principio de jurisdicción universal”, en virtud del cual fue posible, en la última década, iniciar acciones penales en los fueros judiciales de España, en relación con violaciones a los derechos humanos ocurridas principalmente en Latinoamérica durante los años setenta y ochenta. A dichos fines, el autor comienza por precisar las características principales del principio de jurisdicción universal, su distinción respecto de otros principios de aplicación extraterritorial de la ley penal, para finalmente adentrarse en la legislación y en la jurisprudencia española. Para esto último, el autor repasa las principales decisiones provenientes de diferentes instancias judiciales (Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) donde se registran pronunciamientos relativos a la interpretación, alcance y límites en el ejercicio de la jurisdicción universal en España.

Palabras clave. Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Penal Internacional, Jurisdicción Internacional, Jurisdicción Universal, Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad, Terrorismo, Extradición.

INTRODUCCIÓN

En 1996, la Unión Progresista de Fiscales³ interpuso una querrela ante la Audiencia Nacional (AN) de España, contra los integrantes de la Junta Militar Argentina por violaciones graves a los derechos humanos, iniciando, de este modo, un largo y, en ocasiones, mediático proceso, cuyo principal objetivo ha sido el de luchar contra la impunidad de la que gozaban sus perpetradores. Pasada ya más de una década desde aquella primera iniciativa y vistos los acontecimientos que le sucedieron, quizás no resulte exagerado afirmar que el mencionado proceso haya provocado grandes cambios en el campo relativo a los derechos humanos.

Muchas de las acciones llevadas a cabo por los impulsores o defensores de estas iniciativas han sido posibles gracias a la presencia, en el ordenamiento jurídico español, de una norma que reconoce de forma amplia y clara el principio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles. Aunque es posible identificar algunos detractores (RUBIN, 2001; GUILLAUME, 1992; KISSINGER, 2001), la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción universal como herramienta de lucha contra la impunidad cuenta con una importante base doctrinal⁴ y una

3 Se trata de una ONG española, que se presenta ante la justicia ejerciendo el derecho de la Acción Popular. Más adelante se pliegan al reclamo, la Asociación Libre de Abogados, Asociación Argentina Pro Derechos Humanos de Madrid, Comisión de Solidaridad de Familiares de Barcelona, Asociación Pro Derechos Humanos de España, Asociación contra la Tortura, Iniciativa per Catalunya, Confederación Intersindical Gallega, Federación de Asociaciones de Abogados “Defensa y Libertad” y la Izquierda Unida.

4 Sobre obras generales sobre el principio de jurisdicción universal y sólo con carácter enunciativo véase: SÁNCHEZ LEGIDO (2004), LLANOS MANSILLA (2001: 339-365), ESCOBAR HERNÁNDEZ (2000), FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2000: 275-324), FIERRO (1997), GÓMEZ BENÍTEZ (2001: 63-72), VILLALPANDO (2000), BASSIOUNI

incipiente base jurisprudencial (Amnesty International, 2001). Si bien la práctica internacional en este sentido es más bien escasa⁵, la incorporación de este principio en las legislaciones nacionales parece evidenciar una clara tendencia (BUTLER, 2004: 67-76; ELST VAN R., 2000: 815-836).

El presente trabajo tiene como objetivo analizar de forma global los principales aspectos legales, vale decir, la interpretación, el alcance y los límites en el ejercicio de la jurisdicción universal, de conformidad con la legislación y la jurisprudencia española.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR JURISDICCIÓN UNIVERSAL?

A pesar de tratarse de un concepto que no es ajeno al período clásico del derecho internacional⁶, no es hasta esta última década cuando el tratamiento del principio de la jurisdicción universal comienza a hacerse eco en la doctrina y en la práctica internacional. En términos generales, se entiende por jurisdicción universal la teoría o principio mediante el cual se permite a un órgano jurisdiccional ejercer su competencia criminal para investigar, juzgar y castigar ciertas conductas consideradas como lesivas para la comunidad internacional, sin necesidad de poseer vínculo alguno con la nacionalidad del autor o de la víctima (competencia *ratione personae*), o con el lugar de comisión de los hechos (competencia *ratione loci*). El Principio 1° sobre los fundamentos de la jurisdicción universal de los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal⁷ la define como la jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del crimen, sin consideración del lugar de comisión, la nacionalidad de acusado o condenado, la nacionalidad de la víctima o cualquier otra conexión con el Estado que ejerce dicha jurisdicción.

CHERIF (2001: 81-162), BENAVIDES (2001: 20-96), BROOMHALL (2001: 399-420), JOYNER (1999: 153-172), HENZELIN (2000), RANDALL (1988: 929-832), MACEDO (2004), REYDAMS (2003).

5 [...] Customary international law as reflected in the practice of states does not, so far, in the judgment of this writer, warrant the conclusion that universal jurisdiction has been applied in national prosecutions...] (BASSIOUNI CHERIF, Op. Cit.: 117).

6 Algunos autores destacan antecedentes de la idea de jurisdicción universal en escritos de Beccaria, Wolf, De Vattel, o Grocio. No obstante, como destaca Bassiouni, [...] early modern Western jurist and philosophers developed the normative universalist position based partly on Christian concepts of natural law. But contrary to some contemporary authors who refer to them, the early jurists and philosophers did not extend their universalist views of certain wrongs to include universal criminal jurisdiction...] (BASSIOUNI, Op. Cit.: 43). Véase también COWLES (1945: 176-216), DONNEDIEU, (1928); DONNEDIEU DE VABRES (1932: 315-335), SALDAÑA (1923), PELLA (1931), ALCORTA (1931).

7 Principle 1.1. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Published by the Program in Law and Public Affairs (2001: 28).

El principio de la universalidad provee a cada Estado de jurisdicción sobre una cierta categoría limitada de infracciones generalmente reconocidas como de interés universal, sin consideración del lugar de la infracción y de la nacionalidad del infractor y de la víctima (RANDALL, Op. Cit.: 788). Así, nos hallamos ante un caso de jurisdicción universal cuando una corte o tribunal ejerce su competencia penal para investigar ciertos delitos sin necesidad de demostrar ninguno de los vínculos clásicos de competencia territorial o extraterritorial que justifiquen un interés particular en el caso. En otras palabras, la característica diferencial que marca la pauta de una teoría de jurisdicción universal se encuentra en el vínculo entre los elementos del delito y el *jus puniendi* del Estado juzgador, el cual no puede justificarse bajo un interés particular en el caso, sino en un interés universal, y actuando en representación de la comunidad internacional.

