

LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ENJUICIAR LOS CRÍMENES COMETIDOS EN GUATEMALA

Juan Santos Vara*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SUBSIDIARIDAD DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL. III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN RELACIÓN CON EL GENOCIDIO. V. UN PASO MÁS HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. V. LA RELACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL CON OTROS VÍNCULOS DE CONEXIÓN. 1) La presencia del autor del delito en el territorio español. 2) La exigencia de víctimas españolas. 3) La conexión con otros intereses nacionales. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal constituye una *vexata quaestio* del Derecho internacional caracterizada por su complejidad y por la existencia de diversos interrogantes a los que el Derecho internacional aún no ha proporcionado una respuesta clara, sobretodo en relación con el principio de jurisdicción universal¹. Sin embargo, la convergencia en el tiempo de diversas decisiones judiciales de los tribunales internos de varios Estados que avalan la aplicación del principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de las más graves violaciones de los derechos humanos, entre los que se encuentran los españoles, junto con la creación del Tribunal Penal Internacional han contribuido a dotar al tema una gran actualidad.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional del pasado 26 de septiembre, que acepta la jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala por los gobiernos militares entre 1978 y 1986, constituye un excelente ejemplo del avance que viene experimentando la Comunidad Internacional en los últimos años en la persecución de los responsables de la comisión

* Profesor Titular Interino de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Salamanca.

© Juan Santos Varas. Todos los derechos reservados.

¹ Para un examen general de la jurisdicción extraterritorial, se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos: BOWETT, D. W.: "Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources", *BYIL*, 1982, pp. 2-26; GARCÍA AMAN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D.: *Crimen Internacional y Jurisdicción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; MANN, F.A.: "The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years", *RCADI*, vol. 186, 1984, n.º 3, pp. 9-116; STERN, B.: "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", *AFDI*, 1986, pp. 7-56 y "L'extraterritorialité revisitée: Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres...", *AFDI*, 1992, pp. 239-312.

de crímenes contra la humanidad, al amparo del principio de jurisdicción universal². Asimismo, esta Sentencia viene a consolidar la senda iniciada por la Audiencia Nacional el 30 de octubre de 1998, fecha en la que admitió la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de las violaciones de los derechos humanos cometidas por las dictaduras argentina y chilena, basándose en el principio de jurisdicción universal previsto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en el Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio de 1948 y en la Convención contra la Tortura de 1984³. Como consecuencia de las acciones emprendidas por los jueces y tribunales españoles se produjo la detención del ex dictador Augusto Pinochet en Londres por parte de las autoridades británicas y el procesamiento de los ex militares argentinos Ricardo Miguel Caballo y Adolfo Scilingo⁴.

Sin embargo, en el caso de Guatemala, la Audiencia Nacional decidió el 13 de diciembre de 2000 que no procede en este momento el ejercicio de la jurisdicción española, al considerar que, a diferencia de Chile y Argentina, no se ha constatado la inactividad de los tribunales guatemaltecos, pues no existe una legislación que impida actuar a los jueces locales y, además, no consta que se nieguen a actuar si se entablan acciones penales ante ella. Este Auto fue recurrido en casación ante el Tribunal Supremo, cuya resolución resultó aprobada por una ajustada mayoría de ocho votos contra siete. El Tribunal Supremo no sólo volvió a negar la falta de competencia de los tribunales españoles, sino que reinterpreto restrictivamente el alcance del principio de jurisdicción universal, contemplado en el artículo 23. 4 de la LOPJ, en la medida en que tal actuación judicial de carácter extraterritorial sólo se justifica por la concurrencia de intereses particulares de España⁵, a saber que el presunto delincuente se halle en territorio español y no se conceda la extradición, que las víctimas sean de nacionalidad española o que exista otro punto de conexión con intereses españoles relevantes⁶.

El objeto del presente trabajo es examinar la jurisdicción de los tribunales españoles para perseguir a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos, con independencia del lugar donde se comentan y de la nacionalidad de los

² Sentencia del Tribunal Constitucional, 237/2005, de 26 de septiembre de 2005.

³ Auto de la Audiencia nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 de noviembre de 1998 y Auto de la Audiencia nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 de noviembre de 1998.

⁴ Scilingo ha sido condenado recientemente a 640 años de prisión por crímenes contra la humanidad. Vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 19 de abril, de la que dimos cuenta en la primera crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional (enero-junio de 2005), *REEI*, nº 10. En el mismo número de la *REEI*, puede consultarse el trabajo de CAPELLÀ i ROIG, M.: "Los Crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*".

