

LA JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL ESPAÑOLA SOBRE EL TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR ESPAÑA

SPANISH EXTRATERRITORIAL JURISDICTION OVER ILLICIT ARMS TRAFFICKING AND INTERNATIONAL TREATIES BINDING ON SPAIN

Rosario Huesa Vinaixa*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. UN CONCEPTO PRELIMINAR DE “TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS”. III. LA LIMITADA COBERTURA OFRECIDA POR LA LETRA P) DEL ART. 23 - 4. DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL EN RELACIÓN CON EL TRÁFICO DE ARMAS. IV. EL SUPUESTO BÁSICO: LA JURISDICCIÓN SOBRE EL TRÁFICO DE ARMAS EN TANTO QUE *DELITO LLEVADO A CABO EN EL SENO DE GRUPO U ORGANIZACIÓN CRIMINAL* (ART. 23 - 4. J) LOPJ). V. SUPUESTOS CUALIFICADOS: LA JURISDICCIÓN SOBRE EL TRÁFICO DE ARMAS EN TANTO QUE DELITO DE *TERRORISMO Y CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA* (ART. 23 - 4. E) Y D) LOPJ). VI. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA JURISDICCIÓN SOBRE EL *TRÁFICO DE MATERIALES NUCLEARES* (ART. 23 - 4. H) LOPJ). VII. LA JURISDICCIÓN SOBRE EL TRÁFICO DE ARMAS A TÍTULO DE JUSTICIA SUPLETORIA. VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: A pesar de su importancia creciente como fenómeno criminal, la última reforma de la jurisdicción extraterritorial española no incluyó el tráfico ilícito de armas en el enunciado de los delitos a los que ésta se extiende. Por su parte, el tratamiento fragmentario y subordinado que los tratados otorgan al tráfico de armas determina que la cláusula residual contenida en la letra p) del artículo 23 - 4. LOPJ no pueda desplegar su potencial cobertura más que en casos limitados. No obstante, lo que sí posibilita es su inserción en la jurisdicción extraterritorial española por la vía de otros tipos delictivos que, como los delitos cometidos en el seno de grupo u organización criminal o los delitos de terrorismo, se encuentran recogidos explícitamente. Este estudio analiza el alcance de dicha jurisdicción a la luz de lo exigido o autorizado por esos tratados y otros instrumentos internacionales vinculantes para España.

ABSTRACT: Despite its growing importance as a criminal phenomenon, the latest reform of the Spanish extraterritorial jurisdiction did not include illicit arms trafficking in the rank of the offenses to which it

Fecha de recepción del original: 21 de marzo de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 2 de mayo de 2016.

* Catedrática de Derecho internacional público y Relaciones internacionales. Universitat de les Illes Balears. Correo electrónico: xaro.huesa@uib.es. El presente estudio se inserta en el proyecto “Seguridad, derechos humanos y desarrollo sostenible como límites a la transferencia internacional de armamentos” (DER2012-35049), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

extends. Moreover, the fragmented and subordinate treatment of arms trafficking in international treaties entails that the residual clause contained in letter p) of Article 23 - 4. LOPJ only can deploy its potential coverage in limited cases. However, it allows its insertion into the Spanish extraterritorial jurisdiction by way of other criminal offenses explicitly stated in the law, such as crimes committed by a group or criminal organization, or terrorist offenses. This study analyzes the scope of such extraterritorial jurisdiction on illicit arms traffic in the light of what is required or authorized by treaties and other international instruments binding on Spain.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción penal extraterritorial, tráfico ilícito de armas, tratados internacionales, criminalidad organizada, terrorismo.

KEYWORDS: *Extraterritorial criminal jurisdiction, illicit arms trafficking, international treaties, organized crime, terrorism.*

I. INTRODUCCIÓN

El 2 de Abril de 2013, la Asamblea general de las Naciones Unidas adoptaba el texto del tan esperado *Tratado sobre el comercio de armas*¹. Según su artículo 1, forma parte de su objeto “prevenir y eliminar el tráfico ilícito de armas convencionales y prevenir su desvío”². Sin embargo, el Tratado no contiene compromiso alguno de naturaleza punitiva. Con mayor razón, tampoco se refiere al ámbito de la jurisdicción penal de los Estados parte sobre el tráfico ilícito de armas.

Pero, como veremos más adelante, son varios los tratados internacionales que contienen cláusulas relativas a la jurisdicción penal de los Estados parte sobre el tráfico ilícito de armas, bien imponiéndoles la obligación de extenderla más allá de su espacio territorial, bien facultándolos para hacerlo.

Por su parte, la legislación española nunca ha contemplado explícitamente la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales penales en esta materia y, en el curso de los apresurados trabajos parlamentarios encaminados a la adopción de la última reforma del artículo 23 – 4. de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ), las enmiendas presentadas por algunos grupos parlamentarios al efecto fueron rechazadas³.

¹ Ratificado por España el 2 de Abril de 2014, aplicado provisionalmente desde el 3 de Junio de 2013 (BOE nº 163, de 9 de Julio de 2013) y entrado en vigor el 24 de Diciembre de 2014 (BOE nº 264 de 31 de Octubre de 2014). Sobre el marco y los avatares de su adopción, v. el magnífico estudio de A. SÁNCHEZ LEGIDO: *Hacia una regulación global del comercio internacional de armas*. Tirant lo blanch, Valencia, 2014.

² Y, en su preámbulo, subraya “la necesidad de prevenir y eliminar el tráfico ilícito de armas convencionales y de evitar su desvío al mercado ilícito o hacia usos y usuarios finales no autorizados, en particular para la comisión de actos terroristas”; y reconoce “las consecuencias sociales, económicas, humanitarias y de seguridad del tráfico ilícito y no regulado de armas convencionales”.

³ V. la enmienda nº 34 presentada en el Congreso por el grupo parlamentario La Izquierda Plural (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 157-5, de 27 de Febrero de 2014, p. 30); y, en el Senado, las enmiendas nº 2 y nº 22 presentadas respectivamente por el Grupo mixto (IU) y por el Grupo Entesa pel Progrès de Catalunya (BOCG - Senado, nº 317, de 7 de Marzo de 2014, pp. 40 y 52, respectivamente).

No obstante, la exposición de motivos de la finalmente aprobada Ley orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal justifica la reforma introducida fundamentalmente en el objetivo de ajustarse al Derecho internacional; entre otros aspectos, señala que, en la línea de “dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los Tratados internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española”⁴.

Curiosamente, los compromisos convencionalmente asumidos por España no fueron suficientes, en el caso del tráfico de armas, para provocar su inclusión explícita entre los delitos que dan lugar a la ampliación de la jurisdicción penal española. No hay que olvidar, sin embargo, la existencia de una cláusula residual (afectada también por la última reforma) por la que se introducen, con carácter genérico, los delitos cuya persecución se imponga por los tratados internacionales o los actos normativos de una Organización internacional (art. 23 – 4., letra p), LOPJ), a la que nos referiremos más adelante⁵.

Con estos parámetros, el objeto del presente estudio es, precisamente, el análisis y determinación del alcance de la jurisdicción extraterritorial española en relación con los delitos de tráfico de armas a la luz de los tratados internacionales suscritos por España (que en ocasiones imponen obligaciones, y en otras contienen autorizaciones). A tal fin, tras establecer un concepto de tráfico ilícito de armas a los efectos del estudio (apartado D), se analizarán las diversas bases de jurisdicción recogidas en el artículo 23 – 4. de la LOPJ en las que aquél es susceptible de integrarse (apartados II a VI), para finalizar con las observaciones que se deducen a título de conclusión.

II. UN CONCEPTO PRELIMINAR DE “TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS”

Antes de proceder al análisis de los aspectos relativos a extensión de la jurisdicción sobre el tráfico de armas, es sin duda pertinente indagar en la definición normativa del mismo, en tanto que objeto material de la jurisdicción. Como enseguida se advierte - dado el ámbito de este estudio-, el riesgo de enfrentarse a acepciones distintas en el Derecho internacional y en el interno parece ineludible. No obstante, se ha optado por partir de la definición más específica y actualizada, contenida en el *Protocolo de Palermo* -del que España es parte-, en tanto que parámetro de homologación de los conceptos establecidos en la legislación penal española, como el contrabando y el tráfico de armas⁶.

⁴ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. *BOE* nº 63 de 14 de Marzo de 2014.

⁵ *Infra*, aptdo. II.

⁶ El mencionado *Tratado sobre el comercio de armas* (art. 2 -2.) contiene un atisbo de definición, que desde luego parte de la perspectiva “legal” –o, si se quiere, neutra- de la actividad, no siendo por ello adecuada a nuestros fines pese a las lógicas coincidencias en cuanto al tipo de actividad que se contempla (“A los efectos del presente Tratado, las actividades de comercio internacional abarcarán la exportación, la importación, el tránsito, el transbordo y el corretaje, denominadas en lo sucesivo ‘transferencias’”).

1. El concepto convencional de tráfico ilícito de armas (en el *Protocolo de Palermo*)

El instrumento convencional internacional que más directamente se ocupa del tráfico de armas en tanto que actividad criminal es el *Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Este Protocolo fue adoptado el 31 de Mayo de 2001⁷, añadiéndose así a los dos Protocolos que ya habían sido adoptados conjuntamente con la mencionada Convención⁸.

España, que ya había ratificado la *Convención contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo)*⁹, depositó su instrumento de adhesión al mencionado Protocolo el 9 de Febrero de 2007, entrando éste en vigor para España el 11 de Marzo del mismo año¹⁰.

El artículo 5 – 1. del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego obliga a los Estados parte a tipificar, entre otras conductas, “el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” (letra b), definiéndolo de la siguiente manera:

“Por «tráfico ilícito» se entenderá la importación, exportación, adquisición, venta, entrega, traslado o transferencia de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones desde o a través del territorio de un Estado Parte al de otro Estado Parte si cualquiera de los Estados Partes interesados no lo autoriza conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo o si las armas de fuego no han sido marcadas conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del presente Protocolo” [art. 3 e)]¹¹.

Como se advierte, se trata de una definición muy amplia, que le permite albergar una diversidad de comportamientos relacionados tanto con la transacción como con el propio transporte en relación con las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

Sin perjuicio de que, al estar incorporado el Protocolo en el Derecho español, lo está también el concepto de tráfico ilícito establecido en el mismo, las especiales características de la legislación penal aconsejan el examen del contenido específico del tipo en ella descrito, pues, como se verá, dista mucho de ofrecer un concepto claro.

⁷ El Protocolo fue adoptado, en la fecha citada, por la AGNU (Res. 55/255). Sobre el estado de ratificaciones y otras informaciones, v. *UNTC*, Chapter XVIII, 12 c.

⁸ El *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*, y el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, ambos, al igual que la Convención, adoptados el 15 de Noviembre de 2000.

⁹ *BOE* n° 233, de 29 de Septiembre de 2003.

¹⁰ *BOE* n° 71, de 23 de Marzo de 2007.

¹¹ El sistema de licencias o autorizaciones de importación, exportación o tránsito está descrito en el artículo 10 del Protocolo.

2. El tráfico ilícito de armas como delito de contrabando (en la Ley orgánica de represión del contrabando)

En el Derecho interno español, el tráfico ilícito de armas encuentra en buena parte su respuesta penal vía legislación especial, concretamente en la *Ley orgánica de represión del contrabando* de 1995 (LORC)¹². De hecho, esta ley establece que el contrabando de armas será considerado delito en todo caso (por oposición a la consideración como infracción administrativa, contemplada en relación con otras mercancías objeto de contrabando cuando su valor no alcanza un determinado umbral económico)¹³.

Pues bien, el artículo 2 de la LORC (*Tipificación del delito*) cataloga como tal diversos comportamientos, la mayoría susceptibles de llevarse a cabo en relación con armas y explosivos:

“1. Cometen delito de contrabando [...] los que realicen alguno de los siguientes hechos:

a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.

La ocultación o sustracción de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.

b) Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.

[...]

d) Importen o exporten, mercancías sujetas a medidas de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito”.¹⁴

“f) Conduzcan en buque de porte menor que el permitido por los reglamentos, salvo autorización para ello, mercancías no comunitarias en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros, o en cualquier punto de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua.

g) Alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua,

¹² Ley Orgánica 12/1995, de 12 de Diciembre, de represión del contrabando. *BOE* núm. 297, de 13/12/1995. La reforma efectuada en esta Ley en 2011 tenía por objeto precisamente, entre otros, “adaptar la tipificación del delito que se cometa en el comercio fraudulento de determinadas armas, productos, agentes, materiales o tecnologías a su actual regulación en nuestro Derecho y a los compromisos internacionales asumidos por el Reino de España”, especialmente en relación a la exportación de material de defensa y tecnologías de doble uso (Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. *BOE* núm. 156, de 1 de julio de 2011, Preámbulo, aptdo. I. *Vid.*, en particular, la redacción actual de los aptdos. 13., 14., 16. y 17. del art. 1 [*Definiciones*]).

¹³ LORC, art. 2 – 3., aptdo. a).

¹⁴ Es relevante a este respecto el Reglamento UE n.º. 285/2012 del Parlamento europeo y el Consejo, de 14 de Marzo de 2012, por el que se aplica el artículo 10 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (*DOUE* n.º L 94, de 30.3.12, pp. 1 ss.).

o en las circunstancias previstas por el artículo 111 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.”¹⁵

En términos generales, puede decirse que, de las actividades calificadas como *contrabando* en la Ley, la mayoría se integra en la definición de *tráfico* contenida en el Protocolo de 2001 sobre armas de fuego, que –como se ha visto– es notablemente amplia. Se trata, principalmente, de las actividades de importación y exportación, entrega, traslado o transferencia no autorizadas por las autoridades españolas o efectuadas contraviniendo la legislación aplicable.

3. El tráfico ilícito de armas más allá del contrabando (en el Código penal)

El Código penal español (CP) incorpora entre las conductas incriminadas la *tenencia, el tráfico y el depósito de armas, municiones y explosivos*¹⁶. Pero, pese a lo anunciado en esa rúbrica, el *tráfico* de armas es objeto de un tratamiento exiguo: de un lado, el art. 566 –de penosa confección técnica– establece sanciones para “los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente”, reservando un inciso específico para el *tráfico*, pero sin definirlo, y refiriéndolo exclusivamente a las armas o municiones de guerra o de defensa, las armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas y las minas antipersonas y municiones en racimo (art. 566 – 1. 3º); de otro lado, el art. 568 penaliza, con carácter residual, un conjunto de actividades delictivas referidas a “sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes” entre las cuales se encuentra, explícitamente, el tráfico¹⁷. Así pues, si nos atenemos a la

¹⁵ En virtud del art. 2, aptdo. 2., cometen también delito de contrabando “siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:[...] c) Importen, exporten, introduzcan, expidan o realicen cualquier otra operación sujeta al control previsto en la normativa correspondiente referido a las mercancías sometidas al mismo por alguna de las disposiciones siguientes: 1.º La normativa reguladora del comercio exterior de material de defensa, de otro material o de productos y tecnologías de doble uso sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito. [...]”. Cabe mencionar también que esta letra c) incluye a continuación las mercancías sometidas al “Reglamento (CE) n.º 1236/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con productos incluidos en el anexo III del citado Reglamento, sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito” (punto 2º).