II. DIFERENCIAS ENTRE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y OTROS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY PENAL

Si partimos de su naturaleza jurídica, la jurisdicción universal es una clase o principio de atribución de competencia penal extraterritorial. La doctrina penalista suele abordar estos principios al momento de analizar lo que se denomina como “ámbito de validez espacial de la ley penal”⁸. No obstante, y pese a tratarse de una clase más de jurisdicción penal extraterritorial, la jurisdicción universal se diferencia considerablemente de los vínculos clásicos⁹. La existencia de frecuentes confusiones entre el principio de la jurisdicción universal con otros principios de base extraterritorial, como el principio de representación o el principio de protección, sumado al hecho de que en ocasiones se han establecido formas de jurisdicción que no pueden clasificar como ninguna de las mencionadas anteriormente, nos indica que “la dificultad de categorizar estas diferentes formas de jurisdicción criminal extraterritorial legislativa puede probablemente ser explicada por el hecho de que no siempre poseen una sólida base teórica” (Extraterritorial Criminal Jurisdiction, 1990: 16).

8 Véase por ejemplo JIMÉNEZ DE ASUA (1997: 161a 179 y “Límites exteriores del Derecho Penal” capítulo último §1028 p. 507) y Carrara (1977).

9 Los vínculos clásicos de competencia penal y cuyo fundamento se encuentra en la idea de soberanía estatal son: el principio de la territorialidad, el principio de la personalidad activa o pasiva y el principio de protección o de defensa. Para un mayor desarrollo véase: AKEHURST, 1972-1973: 152-169; Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, 1935: 437-601; FIERRO, Op. Cit.: 207-519.

De este modo, no debe confundirse el principio de la jurisdicción universal con aquellos principios que suelen tener aplicación extraterritorial, como el principio real o de protección o de defensa¹⁰. Se asimilan en que ambos permiten al Estado ejercer su jurisdicción criminal sin que importe el lugar en donde fue ejecutado el hecho ni la nacionalidad de su autor o autores (FIERRO, Op. Cit.: 312). Se diferencian en su fundamentación, ya que el principio de defensa atiende sobre todo a la naturaleza del bien jurídico agredido por el delito. Existe una relación directa entre la nacionalidad de los bienes protegidos y el Estado agredido, hecho que le confiere, por lo tanto, un interés exclusivo en la persecución de los autores. A pesar de sus inconvenientes, el principio de defensa se encuentra incorporado en casi todos los ordenamientos penales del derecho comparado (CAMERON, 1994). Al tratarse de un verdadero tipo de auto-tutela, resulta jurídicamente dificultoso y políticamente complejo el establecer un criterio de procedencia o de limitación, y no es extraño, por lo tanto, que en ocasiones se desdibuje la línea entre los intereses nacionales y los intereses universales.

Asimismo, según nos hallemos frente a un Estado soberano o ante una esfera supra-estatal, la jurisdicción también debe distinguirse entre “jurisdicción nacional” y “jurisdicción internacional”. La delimitación de ambas jurisdicciones no solo ha resultado históricamente compleja sino que el dinamismo y la propia evolución del derecho internacional y de las relaciones internacionales han ido cambiado y estrechando la clásica y rígida frontera de la soberanía estatal. A pesar de versar potencialmente sobre el mismo tipo de infracciones y los mismos autores, otra vez la diferencia entre uno y otro tipo de jurisdicción la encontramos en su fundamentación. El fundamento de la jurisdicción internacional reside en el poder cuasi-legislativo de los Estados soberanos, titulares de una especie de autonomía de voluntad contractual mediante la cual pueden celebrar tratados constitutivos de nuevos derechos y obligaciones. Por lo contrario, la jurisdicción universal, que es eminentemente nacional, requiere necesariamente de una base legal que habilite su ejercicio. En otras palabras, mientras la jurisdicción universal solo puede justificarse mediante un derecho existente, la jurisdicción internacional crea un nuevo derecho. De este modo, ningún derecho de soberanía o derecho positivo estatal se ve trastocado cuando es el propio Estado el que con-

10 “The exercising state acts on behalf of the International community because it has an interest in the preservation of world order as a member of that community. That state may also have its own interest in exercising universal jurisdiction, But if those interest were jurisdictionally based, that state would be exercising its own criminal jurisdiction on the basis of a theory of jurisdiction other than universality, viz., extended territoriality, active personality, passive personality, or protected economic interest” (BASSIOUNI, Op. cit.: 88).

ciente el ejercicio jurisdiccional de un tribunal, ya sea de forma jerárquicamente superior o de forma supletoria a la jurisdicción territorial estatal¹¹. En teoría, una corte internacional actúa en representación de la comunidad internacional pero solo respecto de aquella parte o porción que le haya reconocido su jurisdicción. La jurisdicción universal, por lo contrario, al basarse en derecho existente y de aplicación universal, prescinde de la aceptación o consentimiento del Estado con jurisdicción territorial en el caso.

Con posterioridad a los juicios de Nuremberg o Tokio, en un sector importante de la doctrina—respaldada por algunos pronunciamientos judiciales nacionales de gran repercusión—cobró gran trascendencia la tesis que sostenía el innegable apoyo por parte de los Aliados al principio de la jurisdicción universal (RANDALL, Op. Cit.: 789, 800–815)¹². Como sostiene Bassiouni, el establecimiento del Tribunal de Nuremberg se realizó bajo una acción colectiva—*collective state action*—, donde los Estados en cuestión ejercieron sus poderes para ejecutar el derecho internacional criminal sobre la base de la jurisdicción territorial, puesto que dichos Estados ejercían *de facto* prerrogativas soberanas sobre los territorios ocupados donde estos tribunales se establecieron¹³. En este sentido, el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en el caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (Congo vs. Bélgica) al analizar las reglas de inmunidad contenidas en los instrumentos legales constitutivos de Tribunales Penales Internacionales, como los de Nuremberg, Tokio, Yugoslavia, Ruanda y la Corte Penal Internacional, sostuvo que: “...estas reglas asimismo no permiten concluir que cualquiera de dichas excepciones existe en el derecho internacional consuetudinario respecto de cortes nacionales”¹⁴. En otras palabras, es necesario diferenciar entre jurisdicción nacional y jurisdicción internacional.

11 Como resaltaba ya KELSEN (1942-43: 562) a mediados del siglo pasado [...As to the question what kind of tribunal shall be authorized to try war criminals, national or international, there can be little doubt that an international court is much more fitted for this task than a national civil or military court. Only a Court established by an international treaty, to which not only the victorious but the vanquished States are contracting parties, will not meet with certain difficulties which a national court is confronted with...].