⁵ Por lo tanto, la sentencia del Alto Tribunal se adentra en el examen de cuestiones que no fueron planteadas por los recurrentes, en particular el alcance de la jurisdicción universal prevista en el artículo 23.4 de la LOPJ y la exigencia de vínculos adicionales de conexión con intereses nacionales, pues los recursos de casación versaban únicamente en torno a la apreciación realizada la Audiencia Nacional sobre la subsidiariedad de la jurisdicción española en relación con la competencia de los tribunales guatemaltecos. Por esta razón, los siete Magistrados que formularon un Voto particular consideran que el Alto Tribunal comete una violación de la prohibición de la *reformatio in pejus* (F.J. 5º).

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 327/2003, de 25 de febrero. No obstante, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación: "la Sala estima, por tanto, que en los casos del asesinato de los sacerdotes antes citados, así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables" (F.J. 12º).

autores, a la luz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional y de la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el asunto *Scilingo*. En particular, es preciso determinar si existen diferencias sustanciales entre los casos de Argentina y de Chile, por un lado, y el de Guatemala, por otro, tal y como ha mantenido la Audiencia Nacional, o simplemente se trata de poner freno a la avalancha de denuncias por genocidio y crímenes contra la humanidad que, muy a menudo, se refieren a hechos sucedidos en lugares muy alejados de nuestro territorio. El núcleo de las diferencias gira en torno a la interpretación del ejercicio subsidiario de la persecución universal respecto a la jurisdicción del Estado en el que se cometieron los crímenes. Asimismo, tras la condena de Scilingo por crímenes contra la humanidad, y no por genocidio como fue inicialmente imputado, se plantea ineludiblemente la cuestión de si los tribunales nacionales tienen jurisdicción universal para reprimir y sancionar este tipo de delitos, a pesar de que no se prevea expresamente en el artículo 23.4 de la LOPJ. No se pretende llevar a cabo un examen global del tema, sino reflejar las principales aportaciones que realiza la Sentencia del Tribunal Constitucional en relación con el proceso de desarrollo y consolidación de la jurisdicción universal.

II. LA SUBSIDIARIDAD DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

La Sentencia sobre la que versa este trabajo se dedica, en primer lugar, a analizar los criterios seguidos por la Audiencia Nacional que, apoyándose en los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 y, en particular, en el artículo VI del Convenio sobre genocidio, afirma la vigencia de la subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la del *locus delicti commissi* y a rechazar, en segundo lugar, los argumentos desarrollados por el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada.

El Auto de la Audiencia Nacional, objeto de recurso, estima que el principio de subsidiariedad se deriva del artículo VI Convenio sobre genocidio y del artículo 17 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional en el que se contempla el principio de complementariedad⁷. Por ello, “(...) la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal internacional”⁸. No obstante, el principio de subsidiariedad no se deriva necesariamente del artículo VI de la Convención sobre genocidio ya que, como expondremos más adelante, esta disposición no proporciona una base jurídica suficiente para el ejercicio de la jurisdicción universal⁹. Si bien el fundamento del artículo 17 del Estatuto de Roma

⁷ La Audiencia Nacional afirma que se debe cohonestar el principio de de persecución universal del delito de genocidio, previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ “con los criterios de atribución jurisdiccional del art. 6 del Convenio, que también es un mandato que tenemos por cuanto forma parte de nuestra legislación interna (art. 96 de la Constitución Española y art. 1.5 del C. Civil), y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del “ius cogens” internacional y que ha cristalizado en el propio art. 6 del mentado Convenio, y más recientemente en el art. 17 y ss.” (F.J. 2º del Auto de 13 de diciembre de 2000).

⁸ F.J. 2º. A este respecto, la Audiencia Nacional se limita a reproducir la doctrina establecida en los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998. En el Auto relativo a los delitos cometidos durante la dictadura Argentina se afirma que, si bien las leyes de Punto Final y Obediencia Debida han sido derogadas, resulta que dichas leyes son aplicadas y determinan la exención de responsabilidad. Se trata de normas que tienen la virtualidad de despenalizar conductas en el país en el que se cometieron, de forma que no se pueden asimilar a los supuestos en los que un imputado ha resultado absuelto o indultado.

⁹ En este sentido, los Siete Magistrados del Tribunal Supremo que formularon un Voto particular afirman que el principio de subsidiariedad no aparece recogido en nuestro Derecho positivo, ni en la LOPJ, ni en el Convenio sobre genocidio. La jurisdicción universal “no se rige por el principio de subsidiariedad sino

parece más pertinente¹⁰, el principio de justicia universal impone más bien el principio de concurrencia que el de subsidiaridad de jurisdicciones¹¹. Quizás por la debilidad que presenta el razonamiento de la Audiencia Nacional, el Tribunal Constitucional no se pronuncia expresamente sobre él mismo, y se conforma con declarar que la idea de dar prioridad a los tribunales del *locus delicti comissi* “(...) forma parte del acervo clásico Derecho internacional penal”. Por otro lado, el Tribunal Constitucional se esfuerza también en demostrar que no existe oposición entre el principio de subsidiariedad y la regla de la concurrencia de jurisdicciones, pues “siendo compromiso común (...) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido” (F.J. 4º). En efecto, la generalidad de la doctrina coincide en que la idea de dar preferencia a los tribunales del lugar en que se cometieron los crímenes aparece respaldada por el Derecho internacional general¹².