¹⁶ Libro II, Título XXII (*Delitos contra el orden público*), Capítulo V (*De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*). La LO 5/2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código penal (BOE nº 152, de 23 de Junio de 2010) y, más recientemente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (BOE nº. 77 de 31 de Marzo de 2015, arts. doscientos cincuenta y uno y doscientos cincuenta y dos), introdujeron modificaciones en este Capítulo, especialmente, esta última, para incluir expresamente las armas nucleares y radiológicas.

¹⁷ El art. 570 – 2.) alude también a la actividad de “traficar”, pero en tanto que actividad autorizada y a los eventuales efectos de la inhabilitación para la misma (“2. Igualmente, si el delincuente estuviera autorizado para fabricar o traficar con alguna o algunas de las sustancias, armas y municiones

estricta literalidad, quedan excluidos del delito de *tráfico* tipificado en el CP las otras armas y elementos objeto de nuestro interés (por ejemplo, aquellas a las que se refiere el Protocolo de 2001!).

Cabe preguntarse, no obstante, si la “comercialización” contemplada en el CP como modalidad del delito de depósito de armas (así se desprende especialmente de la redacción del art. 567, aptdos. 1. y 3. CP) no podría considerarse también “tráfico” a los efectos de las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo. Sin que pueda considerarse propiamente una definición –y dejando aparte los serios problemas técnicos y sistemáticos de que adolece¹⁸–, el art. 567 ofrece una aclaración sobre el alcance de la “comercialización” a los efectos de la noción (aparentemente, más amplia) de “depósito”:

“El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la enajenación” (art. 567 – 1., segundo pfo., CP)¹⁹.

Hay que tener en cuenta que la noción de tráfico establecida en el Protocolo comprende la adquisición y la venta, por lo que, a los efectos del cumplimiento de las obligaciones convencionales, habría que considerar como *tráfico ilícito* tanto las actividades tipificadas en el CP como *comercialización* –siempre que ésta tuviera una dimensión transnacional– como el *tráfico* propiamente dicho (cualquiera que fuera el alcance específico que se hubiera querido dar a la noción).

Por lo demás, y habida cuenta de la *dimensión transnacional* que debe tener el tráfico a nuestros efectos (de un lado, porque la exige el Protocolo²⁰; de otro lado, porque sólo ella puede determinar un supuesto de extraterritorialidad de la jurisdicción), parece que, en Derecho español, la figura del contrabando responde de manera predominante a los parámetros convencionalmente establecidos, sin perjuicio del carácter complementario

mencionadas en [este Capítulo], sufrirá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para el ejercicio de su industria o comercio por tiempo de 12 a 20 años”).

¹⁸ El tratamiento de la *comercialización* es, como poco, ambiguo en relación con el concepto de “depósito”. En ocasiones, se presentan como actividades distintas (por ej., art. 566 – 1.: “Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones [...]”); en otras, la comercialización se considera una modalidad de depósito (por ej., art. 567 – 1.: “Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas [...]”).

¹⁹ Cabe señalar que el término “enajenación” se introdujo mediante la reforma de 2010 en sustitución del término “venta”, por su mayor alcance respecto de las actividades de transferencia que se intenta penalizar. “El legislador trata de extender la tipicidad a cualquier negocio jurídico traslativo de la titularidad de dichas armas. En consecuencia, a partir de ahora la comercialización, como supuesto de depósito, no denota necesariamente negocio jurídico oneroso, sino que incluye también la traslación gratuita” (R. GARCÍA ALBERO: “De la tenencia, depósito y tráfico de armas, municiones y explosivos”, en G. Quintero Olivares (dir.): *Comentarios al Código penal español*, tomo II, 6ª ed. Aranzadi Thomson-Reuters, Madrid, 2011, p. 1690). En el mismo sentido, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “Tenencia, tráfico y depósito de armas y explosivos”, en F. J. Álvarez García y J. L. González Cussac (dirs.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 502 (tb. en <http://www.tirantonline.com>, TOL1.951.795).

²⁰ Aparte de la definición del art. 3 e) (transcrita *supra*), v. también art. 4 – 1.

de las figuras eventualmente constitutivas de tráfico que, más allá de la perspectiva aduanera²¹, abarca el CP.

En cualquier caso, se advierte que, a pesar de que España ya era parte en el Protocolo de Palermo desde 2007, no se aprovechó la reforma de la LORC de 2011, ni las sucesivas reformas de 2010 y de 2015 del CP, para clarificar el concepto de *tráfico ilícito de armas* en el Derecho español -en particular, por lo que concierne a las *armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*- y adaptarlo a la definición -ya transcrita- del artículo 3 e) de aquél²².

III. LA LIMITADA COBERTURA OFRECIDA POR LA LETRA P) DEL ART. 23 - 4. DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL EN RELACIÓN CON EL TRÁFICO DE ARMAS

La estructura básica del artículo 23 – 4. LOPJ reposa sobre el enunciado de diversos tipos penales específicos que darían lugar, “cuando se cumplan las condiciones expresadas”, a la jurisdicción extraterritorial española. Como se ha dicho, en ese enunciado no se encuentra el tráfico de armas. Pero dicho apartado emplea también, con carácter residual, otra técnica para el establecimiento de la jurisdicción española que ya no estriba en la referencia a tipos penales específicos, sino en otros elementos que, con carácter más o menos genérico, remiten a los tratados internacionales. La letra p) constituye una plasmación de esa técnica, supuestamente encaminada a posibilitar el cumplimiento, por parte de España, de las obligaciones convencionalmente contraídas en materia de jurisdicción en la hipótesis de no quedar cubiertas con el mencionado enunciado.

Según el art. 23 – 4. LOPJ, letra p):

“[...] será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: [...]

p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”.

Así pues, ante la ausencia de inclusión explícita, conviene proceder en primer lugar a examinar las condiciones exigidas en ese inciso de cara a determinar la posible inserción del tráfico de armas en la jurisdicción extraterritorial española por esta vía.

²¹ En todo caso, la disposición final primera de la LORC atribuye al CP un carácter supletorio respecto de la normativa atinente a los delitos de contrabando: “En lo no previsto en el Título I de la presente Ley se aplicará supletoriamente el Código Penal”.

²² Y eso que el Protocolo (art. 5 – 1. b)) establece la obligación de tipificar el *tráfico ilícito* de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

1. La letra p), una base de jurisdicción residual y autónoma

La función de este inciso en el conjunto de las bases de jurisdicción del apartado 4. no aparece muy clara *prima facie*. ¿Se trata de una cláusula genérica, respecto de la cual los enunciados anteriores (en la medida en que traduzcan obligaciones convencionales) no serían sino concreciones específicas? ¿O bien, por el contrario, se trata de una base de jurisdicción diferente y autónoma que se añade a las anteriores?

Inicialmente, en ciertos asuntos relativos a la jurisdicción sobre los delitos de narcotráfico realizados en alta mar surgidos tras la última reforma legislativa, el Tribunal supremo (TS) admitió la letra p) entre las tres bases posibles de atribución de jurisdicción extraterritorial en relación con esos delitos -junto con la d) y la i)-, dando preferencia a la base proporcionada por la letra d) por razón de su especialidad (delitos cometidos en los espacios marinos), y también sobre la base de una interpretación amplia de la remisión a los tratados que efectúa (éstos no sólo entrarían allí en juego en la medida en que *obligan* a establecer la jurisdicción, sino también en tanto en cuanto la *permiten*). En este caso, la posible base de atribución derivada de la letra p) quedó relegada sólo debido a que se refiere estrictamente a la jurisdicción *impuesta* por los tratados²³.

Sin embargo, más recientemente el propio TS ha ahondado en el alcance y significado de ese inciso. En el caso del *Tibet*, una de las partes recurrentes esgrimía la letra p) como “una norma de carácter general y prioritario, aplicable incluso a los tipos delictivos cuya jurisdicción aparece regulada específicamente en la Ley”²⁴ (tal como la misma Sala de lo penal del TS había sugerido en anteriores sentencias). Ello permitiría, a juicio de la recurrente, superar las estrictas condiciones exigidas por la nueva redacción de la letra a) (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra), ampliando de manera imperativa la jurisdicción española sobre los “delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” en los términos establecidos por los Convenios de Ginebra. El Tribunal rechazó este argumento, pues, desmintiendo la construcción establecida en sus sentencias anteriormente citadas, consideró que

“[e]l apartado p) del art. 23 4º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, pues constituye una cláusula de cierre aplicable exclusivamente a otros supuestos que pudieran ser objeto de un Tratado no contemplado en la regulación anterior”²⁵.

²³ STS 592/2014, de 24 de Julio, FJ 5º (“[...] se ocupan de la atribución de jurisdicción a nuestros tribunales por lo que hace a los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los apartados correspondientes a las letras d), i) y p) del apartado 4 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”). V. tb. STS 593/2014 de la misma fecha. En posterior sentencia (STS 866/2014, de 11 de Diciembre, FJ quinto), el TS efectúa una invocación de la letra p), pero a todas luces errónea, para reforzar la jurisdicción española ya deducida sobre la base de la letra d), en la medida en que ciertos tratados todavía vigentes en materia de estupefacientes imponen a las partes el ejercicio de la jurisdicción sobre presuntos delincuentes extrajeros que se hallan en su territorio y no sean extraditados. La confusión con el párrafo siguiente del art. 23 – 4. LOPJ (justicia supletoria) resulta evidente.

²⁴ STS 296/2015, de 6 de Mayo, FJ 5º.

²⁵ *Ibidem*, FJ 25º.

El Tribunal esgrime, de un lado, una interpretación literal de la cláusula, que se refiere a “cualquier otro delito”, “no a los mismos delitos que ya están contemplados en los apartados anteriores de la norma”; de otro lado, el hecho de que “carece de sentido que se introduzca como cierre de un largo y minucioso precepto, como el analizado, una regla final que deje sin contenido las anteriores”. De este modo, a juicio del Tribunal cada una de las bases de jurisdicción recogidas en el aptdo. 4. enunciaría, de manera exhaustiva, su propio alcance, remitiéndose en su caso a los convenios específicos suscritos por España que lo regulan. La mencionada letra p) constituiría, por su parte, una base autónoma y diferente de jurisdicción. Así pues,

“[p]recisamente lo que hace el Legislador, para evitar interpretaciones plurales de los Tratados que perjudiquen la seguridad jurídica, es clarificar en cada supuesto hasta dónde llega la obligación de nuestros Tribunales en el ejercicio de la Jurisdicción Universal, en función de cada uno de los grupos de delitos que específicamente se regulan en la norma. Por esta vocación de universalidad es lógico que se incluya una norma de cierre que trate de *anticiparse a otros supuestos no incluidos en la regulación establecida, pero no lo sería que se introdujese una norma redundante o contradictoria con los criterios que minuciosamente se establecen en los casos resueltos específicamente*”.

La conclusión es contundente:

“[...] debe establecerse con claridad y firmeza, para éste y para otros supuestos similares, que el apartado p) del art. 23-4º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto [...]”²⁶;

y ha determinado la línea interpretativa que habrán de seguir los tribunales españoles en aplicación del art. 23 – 4. LOPJ²⁷.

Así pues, según la interpretación del TS la previsión contenida en la letra p) no tendría un carácter complementario, sino suplementario, en el sentido de que supone, como se ha visto, una base diferente y autónoma de atribución.

Sin perjuicio de las críticas que, con carácter general, suscita esta interpretación, cabe hacer algunas observaciones, proyectándolas sobre la jurisdicción extraterritorial española sobre el tráfico de armas.

En primer lugar, convendría rebatir el carácter *ad futurum* que se percibe en la interpretación del TS cuando se refiere al sentido *anticipatorio* de la letra p) (“anticiparse a otros supuestos no incluidos en la regulación establecida”). Dicho

²⁶ *Ibidem*. Cursivas añadidas. El TS esgrime también la sentencia del Tribunal Constitucional 237/95, que interpretaba la cláusula homóloga de una versión anterior de la LOPJ. Como consecuencia de todo ello, a los efectos del asunto del *Tibet*, “el apartado p) del art 23 4º de la LOPJ, no es aplicable a las Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, cualquiera que sea su denominación como crímenes de guerra, delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado o delitos de Derecho Internacional Humanitario. Solo es aplicable el apartado a)” (FJ 30º).

²⁷ Esa línea se aplicó también en la STS 297/2015, de 8 de Mayo, en el asunto contra ciertos mandatarios chinos (FJ 3º).

carácter no se desprende de la redacción de la cláusula, y no es inherente al hecho de que ésta se refiera a “otros delitos”. El TS estaría partiendo, erróneamente, de la suposición de que todos los delitos sobre los que los tratados imponían a España la jurisdicción extraterritorial en el momento de la última reforma habrían sido incorporados específicamente en el enunciado del nuevo art. 23 – 4. LOPJ. De hecho, el tráfico ilícito de armas es, según la legislación penal española, “otro delito”, diferente de los enunciados en el aptdo. 4. del art. 23 LOPJ. Sería inaceptable –e incongruente con el objetivo explicitado en la exposición de motivos de la Ley- la exclusión de toda jurisdicción extraterritorial sobre el mismo eventualmente impuesta por un tratado en vigor con anterioridad a la reforma.

Y, en segundo lugar, y ya desde el punto de vista no material, sino jurisdiccional, cabe preguntarse si, en relación con los delitos explícitamente contemplados, la redacción de los apartados pertinentes cubre todo el ámbito de la jurisdicción a la que obligan los tratados suscritos por España. Las partes en el caso del *Tibet* pensaban que no. Pero, si nos atenemos a la literalidad (“otros delitos”), es verdad que la letra p) constituye un suplemento material, pero no jurisdiccional respecto de los apartados anteriores (sin perjuicio de que una redacción demasiado restrictiva de éstos pueda, efectivamente, impedir el adecuado cumplimiento de las obligaciones impuestas por los tratados pertinentes).

2. Un tratamiento escasamente autónomo del tráfico de armas en los tratados internacionales

Habida cuenta del carácter residual y autónomo del supuesto contemplado en la letra p), para que sea susceptible de servir de base de jurisdicción extraterritorial es necesaria la existencia de un tratado o acto normativo de Organización internacional vinculante para España cuyo objeto sea un delito no subsumible en los incisos anteriores del apartado 4. (“otro delito”). Cabe indicar, ya de entrada, que, por lo que se refiere al tráfico de armas, eso ocurre sólo de manera excepcional.

En efecto, estamos ante un tipo delictivo cuyo tratamiento en el ámbito internacional es esencialmente fragmentario, y además, en la mayoría de los casos, subsidiario de actividades delictivas abordadas de manera más transversal, como se verá a continuación.

a) Por lo que se refiere, de manera principal, al mencionado *Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*²⁸, se recordará que se inserta en un sistema convencional, el llamado “sistema de Palermo”, articulado en torno a la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*²⁹, a la que complementa. Por ese motivo, hay que tener presente la circunscripción de la conducta punible, según el Protocolo, a los casos en que “esos delitos sean de carácter transnacional y *entrañen la*

²⁸ V. *supra*, nn. 7 y 10.

²⁹ V. *supra*, n. 9.

participación de un grupo delictivo organizado” (art. 4 -1.)³⁰. De hecho, como veremos más adelante, la cláusula jurisdiccional aplicable al Protocolo se encuentra formulada en el texto de la Convención principal (art. 15).