12 Randall, sin embargo, aclara que: [...while many sources view the IMT's proceedings as being partly based on the universality principle, the IMT's judgment and records actually evidence little or no explicit reliance on the universal jurisdiction...] (SCHACHTER, 1991: 267-268; MERON, 1998: 22). También en decisiones de la Corte de Distrito de Israel, Eichman Case 36 International Law Reports pp.5 y ss.; SHWARZENBERGER (1962: 248 y ss.); Demjanjuk Case 79 International Law Reports p.534 y ss.; Reiss (1987: 281 y ss.).

13 BASSIOUNI (Op. Cit.: 91), en conformidad con SCHWARZENBERGER (1947: 339) [...there is, however, another source of the Tribunal's jurisdiction: the exercise by the occupying Powers of *condominium* over Germany].

14 International Court of Justice, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic*

Finalmente, dentro del marco específico de la jurisdicción universal, es necesario distinguir al menos dos tipos de jurisdicción universal¹⁵. La doctrina utiliza diferentes adjetivos pero claramente refiriéndose a lo mismo¹⁶. Así, se habla de jurisdicción universal absoluta o relativa, de jurisdicción universal amplia o restringida o simplemente de jurisdicción universal o principio *aut dedere aut judicare*. En definitiva, el elemento primordial y distintivo recae en la posibilidad, en el primero de los casos, de juzgar o iniciar investigaciones sin la presencia del acusado—jurisdicción universal *in absentia*—y la imposibilidad, en el segundo de los casos, de adoptar ninguna medida hasta que el Estado en cuestión, a través de sus tribunales nacionales, capture o tenga la posibilidad de capturar al presunto criminal dentro de su jurisdicción ejecutiva, que es eminentemente territorial (BENAVIDES, 2001: 32-36; BROOMHALL, Op. Cit.: 401-402).

III. EL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En el derecho español, el artículo 23, inciso 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (23.4 LOPJ)¹⁷ establece que “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como 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, tráfico ilegal de drogas

of the Congo v. Belgium), 2001 14 February General List N° 121, para. 58, in fine.

- 15 [According to the more widespread version, the narrow notion, only the States where the accused is in custody may prosecute him or her (the so-called *forum deprehensionis* or jurisdiction of the place where the accused is apprehended). Thus, the presence of the accused on the territory is a *condition for the existence of jurisdiction* (...). Under a different version of the universality principle, a State may prosecute persons accused of international crimes regardless of their *nationality*, the place of the commission of the crime, the nationality of the victim, and even of *whether or not the accused is in custody or at any rate present in the forum State*...] en Cassese (2003: 284-290).
- 16 Reydamas distingue entre “co-operative general universality principle”, “co-operative limited universality principle” y “unilateral limited universality principle” englobando las dos primeras concepciones a la jurisdicción universal relativa, y la última concepción a la jurisdicción universal absoluta, en Reydamas, Op. Cit.: 28-42; el profesor Henzelin distingue entre “le principe de l’universalité unilaterale”, “le principe de l’universalité déléguée” “le principe de l’universalité absolue”, en HENZELIN, Op. cit.
- 17 Ley Orgánica del Poder Judicial (B.O.E. 1985, 157). Sobre la jurisdicción universal en la legislación española véase LAMARCA PÉREZ (2000: 59-68), AMBOS (1999: 3-20), BRODY, R. & RATNER (2000), CARRASCO, M. & ALCAIDE FERNÁNDEZ (1999: 690-696), GARCÉS (1997), TAYLOR (2000: 613-627), WILSON (1999: 927-979), BOYLE (1998: 187-188).

psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

La norma resulta bastante clara al recoger una facultad (¿obligación?) de los tribunales españoles de ejercer su jurisdicción extraterritorialmente sin más vínculo que la naturaleza del delito. Por ello resulta curioso que el legislador español haya dejado fuera tipos de crímenes internacionales, como el crimen contra la humanidad o el crimen de guerra. Según la doctrina española, el repertorio de infracciones previsto se debe interpretar como una cláusula abierta, en la medida que, además de las infracciones especificadas, caben otras que deban o puedan ser perseguidas por España, de acuerdo con los convenios o tratados internacionales¹⁸. Probablemente la razón del restrictivo listado se deba a que la propia norma exige como requisito de aplicación que se trate de delitos “susceptibles de tipificarse, según la ley penal española”, es decir que no basta con reconocer su vigencia internacional consuetudinaria, ni siquiera basta con la incorporación del instrumento internacional pertinente al derecho interno español, sino que se requiere su tipificación en la legislación penal sustantiva.

Como veremos a continuación, la jurisprudencia española se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los límites del artículo 23.4 LOPJ. No obstante, corresponde en este punto señalar dos reformas legales, relativamente recientes, que directa o indirectamente limitan el alcance de la citada norma.

En primer lugar, la introducción de un nuevo delito en el repertorio del artículo 23.4 LOPJ cuyo apartado h) ahora reconoce como perseguibles los delitos “relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”¹⁹. Aunque la norma, por razones obvias, no aclara, la presencia del acusado es requerida como requisito para iniciar las actuaciones judiciales y no para la elevación de la instrucción a juicio oral. El ordenamiento jurídico español no permite la condena penal-*in absentia*-por lo que otra interpretación tornaría el citado requerimiento en redundante²⁰.

18 Véase al respecto Díez SÁNCHEZ (1990: 184-186).

19 Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (BOE n.º 163 de 9 julio 2005); para un comentario doctrinal véase TRILLO NAVARRO (2005: 1.064-1.084).

20 Véase el comentario de la Sentencia sobre el caso de la muerte JOSÉ COUSO (ver nota 29) en el trabajo de Santos Vara (2006), [... La Audiencia Nacional aprovecha la ocasión para expresar la opinión de que sería conveniente llevar a cabo una reforma legislativa que estableciera limitaciones al ejercicio de las acciones penales destinadas a perseguir los crímenes de guerras ante los órganos judiciales españoles. La Audiencia, que ha discutido ampliamente sobre esta cuestión en sus deliberaciones, afirma que éste parece ser el sentir del propio legislador, pues en la reciente reforma del art. 23.4 de la LOPJ, que ha sometido la mutilación genital femenina a la jurisdicción universal, se exige que los responsables se encuentren en España. Asimismo, se apoya este razonamiento en la idea de que los países europeos de

En segundo lugar, la Ley Española de Cooperación con la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 7.2 establece: “Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”²¹.