En este sentido, el Tribunal Constitucional acoge plenamente la doctrina desarrollada por la Audiencia Nacional aportando, al mismo tiempo, interesantes aclaraciones, en el sentido de que los Tribunales de un tercer Estado no sólo deberían abstenerse de intervenir cuando se hubiera iniciado un procedimiento por parte de la jurisdicción territorial o de un tribunal internacional, sino también “cuando resultara

por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, es decir garantizar que el Genocidio será en cualquier caso sancionado”, lo que supone que la jurisdicción de un tercer Estado queda excluida si está actuando la jurisdicción territorial (FF.JJ. 3º y 4º del Voto particular).

¹⁰ En opinión de TOMUSCHAT, es adecuada la mención del artículo 17 del Estatuto de Roma (Informe presentado ante el Instituto de Derecho Internacional sobre “La compétence universelle en matière pénale à l’égard du crime de génocide, des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, sesión de Cracovie, vol. 71-I, 2005, p. 235). En cambio, SIMON, J. M. se ha mostrado muy crítico con el razonamiento de la Audiencia Nacional al considerar que no se puede deducir de una relación vertical de Derecho internacional principios generales para una relación horizontal de sujetos “(...) porque *ratione personae* y consecuentemente *ratione materiae* son distintos y por lo tanto no generalizables” (“Justicia Universal y el Genocidio en Guatemala” *Max Planck Institute (www.iuscrim.mpg.de)*, 2001, pp. 3 y ss).

¹¹ En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado en relación con el artículo 23.4 LOPJ que “el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes” (F.J. 4º de la Sentencia 87/2000, de 27 de marzo).

¹² REMIRO BROTONS señala que “el *locus delicti* es una base de jurisdicción indiscutible, la primera de ellas, la preferente y recomendable: los delitos pueden y deben ser juzgados allí donde se cometieron, más aún cuando los responsables y las víctimas son nacionales y residentes en el territorio” (*El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 47). Para ABAD CASTELOS “tanto el Derecho internacional consuetudinario como el convencional conciben el principio de jurisdicción universal con un marcado carácter subsidiario o secundario” (La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998, p. 55). En el informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal elaborado por la International Law Association (ILA) se afirma que “gross human rights offenders should be brought to justice in the state in which they committed their offences. In the absence of such proceedings, full advantage should be taken of the possibility to bring perpetrators to trial on the basis of universal jurisdiction” (*Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences*, 2000, pp. 20-21).

previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo”¹³. En consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción universal de carácter extraterritorial depende de que existan indicios serios y razonables que acrediten, bien una falta de voluntad, bien de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes más graves por parte de los Tribunales del Estado en el que ocurrieron los hechos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional discrepa de la aplicación del criterio de la subsidiariedad llevada a cabo por la Audiencia Nacional en el caso de Guatemala. Así, mientras que la Audiencia Nacional señala que a diferencia de los casos de Chile y Argentina no existe una legislación que impida actuar a los jueces locales, y no consta que si se ejercitan acciones penales ante la justicia guatemalteca ésta se niegue a actuar¹⁴, el Tribunal Constitucional señala que el Auto de la Audiencia Nacional, objeto de recurso, exigió a los denunciantes una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de exigir que la denuncia presentada ante la jurisdicción del *locus delicti commissi* hubiera sido rechazada. De este modo, la falta de respuesta a una denuncia presentada ante los tribunales del Estado en el que se cometieron los delitos bloquearía la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal por parte de un tercer Estado.

Es evidente que el razonamiento de la Audiencia Nacional presenta una indudable debilidad en la medida en que trata de basarse en diferencias de carácter formal entre los casos de Chile y Argentina, por un lado, y el Guatemala, por otro, que no responden a divergencias sustanciales entre ambas situaciones. Si bien es cierto que el artículo 8 de la Ley de Reconciliación Nacional excluye expresamente la extinción de responsabilidad penal del delito de genocidio, y la Comisión de Esclarecimiento Histórico creado por el Acuerdo de Oslo de 1994 recomienda perseguir y enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala, la realidad nos muestra que no se han llevado a cabo. Además, si en el año 2000 podían subsistir ciertas dudas respecto a la falta de voluntad o de capacidad de actuación de los tribunales guatemaltecos, tras el tiempo transcurrido podemos afirmar que se han desvanecido completamente tales dudas.