Siendo esto así, el punto de inserción, en su caso, de la jurisdicción extraterritorial española al respecto debería ser, por su especialidad y especificidad, la letra j) del art. 23 - 4. LOPJ (“Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o *delitos cometidos en el seno de los mismos*”).

b) En ciertos *Convenios relativos a la lucha contra el terrorismo* vinculantes para España y dotados de cláusula jurisdiccional se encuentran incluídas también, de manera más o menos explícita, las actividades de tráfico de armas con finalidades terroristas o contrarias a la seguridad. Es el caso del *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*³¹ y del *Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear*³², así como del *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima* (Convenio SUA) de 2005³³. En este apartado habría que incluir también la *Decisión Marco 2002/475 de la UE sobre la lucha contra el terrorismo* (modificada en 2008)³⁴, que se refiere explícitamente al tráfico de armas con finalidades terroristas.

En estos casos, la inserción legal del tráfico en la jurisdicción extraterritorial española se produciría al amparo de los incisos relativos al terrorismo y a los delitos contra la seguridad de la navegación marítima (arts. e) y d) del art. 23 – 4. de la LOPJ).

Hay que señalar que los Convenios relativos a los delitos contra la seguridad de la navegación aérea [LOPJ, 23 - 4. f) y g)] no incluyen el tráfico de armas.

c) En cuanto a los *Convenios relativos a las armas no convencionales*, a pesar de gozar de una proyección explícita en la tipificación del tráfico de armas en el Código

³⁰ Cursiva añadida.

³¹ Hecho en Nueva York el 15 de Diciembre de 1997 y ratificado por España en 1999 (BOE nº 140, de 12 de Junio de 2001; corrección del texto auténtico español publicada en BOE nº 137, de 8 de Junio de 2002), art. 6, en relación con art. 2 – 3. c).

³² Hecho en Nueva York el 13 de Abril de 2005 y ratificado por España en 2007 (BOE nº 146, de 19 de Junio de 2007), art. 9, en relación con el art. 2.

³³ Se trata del Convenio enmendado mediante el Protocolo de 2005, ratificado por España en 2008 (BOE nº 170, de 14 de Julio de 2010; corrección de errores BOE nº 226, de 17 de Septiembre de 2010), art. 6 – 1., en relación con art. 3 bis – 1. b).

³⁴ DOUE nº L 164 de 22.6.2002, p. 3 (texto consolidado en CELEX 2002F0475—ES09.12.2008—001.001—1) art. 9, en relación con el art. 1. f). En el ámbito del Consejo de Europa, se han adoptado el *Convenio europeo para la represión del terrorismo*, de 27 de Enero de 1977 (BOE nº 242, de 8 de Octubre de 1980; ETS nº 90), y el *Convenio para la prevención del terrorismo*, de 16 de Mayo de 2005 (BOE nº 250, de 16 de Octubre de 2009; CETS nº 196), pero ninguno de los dos permite derivar una cobertura específica de la jurisdicción extraterritorial sobre el tráfico de armas con finalidad terrorista. Sí lo hace, en cambio, el *Protocolo* adicional a este último (CETS nº 217), adoptado el 22 de Octubre de 2015 y firmado por España (pero todavía no en vigor), en tanto en cuanto extiende su ámbito a otras diversas conductas vinculadas al terrorismo, en particular -a nuestros efectos-, al hecho de viajar al extranjero con finalidades terroristas, incluída la de contribuir a la comisión de esos delitos (art. 4).

penal español, no todos ellos contienen cláusula jurisdiccional. Por lo que hace a las armas *BQN* (biológicas, químicas y nucleares), la contienen de manera clara la *Convención sobre protección física de los materiales nucleares*³⁵ y la *Convención sobre las armas químicas*³⁶; no así el *Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción, y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción*³⁷. Por su parte, ni la *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Convenio de Ottawa)*³⁸ ni la *Convención sobre municiones de racimo*³⁹ contienen tampoco cláusula jurisdiccional.

Respecto de su conexión con los supuestos de jurisdicción extraterritorial del art. 23 – 4. de la LOPJ, cabe hacer algunas observaciones. En primer lugar, que, de los únicos dos Convenios que contienen cláusula jurisdiccional, los “delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares” son objeto específico de uno de los incisos (la letra h), que será objeto de examen más adelante). En segundo lugar, que aunque, a diferencia del anterior, no es objeto de mención específica en la LOPJ, el *Convenio sobre la prohibición de las armas químicas* impone a los Estados parte el criterio de personalidad activa [art. VII – 1. c)], por lo que, teniendo en cuenta las observaciones arriba realizadas, reúne los requisitos para activar la jurisdicción extraterritorial española por la vía de la letra p) de la mencionada cláusula. En tercer lugar, que, en caso de comisión – supuesto nada descartable- por grupo u organización criminal, o bien con finalidades terroristas, éste, o también cualquiera de los otros delitos de tráfico de armas no convencionales que carecen de cobertura jurisdiccional convencional, podría quedar, no obstante, sometido a la jurisdicción extraterritorial española por la vía de su subsunción en las letras j) o i) del art. 23 – 4. LOPJ.

Como hemos visto, pues, del tratamiento otorgado al tráfico de armas por los convenios y otros instrumentos de Derecho internacional se infiere la preeminencia de la conexión a través del crimen organizado o de los delitos de terrorismo, siendo absolutamente marginales los supuestos en que, como es el caso del tráfico de armas químicas, es susceptible de activarse la base jurisdiccional autónoma y residual de la letra p).

³⁵ Hecha en Viena y Nueva York el 3 de Marzo de 1980 y ratificada por España en 1987 (*BOE* nº 256, de 25 de Octubre de 1991), art. 8 – 1., en relación con art. 7 – 1. a).

³⁶ *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, hecha en París el 13 de Enero de 1993 y ratificada por España en 1994 (*BOE* nº 300, de 13 de Diciembre de 1996), art. VII – 1. a) y c), en relación con art. I – 1. a).

³⁷ Hecho en Londres, Moscú y Washington el 10 de Abril de 1972 y ratificado por España en 1979 (*BOE* nº 165, de 11 de Julio de 1979). Su art. IV impone la tipificación, entre otras, del almacenamiento, de la adquisición y de la retención de dichas armas.

³⁸ Hecha en Oslo el 18 de Septiembre de 1997 y ratificada por España en 1999 (*BOE* nº 62, de 13 de Marzo de 1999). Los arts. 1 – 1. b) y 9 establecen la obligación de tipificar, entre otras, la adquisición, almacenaje, conservación o transferencia, directa o indirecta, de minas antipersona.

³⁹ Hecha en Dublín el 30 de Mayo de 2008; ratificada por España en 2009 (*BOE* nº 68, de 19 de Marzo de 2010). Los arts. 1 – 1. b) y 9 establecen la obligación de tipificar, entre otras, la adquisición, almacenaje, conservación o transferencia, directa o indirecta, de municiones en racimo.

IV. EL SUPUESTO BÁSICO: LA JURISDICCIÓN SOBRE EL TRÁFICO DE ARMAS EN TANTO QUE *DELITO LLEVADO A CABO EN EL SENO DE GRUPO U ORGANIZACIÓN CRIMINAL* (ART. 23 - 4. J) LOPJ)

Según el artículo 23 - 4. j) de la LOPJ,

“[...] será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

[...]

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal *o delitos cometidos en el seno de los mismos*, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión”⁴⁰.

No sólo es indudable que el tráfico ilícito de armas es uno de los delitos susceptibles de ser “cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”, sino que constituye uno de los supuestos más característicos. Ello da lugar, de entrada, a la jurisdicción extraterritorial de los tribunales penales españoles aunque se haya omitido cualquier referencia explícita a dicho delito en la LOPJ. Es más, de la importancia de ese preciso fenómeno delictivo organizado sería muestra (al menos en relación con las *armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*) el Protocolo específico incluido en el propio sistema convencional de las Naciones Unidas (“de Palermo”) antes aludido.

El inciso de la LOPJ transcrito parece apto, pues, para otorgar cobertura –cuando se cumplan las condiciones establecidas- a la jurisdicción extraterritorial española sobre el tráfico de armas en general, siempre que éste se lleve a cabo en el seno de grupo u organización criminal; y, en particular, sobre los tráficos objeto del mencionado Protocolo de 2001. Así, el tráfico ilícito de armas sería el delito cometido “en el seno” de un grupo u organización criminal, en concurso, en su caso, con los propios delitos de “constitución, financiación o integración” de tales grupos u organizaciones⁴¹.

En cuanto a las condiciones establecidas por el inciso j) para que quede activada la jurisdicción extraterritorial española, se impone, de un lado, el umbral de la pena máxima atribuida al delito cometido por el grupo u organización y, de otro lado, como elemento de vinculación, la actuación “con miras a su comisión en España”.

⁴⁰ Cursiva añadida. La inclusión de este apartado j) se produjo como consecuencia de la reforma del artículo 23 - 4. de la LOPJ introducida por obra de la citada LO 1/2014, de 13 de Marzo, relativa a la justicia universal, no existiendo ninguna mención a la delincuencia organizada en las versiones anteriores de dicho artículo.

⁴¹ En el caso específico del contrabando, el hecho de ser llevado a cabo “a través de una organización” determina también su tipificación como delito (aunque en nuestro caso dicha calificación ya viene impuesta por el propio objeto del mismo: las armas). V. art. 2 – 3. a) de la LORC.

1. La comisión en el seno de grupo u organización criminal

A los efectos de examinar el alcance del concepto a la luz de las obligaciones internacionales contraídas por España, cabe señalar que el *Convenio contra la delincuencia organizada transnacional* [art. 2 a)] define el “grupo delictivo organizado”, como

“un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”;

y, por “grupo estructurado”,

“un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

Por su parte, la Comunidad europea se había vinculado en 2004 al Convenio de Palermo en relación con las materias que eran de su competencia⁴² y, con posterioridad, la Decisión Marco 2008/841 JAI del Consejo, de 24 de Octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada⁴³, obligó a los Estados miembros a tipificar ciertas conductas relacionadas con organizaciones delictivas. Finalmente, la UE se vinculó en 2014 al *Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego*⁴⁴, con lo cual puede decirse que el sistema convencional internacional a estos efectos ha pasado también a formar parte del Derecho de la UE en los ámbitos de sus competencias.

En el Derecho español, el propio tipo penal rubricado como “organizaciones y grupos criminales” había sido introducido en el Código en virtud de la reforma efectuada en 2010 mediante la LO 5/2010, de 22 de Junio⁴⁵. A todas luces (a pesar de que nada dice

⁴² Decisión del Consejo 2004/579/CE, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (*DOUE* n° L 261, de 06.08.2004, p. 69).

⁴³ *DOUE* n° L 300, de 11.11.2008, p. 42. En su art. 1 – 1), la DM define la “organización delictiva” como “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

⁴⁴ Decisión del Consejo de 11 de Febrero de 2014 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (*DOUE* n° L 89, de 25.03.2014, p. 7). En cambio, a pesar de la previsión del art. 83 TFUE, la UE todavía no ha adoptado normativa penal común específica en materia de tráfico ilícito de armas.

⁴⁵ *BOE* n° 152, de 23 de Junio de 2010, arts. centésimo cuadragésimo segundo a centésimo cuadragésimo quinto, que incorporan al CP un nuevo Capítulo bajo la rúbrica “De las organizaciones y grupos

al respecto la exposición de motivos de la Ley), esa incorporación se debía no sólo al compromiso de tipificación contraído por España en virtud del Convenio contra la delincuencia organizada (artículo 5), del que ya era parte, sino especialmente de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión europea, en concreto de la mencionada Decisión marco de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, cuyo plazo de transposición había expirado el 11 de Mayo de aquel mismo año⁴⁶.

Ciertamente, la redacción dada a los artículos pertinentes del Código penal (artículos 570 *bis* y 570 *ter*) no coincide exactamente con la contenida en los instrumentos internacionales mencionados⁴⁷, pero en sustancia puede decirse que “presenta un radio de acción más amplio”⁴⁸, al mantener en dos el número mínimo de integrantes para la consideración de organización o grupo y no introducir en el tipo algunos de los elementos que sí se encuentran en dichos instrumentos internacionales (como la gravedad de los delitos objetivo de la organización y la finalidad de carácter económico o material).

2. Las condiciones para la extensión de la jurisdicción española

A) El umbral de la sanción penal del delito cometido

La condición de que el delito “esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión” se cumple en el caso del tráfico ilícito de armas: por lo que se refiere al delito de contrabando, el artículo 3 de la Ley de 1995 le impone penas de prisión de uno a cinco años, con lo que la pena máxima supera la de tres años exigida por el art. 23 – 4. j) de la LOPJ; en cuanto al CP, las penas máximas asignadas a la comercialización y el tráfico son también superiores a tres años⁴⁹ (artículo 566).

Cabe señalar a este respecto que el Convenio de Palermo, que como se recordará incluye “el propósito de cometer uno o más delitos graves” entre los elementos de la

criminales” y su correspondiente contenido (arts. 570 *bis*, 570 *ter* y 570 *quater*). La reforma de 2015 sólo le afecta en cuanto a las referencias a las faltas, suprimidas, como se sabe, por efecto de la misma.

⁴⁶ V., por ej., la *Circular 2/2011 de la Fiscalía general del Estado sobre la reforma del Código penal por Ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales* (<https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/>), que explícitamente vincula la reforma con las obligaciones derivadas para España del Derecho de la UE.

⁴⁷ Según el art. 570 *bis* – 1. CP, “[a] los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”, mientras que por grupo criminal se entiende (art. 570 *ter* – 1. CP) “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

⁴⁸ GARCÍA RIVAS, N.: “Organizaciones y grupos criminales”, in F. J. Álvarez García y J. L. González Cussac (dirs.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, cit., p. 508. V. tb. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal* (Actualizado a la reforma penal 2015). Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 218. Una apreciación crítica sobre esta mayor amplitud, en MORILLAS CUEVA, L.: “Delincuencia organizada y mecanismos de respuesta penales. El principio de justicia universal”, en J. J. González Rus (dir.): *La criminalidad organizada*. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 186 a 190.

⁴⁹ A excepción, en el caso de las armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, de la mera cooperación en el delito, cuya pena máxima es de dos años.

definición de “grupo delictivo organizado”, define el “delito grave” como “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave” [art. 2 b)]. El mismo umbral establece la DM de la UE⁵⁰. Así pues, también en este punto la Ley española se marca un radio de acción sustantivo más amplio por lo que se refiere a la jurisdicción extraterritorial.

B) La dimensión transnacional con proyección en España

En cuanto a la transnacionalidad –elemento requerido por la Convención, aunque no por la Decisión Marco de la UE-, el propio CP la contempla en el tipo penal, al afirmar en el artículo 570 *quater* – 3.:

“Las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero”.

Por su parte –y en buena lógica, habida cuenta de que se trata de la extensión extraterritorial de la jurisdicción-, el apartado j) del artículo 23 – 4. de la LOPJ parece ir aún más allá, al emplear la expresión “siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen *con miras a* la comisión en España de un delito [...]”.

Así, los comportamientos constitutivos de contrabando o de comercialización llevados a cabo por organizaciones o grupos criminales y consistentes en “importar”, “exportar”, “expedir”, “enajenar”, etc., armas de fuego, sus componentes o municiones son susceptibles de realizarse fuera de territorio español pero *con miras a* su repercusión delictiva en España (lo que parece exigir la existencia de una contraparte de base territorial española).