Como destaca un estudio sobre el tema, y sin perjuicio de que el inciso 3º del citado artículo 7 permite a los tribunales españoles recuperar su competencia en el caso de que “el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto”, resulta alarmante la muy probable dilación que la intervención de la Corte pudiera ocasionar en el procedimiento judicial, máxime cuando la exigida inhibición de los órganos españoles también opera en el caso de que el presunto responsable se encuentre es ese momento en España (PIGRAU SOLÉ, 2005, Tomo 2: 1059-1083; DÍAZ PITA, 2004: 175-184).

IV. EL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Desde 1996 en adelante, la jurisdicción española llevó a cabo tres grandes investigaciones sobre crímenes internacionales, legitimando su base jurisdiccional en virtud del principio de la jurisdicción universal²². En primer lugar, el caso

nuestro entorno, en particular, Alemania, Francia y Bélgica, que aceptan la jurisdicción universal para enjuiciar los crímenes de guerra, exigen la concurrencia de determinados vínculos, como por ejemplo la presencia o la detención del criminal en el territorio del foro. En opinión de la Audiencia Nacional se deduce también la conveniencia de introducir limitaciones en este ámbito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005...] p.5.

21 Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. (BOE n.º 296 de 11 diciembre 2003).

22 Más recientemente, la Sección Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional archivó las diligencias abiertas por el Juzgado Central de Instrucción número uno para investigar la muerte del cámara de Telecinco JOSÉ COUSO currido en Irak el 8 de abril de 2003. La instrucción en ejercicio del principio de la jurisdicción universal investigaba la posibilidad de solicitar la extradición de los militares de EEUU responsables del ataque a un objetivo protegido (Hotel Palestina de Bagdad). Finalmente, el tribunal entendió que se trataba de un “acto de guerra contra enemigo aparente erróneamente identificado”.

contra la Junta Militar Argentina²³, en segundo lugar, el caso contra la dictadura de PINOCHET en Chile²⁴ y, en tercer lugar, el caso contra distintos cargos del Gobierno de Guatemala²⁵. A lo largo de los diferentes procedimientos legales, la judicatura española se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la interpretación, alcance y límites de la jurisdicción universal española. De este modo se intentará exponer a continuación los principales fundamentos legales planteados en los diversos pronunciamientos judiciales. Por una cuestión de objeto, no se abordarán, en el presente trabajo, los aspectos particulares de cada uno de los casos señalados, por lo que el análisis se circunscribirá a los fundamentos legales que tengan relación con la interpretación, aplicación y límites del principio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles.

El primer pronunciamiento que adquirió calidad de cosa juzgada en relación con la aplicación del principio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles fue el “Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura argentina”, de 4 de noviembre de 1998²⁶, cuya parte dispositiva ordenaba: “...desestimar los recursos y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento...” en virtud de los siguientes razonamientos de derecho.

En relación con lo estipulado por el artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio que, según la apelación, excluiría la jurisdicción de España, si el delito no fue cometido en territorio nacional, el Pleno de la Sala considera que el citado artículo 6 del Convenio “...no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del

Vid. Diario “El Mundo” España, de 10/03/2006; Vid., también la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Perú por genocidio de 20 de mayo de 2003 en la que se desestima la jurisdicción española en el caso por considerarse que la misma queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país. TS, Sala de lo Penal, Sentencia n.º 712/2003.

23 Auto de conclusión del sumario, Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de Madrid, Sumario (Proc. Ordinario) 19/1997, de 3 de octubre de 2003.

24 Vid., Sumario 1/98 de la Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid. No obstante, esta causa fue posteriormente unificada en un único procedimiento (Sumario 19/97) ante el Juez Garzón (Auto de inhibición del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional Española, encargado de la causa por desaparecidos durante la dictadura militar chilena, en favor del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, donde se sigue la causa por desaparecidos durante la dictadura argentina, de 20 de octubre de 1998).

25 Audiencia Nacional, Juzgado de Central de Instrucción n.º 1, Sumario 331/99.

26 Con un día de diferencia se emite otro auto con fundamentos análogos en el marco de los casos de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena, Madrid, 5 de noviembre de 1998.

delito o de un tribunal internacional (...). Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de transcendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende (...). Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (arts. 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional...”.

Más adelante, el Auto afirma que “...El artículo 2, apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas (“La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”) no es norma jurídica que permitiese neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23, apartado cuatro (...). Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto, no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales. España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos-categoría de derecho internacional-acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de quinientos los españoles muertos o desaparecidos en Argentina, víctimas de la represión denunciada en los autos...”.

Esta interpretación amplia del principio de jurisdicción universal contrasta con la interpretación restrictiva efectuada posteriormente por la misma Sala de lo Penal de la AN en el caso Guatemala y que fuera posteriormente confirmada por parte del Tribunal Supremo (TS) (Sentencia n.º 327/2003 sobre Guatemala, Sentencia n.º 712/2003 sobre Perú, y Sentencia n.º 319/2004 sobre Chile). Como el propio Tribunal lo resumiera²⁷, la competencia de la jurisdicción española para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, presuntamente constitutivos de determinados tipos delictivos objeto de tratados o convenios internacionales (art. 23.4 LOPJ), reposa sobre los siguientes aspectos:

27 Sentencia del Tribunal Supremo n.º 319/2004 sobre Chile.

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

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

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

4) En los tratados internacionales de derecho penal “se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado” (FJ 9°).

5) Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa, y de personalidad activa o pasiva se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción” (FJ 10°).

6) Finalmente, como complemento de los anteriores principios, se reconoce que “una parte de la doctrina y algunos tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del

principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención” (FJ 10^o).

La decisión adoptada por la AN y ratificada por el TS por escaso margen de voto, mereció grandes críticas de los grupos de defensores de derechos humanos, pero también de prácticamente la totalidad de la doctrina española²⁸.