Las diferencias entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Constitucional nos muestra la dificultad que presenta determinar en cada caso concreto la pasividad del Estado en que se cometieron los crímenes¹⁵. Muy a menudo los tribunales internos de

¹³ F.J. 4º. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se detiene en el examen de la extraña concepción del principio de subsidiariedad defendida por el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal afirma que “determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano”, que puede tener una gran repercusión en el ámbito de las relaciones internacionales, que corresponde al Gobierno con arreglo al artículo 97 CE (F.J. 7º de la Sentencia del Tribunal Supremo). Es comprensible que el Tribunal Constitucional no haya prestado atención a este razonamiento, ya que nada tiene que ver con la subsidiariedad de la jurisdicción penal.

¹⁴ El Auto de 13 de diciembre de 2000 concluía que “(...) no podemos inducir la inactividad judicial en virtud del transcurso de tiempo como fue factible en Chile y Argentina por el transcurso de años desde que terminaron las dictaduras militares dado que como queda reseñado, el material de que se vale como núcleo esencial, la denuncia inicial, vio la luz el 25.02.1999 y la denuncia se presentó el 02.12.1999. sin acompañar a la misma ninguna resolución judicial que la rechace” (F.J. 4º).

¹⁵ El debate en torno a la naturaleza subsidiaria del principio de justicia universal se ha planteado en el asunto *Congo c. Francia*, pues el Congo ha alegado que el artículo 5.2 del Convenio contra la Tortura reconoce la preferencia del Estado territorial, del Estado de la nacionalidad del autor y del Estado de nacionalidad de la víctima sobre el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto delincuente

los Estados en los que se han cometido violaciones graves de los derechos humanos se encuentran ante dificultades muy importantes o están incluso impedidos de actuar como consecuencia de la existencia de normas internas que impiden la persecución, como pueden ser las leyes de amnistía. Aún cuando no exista una legislación de carácter prohibitivo, los órganos judiciales pueden estar sometidos a fuertes presiones por parte de los poderes gubernamentales o fácticos, pues se trata de crímenes cometidos desde las estructuras del Estado, o al menos bajo su amparo¹⁶. En estas circunstancias la prioridad del principio de territorialidad ha de ceder a favor de la persecución universal¹⁷. Salvo en los casos en que la legislación impida actuar a los jueces locales o haya transcurrido un largo período de tiempo, no va a resultar fácil determinar la falta de voluntad o de capacidad de los tribunales *locus delicti commissi*. En todo caso, es preciso evitar un uso arbitrario de la jurisdicción universal que podría dar lugar a lo que Ferrer Lloret ha denominado una suerte de “neocolonialismo judicial en el ámbito penal”¹⁸.

Por último, como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se reunió el 3 de noviembre de 2005 con el objetivo de unificar criterios en relación con la jurisdicción extraterritorial. La Audiencia Nacional estima que ya no deberá ser el querellante el que demuestre la pasividad de los tribunales del lugar en el que se cometieron los crímenes, sino que la Audiencia deberá comprobarlo de oficio, recurriendo a los instrumentos de cooperación internacional existentes para recabar información del Estado en el que se cometieron los hechos y de los organismos internacionales pertinentes. Solamente, tras la respuesta en la que se declare la inexistencia de procesos por la misma causa o transcurrido un plazo razonable sin haber obtenido respuesta, el Tribunal se pronunciará sobre si admite a trámite la querrela o la archiva¹⁹.

III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN RELACIÓN CON EL GENOCIDIO

El Tribunal Supremo considera que no cabe interpretar que el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 admita la jurisdicción universal para la persecución de este tipo de delitos, pues el artículo VI prevé que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal del Estado en que ocurrieron los hechos o por un tribunal penal internacional, y el artículo VIII atribuye a los órganos de Naciones Unidas la competencia para tomar las medidas apropiadas para

(*Demanda de la República del Congo contra Francia*, p. 6), pero el Tribunal Internacional de Justicia aún no se ha pronunciado.

¹⁶ La Audiencia Nacional mantiene en la Sentencia recaída en el asunto *Scilingo* que resultan útiles los criterios contenidos en el artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en relación con el principio de complementariedad, a la hora determinar si se ha ejercido o se está ejerciendo jurisdicción efectiva por parte del Estado en cuestión.

¹⁷ BOLLO AROCENA, M. D.: “Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia”, *REDI*, 2004, n.º 1, p. 108.

¹⁸ FERRER LLORET, J.: “El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España”, *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, 2004.