3. El alcance de la jurisdicción española a la luz de los instrumentos internacionales

A) La cláusula jurisdiccional del sistema de Palermo

La “complementariedad” del Protocolo sobre la fabricación y el tráfico de armas de fuego –y también de sus homólogos- con la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional estriba, especialmente, en dos aspectos: en primer lugar, en la imposición de la interpretación conjunta de ambos instrumentos y la aplicación, *mutatis mutandis*, de las disposiciones de la Convención al Protocolo (a menos que en él se disponga otra cosa) (art. 1 – 1. y 2. del Protocolo); en segundo lugar, en el hecho de que

“los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención” (art. 1 – 3. del Protocolo).

⁵⁰ V. *supra*, n. 43.

Este segundo aspecto es especialmente interesante por cuanto constituye el mecanismo de inserción de los tipos penales descritos en el Protocolo (fabricación ilícita, tráfico ilícito y falsificación de armas de fuego) en el ámbito de aplicación del Convenio, con la consiguiente sumisión de los mismos a las cláusulas de jurisdicción y de cooperación penal en él contenidas.

En efecto, las obligaciones –y también facultades- que asumen los Estados parte en relación con el ejercicio de su jurisdicción se encuentran en el artículo 15 de la Convención (*Jurisdicción*). En virtud de su párrafo 1., se impone a las Partes, como no podía ser menos, la obligación de establecer su *jurisdicción territorial*, es decir, la que viene determinada por el hecho de que el delito se cometa en su territorio o a bordo de un buque o de una aeronave que enarbole su pabellón.

Sin embargo, el Convenio (art. 15 – 2.) sólo *faculta* a las Partes para establecer su jurisdicción sobre los delitos abarcados por el Convenio (y, por extensión, sus Protocolos) sobre la base de criterios de carácter no territorial, en concreto el de personalidad pasiva y el de personalidad activa⁵¹. Los Estados parte pueden, pues, optar por extender su jurisdicción o no sobre el tráfico de armas de fuego sobre la base de estos criterios.

Además, el Convenio faculta a las partes para la extensión de su jurisdicción extraterritorial, de manera genérica, respecto de los delitos organizativos y de blanqueo del producto del delito cuando los acuerdos, organización, dirección, incitación, asesoramiento, etc. se lleven a cabo “fuera de su territorio pero con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio” [art. 15 – 2. c)].

El artículo 23 – 4. LOPJ parece querer responder a esta última opción, de la que ha incorporado incluso algunos elementos redaccionales (“*con miras a la comisión...*”). Sin embargo, la traslación no es exacta en su alcance, pues la letra j) extiende la jurisdicción extraterritorial española no sólo a los “delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal”, sino también a los “delitos cometidos en el seno de los mismos”. En el supuesto de que éstos últimos constituyan delitos de “tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” el sistema convencional de Palermo sólo autorizaría los criterios de personalidad activa y de personalidad pasiva, por lo que cabe afirmar que, abstracción hecha de su desacertada redacción, la cláusula de la letra j) permite una interpretación que excede de lo autorizado por aquél⁵².

⁵¹ “[...] un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando: [...] b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; [...]”. El aptdo. a) admite el establecimiento de la jurisdicción penal en virtud del principio de personalidad pasiva, no pertinente en relación con el tráfico de armas.

⁵² Interpretación que, además, resalta la incongruencia respecto del tratamiento otorgado a los delitos contemplados en otro de los Protocolos del sistema de Palermo (la “trata de seres humanos”), que sí son objeto de un apartado específico en la LOPJ (letra m) del art. 23 -4.) y del que, además, se desprende una configuración más restrictiva de la jurisdicción española que la que se establece genéricamente en la letra j) para los delitos cometidos “en el seno” de las organizaciones o grupos criminales.

Es cierto que el aptdo. 6. del artículo 15 del Convenio contiene lo que podríamos denominar una “cláusula de no exclusión de jurisdicción”, referida al “ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados parte en su Derecho interno”, “sin perjuicio de las normas del Derecho internacional general”. Pero al significado de este tipo de cláusulas me referiré más adelante⁵³.

B) La cláusula jurisdiccional de la decisión marco de la UE relativa a la lucha contra la delincuencia organizada

Por su parte, la mencionada Decisión Marco de 2008 incluye también una disposición relativa al establecimiento de su jurisdicción por los Estados miembros (art. 7) cuyo planteamiento es algo diferente al del Convenio. En cuanto al establecimiento *obligatorio* de la jurisdicción, aparentemente la obligación contenida en la DM es de mayor alcance que la del Convenio, pues rebasa el criterio estrictamente territorial:

“Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2 cometidos:

- a) total o parcialmente en su territorio, independientemente del lugar en que la organización delictiva tenga su base o ejerza sus actividades delictivas;
- b) por sus nacionales, o
- c) en beneficio de alguna persona jurídica establecida en el territorio de dicho Estado miembro” (Art. 7 – 1. DM).

Sin embargo, la misma disposición rebaja acto seguido el carácter obligatorio de los dos últimos criterios, al aceptar que

“[t]odo Estado miembro podrá decidir si aplica o no, y si solo las aplica en casos o circunstancias determinados, las normas de competencia contempladas en las letras b) y c) en el supuesto de que los delitos a que se refiere el artículo 2 se cometan fuera de su territorio”.

Aún así, el propio criterio territorial obligatorio parece responder a un designio de mayor amplitud que el del Convenio, al referirse expresamente a la *comisión total o parcial* en el territorio del Estado (obviamente, queda implícita la comisión a bordo de buque o aeronave de la nacionalidad del mismo) y confirmar la irrelevancia del lugar en que la organización tiene su base o ejerce sus actividades delictivas.

En caso de competencia concurrente de dos o más Estados miembros, la DM (art. 7 – 2.) establece la prelación de los criterios a tener en cuenta a los efectos de “decidir cuál de ellos emprenderá acciones judiciales contra los autores del delito con el objetivo de centralizar, en la medida de lo posible, dichas acciones en un único Estado miembro”:

- “a) el Estado miembro en cuyo territorio se hayan cometido los hechos;
- b) el Estado miembro del que el autor sea nacional o residente;
- c) el Estado miembro de origen de las víctimas;
- d) el Estado miembro en cuyo territorio se haya encontrado al autor”.

⁵³ *Infra*, aptdo. VII (Consideraciones finales).

C) Observaciones

a) *Sobre el tráfico, por parte de grupo u organización criminal, de armas no comprendidas en el Protocolo de Palermo*

Como se ha visto, el CP español tipifica explícitamente el *tráfico* de armas o municiones de guerra o de defensa, de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas y de minas antipersonas y municiones en racimo, así como el de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes (arts. 566 – 1. 3º) y 568, respectivamente)⁵⁴. En la medida en que esas armas, municiones, sustancias o aparatos no entren en el ámbito de aplicación del Protocolo de Palermo⁵⁵, quedarían fuera de la cobertura otorgada por la cláusula jurisdiccional del art. 15 del Convenio. Es verdad que, como hemos visto, otros Convenios internacionales suscritos por España se refieren a la prevención y sanción de la fabricación y uso de algunas de esas armas o sustancias, obligando a los Estados parte, de manera más o menos explícita, a sancionar las actividades de tráfico. Es el caso del Convenio sobre la prohibición de las armas químicas, del Convenio sobre la prohibición de las armas biológicas, del Convenio sobre la prohibición de las minas antipersona o del Convenio sobre la prohibición de las municiones de racimo⁵⁶. También el Consejo de seguridad de las Naciones Unidas ha impuesto obligaciones a los Estados respecto de la prohibición del tráfico de armas químicas, biológicas y nucleares (BQN)⁵⁷.

Pero, como dijimos, la mayoría de esos instrumentos internacionales carece de cláusula jurisdiccional. Sólo la incluye el Convenio sobre la prohibición de las armas químicas [art. VII – 1. c)], que impone el criterio de personalidad activa y no alude a ningún otro criterio de jurisdicción⁵⁸.

⁵⁴ El art. 2 – 3. a) de la LORC también tipifica como delito el contrabando de “explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores”.

⁵⁵ Según su art. 3, para los fines del Protocolo, “[p]or «arma de fuego» se entenderá toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas. [...]” [aptdo. a)]. Los aptdos. b) y c) definen, respectivamente, las “piezas y componentes” y las “municiones”.

⁵⁶ V. *supra*, nn. 35 a 39.

⁵⁷ En su resolución 1540 (2004), de 28 de Abril, adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta, el Consejo se manifiesta “[s]umamente preocupado por la amenaza del tráfico ilícito de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores y materiales conexos, que añade una nueva dimensión a la cuestión de la proliferación de esas armas y plantea también una amenaza a la paz y la seguridad internacionales” y, en consecuencia, impone a los Estados la obligación de “adoptar y aplicar leyes apropiadas y eficaces que prohíban a todos los agentes no estatales la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, en particular con fines de terrorismo, así como las tentativas de realizar cualquiera de las actividades antes mencionadas, participar en ellas en calidad de cómplices, prestarles asistencia o financiarlas” (§ 2).

⁵⁸ “1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con sus procedimientos constitucionales, las medidas necesarias para cumplir las obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención. En particular: [...] c) Hará extensivas las leyes penales promulgadas con arreglo al apartado a) a cualquier actividad prohibida a un Estado Parte por la presente Convención que realicen en cualquier lugar personas naturales que posean su nacionalidad, de conformidad con el Derecho internacional”.

Obviamente, esa ausencia de cobertura jurídica internacional específica no es óbice para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial española prevista en la letra j) del art. 23 – 4. LOPJ, siempre que el tráfico ilícito de las armas y materiales en cuestión sea realizado por grupos u organizaciones criminales. Pero en este caso, el sistema de Palermo sólo cubriría el ejercicio de esa jurisdicción sobre las actividades delictivas constitutivas de “delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal”⁵⁹, y no las de tráfico propiamente dicho⁶⁰.

b) Sobre ciertos comportamientos constitutivos de tráfico organizado y llevados a cabo en alta mar

Como se habrá observado, hay ciertos comportamientos calificados como contrabando en el apdo. 1. del artículo 2 de la LORC que son susceptibles de realizarse en los espacios marinos. Es el caso, en especial, de los reseñados en la letra g) (“alijar o transbordar de un buque clandestinamente” -las armas o municiones-); pero, también, de otras conductas constitutivas de tráfico según el Protocolo, y presumiblemente subsumidas en el concepto de *tráfico* del CP, como el *traslado*, que puede abarcar las actividades de transporte.

Por lo que se refiere al *alijo* o al *transbordo* contemplados en la Ley de contrabando⁶¹, el planteamiento estrictamente territorial de la ley penal hace que, en la descripción del tipo, se introduzcan elementos de delimitación referidos a los espacios marinos bajo jurisdicción española (absoluta o funcional) –aguas interiores, mar territorial, zona contigua-, y todo lo más se incluye –con dudosa técnica- una referencia a “las circunstancias previstas por el art. 111 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” (la llamada *hot pursuit* o persecución en caliente, que permite apresarse el buque en alta mar siempre que la persecución haya comenzado en uno de los espacios mencionados y no se haya interrumpido).

⁵⁹ A diferencia del art. 23 – 4. j) de la LOPJ, que incluye los “delitos cometidos en el seno de los mismos”, la cláusula jurisdiccional del Convenio de Palermo (art. 15) no lo hace, pues sólo abarca los delitos de “participación en un grupo delictivo organizado” (dejando bien claro, cuando procede, que se trata de “delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva” llevada a cabo por el mismo) (art. 5), sin perjuicio del blanqueo del producto del delito (art. 6), la corrupción (art. 8) y la obstrucción a la justicia (art. 23) (además, obviamente, de los contemplados por sus Protocolos complementarios).

⁶⁰ La incongruencia aparente, habida cuenta de la mayor gravedad del tráfico de este tipo de armas y sustancias, queda solventada en buena medida por el hecho de que éste suele producirse con finalidades de índole terrorista, quedando el tráfico eventualmente subsumido, como se verá, en otros apartados del art. 23 - 4. LOPJ.

⁶¹ V. art. 2 – 1. g) de la LORC *supra*, p. 5. Alijo y transbordo serían actividades diferentes, consistiendo el primero en “el desembarco de géneros o mercancías de un buque”, y el segundo en el traslado de mercancías de un buque a otro (v. A. IGLESIAS SKULJ, Comentario al art. 2 – 1. g) de la LORC, en P. Faraldo Cabana: *Comentarios a la legislación penal especial*. Thomson Reuters, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 62). A nuestros efectos (la realización de la actividad en alta mar), interesaría sólo el *transbordo*. Hay que señalar, sin embargo, que, en el caso del tráfico de drogas, el TS invoca ese inciso de la LORC como inclusivo también del mero *transporte* (por ej., en las sentencias cit. en la nota siguiente, y en STS 810/2014, de 3 de Diciembre).

Ahora bien, si España afirma su *jurisdicción extraterritorial* sobre las actividades de contrabando de armas realizadas a través de grupo organizado consistentes en “alijar o transbordar de un buque”, es evidente que las restricciones territoriales sobre el *locus comissi delicti* decaen, lo que permitiría justificar el ejercicio de la jurisdicción sobre esas actividades –en particular, el transbordo- cuando se llevan a cabo fuera de los espacios marinos españoles e incluso con independencia de la *hot pursuit*⁶², siempre que se cumplan las condiciones establecidas al efecto. Lo mismo cabría decir del *transporte* por alta mar.

Ello conduciría a afirmar la jurisdicción sobre esos hechos cuando se producen en alta mar, *con miras a la comisión del delito en España*⁶³, siendo aplicables al respecto las observaciones efectuadas con anterioridad en cuanto al desbordamiento de la cobertura otorgada por el Protocolo de Palermo, que sólo contempla, a estos efectos, el criterio de la territorialidad extendida (comisión a bordo de buque español) y el de la personalidad activa (comisión por españoles o apátridas con residencia en España).

En cuanto al *apresamiento* en alta mar, cabe decir que, dejando aparte los supuestos de *hot pursuit*, los tratados internacionales no reconocen a los Estados, en el caso del tráfico de armas, esta facultad, prevaleciendo la libertad de navegación. Se da la circunstancia, sin embargo, de que la LOPJ no exige, para el reconocimiento de la jurisdicción española sobre los delitos cometidos en el seno de organización o grupo criminal, que el presunto delincuente se encuentre en territorio español, y ello a diferencia de lo que ocurre con el genocidio, los crímenes de guerra y contra la humanidad, la tortura y las desapariciones forzadas, contemplados en las letras a) a c) del art. 23 – 4. Así pues, solamente la cooperación del Estado del pabellón (caso de haberlo) permitiría en su caso el enjuiciamiento *in praesentia* de los presuntos traficantes⁶⁴.

⁶² Como ha dicho el Tribunal supremo refiriéndose al principio de justicia universal (y aunque resulte algo perogrullesco), “la posibilidad de persecución de hechos cometidos fuera del territorio de un Estado supone que su jurisdicción se debe fundamentar en un principio distinto del de territorialidad” (STS 592/2014, de 24 de Julio, FJ Quinto 3.). De hecho, el alto tribunal ha invocado la jurisdicción extraterritorial incluso en relación con el contrabando de drogas mediante buque abordado en la zona contigua española (v. STS 866/2014, de 11 de Diciembre, FJ Quinto).