El 19 de abril de 2005, en lo que algunos definieron como una Sentencia histórica²⁹, la AN condena a 640 años de cárcel al ciudadano argentino ADOLFO SCILINGO por encontrarlo responsable de cometer crímenes contra la humanidad durante la pasada dictadura en Argentina (1976-1983). Sin perjuicio del loable trabajo llevado a cabo por la AN, debemos aclarar que, al menos en el ámbito de la doctrina, la mencionada sentencia mereció importantes críticas³⁰, muchas de

28 Véase: CASTRESANA FERNÁNDEZ (2004: 183-214): [...el genocidio es un delito contra la comunidad internacional, por lo que, aunque puede aceptarse o exigirse un criterio de conexión-principalmente, la existencia de víctimas españolas-para justificar o reforzar la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción por nuestros tribunales, reducir la competencia a estos exclusivamente para aquellos genocidios que se dirijan contra los españoles, supone la derogación de facto del precepto...] en sentido similar Conde-Pumpido (2004: 70) señala: [...la exigencia de algún vínculo o nexo entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, constituye un criterio razonable de autodeterminación para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama. Pero únicamente si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla...]; en sentido contrario véase GIL DE LA FUENTE J., & RODRÍGUEZ RAMOS (2003): [...este principio de justicia universal igualmente excepcional y subsidiario, necesita la cobertura de convenios internacionales para que los tribunales españoles puedan juzgar una serie de delitos, porque España no puede unilateralmente invadir la soberanía de otros países, si bien tal cobertura sólo resulta formalmente fuente primaria y necesaria, en los supuestos del apartado g) del ap. 4 del reproducido art. 23 LOPJ...] p.1500.

29 Véase por ejemplo el análisis de CAPELLÀ I ROIG (2005: 13): [...En definitiva, una sentencia histórica y coherente que, en el estadio actual de la responsabilidad penal internacional ante los tribunales nacionales, permite comprobar, al fin, los avances jurídicos desarrollados en la última década en la lucha contra la impunidad, que sin una práctica estatal consecuente quedaban en papel mojado...]; en concordancia véase GALÁN MARTÍN (2006: 21-31).

30 Véase por ejemplo GIL GIL (2005: 17): [...Podemos concluir que, en el afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se han realizado en nuestro país interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, y en ocasiones se ha ido todavía más lejos, vulnerando peligrosamente los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley penal como en la sentencia que estamos comentando...]; también en *The Flaws of the Scilingo Judgment*, 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005: 1082-1091); en concordancia véase PINZAUTI (2005): [...In sum, the AN's decision in Scilingo indisputably lends itself to misgivings and objections. On some matters, the Court has engaged in legal acrobatics; on other points it has also quickly propounded a legal solution without duly taking account of possible inconsistencies or gaps...] p. 1105; y TOMUSCHAT (2005): [...The SCILINGO judgement is noteworthy both because it applies to the notion of crimes against humanity and because it relies upon the principle of universal jurisdiction. It is, however, argued that the reasoning

ellas sólidamente justificadas, aunque de hecho la mayoría de dichas críticas se refirieron más bien a la fórmula utilizada por el tribunal para calificar los hechos delictivos, que a la justificación del ejercicio jurisdiccional del propio tribunal. La Sentencia, en evidente sintonía con la doctrina del TS respecto del caso Guatemala analizada anteriormente, reafirma la legitimidad de España para ejercer su jurisdicción penal universal pero vuelve a supeditar el ejercicio de dicha jurisdicción a ciertos límites. Curiosamente, al recalificar los hechos que la instrucción había calificado como genocidio, tortura y terrorismo, en un único cargo por crimen contra la humanidad la AN pierde el principal argumento de peso para la defensa de su jurisdicción, es decir la LOPJ, puesto que la tipificación del crimen contra la humanidad en el código penal español no es acompañada por la respectiva reforma del artículo 23.4 LOPJ³¹. Para sortear esta dificultad la AN emplea una intrincada interpretación.

En primer lugar, la AN hace uso de la interpretación amplia sobre el concepto de genocidio consolidada en su jurisprudencia anterior, alegando que los hechos objeto de investigación también cuadran dentro del concepto de genocidio y, por tanto, existe sobre tales hechos jurisdicción española en virtud del artículo 23.4 LOPJ. Dice la Sentencia: “...Es verdad que dicha calificación [la de genocidio] sirvió, pero afirmamos que sigue sirviendo, como punto de conexión o requisito habilitante de la actuación de la jurisdicción española desde la perspectiva meramente interna, es decir, de los previstos en el art. 23 de la LOPJ, necesarios según el orden interno español para la actuación de la jurisdicción española. Nos referimos a que los hechos serían susceptibles también de ser considerados incurso dentro de ese concepto amplio o social de genocidio, ya superado por la más precisa y acorde con el Derecho Internacional actual, pero todavía desplegando vigencia en el momento actual como derecho penal anteriormente existente, no obstante preferirse ahora por el Tribunal, desde una perspectiva estrictamente penal, calificarlos como crimen de lesa humanidad según el Código Penal en su redacción vigente...”.

Pero la existencia, cuestionable en este caso, de una norma interna que habilite o legitime el ejercicio de la jurisdicción universal no parece ser suficiente para el tribunal al reconoce que “...aunque las normas nacionales admitan la

used by the Audiencia Nacional to conclude that it had jurisdiction under Spanish law over the atrocities committed in Argentina by the accused against other Argentineans is unconvincing...] p. 1074.

31 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introduciendo en el art. 607 bis el tipo de crimen contra la humanidad. Pese a esta reforma, no se altera la redacción del art. 23.4 de la LOPJ que no contempla dentro de los delitos sobre los cuales España puede ejercer su jurisdicción universal al delito contra la humanidad.

competencia jurisdiccional extraterritorial para la persecución penal de un delito acaecido en el territorio de otro Estado (art 23.4 y 5 LOPJ), estimamos que necesita para ser legítima en el ámbito internacional su reconocimiento en dicho espacio...”. Por ello, la Sentencia intenta justificar la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario al respecto³², sobre la base de dos argumentos. En primer lugar, sobre la base del carácter *ius cogens* del crimen en cuestión que impone obligaciones *erga omnes*. “...Al Tribunal no le cabe ninguna duda de que hay una *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe el genocidio, la trata de esclavos o la agresión o, en general, los crímenes contra la humanidad...”³³. En segundo lugar, sobre la base de una aparente práctica internacional concluyente. “...Si a tenor de lo que hasta ahora venimos exponiendo resulta incuestionable la universalidad en la persecución de los crímenes contra la humanidad sobre todo cuando viene ejercida por tribunales internacionales, lo que implica el reconocimiento de la vigencia de este principio más allá del de territorialidad, sin embargo tampoco cabe en principio excluir éste, en cuanto que aparece como el primero y más natural de los principios de actuación jurisdiccional...”.

Más adelante, la AN también destaca la no persecución penal de los hechos en Argentina como elemento justificante de segundo grado de la actuación de la jurisdicción española. Al respecto sostiene que “...la actuación de la jurisdicción española en actuación del principio de universalidad ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina que ha dado lugar a una situación de impunidad de los responsables penales de los hechos, situación que de forma diferente a lo acontecido en otros países ha devenido, salvo en el caso de que queden definitivamente anuladas las leyes de punto final y obediencia debida, irreversible...”.