¹⁹ Diario *El País*, de 4 noviembre de 2005. A esta doctrina se alude por primera vez en el Auto de la Audiencia Nacional de 10 de enero de 2006 por el se admite a trámite la querrela por genocidio contra el pueblo tibetano, de la que se tratará más adelante.

la prevención y represión de actos de genocidio²⁰. En este sentido, la Sentencia recurrida hace depender la operatividad de la jurisdicción universal prevista en el artículo 23.4 LOPJ de que un convenio internacional del que España sea parte la reconozca expresamente.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Constitucional parten de una concepción del Convenio sobre genocidio totalmente distinta de la defendida por el Tribunal Supremo. En efecto, ambos Tribunales estiman que de la mención en el Convenio de 1948 de algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio en relación con la jurisdicción universal no cabe deducir que los Estados parte no puedan establecer otros títulos para la persecución de un delito que afecta a la Comunidad Internacional en su conjunto. No cabe duda que el sistema de garantías previsto por el Convenio se ha revelado poco eficaz²¹. En estas circunstancias, no es de extrañar que la Audiencia Nacional y el Tribunal Constitucional consideren que el artículo VI del Convenio establece una obligación de mínimos dejando libertad a los Estados firmantes para establecer ulteriores mecanismos para reprimir este tipo de violaciones del Derecho internacional²².

El Tribunal Constitucional señala que “resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre el genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos” (F.J. 5º). Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que la aceptación de la interpretación restrictiva conllevaría una limitación en las posibilidades de combatir el delito de genocidio que aquellos Estados que no hubieran firmado el Convenio no tendrían, lo cual resulta totalmente absurdo²³, pues como ha señalado la doctrina “se penalizaría a los Estados

²⁰ En apoyo de su tesis el Tribunal Supremo alega que España incorporó el delito de genocidio en el Código Penal entonces vigente mediante la ley 44/1971, de 15 de noviembre, pero no se modificaron las normas relativas a la competencia de los tribunales españoles para incluir el principio de jurisdicción universal respecto del delito de genocidio.

²¹ En este sentido, CASSESE afirma que “la plupart des Etats qui l’ont formulé ont préféré privilégier le moment de la souveraineté nationale plutôt que l’exigence de punir les auteurs des crimes atroces” (CASSESE, A.: “La Communauté Internationale et le génocide”, en Mélanges Michel VIRALLY: *Le Droit International au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, 1991, p. 185). MIAJA DE LA MUELA señalaba en 1951, en referencia a la definición restrictiva del concepto de genocidio incluida en la Convención de 1948, que “la debilidad de la Convención contra el genocidio se subraya por otras deficiencias en su articulado, tales como el quedar en principio reducida su represión a los tribunales nacionales, y por la inconsecuencia que supone con la denominación que se le dio, (...), la ausencia total de medidas que pudieran ser calificadas de preventivas” (“El genocidio, delito internacional” *REDI*, vol. 4, 1951, p. 405). También se ha manifestado que la Convención de 1948 no es más que “a registration of protest against past misdeeds of individual or collective savagery rather than an effective instrument of their prevention or repression in the future” (JENNINGS, R.; WATTS, A.: *Oppenheim’s International Law*, 1992, p. 994).

²² En este sentido, STEVEN señala que “because Article VI merely establishes the minimum jurisdictional obligation for states in which genocide occurs, other states are free to expand upon this baseline” (“Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of Its International Obligations”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, n.º 2, 1999, p. 459).

²³ En todo caso, no ha de olvidarse que la fiscalía de la Audiencia Nacional mantuvo que el Convenio sobre el genocidio impediría a los Estados parte ejercer la jurisdicción universal, con el objetivo de justificar que los tribunales españoles no tendrían jurisdicción para enjuiciar los crímenes cometidos en Chile y Argentina. Esta opinión es compartida por un sector de la doctrina española. A este respecto, ORTIZ DE LA TORRE, T. afirma que como consecuencia de la adhesión a la Convención “España había

comprometidos en la persecución y sanción de determinados crímenes internacionales en beneficio de los Estados no partes, quienes no estarían constreñidos por límite convencional alguno”²⁴. De este modo, el Tribunal Constitucional viene a avalar la tesis que viene manteniendo la Audiencia Nacional desde los Autos del 4 y 5 de noviembre de 1998.

En el fondo de las diferencias entre ambos razonamientos subyace la clásica discusión entre los partidarios de la aplicación exclusiva del principio de territorialidad y aquellos que interpretan el Convenio sobre genocidio en el sentido de que no excluye el ejercicio de la jurisdicción universal. Lo cierto es que la interpretación del texto y del contexto del Convenio, con arreglo a los criterios previstos en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, parece orientarse hacia la primera tesis²⁵, de modo que, ante la persistencia de estas divergencias, y sin dejar de ser cierto que el artículo VI de la Convención sobre genocidio no puede entenderse como norma excluyente de jurisdicciones distintas de las allí previstas²⁶, todo parece indicar que la Convención de 1948 no puede interpretarse en el sentido de que autorice la represión universal de este delito²⁷.