⁶³ En la sentencia 866/2014 (cit. en la n. anterior), relativa a un caso de tráfico de drogas en alta mar, el TS admitió que, en determinadas circunstancias, se puede inferir que el transporte por alta mar se efectúa “con miras a” la comisión del delito en territorio español (FJ Cuarto).

⁶⁴ A diferencia del Protocolo sobre el tráfico de armas, el *Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire*, que complementa también el Convenio de Palermo (v. *supra*, n. 8), sí contiene una regulación detallada de las *medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar* (art. 8), incluyendo la visita, el registro y cualquier otra “medida apropiada”, pero siempre bajo la autorización del Estado del pabellón. Más explícito al respecto, el Reglamento (UE) 656/2014 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX) (DOUE nº L 189, de 27.06.14) (especialmente, art. 7: *Intercepción en alta mar*).

V. SUPUESTOS CUALIFICADOS: LA JURISDICCIÓN SOBRE EL TRÁFICO DE ARMAS EN TANTO QUE DELITO DE TERRORISMO Y CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA (ART. 23 – 4. E) Y D) LOPJ)

Como veremos a continuación, el tráfico de armas es susceptible también de integrarse entre los delitos relativos a la seguridad, objeto de atención relevante en la nueva versión de la LOPJ, pudiendo así quedar sometidos a la jurisdicción extraterritorial española por una doble base de jurisdicción: o bien, con carácter genérico, la del terrorismo (1.), o bien, de manera específica, la del terrorismo y otros delitos contra la seguridad de la navegación marítima cometidos en los espacios marinos (2.).

1. Sobre el tráfico de armas como delito de terrorismo

En virtud del artículo 23 – 4 e) de la LOPJ, “[...] será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

[...]

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo;
- 3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;
- 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;
- 5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;
- 6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;
- 7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,
- 8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles”.

Se trata del inciso más extenso y detallado del artículo 24 - 3. LOPJ, en congruencia, como se verá, con el extenso alcance de la jurisdicción extraterritorial asumida por España sobre los delitos de terrorismo.

A) El tráfico de armas como delito de terrorismo en el derecho español

La nueva tipificación de los delitos de terrorismo introducida por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo⁶⁵, permite calificar el tráfico de armas como

⁶⁵ En la exposición de motivos de la Ley, adquiere un papel predominante la resolución 2178 (2014) del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas, en particular por cuanto, recordando la resolución 1373

delito de terrorismo sobre una doble base: como modalidad agravada del delito de tenencia, tráfico y depósito de armas (art. 573 CP) y como delito específico de tráfico de armas con fines terroristas (art. 574 CP).

Según el artículo 573,

“1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y *tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código*, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.^a Alterar gravemente la paz pública.

3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

2. [...].

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo”⁶⁶.

Este artículo 573 cubre, así, la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, tal como están contemplados en el tipo base del CP, pero cometidos con finalidades terroristas⁶⁷.

Por su parte, el artículo 574 CP, tras un primer inciso a todas luces redundante con el artículo anterior (“[e]l depósito de armas o municiones”), parece centrarse más en las “sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, [y] sus componentes”, cuyo “tráfico, transporte o suministro de cualquier forma” con finalidades terroristas tipifica (pfo. 1); y también, en las llamadas “armas de destrucción masiva” (BQN), al imponer mayores penas cuando esas actividades se realicen en relación con “armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva” (pfo. 2), extendiendo la incriminación a quienes “transporten, faciliten a otros o manipulen materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes” (pfo. 3)⁶⁸.

(2001), obliga a los Estados a velar “por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos”.

⁶⁶ Cursiva añadida. La anterior versión del art. 573 ya tipificaba “[e]l depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, [...] cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las organizaciones o grupos terroristas descritos en los artículos anteriores”.

⁶⁷ Al tratarse de una figura agravada del delito básico de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos tipificado en el CP (arts. 563 a 570), la pena que se le asigna es la “prevista para el delito cometido en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado” (art. 573 bis 1. 5^a).

⁶⁸ Artículo 574. “1. El depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los

El desconcertante solapamiento entre ambos artículos⁶⁹ parece que deba resolverse a favor del artículo 574 en aras de su especialidad, en particular cuando se trate de los mencionados elementos explosivos y de las armas y elementos BQN. Además, la no circunscripción de este artículo a los tipos ya contemplados en el Código penal (a diferencia del art. 573), permite obviar la eventual exclusión de conductas tipificadas en la Ley de contrabando que no fueran subsumibles en aquéllos.

B) El alcance de la jurisdicción española a la luz de los instrumentos internacionales

a) La jurisdicción extraterritorial en los instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo

Entre los Convenios internacionales suscritos por España en materia de terrorismo, la tipificación y, además, la extensión de la jurisdicción penal en relación con las conductas constitutivas de tráfico de armas se encuentra sólo de manera implícita y fragmentaria. Cosa distinta ocurre con la normativa de la UE.

i. El *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*, hecho en Nueva York el 15 de diciembre de 1997⁷⁰. Con carácter principal, este Convenio tipifica el uso intencional de artefactos o sustancias explosivas o mortíferas en o contra lugares de uso público, instalaciones, redes de transporte públicas o instalación de infraestructura con el propósito de causar la muerte o graves lesiones físicas o destrucción significativa con gran perjuicio económico (art. 2 – 1.). Aunque el Convenio no califica explícitamente el *tráfico* como delictivo, enuncia entre las actividades típicas la *entrega* del artefacto o sustancia⁷¹, actividad que, como

medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de ocho a quince años cuando los hechos se cometan con cualquiera de las finalidades expresadas en el apartado 1 del artículo 573. 2. Se impondrá la pena de diez a veinte años de prisión cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva. 3. Serán también castigados con la pena de diez a veinte años de prisión quienes, con las mismas finalidades indicadas en el apartado 1, desarrollen armas químicas o biológicas, o se apoderen, posean, transporten, faciliten a otros o manipulen materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes”.

⁶⁹ Según la exposición de motivos de la LO 2/2015, el art. 573 “se inspira en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008” (que obliga a los Estados a adoptar “las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados [...] tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales” cometidos con finalidades terroristas; entre ellos se encuentra la “fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas” [art. 1. f)); mientras que el art. 574 “establece la tipificación de todas aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera colocación o empleo de los mismos, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 573”.

⁷⁰ V. *supra*, n. 31.

⁷¹ “Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero [...]” (art. 2 – 1. del Convenio).

se recordará, se incluye en el concepto de tráfico adoptado por el Protocolo de Palermo. Ello, sin perjuicio de la tipificación de la complicidad y la organización o dirección para la comisión del delito base, y de *cualquier otra manera de contribuir* a su comisión (art. 2 - 3.)

Los Estados parte se obligan a tipificar todos los actos enunciados en el artículo 2 del Convenio [art. 4 a)].

El artículo 6 del Convenio establece como obligatorios los criterios de jurisdicción territorial y de personalidad activa (aptdo. 1). Con carácter facultativo, permite a las Partes afirmar su jurisdicción sobre el delito pertinente cuando:

- “a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o
- b) Sea cometido en o contra una instalación gubernamental en el extranjero, inclusive una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado, o
- c) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado, o
- d) Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto, o
- e) Sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado” (aptdo. 2).

ii. Por su parte, el *Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear*, hecho en Nueva York el 13 de abril de 2005⁷², aunque no obliga tampoco explícitamente a tipificar el tráfico de material radiactivo, materiales nucleares y dispositivos relacionados, permite incluir dicha actividad entre aquellas que, como la “posesión”, la “utilización en cualquier forma”, la complicidad o cualquier forma de contribución a la comisión de los delitos (art. 2), son susceptibles de abarcar la actividad de tráfico.

Este Convenio (Art. 9) reproduce, en términos prácticamente idénticos, la cláusula jurisdiccional del *Convenio sobre los atentados con bombas* anteriormente mencionado.

iii. En el ámbito europeo, la *Decisión Marco 2002/475 de la UE sobre la lucha contra el terrorismo* (modificada en 2008)⁷³, aborda la cuestión de manera integral, habiendo constituido fuente de “inspiración” directa para la LO 2/2015 e incluyendo mención explícita de las actividades constitutivas de tráfico de armas⁷⁴. En su artículo 9 (*Competencia y acciones penales*), establece:

- “1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos a que se refieren los artículos 1 a 4, en los siguientes casos:
- a) el delito se ha cometido, total o parcialmente, en su territorio; todos los Estados miembros podrán ampliar su jurisdicción cuando el delito se cometa en el territorio de un Estado miembro;

⁷² V. *supra*, n. 32.

⁷³ V. *supra*, n. 34.

⁷⁴ V. *supra*, n. 69.

- b) el delito se ha cometido a bordo de un buque que enarbole su pabellón o una aeronave matriculada en dicho Estado miembro;
- c) el autor del delito es uno de sus nacionales o residente en él;
- d) el delito se ha cometido por cuenta de una persona jurídica establecida en su territorio;
- e) el delito se ha cometido contra sus instituciones o ciudadanos, o contra una institución de la Unión Europea o de un organismo creado en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea o del Tratado de la Unión Europea y que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate”.

Como se advierte, la DM establece como obligatorios ciertos criterios que son facultativos en los mencionados Convenios, como el de personalidad pasiva o algunos otros susceptibles de ser incluidos en el de protección de intereses, como la comisión contra sus instituciones (criterio que extiende también a las de la UE). En cuanto a los extranjeros, la DM impone con carácter obligatorio la jurisdicción sobre los residentes, mientras que los Convenios sólo contemplan, con carácter facultativo, la extensión de la jurisdicción a los *apátridas* residentes habituales en el territorio del Estado parte.

iv. Finalmente, no estaría completa la revisión de los instrumentos internacionales susceptibles de amparar la jurisdicción extraterritorial sobre el tráfico de armas como delito de terrorismo sin una mención a las resoluciones del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas en la materia. A estos efectos, cabe citar la resolución 2178 (2014), inspiradora también de la LO 2/2015⁷⁵, que, aunque tiene por objeto principal la proliferación de los combatientes terroristas extranjeros, su movilidad y reclutamiento, alberga interés por cuanto establece el criterio extraterritorial de la *personalidad activa* como obligatorio para los Estados miembros⁷⁶. Esa obligación puede hacerse extensiva a las actividades de tráfico en la medida en que puedan considerarse incluidas en alguno de los comportamientos contemplados en la resolución, por ejemplo, “viajar con la intención de preparar actos terroristas” u otros comportamientos conexos reseñados. Y, en cualquier caso, el párrafo en cuestión invoca la resolución 1373 (2001), que formula la obligación genérica de los Estados de velar “por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos”⁷⁷.

b) Su proyección sobre la jurisdicción extraterritorial española

Como se ha apreciado, la DM de la UE es, de todos los instrumentos relevantes, el que contiene un ámbito de jurisdicción obligatoria más amplio. España no ha hecho uso, como se advierte, de la autorización contenida en el segundo inciso de la letra a) de su artículo 9 – 1. (que constituiría, desde la perspectiva de la Unión, una aplicación ampliada del criterio de *territorialidad*). Por lo demás, la norma española asume el criterio de *personalidad activa*, ampliada a los residentes y a las personas jurídicas establecidas en el territorio, tal como prescriben las letras c) y d) del art. 9 -1. DM; pero con mayor amplitud por lo que hace a los extranjeros, pues extiende su jurisdicción también a los supuestos en que el extranjero “se encuentre en España o [...] colabore

⁷⁵ V. *supra*, n. 65.

⁷⁶ S/RES/2178/2014, de 24 de Marzo de 2014, § 6.

⁷⁷ S/RES/1373/2001, de 28 de Septiembre de 2001, § 2. e).

con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo” (art. 23 -4. LOPJ letra e) 2º.). Esta extensión, más allá de lo impuesto por la DM –y de lo contemplado por los Convenios internacionales antes mencionados- es el resultado de la modificación introducida por la LO 2/2015⁷⁸, teniendo por efecto una ampliación sustancial de la jurisdicción española por lo que hace a los extranjeros, en el caso particular, sobre sus actividades de tráfico de armas con fines terroristas.

También incluye la norma española el criterio de *personalidad pasiva* (letra e) 4º del art. 23 – 4. LOPJ) y, con un cariz próximo, el de *protección*, referido a las instalaciones oficiales españolas⁷⁹ y a las instituciones u organismos de la UE con sede en territorio español (según la letra e) del art. 9 -1. DM), extendiéndolo a los buques o aeronaves con pabellón español (art. 23 - 4. LOPJ letra e) 6º, 7º y 8º.)⁸⁰. También bajo este criterio, la LOPJ añade como base de jurisdicción el hecho de que “el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española” (letra e) 5º). En la DM (art. 1 – 1.) -como también en el CP español (art. 573 – 1. 1ª)-, ése es un elemento del tipo, en tanto que finalidad de índole terrorista susceptible de cualificar como tal la conducta delictiva. Pero en los Convenios anteriormente mencionados se contempla también, como se ha visto, como base opcional de jurisdicción.

En conclusión, puede decirse, pues, que en materia de terrorismo la normativa española (especialmente, tras la modificación introducida en 2015) ha maximizado el alcance de la jurisdicción penal; en algún aspecto, como en el caso de la autoría de extranjeros, más allá de lo impuesto o contemplado expresamente por la normativa internacional. Sin embargo, hay que recordar la legitimación genérica contenida en la resolución 1373 (2001) del Consejo de seguridad⁸¹ y, en relación con ella, la existencia de las *cláusulas de no exclusión* de la competencia (Convenio de 1997, art. 6 – 5.; Convenio de 2005, art.

⁷⁸ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, disposición final primera. En la versión anterior, decía solamente: “el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España”. V. la explicación de la influencia de la citada res. 2178 del Consejo de seguridad en la reforma del artículo en ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal en España (discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia)*, Murcia, 2016, pp. 121 a 124.

⁷⁹ Y no a las “instituciones”, como dice la DM. La fórmula empleada (delitos cometidos “contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados”) procede esta vez de los Convenios mencionados, entendiéndose por instalación oficial española “cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles” (letra e) 8º). La letra g) del apartado 3. del artículo 23 LOPJ (el que aplica a título genérico el criterio de la protección de intereses) atribuye a la jurisdicción española el “atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles”.

⁸⁰ Como se apreciará, la DM [art. 9 -1. b)] alude a los buques y aeronaves desde la perspectiva territorial (“el delito se ha cometido *a bordo de* un buque que enarbole su pabellón o una aeronave matriculada en dicho Estado miembro”), lo que en el caso español ya queda cubierto por el art. 23 - 1. LOPJ. Sin embargo, en el supuesto que se comenta, el pfo. 4. e) 7º los menciona desde la perspectiva del objetivo del delito (“el delito haya sido cometido *contra* un buque o aeronave con pabellón español”). Cursivas añadidas.

⁸¹ V. *supra*, n. 77.

9 – 5.; y DM de 2002, art. 9 – 5.), en virtud de las cuales ese alcance jurisdiccional no cubierto explícitamente por los instrumentos internacionales no habría de valorarse necesariamente como una contravención de los mismos⁸².

2. Sobre el tráfico de armas como delito contra la seguridad marítima

El art. 23 – 4. d) de la LOPJ contempla un supuesto especial de jurisdicción referida a ciertos delitos que se cometan en los espacios marinos en los siguientes términos:

“[...] será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

[...]

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”.