Por último, y siguiendo la línea del TS, la AN parece limitar el ejercicio de la jurisdicción universal española a la presencia del acusado en su territorio, (“... otro de los elementos que justifican la actuación de la jurisdicción española para este específico caso es precisamente la sujeción del encausado a la misma, al encontrarse en territorio español una vez que el propio acusado decidió ponerse a disposición de la misma...”), así como a la existencia de nacionales de España entre las víctimas. Sin embargo, en este último caso, es de destacar que la AN

32 [... The Court’s prejudice in favour of universal jurisdiction appears very clearly when it tries to show that, indeed, there is enough practice capable of serving as the factual basis of a rule of customary international law...] (TOMUSCHAT, Op. Cit.: 1.079).

33 Sobre la relación entre el carácter *ius cogens* del crimen internacional y la jurisdicción universal véase BARIFFI (2006: 4-9).

da por suficiente la acreditación de víctimas españolas en el régimen represivo de la dictadura pero sin necesidad de demostrar la existencia de las mismas en el caso concreto (“...En este caso, además, se justifica complementariamente la actuación de la jurisdicción española para la persecución penal de hechos, por la existencia de víctimas españolas. La existencia de dichas víctimas queda constatada en el relato de hechos probados, al tratarse de personas que consta estuvieron detenidas en la ESMA en la época en que prestó sus servicios en ella el acusado. Es cierto que no consta exactamente que éste tuviera ninguna clase de directa relación con ellas, pero sí se vieron directamente afectadas por los actos de éste, imbricados en el tantas veces indicado contexto de “guerra sucia organizada contra la subversión...”).

Otra importante evidencia a favor de la legitimidad de la jurisdicción universal española la podemos encontrar en el denominado Caso Cavallo³⁴, donde, y tras un largo proceso de extradición, la Corte Suprema de Justicia de México (país donde se encontraba el acusado) autoriza la extradición del ciudadano de nacionalidad argentina RICARDO CAVALLO en virtud de una solicitud formal por parte de España. El supremo tribunal mexicano no cuestiona la legitimidad de la competencia española sobre el detenido y autoriza la extradición sin analizar el fondo de la misma. Aclara la sentencia que “...en el caso concreto, México y España plasmaron los anteriores principios en el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal y en el Protocolo que lo modificó, sin que en los mismos (...) hayan pactado como requisito para conceder la extradición el verificar la competencia del tribunal del país requirente que emitió la resolución judicial con base en la cual se pide la extradición de alguna persona, sin que tal obligación (...) se desprenda de la Ley de Extradición Internacional, ya que no existe ningún precepto legal en ese sentido, por tanto, debe concluirse que en el procedimiento de extradición a requerimiento de Estado extranjero, no es factible que las autoridades de México analicen la competencia del tribunal del país requirente, ya que de lo contrario sería necesario realizar un análisis o estudio de la legislación interna del país requirente, a fin de determinar la legalidad o ilegalidad de la determinación de competencia efectuada por el tribunal que emitió la resolución judicial con base en la cual se pide la extradición, vulnerándose con ello la soberanía del Estado requirente, porque se conculcaría la facultad de

34 Sobre el Caso Cavallo véase: MÉNDEZ & TINAJERO-ESQUIVEL (2001), BECERRA RAMÍREZ (2004: 585-626), GUEVARA (2004: 85-116).

dicho tribunal para analizar esa cuestión cuando fuese oportuno en el proceso penal correspondiente...”³⁵.

Ante las críticas generadas por la interpretación restrictiva que tanto la AN como el TS estaban efectuando respecto de la jurisdicción universal española, las víctimas apersonadas en el Caso Guatemala presentan un recurso a la Sentencia del TS de 25 de febrero de 2003 ante el Tribunal Constitucional, el cual emite una resolución (STC de 26 de septiembre de 2005) que revoca sustancialmente la sentencia recurrida en virtud de los siguientes fundamentos de derecho.

En primer lugar, el TC comienza por afirmar que “...el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución...”.

En segundo lugar, el TC revoca la interpretación restrictiva por parte de la AN y del TS en cuanto a la aplicación del principio de subsidiariedad, cuando señala que “...tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional de los Tribunales españoles establecida en el art. 23.4 LOPJ conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte, y tal como denuncia el Fiscal en su escrito de alegaciones, con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio diabolica*. De otra parte, con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre Genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio...”.

35 Sentencia de la Corte Suprema ante el caso de la extradición del oficial de contrainteligencia de la Armada Argentina, RICARDO MIGUEL CAVALLO. Corte Suprema de México, de 11 de junio de 2003.

En último lugar, el TC rechaza la rigurosidad de la interpretación de la sentencia recurrida en cuanto a la exigencia de acreditar un vínculo de conexión válido. Así, en lo que respecta al requisito de la presencia del acusado en territorio español, la sentencia señala que "...es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello, institutos jurídicos, como la extradición, constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la Comunidad Internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución...". En lo que respecta al requisito de la nacionalidad de la víctima, el TC lo rechaza argumentando que "...la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. Según dispone el art. 607 CP, el tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia. La exégesis manejada por la Sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio solo sería relevante para los tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución...". Acto seguido, la sentencia hace extensivo dicho razonamiento con relación al criterio o requisito del interés nacional y consecuentemente evidencia que "...la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal, en la medida en que aspira a unir "el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes" (fundamento jurídico décimo) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con

el fundamento de la misma institución, lo que, como ya habíamos afirmado, da lugar a una práctica abrogación de facto del art. 23.4 LOPJ...”.

La doctrina española en su mayoría destacó muy positivamente esta decisión que, como el propio TC afirma, reconoce de forma inequívoca la existencia del principio de jurisdicción universal con carácter absoluto en el artículo 23.4 LOPJ³⁶. Sin perjuicio de ello, y como se ha señalado más arriba, existen límites legales y del propio derecho internacional que restringen en mayor o menor medida el alcance de esta norma doméstica.

CONCLUSIONES FINALES

A pesar de una práctica judicial más bien errática y confusa, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico español reconoce la llamada jurisdicción universal absoluta, puesto que no solo prescinde del territorio, de la nacionalidad de las víctimas o de los autores y de los intereses nacionales, sino que además no exige la presencia del acusado en el territorio para el inicio de la etapa de instrucción penal, ni para solicitar el arresto o detención del acusado tanto en España como en el resto del mundo.