El Tribunal Constitucional deduce de la ausencia de prohibición en relación con la jurisdicción universal que los Estados parte pueden establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio, afirmando a continuación que “el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional” preside el espíritu del Convenio y forma parte del Derecho consuetudinario e incluso del *ius cogens*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no presta excesiva atención a las razones que vendrían a avalar esta conclusión. Aunque

renunciado a la competencia propia a favor de la del país donde hubiere ocurrido el genocidio cuando se tratase de otro Estado parte en la Convención (...) Por lo tanto, la competencia española del art. 23.4 de la LOPJ queda reservada a delitos de genocidio cometidos en Estados no partes en la Convención de 1948, pero no en los que lo son (...) (“Competencia judicial penal internacional de los tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos por extranjeros contra españoles en Iberoamérica”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n.º 13, 1997, pp. 511-512).

²⁴ MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, en SALINAS DE FRÍAS, A. (Coord.): *Nuevos Retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea*, Universidad de Málaga, Málaga, 2001, p. 164. Para REMIRO BROTONS “(no) es de recibo una interpretación gramatical y lógica que conduce a resultados manifiestamente absurdos, en línea de directa contradicción con los objetivos perseguidos (...) Absurdo es que los Estados no partes en un mecanismo de cooperación multilateral dispongan de medios jurisdiccionales que las partes en el mismo abandonan (...)” (“La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal, en QUEL LÓPEZ J. (Coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid, 2000, p. 209. Este mismo argumento ha sido recientemente defendido por Christian Tomuschat en el Informe presentado ante el Instituto de Derecho Internacional sobre “La compétence universelle en matière pénale à l’égard...”, *loc. cit.*, p. 231.

²⁵ En el proceso de elaboración del Convenio se rechazaron diversas propuestas tendentes a incorporar el principio de jurisdicción universal por motivaciones de carácter político (vid. a este respecto, entre otros, CARNEGIE, A. R.: “Jurisdiction over violations of the Laws and Customs of War”, *BYIL*, vol. 39, 1963, p. 403 y ss.; STEVEN, L. A.: “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute...”, *loc. cit.*, pp. 450 y ss.).

²⁶ SÁNCHEZ LEGIDO afirma que “si realmente el Convenio del Genocidio hubiera de interpretarse en el sentido de una proscripción de la jurisdicción universal, su vocación universal y su generalizada aceptación vendrían a arrojar serias y fundadas dudas en cuanto a la subsistencia y vigencia de tal principio en el Derecho internacional general, al menos en lo que al genocidio se refiere” (*Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 168).

²⁷ En este sentido se manifiesta también PEYRO LLOPIS, A.: *La compétence universelle en matière de crimes contre l’humanité*, Paris, 2003, p. 20.

podría sostenerse que la Convención no afectó al derecho de carácter consuetudinario de los Estados partes de ejercer jurisdicción universal para reprimir el genocidio²⁸, a mi entender, sería el desarrollo posterior al Convenio de 1948 del Derecho internacional el que legitimaría plenamente la actuación extraterritorial universal para perseguir a los presuntos autores de este delito²⁹. Evolución que viene refrendada claramente por la filosofía que subyace detrás del Convenio de 1948 que pretende evitar la impunidad del más grave de los crímenes contra la humanidad³⁰.

En este orden de ideas, la aceptación de la postura que se ciñe exclusivamente al contenido del artículo VI del Convenio del genocidio con el objetivo de negar la vigencia del principio de jurisdicción universal supone, en primer lugar, desconocer los avances convencionales posteriores que se han alcanzado en la represión de otros *delicta iuris gentium*³¹. De este modo, se produciría la paradoja de que para la represión del crimen más grave, la Comunidad Internacional dispondría de menos instrumentos que para otros de menor entidad, ya que ni siquiera se incluye en el Convenio de 1948 el principio *aut dedere aut iudicare*³². En segundo lugar, hemos de tener en cuenta que el ordenamiento internacional ha experimentado en los últimos cincuenta años un proceso de humanización, de modo que el respeto de los derechos humanos ha dejado de ser un asunto de la jurisdicción interna de los Estados para pasar a convertirse en una cuestión que interesa a la Comunidad Internacional en su conjunto. En este proceso han coadyuvado indudablemente la consolidación de las normas de *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes*, pero sobretodo, el concepto de crímenes contra la humanidad. En consecuencia, no es posible contemplar actualmente la persecución y sanción del delito de genocidio únicamente desde el prisma de la Convención de 1948.

En este sentido, son numerosos los Estados que se han mostrado favorables a la represión del genocidio en virtud del principio de jurisdicción universal en sus legislaciones internas, sobretodo a partir de la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda³³. Podría objetarse que la práctica judicial de los Estados en este terreno es todavía poco coherente para poder

²⁸ STEVEN, L. A.: “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute...”, *loc. cit.* p. 453. En la sentencia relativa al asunto Eichmann el Tribunal afirmó que “every sovereign State may exercise its existing powers within the limits of customary international law, and accession of a State to the Convention does not involve the waiving of powers which are not mentioned in Article 6” (Se puede consultar tanto la Sentencia del Tribunal de Distrito de Jersusalén como la dictada en apelación por el Tribunal Supremo en *International Law Reports*, vol. 36, 1968).