A) La posible inclusión del tráfico de armas entre estos delitos

Como se observa, la especialidad de este apartado se debe a la comisión de los diversos delitos enunciados “en los espacios marinos”⁸³. Por lo que hace al tráfico de armas, este supuesto de jurisdicción sería aplicable, en primer lugar, en tanto que modalidad de *terrorismo* tal como –ya lo hemos visto- viene definido en el CP; pero también, como veremos a continuación, en tanto que *delito contra la seguridad de la navegación marítima*.

Los *delitos contra la seguridad de la navegación marítima* no están tipificados como tales en la legislación española (en contra de lo que exige el encabezamiento del aptdo. 4 del art. 23 LOPJ). Sin embargo, el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima* (“Convenio SUA” –por *Suppression of Unlawful Acts-* de 2005)⁸⁴, permite incluir ciertas conductas potencialmente constitutivas de tráfico de armas entre los delitos que los Estados parte se obligan a tipificar de conformidad con el artículo 5.

Esas conductas se encuentran descritas en el art. 3bis 1. b), que se refiere a actividades relacionadas con el transporte de explosivos y materiales y armas BQN:

⁸² V. *infra*, aptdo. VII.

⁸³ Cabe decir que, en cambio, los convenios relativos a los delitos contra la seguridad de la navegación aérea –a los que se refiere la LOPJ, art. 23 – 4. f) y g)- no incluyen entre los mismos las actividades relacionadas con el tráfico de armas.

⁸⁴ Se trata del Convenio enmendado mediante el Protocolo de 2005, ratificado por España en 2008. *BOE* nº 170, de 14 de Julio de 2010; corrección de errores *BOE* nº 226, de 17 de Septiembre de 2010. Un tratamiento similar incorpora el Convenio sobre la supresión de actos ilícitos en relación con la aviación civil internacional, adoptado en Beijing en el marco de la OACI en 2010, todavía no entrado en vigor.

“Comete delito en el sentido del presente Convenio toda persona que ilícita e intencionadamente:

[...]

b) transporte a bordo de un buque:

i) cualquier tipo de explosivos o de material radiactivo, conociendo que la finalidad es usarlos para causar, o para amenazar con causar, formulando o no una condición, de conformidad con lo dispuesto en la legislación interna, la muerte o daños o lesiones graves con el propósito de intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o

ii) cualquier arma BQN, conociendo que es un arma BQN según se define en el artículo 1; o

iii) cualquier material básico, material fisionable especial o equipos o materiales especialmente concebidos o preparados para el tratamiento, utilización o producción de materiales fisionables especiales, conociendo que están destinados a ser utilizados en una actividad nuclear explosiva o en cualquier otra actividad nuclear no sometida a salvaguardias de conformidad con un acuerdo amplio de salvaguardias del OIEA; o

iv) cualquier equipo, materiales o software o tecnología conexas que contribuya de forma importante al proyecto, fabricación o envío de un arma BQN con la intención de que se use para ese fin”⁸⁵.

A primera vista, podría apreciarse un solapamiento con las conductas constitutivas de terrorismo contempladas en el art. 574 CP. Pero, como se observa, la finalidad terrorista sólo está contemplada, en el art. 3bis 1. b) del Convenio, en la letra i). Por esta razón, quizá no sea totalmente redundante la referencia de la LOPJ, entre los delitos cometidos en los espacios marinos, tanto al *terrorismo* como a los *delitos contra la seguridad de la navegación marítima*. Por lo que se refiere al tráfico de armas, los últimos consistirían, como se advierte, en el transporte⁸⁶ de armas de destrucción masiva a bordo de un buque, no necesariamente con finalidad terrorista.

Desde el punto de vista de su cobertura por la legislación penal española, aunque, como hemos dicho, no existe un tipo específico con esa denominación, la actual redacción de los artículos 566 y 567 CP (delitos de tenencia, depósito y tráfico de armas), en la medida en que acogen el tráfico de armas BQN, otorgaría potencial cobertura a este tipo de delitos (y ello, sin perjuicio de los tipos penales relativos a las organizaciones y grupos criminales cuando procediera).

⁸⁵ Como posibles delitos conexos, el Convenio obliga a tipificar también: la descarga, desde un buque, “de cualquier tipo de explosivo, material radiactivo o arma BQN de forma que cause o pueda causar la muerte o daños o lesiones graves” [art. 3bis - 1. a) i)]; el hecho de transportar, ilícita e intencionadamente, a una persona de la que se sepa que ha cometido un acto que constituye un delito en virtud de lo dispuesto en el Convenio o en otros tratados contenidos en el anexo (entre los que se encuentran la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares y el Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas) con la finalidad de ayudar a esa persona a evadir su enjuiciamiento penal (art. 3ter); o la participación como cómplice, la organización o la contribución a la comisión de los delitos que nos ocupan (art. 3quater).

⁸⁶ Según el art. 1 - 1. b) del Convenio, “por «transporte» se entenderá iniciar u organizar el movimiento de una persona o artículo, o ejercer su control efectivo, incluida la autoridad decisoria”.

B) El alcance de la jurisdicción española a la luz de los instrumentos internacionales: El Convenio *SUA*

La segunda especialidad o peculiaridad de este inciso d) del artículo 23 - 4. LOPJ es la remisión general a “los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte” a los efectos de establecer el alcance de la jurisdicción extraterritorial española en relación a los delitos que contempla. Eso significa que la norma española ha renunciado incluso a transcribir los parámetros de jurisdicción indicados en esos tratados o actos normativos, de manera que habrá que estar, directamente, a lo en ellos establecido.

El Convenio *SUA impone* a las partes el establecimiento de su jurisdicción sobre los delitos contemplados cuando dichos delitos sean cometidos

- “a) contra un buque o a bordo de un buque que en el momento en que se cometa el delito enarbole el pabellón de ese Estado; o
- b) en el territorio de ese Estado, incluido su mar territorial; o
- c) por un nacional de dicho Estado” (art. 6 – 1.),

incluyendo así no sólo el criterio de territorialidad en los términos habituales, sino también el de personalidad activa⁸⁷.

Por otro lado, en su apto. 2, el artículo 6 *faculta* a las Partes para establecer su jurisdicción sobre cualesquiera de los delitos contemplados cuando:

- “a) sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado; o
- b) un nacional de ese Estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito; o
- c) sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa”.

A la luz de lo establecido en este artículo, pueden efectuarse las siguientes consideraciones:

a) La asunción de la jurisdicción facultativa

Habida cuenta de que la letra d) del art. 23 – 4. LOPJ se caracteriza por una remisión a las condiciones de jurisdicción establecidas en los tratados internacionales, resulta difícil *prima facie* decidir si, más allá de la jurisdicción convencionalmente *obligatoria* (art. 6 – 1. Cv. *SUA*), también los criterios de jurisdicción simplemente *autorizados* por

⁸⁷ Es interesante también lo establecido en el artículo 4 del Convenio, que tiene repercusiones en el ámbito de la jurisdicción de los Estados sobre los delitos en él contemplados en la medida en que impone la dimensión extraterritorial de la navegación o de la ubicación del presunto delincuente: “1. El presente Convenio se aplicará si el buque está navegando, o su plan de navegación prevé navegar, hacia aguas situadas más allá del límite exterior del mar territorial de un solo Estado, o más allá de los límites laterales de su mar territorial con Estados adyacentes, a través de ellas o procedente de las mismas. 2. En los casos en que el Convenio no sea aplicable de conformidad con el párrafo 1, lo será no obstante si el delincuente o el presunto delincuente es hallado en el territorio de un Estado Parte distinto del Estado a que se hace referencia en el párrafo 1”.

el Convenio deben considerarse asumidos por la legislación española⁸⁸. A este respecto, el TS ha adoptado una interpretación amplia de la letra d) del art. 23 – 4. LOPJ (si bien en un asunto relativo al tráfico de drogas por alta mar):

“En el apartado correspondiente a la letra d), el legislador, por un lado, agrupa una serie de delitos en conjunto, dichos delitos no requieren ninguna exigencia de nacionalidad en sus autores y lo conecta [*sic*] necesariamente con la *posibilidad atributiva* de jurisdicción que otorgan los tratados internacionales [...] Basta que los tratados internacionales *permitan* tal atribución para que mediante un acto legislativo del Estado concernido –como es nuestro caso, mediante la LO 1/2014– pueda proclamarse que se ostenta jurisdicción facultada por los referidos instrumentos internacionales”⁸⁹.

El sentido de esta interpretación amplia se confirma por contraste con la interpretación de la letra p):

“Distinto es el supuesto contemplado en la letra p) del ya citado art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde la persecución provenga, *no ya de la posibilidad, sino de la imposición* «con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos»⁹⁰.

En cualquier caso, por lo que respecta a los delitos de tráfico de armas llevados a cabo por extranjeros, a falta del vínculo territorial o del de personalidad activa sólo podrían ejercer su competencia los tribunales españoles en uno de los tres casos mencionados en el apartado 2. del artículo 6 del Convenio *SUA* arriba transcrito⁹¹ (sin perjuicio de lo establecido por posteriores actos normativos de Organizaciones internacionales).

b) La detención en alta mar y la jurisdicción penal

De manera colateral al ejercicio de la jurisdicción, el Convenio obliga también a la *detención* de los presuntos delincuentes cuando se hallen en territorio de un Estado parte (“si estima que las circunstancias lo justifican”) y a abrir una investigación preliminar, con el fin de proceder a la tramitación de un procedimiento penal⁹² o, si es el caso, de la extradición⁹³ (art. 7).

⁸⁸ A estos efectos, el aptdo. 3 de este artículo 6 establece la necesaria notificación al Secretario general de la OMI en este tipo de casos, pero no hay constancia de que España haya efectuado ninguna notificación al respecto.

⁸⁹ STS 592/2014, de 24 de Julio, FJ quinto, aptdo. 2. Cursivas añadidas.

⁹⁰ *Ibidem*. Cursiva añadida. Así, sobre la base de la letra d) el TS afirmó la jurisdicción española sobre los presuntos traficantes de drogas extranjeros apresados en alta mar en virtud (supuestamente) de lo *permitido* por el art. 4 – 1. b) del Convenio de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (*ibid.*, FJ quinto, aptdo. 5).

⁹¹ Ello, a pesar de que el aptdo. 5 del art. 6 establece que “[e]l presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación interna”, ya que, en este caso, la legislación española lo que hace, precisamente, es remitirse –y circunscribirse– a “los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”.

⁹² En virtud del art. 10 – 1., “[e]l Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el delincuente o presunto delincuente, en los casos a los que es aplicable el artículo 6, si no procede a la extradición del mismo, someterá sin dilación el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, mediante el

Ahora bien, tratándose de delitos contra la seguridad marítima, el Convenio no podía por menos que contemplar los mecanismos adecuados para *regular la detención en alta mar de los presuntos delincuentes*. A estos efectos, se regula detalladamente las acciones de cooperación en la prevención y represión llevadas a cabo en el mar (derecho de visita, retención del buque, la carga y las personas a bordo, etc.) (art. 8bis, especialmente aptdos. 5 y 6). A los efectos de la jurisdicción penal en estos casos, importa señalar que el Convenio es taxativo:

“Cuando se realice una visita en virtud del presente artículo, le corresponde al Estado del pabellón el ejercer jurisdicción sobre el buque retenido, la carga u otros bienes y las personas a bordo incluidos el apresamiento, la confiscación, el embargo y la acción penal. No obstante, el Estado del pabellón, de conformidad con su constitución y demás legislación, podrá dar su consentimiento a que otro Estado ejerza su jurisdicción siempre que de conformidad con el artículo 6 tenga jurisdicción al respecto” (art. 8bis – 8.)⁹⁴.

Sin embargo, el TS español parece interpretar de manera laxa la exigencia de la obtención del consentimiento o de la autorización del Estado del pabellón en estos casos. Así, en relación con la aplicación de la cláusula homóloga del Convenio de 1988 contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, afirmó de entrada la existencia de competencia o jurisdicción española para “el enjuiciamiento de los imputados, salvo que el Estado del pabellón reclame su competencia preferente”⁹⁵.

3. La concurrencia entre diversas bases de jurisdicción

Como hemos visto, el tráfico internacional de armas es susceptible de incluirse, en función de sus finalidades, ámbito de consumación u objeto material, entre los delitos de terrorismo y también entre los delitos contra la seguridad de la navegación marítima a los efectos del establecimiento de la jurisdicción penal extraterritorial española. La percepción de los solapamientos entre los diversos conceptos y apartados del art. 23 – 4. es inmediata, provocando la inevitable disquisición acerca de la resolución de los posibles concursos.

procedimiento judicial acorde con la legislación de dicho Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio”.

⁹³ Los arts. 11 a 11ter establecen de manera detallada obligaciones tendentes a favorecer al máximo la extradición en relación con los delitos contemplados por el Convenio, excluyendo asimismo cualquier consideración como delitos políticos a esos efectos.

⁹⁴ Por su parte, el art. 8 contempla la entrega del presunto delincuente por parte del capitán de un buque a las autoridades del Estado supuestamente competente y diferente del Estado del pabellón de aquél.

⁹⁵ V. la mencionada sentencia TS 592/2014 de 24 de Julio, FJ quinto, aptdo. 5. Al parecer, la autorización para el abordaje sí se había obtenido explícitamente [FJ primero, 1., 5)]. Sobre todas estas cuestiones, v. PASTAVRIDIS, E.: “Enforcement Jurisdiction in the Mediterranean Sea: Illicit Activities and the Rule of Law on the High Seas”. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 25 (2010), pp. 569–599.

A) El concurso entre la letra d) y la letra e) del art. 23 – 4 LOPJ: Especialidad vs. Principio *pro actione*.

Una primera observación, de carácter preliminar, apunta al diferente alcance reconocido a la jurisdicción española en relación con los delitos de terrorismo que, con carácter general, contempla la letra e) y con los que acoge la letra d). La conclusión que se desprende del análisis de ambos apartados es que, en el primer caso, el alcance es apreciablemente más amplio. En efecto, en el caso de los delitos cometidos en los espacios marinos, al remitir el establecimiento de la jurisdicción a “los tratados ratificados por España o [los] actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”, el alcance de la jurisdicción resulta más limitado.

No ocurría lo mismo en el asunto que dio pie al primer pronunciamiento del TS sobre el criterio de activación de uno u otro apartado en relación con el tráfico de drogas (la ya mencionada STS 592/2014, de 24 de Julio de 2014). En ese caso, el Tribunal afirmó la aplicación preferente de la letra d) por razón de su carácter especial:

“al establecer el apartado d) una concreción o especificación, constituida por “los espacios marinos”, convierten [*sic*] a esta norma en especial, y, por tanto, de aplicación preferente al apartado i) (que carece de especificación), de modo que, en ningún caso puede exigirse al apartado d) la concurrencia de los requisitos del tal apartado i), que queda circunscrito a espacios extraterritoriales que no constituyan espacios marinos”⁹⁶.

En el caso del tráfico de drogas, la regla especial de atribución contenida en el aptdo. d) ofrecía, efectivamente, más alcance jurisdiccional que el aptdo. i), lo que permitió al TS afirmar la jurisdicción española respecto del tráfico de drogas por parte de un buque abordado en alta mar.