Sin perjuicio de ello, y en virtud de lo visto a lo largo del presente trabajo, es posible identificar algunos límites que operan frente al amplio alcance universal de la legislación española.

En primer lugar, y de conformidad con la legislación doméstica española, solo es posible ejercer la jurisdicción universal respecto de aquellos crímenes de trascendencia universal que hayan sido tipificados en el derecho penal español. Lo que no parece tener una respuesta satisfactoria es la solución a aquellos casos en que existe delito tipificado pero el mismo no ha sido incorporado al artículo 23.4 LOPJ (por ejemplo el art. 607 *bis* sobre los crímenes contra la humanidad).

En segundo lugar, existe un claro límite legal a la aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles en cuanto a la excepción de cosa juzgada. En este punto, la práctica española se ha mostrado confusa y cambiante en cuanto a los parámetros de actuación, pasando de un criterio de subsidiariedad limitada a uno de concurrencia de jurisdicciones. La opción de la complementariedad parece emerger como una solución viable para el caso de relación entre una jurisdicción nacional y una instancia internacional pero no resulta aplicable a situaciones entre, dos o más, autoridades nacionales que

36 Véase por ejemplo: ESTEVE MOLTÓ (2005: 493-518), DÍAZ MARTÍNEZ (2006: 70-76), OLLÉ SESÉ (2006: 5-20), RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, & ECHARRI CASI (2005: I.325-I.331).

en virtud de los principios básicos del derecho internacional gozan de igualdad soberana. Por ello, los criterios a utilizar por parte de los tribunales españoles al momento de determinar la validez de las respuestas, sean de acción u omisión, de los autoridades territoriales frente a violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos, no pueden fundarse exclusivamente en normas o decisiones de carácter doméstico. En este sentido, el derecho internacional parece estar evidenciando el afianzamiento de normas internacionales aplicables a dichos contextos como las relativas a las amnistías o a la prescripción de los crímenes internacionales.

En tercer lugar, existen en la legislación española dos límites legales al principio de jurisdicción universal del artículo 23.4 LOPJ pero de carácter específico. Es decir que no se aplican de forma general a la mencionada norma sino que solo la limitan parcialmente. El primero de ellos es el límite establecido en relación con los delitos relativos a la mutilación genital femenina, en el que se exige que el acusado se encuentre el territorio español, y el segundo es el límite recogido en la legislación española de cooperación con la Corte Penal Internacional respecto de los crímenes incluidos en su Estatuto.

Finalmente, y pese a que cada día cobra mayor apoyo el llamado “principio del asunto *Lotus*”, es decir que en el establecimiento del alcance de la jurisdicción penal los Estados gozan de “un cierto grado de discreción que solo es limitado en ciertos casos mediante normas prohibitivas”³⁷, es necesario reconocer que el derecho internacional vigente contempla ciertas normas prohibitivas específicas a las cuales los tribunales españoles se deben sujetar. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas internacionales sobre inmunidad de jurisdicción de jefes de Estados y de Ministros de Asuntos Exteriores, según lo establecido por el TIJ³⁸.

37 *Permanent Court of International Justice; Affair SS Lotus (France v. Turkey)*, 1927 P.C.I.J. (ser.A) n.º 10, p.18.

38 [...Mientras varias convenciones internacionales en la prevención y sanción de ciertos serios crímenes imponen a los Estados obligaciones de procesar o extraditar, requiriéndoles extender su jurisdicción penal, dicha extensión de jurisdicción de ningún modo afecta las inmunidades bajo el derecho internacional consuetudinario, incluidas aquellas de los Ministros de Asuntos Exteriores...]. *International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2001 14 February General List n.º 121, para 59. Es importante destacar que el TIJ sólo entiende aplicable dicha inmunidad mientras el ministro se encuentre en ejercicio de sus funciones pero desaparece tras su cese, incluso respecto de los actos cometidos durante su mandato. Véase al respecto Bollo (2004: 91-127).

BIBLIOGRAFÍA

- AKEHURST, MICHAEL (1972-1973). "Jurisdiction in International Law", en 46 *British Yearbook of International Law*.
- ALCORTA CARLOS A. (1931). *Principios de Derecho Penal Internacional*, Tomo Primero. Buenos Aires: Ed. Italia.
- AMBOS, K. (1999). "El caso Pinochet y el Derecho applicable", en 4 *Revista Penal*.
- AMNESTY INTERNATIONAL (2001). *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*. Sep. 2001. AI Index IOR 53/2001.
- BARIFFI, FRANCISCO JOSÉ (2006). "El principio de la jurisdicción universal a la luz del carácter ius cogens de ciertos crímenes internacionales", en *El Derecho* n° 11.512. Buenos Aires, jueves 18 de mayo de 2006.
- BASSIOUNI CHERIF, M. (2001). "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspective and Contemporary Practice", en 42 *Virginia Journal of International Law*.
- BECCERRA RAMÍREZ, MANUEL (2004). "El Caso Cavallo", en 4 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.
- BENAVIDES, LUIS (2001). "The Universal Jurisdiction Principle", en 1 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.
- BOLLO AROCENA, MARÍA D. (2004). "Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia", en 56.1 *Revista española de derecho internacional*.
- BOYLE J. (1998). "The International Obligation to Prosecute Human Rights Violators: Spain's Jurisdiction Over Argentine Dirty War Participants", en 22 *Hastings International Law and Comparative Law Review*.
- BRODY, R. & RATNER M. (2000). "The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain", en *Kluwer Law International*.
- BROOMHALL, BRUCE (2001). "Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law", en *New England Law Review*.
- BUTLER HAYS, A. (2004). "The Growing Support of Universal Jurisdiction in National Legislation", en *Universal Jurisdiction*. Philadelphia: Ed. Stephen Macedo, University of Pennsylvania Press.