²⁹ Como señala Kenneth Randall “the requirement that the parties must prosecute genocide only under the territoriality principle does not mean that they have deprived themselves of the customary law right to exercise universal jurisdiction under the same acts” (“Universal Jurisdiction under International Law”, *Texas Law Review*, 1988, p. 863).

³⁰ En opinión de SÁNCHEZ LEGIDO, “si, en efecto, el Derecho internacional general reconociera la jurisdicción universal sobre el genocidio, tal interpretación, (...), sería también la interpretación más conforme con el objeto y fin de un Convenio adoptado para la prevención y sanción de unas conductas que, además de atroces, suelen orquestarse desde las putrefactas entrañas de esos mismos órganos obligados a su castigo” (*Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 171).

³¹ Para una visión completa de los numerosos tratados existentes vid. ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2000, pp. 161-238.

³² Sobre la relación entre el principio *aut dedere aut iudicare* y la jurisdicción universal vid. MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, *loc. cit.*, pp. 166-170.

³³ Para obtener una amplia visión de las legislaciones nacionales que recogen el principio de jurisdicción universal se puede consultar la base de datos del CICR: <http://www.icrc.org/ihl-nat>. También resulta interesante la página http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/legal_memorandum.

afirmar la existencia de una norma consolidada³⁴, ya que, a pesar del significativo aumento del número de casos en los que se ha procesado en los últimos tiempos a los responsables de genocidio sobre la base de este principio, la práctica es todavía escasa. Ahora bien, hay que tener en cuenta que los pronunciamientos judiciales recaídos en esta materia no han sido seriamente objetados, excepto por parte de los responsables de los crímenes, basándose generalmente en la literalidad del artículo VI del Convenio de 1948³⁵. Sin embargo, el delito de genocidio rara vez se presenta aislado, sino que suele aparecer conectado con otros crímenes internacionales como los crímenes de guerra, la tortura, el *apartheid*, etc., y se pueden, por lo tanto, asimilar al genocidio algunas actuaciones de los tribunales internos en supuestos calificados de crímenes contra la humanidad³⁶.

Por otro lado, la creación del Corte Penal Internacional vendría a confirmar la jurisdicción universal de carácter consuetudinario en relación con el delito de genocidio, pues la atribución de competencia a la Corte para conocer de determinados delitos supone el reconocimiento de su gravedad y del interés de la Comunidad Internacional en su represión³⁷, y el sistema de justicia creado por el Estatuto de Roma no funcionara satisfactoriamente si los Estados no disponen de jurisdicción universal en relación con los crímenes de los que tiene competencia la Corte³⁸.

Por todo ello, la mayoría de la doctrina considera que el Derecho internacional general reconoce jurisdicción a todos los Estados para enjuiciar a los autores del crimen de genocidio, con independencia del lugar en el que se haya cometido y de la nacionalidad de los presuntos autores o de las víctimas³⁹.

IV. UN PASO MÁS HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

En principio, no se puede extender automáticamente las conclusiones a las que se ha llegado en relación con el delito de genocidio al resto de los crímenes contra la humanidad. No se pretende realizar en este epígrafe un estudio general sobre la jurisdicción universal en materia de crímenes contra la humanidad, cuestión de la que, además, se ha venido ocupando la doctrina ampliamente en los últimos años⁴⁰, sino

³⁴ PEYRO LLOPIS, A.: *La compétence universelle...*, *op. cit.*, p. 128. De hecho, hasta principios de los años noventa, al referirse a la práctica sólo se podían citar los asuntos *Eichmann* y *Demjanjuk*.

³⁵ La postura que viene manteniendo el Tribunal Supremo español se identifica claramente con este tipo de objeciones.

³⁶ ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La cooperación internacional contra la impunidad...”, *loc. cit.*, 204

³⁷ *Ibidem*, p. 201. También resultará negativamente afectado el funcionamiento del Tribunal Penal Internacional en las relaciones con aquellos Estados Partes que no hayan adaptado sus tipos penales a las exigencias sustantivas derivadas del Estatuto de Roma (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “Los crímenes de competencia de la Corte”, GARCÍA AMAN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D.: *Crimen Internacional y Jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 66).

³⁸ Tomuschat, C.: “La compétence universelle en matière pénale...”, *loc. cit.*, p. 233.

³⁹ Vid., entre otros, los siguientes trabajos: ABAD CASTELOS, M.: “La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto...” *loc. cit.*, p. 52 y ss.; ILA: “Final report on the exercise of universal jurisdiction...” *loc. cit.*, p. 5; ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La cooperación internacional contra la impunidad...”, *loc. cit.* p. 203; Tomuschat, C.: “La compétence universelle en matière pénale...”, *loc. cit.* pp. 230 y ss.