En nuestro caso, se daría la situación inversa: la regla especial de la letra d) restringe el alcance de la jurisdicción, de manera que ésta es más amplia si los actos de terrorismo (en nuestro caso, tráfico de armas con finalidad terrorista) tienen lugar, aunque fuera de territorio español, no en espacios marinos. Sin embargo, a falta –todavía– de un pronunciamiento al respecto por parte del TS, no deja de ser significativa la siguiente observación contenida en la citada sentencia sobre el posible juego entre ambas reglas de atribución:

“Ambas normas son de plena atribución de jurisdicción –no tienen otra naturaleza que regular los casos en que nuestra legislación confiere jurisdicción– por lo que han de verse, no desde una perspectiva restrictiva, sino todo lo contrario, desde una panorámica abierta ante la proclamación del principio *pro actione* que tantas veces ha declarado nuestro Tribunal Constitucional”⁹⁷.

¿Sustentaría este principio *pro actione* la prevalencia de la base general (la jurisdicción sobre los delitos de terrorismo) sobre la especial (la jurisdicción sobre los delitos cometidos en los espacios marinos)?

⁹⁶ *Ibidem*, FJ quinto, aptdo 2.

⁹⁷ *Ibidem*.

B) El concurso interno entre el terrorismo y los delitos contra la seguridad en la navegación marítima

A falta de ulteriores pronunciamientos jurisprudenciales, de las sentencias del TS parece desprenderse la prevalencia de la especialidad con carácter genérico. Y, en cuanto a la concurrencia (interna) entre el terrorismo y los delitos contra la seguridad de la navegación marítima contemplados en el aptdo. d), parece que debe resolverse en el marco único del Convenio SUA. De hecho, en la mencionada sentencia, el TS, sintiéndose aparentemente compelido a especificar cuáles son los Convenios que en la actualidad dan cobertura a la jurisdicción sobre cada uno de los tipos delictivos que contempla dicho apartado, no encuentra, por lo que hace al terrorismo y a los delitos contra la seguridad de la navegación, otros Convenios que el mencionado SUA y su Protocolo de 2005⁹⁸. Así pues, y en especial a los efectos que nos interesan (el tráfico de armas), bien puede decirse que ambas figuras se superponen en el ámbito de la letra d), pues, mientras no se adopten -y España no suscriba- nuevos convenios en la materia que pudieran conllevar un régimen diferenciado, serían objeto de idéntica atribución de jurisdicción.

VI. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA JURISDICCIÓN SOBRE EL TRÁFICO DE MATERIALES NUCLEARES (ART. 23 – 4. H) LOPJ)

Según el artículo 23 – 4. de la LOPJ,

“[...] será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

[...]

h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español”.

Como se aprecia, esta letra h) remite directamente a los delitos contenidos en el *Convenio sobre la protección física de materiales nucleares* de 1980⁹⁹. En concreto, el

⁹⁸ “En materia de seguridad en la navegación marítima, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10-3-1988). En el ámbito del terrorismo, el Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Londres, 14-10-2005) [...]” (*Ibidem*). Nótese, sin embargo, lo artificioso de esa disociación, habida cuenta de que el Protocolo tiene por objeto la enmienda del Convenio (incorporando nuevos artículos), y que en España, al ser parte en ambos, se aplica el texto refundido, publicado como anexo al instrumento de ratificación del Protocolo bajo el apelativo “Convenio SUA de 2005” (v. *supra*, n. 84).

⁹⁹ Ratificado por España en 1987. *BOE* nº 256, de 25 de Octubre de 1991. En 2005 se adoptó una enmienda al Convenio en el marco de la AIEA con la finalidad de reforzar la dimensión antiterrorista, respecto de la cual España depositó su instrumento de aceptación el 9 de Noviembre de 2007. Recientemente se ha alcanzado el número exigido de manifestaciones del consentimiento, con lo que la fecha prevista para su entrada en vigor es el 8 de Mayo de 2016

Convenio obliga a tipificar “[l]a comisión intencionada de:

a) un acto que consista en recibir, poseer, usar, transferir, alterar, evacuar o dispersar materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa, o es probable que cause, la muerte o lesiones graves a cualquier persona o sustanciales daños patrimoniales o ambientales;

[...]

d) un acto que consista en transportar, enviar o trasladar a un Estado, o fuera de él, materiales nucleares sin autorización legal; [...]" (art. 7 – 1.).

Hay que mencionar que la transcrita letra d) ha sido insertada por efecto de la enmienda del Convenio adoptada en 2005, precisamente, como se observa, para enfatizar la obligación de penalizar las actividades más específicamente constitutivas de tráfico.

Por su parte, el CP español (“De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes”, arts. 341 a 345 del CP)¹⁰⁰ ya había adoptado un tipo muy descriptivo con anterioridad a la enmienda convencional, incluyendo expresamente, entre las conductas tipificadas, el *tráfico* de materiales nucleares (y extendiendo también el tipo a “otras sustancias radiactivas peligrosas”):

“El que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, adquiera, posea, *trafique*, facilite, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, multa de seis a dieciocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años” (art. 345 – 1. CP, cursiva añadida).

Sin perjuicio de la ausencia nominal del “tráfico” en el Convenio (y, por otro lado, de la de una definición normativa del mismo en el Derecho español), hay que concluir que, por lo que atañe a nuestro objeto de estudio, existe coincidencia en cuanto a la naturaleza y alcance de las actividades incriminadas.

En cuanto a la obligación de establecer la jurisdicción sobre esos delitos, el Convenio de 1980 impone el criterio territorial y el de personalidad activa (art. 8 – 1.), con lo cual la previsión de la LOPJ se ajusta estrictamente a dicha obligación. Pero, además, en el aptdo. 4. de ese artículo el Convenio faculta a un Estado parte “que intervenga en el transporte nuclear internacional en tanto que Estado exportador o Estado importador de los materiales nucleares” para “establecer su jurisdicción, en términos compatibles con el derecho internacional, sobre los delitos enumerados en el artículo 7”. Es evidente que España, en tanto que Estado importador de uranio y otros materiales nucleares, podría haber hecho uso de esa autorización y haberse dotado de una jurisdicción más amplia, pero ha renunciado a ello.

(http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm_amend_status.pdf, consultado por última vez el 27 de Abril de 2016). Sin embargo, el Real Decreto 1308/2011, de 26 de Septiembre, sobre protección física de las instalaciones y los materiales nucleares, y de las fuentes radiactivas (BOE nº 242 de 7 de Octubre de 2011) ya tenía, entre otros objetivos, el de dar cumplimiento –*avant la lettre*- a la mencionada enmienda (v. la exposición de motivos).

¹⁰⁰ En el Capítulo I (*De los delitos de riesgo catastrófico*) del Título XVII (*De los delitos contra la seguridad colectiva*).

Sin embargo, es difícil imaginar la realización de una actividad de tráfico de materiales nucleares sin existencia de grupo organizado y, lo que es más, sin una finalidad de tipo terrorista. En esos casos, prevalecerían las bases de jurisdicción de la LOPJ correspondientes a esas figuras, que contemplan una jurisdicción más amplia.

VII. LA JURISDICCIÓN SOBRE EL TRÁFICO DE ARMAS A TÍTULO DE JUSTICIA SUPLETORIA

Como cláusula de cierre del apartado 4 del artículo 23 LOPJ, se establece:

“Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España”.

Esta cláusula responde al principio de justicia supletoria, también llamada “justicia de representación”, sin la cual, como dice el TS, “no quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española”¹⁰¹. Veamos a continuación las condiciones en que debe producirse esa extensión de jurisdicción.

1. Una obligación impuesta por un tratado vigente para España y en relación con ciudadanos extranjeros

De hecho, todos los instrumentos internacionales examinados que contienen cláusula jurisdiccional incluyen también una indicación de esta índole, aunque no siempre en los mismos términos. Hay que destacar el hecho de que el párrafo transcrito exige, a los efectos de extender la jurisdicción española, que esa competencia venga *impuesta* por un tratado vigente para España. *Sensu contrario*, si ese tipo de jurisdicción fuera sólo facultativa para las partes, debería considerarse que España no la ostenta. De otro lado, esa base jurisdiccional se abre sólo en relación *con los extranjeros*, pero no hay que olvidar que el art. 23 – 2. de la LOPJ establece el principio de personalidad activa. Veamos qué efectos se desprenden al respecto de los instrumentos internacionales pertinentes.

a) En relación con el tráfico de armas por grupo organizado, el *Convenio de Palermo* sólo *permite* (pero no impone) a los Estados parte que establezcan su jurisdicción respecto de los casos en que “el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite” (art. 15 – 4.). Sin embargo, el establecimiento de la jurisdicción pasa a ser *obligatorio* en relación con los nacionales si esta condición es causa de denegación de la extradición (art. 15 – 3.), y ello en aras del cumplimiento de la regla *aut dedere aut judicare* establecida en el párrafo 10 del artículo 16 relativo a la extradición¹⁰².

¹⁰¹ STS 592/2014, *cit.*, FJ quinto, aptdo. 7.

¹⁰² En virtud del art. 16 – 10. del Convenio, “[e]l Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho

Por su parte, la *DM de la UE de 2008* sobre la lucha contra la delincuencia organizada incluye también (art. 7 – 3.) la obligación encaminada a facilitar la observancia de la regla *aut dedere aut judicare* por los Estados miembros en relación con sus nacionales cuando, según su legislación, no puedan ser objeto de extradición o entrega¹⁰³, sin hacer mención al supuesto de los no nacionales¹⁰⁴.

Así pues, como la cláusula de justicia supletoria contenida en el art. 23 - 4. LOPJ se refiere sólo a los presuntos delincuentes *extranjeros*, al no imponerse con carácter obligatorio esta base de jurisdicción en los instrumentos arriba mencionados se desprende que España carecería de jurisdicción sobre los presuntos traficantes extranjeros actuando en organización o grupo criminal cuando, a pesar de hallarse en territorio español, no se dieran los requisitos de la letra j) del art. 23 – 4. LOPJ activadores de la jurisdicción española.

Ahora bien, en relación con los presuntos traficantes de nacionalidad española, hay que tener en cuenta que la legislación (*Ley de extradición pasiva*)¹⁰⁵ prohíbe la extradición de españoles, con lo que España se sitúa, en principio, en el supuesto contemplado en la normativa internacional transcrita, con la consiguiente obligación de establecimiento de la jurisdicción. La limitación de la cláusula del aptdo. 4. del art. 23 LOPJ a los extranjeros no significa, sin embargo, el incumplimiento por parte de España de esta obligación, al quedar cubierta por el aptdo. 2. del mencionado artículo (jurisdicción extraterritorial española por el criterio de personalidad activa) y darse por sentada la doble incriminación allí prescrita [letra a)].

b) Sin referirse en particular a la condición de nacionales o extranjeros de los presuntos delincuentes, los instrumentos internacionales relativos a los delitos de *terrorismo y contra la seguridad marítima imponen* el establecimiento de la jurisdicción sobre los casos en que aquéllos se hallen en territorio de los Estados parte y no se

de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. [...]”. En congruencia, estipula el art. 15 – 3.: “A los efectos del párrafo 10 del artículo 16 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales”.

¹⁰³ “Todo Estado miembro que, con arreglo a su legislación, todavía no extradite o entregue a sus nacionales adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia y, en su caso, iniciar acciones judiciales respecto del delito a que se refiere el artículo 2 cuando lo cometa uno de sus propios nacionales fuera de su territorio” (art. 7 – 3. DM).

¹⁰⁴ Téngase en cuenta, en cualquier caso, que, entre Estados miembros de la UE, la DM relativa a la “euroorden” (DM del Consejo 2002/584/JAI de 13 de Junio de 2002, texto consolidado en *Eur-Lex*, 2002F0584 —ES — 28.03.2009 — 001.001— 1) obliga a la ejecución de la misma, entre otros, en relación con los delitos de “tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos” (art. 2 – 2.). El hecho de ostentar la nacionalidad del Estado de ejecución no constituye causa de denegación (a menos que aquélla se haya dictado sólo “a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad” [art. 4 – 6]). La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (por la que se efectúa la nueva transposición de esta DM) se atiende estrictamente a ello.

¹⁰⁵ Ley 4/1985 de extradición pasiva, de 21 de Marzo, BOE nº 73, de 26 de Marzo de 1985, art. 3.

proceda a la extradición¹⁰⁶. Otro tanto sucede con el Convenio relativo a la protección física de materiales nucleares¹⁰⁷.

La falta de distinción, o de mención explícita a los nacionales en estos casos, responde al hecho de que el criterio de la personalidad activa es obligatorio para el establecimiento de la jurisdicción en todos los instrumentos internacionales pertinentes. Así pues, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de tráfico contemplados en el apartado anterior, en estos supuestos la cláusula de justicia supletoria del artículo 23 – 4. LOPJ impone la extensión de la jurisdicción española sobre los presuntos traficantes extranjeros que se hallen en territorio español siempre que se cumpla la siguiente condición.

2. La denegación de la extradición por las autoridades españolas

A los efectos de la proyección de la regla *aut dedere aut judicare*, las fórmulas adoptadas por los diferentes convenios internacionales son diversas, en particular, y a los efectos que nos interesan, respecto del momento en que nace la obligación de ejercer la jurisdicción (*judicare*): ¿basta que el presunto delincuente se encuentre en el territorio (*no habiendo sido objeto* de extradición) o es necesario que, habiéndose solicitado ésta, haya sido *denegada*?

En sus trabajos sobre *la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, la Comisión de Derecho internacional (CDI) constató esta diversidad convencional en términos generales, apreciando, no obstante esa doble tendencia¹⁰⁸. De hecho, en los instrumentos internacionales relevantes en relación con el tráfico de armas sólo uno de ellos, la *DM de la UE relativa a la lucha contra el terrorismo* alude explícitamente al supuesto en que la extradición haya sido *denegada* en tanto que premisa para el

¹⁰⁶ Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, art. 6 – 4.; Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear, art. 9 – 4.; DM de la UE relativa a la lucha contra el terrorismo, art. 9; y, también, Convenio *SUA*, art. 6 – 5. Cabe mencionar también el Convenio del Consejo de Europa para la represión del terrorismo de 1977 (v. *supra*, n. 34), cuyo objetivo es facilitar la extradición entre los Estados parte, y cuyo art. 6 – 1. obliga a las Partes a establecer su competencia para los supuestos en que el presunto autor se encuentre en su territorio y no procedan a la extradición.

¹⁰⁷ Art. 8 – 2. en relación con el art. 10.

¹⁰⁸ “[...] más allá de los elementos comunes básicos, las disposiciones que contienen la obligación de extraditar o juzgar en convenciones multilaterales varían notablemente en su formulación, su contenido y su alcance. Así sucede en particular en lo que se refiere a las condiciones impuestas a los Estados para la extradición y el enjuiciamiento y a la relación entre estas dos vías de actuación. Si bien la relación entre la obligación de extraditar y la obligación de juzgar no es idéntica, las disposiciones correspondientes parecen estar encuadradas en dos categorías fundamentales: a) las cláusulas según las cuales la obligación de juzgar solo nace cuando no se entrega al presunto infractor tras una solicitud de extradición; y b) las que imponen una obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto infractor se halle en el territorio del Estado, obligación de la que este puede quedar exento concediendo la extradición” (CDI: Informe final del Grupo de trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). 15 de Junio de 2014. A /CN.4/L.844, p. 8, § 23). V. tb. el estudio preparado al efecto por la Secretaría general de las Naciones Unidas A/CN.4/630, espm., §§ 126 ss. Igualmente, la exposición realizada por E. ORIHUELA CALATAYUD, *op. cit.* n. 78, pp. 59 a 72.

establecimiento de la jurisdicción¹⁰⁹. El resto de fórmulas ostenta una cierta ambigüedad, pues no se refieren explícitamente a la denegación, sino a la *no extradición*¹¹⁰.