- CAMERON, IAIN (1994). *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*. Aldershot, England: Dartmouth Publishing Co.
- CAPELLÀ I ROIG MARGALIDA (2005). “Los Crímenes contra la Humanidad en el Caso Scilingo”, en 10 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.
- CARRARA, FRANCESCO (1977). *Programa de Derecho Criminal, Parte General Volumen II*. Buenos Aires: Depalma.
- CARRASCO, M. Y ALCAIDE FERNÁNDEZ J. (1999). “International Decisions: In re Pinochet-Spanish National Court”, en 93 *American Journal of International Law*.
- CASSESE, ANTONIO (2003). *International Criminal Law*. Oxford University Press.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, CARLOS (2004). “La Jurisdicción Universal en la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, en 73 *Revista del Poder Judicial*.
- CONDE-PUMPIDO, CÁNDIDO (2004). “La Justicia Universal en la Jurisdicción Española”, en 51 *Persona y Derecho*.
- COWLES, WILLARD (1945). “Universality of Jurisdiction over War Crimes”, en 33 *California Law Review*.
- DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL (2005). “Jurisprudencia aplicada a la práctica: el principio de jurisdicción universal. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005”, en 25 *La Ley Penal (Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario)*.
- DÍAZ PITA, MARÍA PAULA (2004). “Concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional”, en 12 *Revista de derecho y proceso penal*.
- DÍEZ SÁNCHEZ, JUAN J. (1990). *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la Ley Penal)*. Madrid: Colex.
- DONNEDIEU, DE VABRES (1928: *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*. Paris: Recueil Sirey.
- (1932). “Pour quels délits convient-il d’admettre la compétence universelle?”, en 9 *Revue Internationale de Droit Pénale*.
- ELST VAN R. (2000). “Implementing Universal Jurisdiction Over grave Breaches of the Geneva Conventions”, en *Leiden Journal of International Law*.

- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (2000). “La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional, en Crimen internacional y jurisdicción universal”, en GARCÍA ARAN, M. & LÓPEZ GARRIDO, D. (coord.). *El caso Pinochet*. Tirant lo Blanch.
- ESTEVE MOLTÓ, JOSÉ ELÍAS (2005). “El reconocimiento del principio de la jurisdicción universal en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 del Tribunal Constitucional, (caso Guatemala)”, en 21 *Anuario de derecho internacional*.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. (2000). “Jurisdicción Internacional y Jurisdicción Universal Penal”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*.
- FIERRO, GUILLERMO J. (1997). *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, 2º edición. Buenos Aires: TEA.
- GALÁN MARTÍN, JOSÉ LUIS (2006). “El Caso Scilingo: Breve Crónica Judicial, 25 La Ley Penal”, en *Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*.
- GARCÉS, J. (1997). “Pinochet ante la Audiencia nacional y el derecho penal internacional”, en 28 *Jueces para la Democracia*.
- GIL DE LA FUENTE, J., Y L. RODRÍGUEZ RAMOS (2003). “Límites de la Jurisdicción Penal Universal Española (a Propósito de los Casos Pinochet y Guatemala, 3 La Ley)”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*.
- GIL GIL, ALICIA (2005). “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en 7 *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. (2001). “Jurisdicción Universal por Crímenes de Guerra, Contra la Humanidad, Genocidio y Tortura”, en *Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos, El Principio de Justicia Universal*. Madrid: Ed. Colex.
- GUEVARA, JOSÉ ANTONIO (2004). “La extradición de Cavallo continua”, en 21 *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*.
- GUILLAUME, GILBERT (1992). “La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles”, en *Mélanges Levasseur*. Paris: Litec.
- HENZELIN, MARC (2000). *Le Principe de l'universalité en Droit Pénal International*. Bruylant, Bruxelles: Helbing & Lichtenhahn.
- JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS (1997). *Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito*, 3ra ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- JOYNER, CHRISTOPHER C. (1999). “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”, en *Law and Contemporary Problems*.

- KELSEN, HANS (1942-1943). "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Crimes", en 31 *California Law Review*.
- KISSINGER, HENRY (2001). "The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking Juicial Tyranny", en *Foreign Affairs*, July/August, 2001.
- LAMARCA PÉREZ, C. (2000). "El principio de la justicia universal y la competencia española en los casos de Argentina y Chile", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da época, n.º extraordinario 1º.
- LLANOS MANSILLA, HUGO (2001). El principio de jurisdicción universal en el Derecho Internacional, 15 *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*.
- MACEDO, STEPHEN (ed). (2004). *Universal Jurisdiction*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- MÉNDEZ, JUAN Y SALVADOR TINAJERO-ESQUIVEL (2001). "The Cavallo Case: A new test for Universal Jurisdiction", en 8.3 *Human Rights Brief*.
- MERON, THEODOR (1998). "Is International Law Moving towards Criminalization?", en 9.1 *European Journal of International Law*.
- OLLÉ SESÉ, MANUEL (2006). "Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal", en 25 *La Ley Penal (Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario)*.
- PELLA, VESPASIANO V. (1931). *La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho Penal del porvenir*, prólogo de Quintiliano Saldaña. Madrid: M. Aguilar.
- PIGRAU SOLÉ, ANTONI (2005). "Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18-2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional, en Soberanía del Estado y derecho internacional", en *Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla: Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Tomo 2.
- PINZAUTI, GIULIA (2005). "An Instance of Reasonable Universality: The Scilingo Case", en 3 *Journal of International Criminal Justice*.
- RANDALL, KENETH C. (1988). "Universal Jurisdiction Under International Law", en *Texas Law Review*.
- REISS, RENA H. (1987). "Extradition of John Demjanjuk: War Crimes, Universality Jurisdiction, and the Political Offense Doctrine", en 20 *Cornell International Law Journal*.

- REYDAMS, LUC (2003). *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO Y FERMÍN J. ECHARRI CASI (2005). “El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)”, en 5 *La Ley* (Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía).
- RUBIN, ALFRED P. (2001). *Actio Popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes?* *New England Law Review*.
- SALDAÑA, QUINTILIANO (1923). *La justicia penal internacional*, prólogo de M. Maurice Travers. Madrid.
- SÁNCHEZ LEGIDO, ÁNGEL (2004). *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SANTOS VARA, JUAN (2006). “Crónica sobre la aplicación judicial del derecho internacional público (enero-junio 2006)”, en 12 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.
- SCHACHTER, OSCAR (1991). *International Law in Theory and Practice*. Martinus Nijhoff Publishers.
- SHWARZEMBERGER, GEORG (1962). “The Eichman Judgment”, en 15 *Current Legal Problems*.
- (1947). “The Judgment of Nuremberg”, en 21 *Tulane Law Review*.
- TAYLOR, L. (2000). “Jurisdiction in the Pinochet Case: The View from Spain”, en 6 *European Public Law*.
- TOMUSCHAT, CHRISTIAN (2005). “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, en 3 *Journal of International Criminal Justice*.
- TRILLO NAVARRO, JESÚS P. (2005). “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo art. 23.4 g) LOPJ”, en 5 *La Ley* (Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía).
- VILLALPANDO, WALDO (2000). *De los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- WILSON, R. (1999). *Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law*, *Human Rights Quarterly*.