No obstante, como señala la CDI¹¹¹, hay que tener en cuenta que la fórmula contenida en el Convenio de 1984 contra la tortura¹¹², que alude sólo a la no concesión de la extradición con arreglo a su art. 8, fue interpretada por el Tribunal internacional de justicia (TIJ) en el sentido de que “impone al Estado concernido la obligación de someter el asunto a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, con independencia de la existencia previa de una solicitud de extradición respecto del sospechoso”¹¹³; y que, “en cambio, si el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto autor recibe una solicitud de extradición en uno de los supuestos previstos por las disposiciones del Convenio, puede liberarse de su obligación de enjuiciamiento dando curso a la solicitud de extradición”, pues “la extradición es una opción ofrecida por el Convenio mientras que la persecución es una obligación internacional convencional cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad del Estado”¹¹⁴.

Sin perjuicio de que dicha interpretación se refiere a exclusivamente a un mecanismo convencional específico (el del Convenio contra la tortura), se habrá advertido, en cualquier caso, que la norma española ha optado por la fórmula más restrictiva posible de la jurisdicción, admitiéndola exclusivamente en aquellos supuestos en que la extradición haya sido, efectivamente, solicitada y denegada¹¹⁵. *Sensu contrario*, y a

¹⁰⁹ “Los Estados miembros que denieguen la entrega o extradición a otro Estado miembro o a un tercer país de una persona sospechosa o condenada por uno de los delitos mencionados en los artículos 1 a 4 adoptarán las medidas necesarias para establecer asimismo su competencia sobre dichos delitos” (art. 9 – 3.). Cabe mencionar también el aludido *Convenio para la represión del terrorismo* del Consejo de Europa de 1977 (v. *supra*, nn. 34 y 106), en virtud del cual los Estados parte “adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia, con el fin de conocer de un delito comprendido en el artículo 1, en el caso de que el presunto autor de aquél se encuentre en su territorio y que el Estado no lleve a cabo la extradición después de haber recibido una solicitud de extradición de un Estado Contratante cuya jurisdicción esté fundada sobre una norma de competencia que exista igualmente en la legislación del Estado requerido” (art. 6 – 1.).

¹¹⁰ Todo lo más (es el caso del art. 8 – 2. del Convenio sobre la protección física de materiales nucleares), se refieren a *la no extradición de conformidad con el Convenio*, lo que no necesariamente exige que ésta se haya solicitado formalmente.

¹¹¹ *Loc. cit.*, §§ 26 y 27.

¹¹² Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de Diciembre de 1984 (*UNTS* vol. 1465, p. 85), arts. 5 - 2. y 7 - 1.

¹¹³ “[...] impose à l’Etat concerné l’obligation de soumettre l’affaire à ses autorités compétentes pour l’exercice de l’action pénale, indépendamment de l’existence, au préalable, d’une demande d’extradition à l’encontre du suspect”. *Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal)*. St. de 20 de Julio de 2012, § 94.

¹¹⁴ “En revanche, si l’Etat sur le territoire duquel se trouve le suspect est saisi d’une demande d’extradition dans l’un des cas prévus par les dispositions de la convention, il peut se libérer de son obligation de poursuivre en faisant droit à la demande d’extradition. Il en résulte que le choix entre l’extradition et l’engagement des poursuites, en vertu de la convention, ne revient pas à mettre les deux éléments de l’alternative sur le même plan. En effet, l’extradition est une option offerte par la convention à l’Etat, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la convention, dont la violation engage la responsabilité de l’Etat pour fait illicite” (*Ibidem*, § 95).

¹¹⁵ La denegación o “no autorización” de la extradición constituye, en congruencia, una excepción a la exclusión, establecida por el art. 23 – 5. LOPJ, de la perseguibilidad en España de los delitos

pesar de las eventuales obligaciones impuestas por los tratados internacionales, los tribunales españoles carecen de jurisdicción, según la LOPJ, en los casos en que el supuesto traficante extranjero se encuentre en territorio español pero no haya sido objeto de solicitud de extradición. (La excepción cualificada se encuentra en la nueva redacción del pfo. 2º) de la letra e) del art. 23 – 4. en relación con los delitos de terrorismo, al establecerse específicamente la jurisdicción española para los casos en que el presunto autor extranjero “se encuentre en España o [...] colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo”).

No deja de ser curioso que, sin embargo, el TS español haya afirmado (después de la reforma) una versión más amplia de la jurisdicción española a título de justicia supletoria:

“no quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de *inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición*, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la Ley penal, juzgarlo”¹¹⁶.

Quizá, al realizar esa afirmación, no había reparado el alto tribunal en el alcance del designio limitador de jurisdicción de la última la reforma legal efectuada¹¹⁷.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de la posible inserción del delito de tráfico de armas en la jurisdicción extraterritorial española a la luz de los tratados y otros instrumentos internacionales vinculantes para España nos ha permitido alcanzar algunas conclusiones no sólo en relación con el grado de adecuación al marco normativo allí establecido, sino también, con carácter más general, en relación con ciertos aspectos técnicos que caracterizan la última versión del artículo 23, aptdo. 4, de la LOPJ, así como con el tratamiento de la jurisdicción estatal por los tratados de Derecho internacional penal.

Para empezar, llama la atención la propia ausencia del delito de tráfico de armas como base sustantiva autónoma de la jurisdicción extraterritorial española. Y ello, no sólo por razones intrínsecas -sería inadecuado abundar, en este punto, sobre la importancia y gravedad creciente de este fenómeno criminal-, sino también en comparación con la

contemplados en el aptdo. 4. cuando “se hubiera iniciado un procedimiento para [la] extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas” [art. 23 – 5. b) 2º)]. Pero de ello se desprende, *sensu contrario*, que, si se autoriza la extradición, el delito no es perseguible en España. Sin perjuicio de la posible confusión semántica entre perseguibilidad y ejercicio de la jurisdicción, la incongruencia de este resultado es llamativa (y eso que la exposición de motivos de la Ley 1/2014 promete la definición “con claridad” del principio de subsidiariedad...).

¹¹⁶ STS 592/2014, *cit.*, FJ quinto, aptdo. 7. Cursiva añadida.

¹¹⁷ De imprescindible lectura al respecto, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: “El fin del modelo español de jurisdicción universal”. *REEI* (www.reei.org), nº 27, 2014.

inserción explícita y autónoma de otros delitos que, como el tráfico de drogas o la trata de seres humanos, tienen en común con aquél el tipo de comportamiento (el “tráfico”, con frecuencia, además, simultaneado por los mismos autores) y el hecho de que suelen cometerse en el seno de grupos u organizaciones criminales. Además, en el caso de la trata de personas, se da la circunstancia de que, al igual que el tráfico de armas de fuego, es objeto de un Protocolo perteneciente al mismo sistema convencional, el *de Palermo*, sin que sea evidente el motivo del distinto tratamiento a los efectos de la jurisdicción española¹¹⁸. Algo similar puede decirse en relación con el “tráfico de inmigrantes” (“delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”), que, al menos, es objeto de mención en la letra d) relativa a la jurisdicción sobre los delitos cometidos en los espacios marinos¹¹⁹.

Por su parte, la cláusula residual contenida en la letra p), puesta en relación con el contenido de los tratados y otras normas de Derecho internacional en la materia, ofrece muy escaso margen al despliegue de la jurisdicción extraterritorial española sobre el tráfico de armas, especialmente por la *vis atractiva* de otras figuras delictivas, como la delincuencia organizada, el terrorismo o los delitos contra la seguridad marítima.

Siendo esto así, la subsunción del tráfico de armas¹²⁰ en alguno de los delitos contemplados explícitamente en la LOPJ se produce con un grado de adecuación a las disposiciones de los instrumentos internacionales vinculantes para España en la materia que puede calificarse de relativo. Como hemos visto, las técnicas por medio de las cuales se contempla el establecimiento de la jurisdicción penal en los tratados son de dos tipos: la *obligación* y la *autorización*. Desde luego, al primer tipo pertenece el establecimiento, con diversas fórmulas, de la jurisdicción territorial. En cuanto a la extraterritorial, en contadas ocasiones se impone con carácter obligatorio el criterio de la personalidad activa¹²¹, contemplándose la extensión de la jurisdicción al ámbito extraterritorial, en la mayoría de instrumentos, sólo a título facultativo.

Por lo que hace al *tráfico de armas cometido en el seno de grupo u organización criminal*, la amplia jurisdicción que reconoce la norma española (estableciendo como único criterio que las conductas se lleven a cabo “con miras a” la comisión del delito en España) excede del ámbito expresamente autorizado por el sistema convencional de Palermo, tanto en el aspecto sustantivo (por cuanto es susceptible de incluir tráficos menos graves que los contemplados allí, y también el tráfico de armas no cubiertas por el Protocolo), como en el aspecto jurisdiccional (permite ir más allá del simple criterio de la personalidad activa allí autorizado).

¹¹⁸ V. *supra*, nn. 8 y 52.

¹¹⁹ La entrada en vigor para España del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* (*supra*, n. 8), también perteneciente al sistema de Palermo, ya había determinado en su momento la modificación del art. 23 – 4. LOPJ con el fin de incorporar la jurisdicción extraterritorial contemplada en el mismo (v. LO 13/2007, de 19 de Noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, *BOE* nº 278, de 20 de Noviembre de 2007, artículo primero).

¹²⁰ Entendido en sentido amplio desde el punto de vista de su objeto, ya se trate de armas de fuego, sus piezas y municiones, de los diversos tipos de explosivos, o de armas BQN y sus elementos.

¹²¹ V. por ej. el art. VII – 1. c) del Convenio contra las armas químicas (n. 58 *supra*); el art. 6 – 1. c) del Convenio SUA; o el art. 8 – 1. del Convenio sobre la protección física de materiales nucleares.

También presenta elementos de desajuste la cobertura internacional de la jurisdicción extraterritorial sobre el *tráfico de armas como delito de terrorismo*. De un lado, por el abordaje fragmentario e insuficiente de la normativa internacional en la materia (sin perjuicio de la DM de la UE sobre la lucha contra el terrorismo y del mandato genérico de la res. 1373 del Consejo de seguridad); de otro lado, por la *vis expansiva* de la jurisdicción española, de la que resulta expresiva la reforma introducida por la LO 2/2015¹²² por la que se extiende al delito cometido por extranjero que “se encuentre en España o [...] colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo”. Sin embargo, las cláusulas convencionales que imponen la regla *aut dedere aut judicare* ofrecen cierta cobertura parcial a esta extensión (no así la mencionada DM, que la reserva a los casos de denegación de la extradición).

Los instrumentos internacionales objeto de análisis incluyen además, con carácter general, su “cláusula de no exclusión” de la jurisdicción, por la que se completa la incidencia, sobre los Estados parte, del sistema de establecimiento de la jurisdicción penal convencionalmente establecido. En virtud de esas cláusulas, “no se excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados parte de conformidad con su Derecho interno”¹²³. Obviamente, no cabe interpretar este tipo de cláusula en el sentido de que tiene por efecto permitir o autorizar, *ipsa conventione*, cualquier base de jurisdicción que los Estados parte tengan a bien implantar en su Derecho interno. Esa interpretación anularía la virtualidad de todas las cláusulas –algunas, ciertamente prolijas– en las que se enuncian bases facultativas de jurisdicción extraterritorial, convirtiéndolas en papel mojado. De lo que se trata, es de cláusulas de respeto o *no prohibición*, en el sentido de que el Convenio o instrumento en cuestión, si bien obliga o autoriza al establecimiento de ciertas bases de jurisdicción, en cambio no proscrib, por él mismo, ninguna otra que pueda haberse establecido por el Derecho interno de los Estados parte¹²⁴. De este modo, los instrumentos internacionales legitiman fehacientemente *sólo* las bases de jurisdicción que ellos mismos imponen o autorizan; pero no por ello prohíben –ni *tampoco legitiman*– ninguna de las otras (que, eventualmente, pueden estar amparadas por el Derecho internacional general¹²⁵). A

¹²² V. *supra*, n. 78.

¹²³ V. art. 15 – 6. del Convenio de Palermo; art. 6 – 5. del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; art. 9 – 5. del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear; art. 6 – 5. del Convenio SUA; art. 6 - 2. del Convenio europeo para la represión del terrorismo; art. 9 – 5. de la DM sobre la lucha contra el terrorismo; art. 8 – 3. del Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares.

¹²⁴ Las escasas referencias del TS a este tipo de cláusulas no dejan muy clara su interpretación y función. V. por ej. STS 592/2014, *cit.*, FJ quinto, aptdo. 5.; y 866/2014, *cit.*, FJ quinto (ambas, en relación con el art. 4 - 3. del Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas).

¹²⁵ En el art. 15 – 6. del Convenio de Palermo se encuentra esa referencia: “Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno”. Según la Guía legislativa para los Estados parte en relación con este punto, “[t]he intent is not to affect general jurisdictional rules but rather for States parties to expand their jurisdiction in order to ensure that serious transnational crimes of organized criminal groups do not escape prosecution as a result of jurisdictional gaps” (la versión francesa se aproxima al matiz: “mais de permettre aux États parties d’étendre leur

todas luces, la generalización de este tipo de cláusula responde más a un designio de congruencia con el objetivo de la lucha contra la impunidad y la facilitación de la perseguibilidad universal de los crímenes de trascendencia internacional que al de legalización convencional positiva e indiscriminada de cualquier base de jurisdicción establecida discrecionalmente por las partes en su Derecho interno¹²⁶. Si embargo, es dudoso el respaldo efectivo ofrecido por el Derecho internacional general a esa hipotética jurisdicción universal en relación con el tráfico ilícito de armas, especialmente si no se inserta en la definición típica de terrorismo.

compétence”, a diferencia de la versión española, que lo tergiversa: “sino más bien que los Estados parte amplíen su jurisdicción”) (UNDC: *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol Thereto*. United Nations, New York, 2004, § 238). Según E. ORIHUELA CALATAYUD (*loc. cit.* n. 78, pp. 53 y 54), “[l]os negociadores de estos convenios asumieron [...] la legitimidad de actuaciones más allá de lo previsto en sus disposiciones; legitimación que también puede encontrar apoyo en las reglas del Derecho Internacional General y que, por tanto, alcanzaría a los Estados que no sean partes en los convenios” [notas omitidas], en un régimen de jurisdicción universal que la autora califica como “*facultativo puro o absoluto*”.

¹²⁶ La observación expresada por la juez *ad hoc* Van der Wyngaert en su opinión disidente de la sentencia del TIJ en el asunto de la *orden de arresto* (R. D. del Congo c. Bélgica, 14 de Febrero de 2001) parece ir en esta línea: “Dans ces conventions [de droit international pénal] les dispositions relatives à la compétence imposent habituellement aux Etats de se doter d'une compétence extraterritoriale, mais ne leur interdisent pas d'exercer leur compétence conformément à leur législation nationale. Même lorsqu'elles ne prévoient pas la compétence universelle, ces dispositions ne l'excluent pas non plus, pas davantage qu'elles ne demandent aux Etats d'éviter d'exercer cette forme de compétence en vertu de leur droit interne” (§ 61).