⁴⁰ Entre otros muchos, se pueden mencionar los siguientes: BAUTISTA JIMÉNEZ, J. M.: “Los crímenes contra la humanidad: estado de la cuestión”, *Conflicto social y sistema penal. Diez estudios sobre la actual reforma*, Colex, Madrid, 1996, pp. 217 y ss.; BASSIOUNI, M.: “Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, 2001, pp. 118 y ss.; FERRER

examinar las consecuencias que se derivan del pronunciamiento del Tribunal Constitucional y de la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el asunto *Scilingo*, en relación con la jurisdicción universal.

El listado de delitos, previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ, en el que se otorga competencia a los tribunales españoles en virtud del principio de jurisdicción universal, se completa con una cláusula final en la que se declara que serán igualmente competentes en relación con cualquier otro delito que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España. Sin embargo, se ha considerado que la inexistencia de un tratado internacional en esta materia impediría la operatividad de la previsión del legislador español en relación con los crímenes contra la humanidad⁴¹. Además, hasta hace poco tiempo los crímenes contra la humanidad tampoco aparecían tipificados en nuestro Código Penal⁴². Es preciso recordar que el reconocimiento de la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad por parte de las legislaciones internas ha sido tradicionalmente más bien escaso⁴³.

Nuestro Tribunal Constitucional no se pronuncia en este asunto sobre la jurisdicción en materia de crímenes contra la humanidad, pues los crímenes cometidos en Guatemala se identifican claramente con el delito de genocidio, además de terrorismo y torturas. No obstante, el Tribunal Constitucional se alinea en su razonamiento con la doctrina establecida por la Audiencia Nacional en los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, el primero de los cuales sirvió de base para el procesamiento de ex militar argentino Scilingo, del que resulto posteriormente condenado por crímenes contra la humanidad.

En el Auto de 4 de noviembre de 1998, la Audiencia Nacional considera que España tiene jurisdicción para conocer de hechos susceptibles de tipificarse como genocidio (también terrorismo y torturas), cometidos en Argentina, en virtud del principio de persecución universal de determinados delitos, previsto en el artículo 23.4 LOPJ. Como es sabido, se trataban de unos hechos que se identificaban mejor con los crímenes contra la humanidad que con el genocidio, pero, ante la ausencia de tipificación en nuestra legislación interna, la Audiencia Nacional no se atreve a aplicar el derecho consuetudinario, aún cuando aparecen claramente tipificados desde hace tiempo en el ordenamiento internacional.

LLORET, J.: “El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España”, *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, 2004, pp. 107 y ss.; PEYRO LLOPIS, A.: *La compétence universelle...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad...*, *loc. cit.*, pp. 50 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; Tomuschat, C.: “La compétence universelle en matière pénale...”, *loc. cit.* p. 235 y ss.

⁴¹ Aún cuando el Estatuto del Tribunal Penal Internacional no tiene como objetivo instaurar nuevos títulos de jurisdicción a favor de los Estados miembros, se puede considerar que la definición incluida en el artículo 7 ha solucionado el problema derivado de este vacío normativo.

⁴² Recientemente se ha procedido a incorporar un nuevo artículo 607bis en el que se tipifican “los delitos de lesa humanidad” (Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, de 26 de noviembre de 2003, p. 41866). Para una visión crítica sobre la omisión del legislador al elaborar el Código Penal de 1995 vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M.; ABAD CASTELOS, M.: “Offences against the International Community According to the Spanish Penal Code”, *SYBIL*, vol. IV (1995-1996), pp. 9-12.

⁴³ A este respecto, se señala en el Informe de la ILA sobre el ejercicio de la jurisdicción universal “the absence of treaty provisions on the exercise of universal jurisdiction regarding crimes against humanity (...) explains why only few states have legal provisions allowing them to exercise universal jurisdiction with regard to these offences” (“Final report on the exercise of universal jurisdiction ...”, *loc. cit.*, p. 12).

Recientemente, en la Sentencia de 19 de abril de 2005 recaída en el asunto *Scilingo*, la Audiencia Nacional nos explica abiertamente porque no se atrevió el 4 de noviembre de 1998 a franquear la puerta de los crímenes contra la humanidad. La inexistencia de regulación concreta de otras figuras de crímenes contra la humanidad, distintas del genocidio en nuestro ordenamiento, “(...) únicamente podía ser paliada por una interpretación amplia del delito de genocidio, ajustando el concepto técnico primitivo superrestringido que se contenía en la Convención sobre Genocidio a la evolución que se había producido posteriormente en el seno de la Sociedad Internacional, (...)”. En definitiva, ante la deficiente regulación existente hasta hace poco tiempo en el ordenamiento interno de los crímenes contra la humanidad es totalmente legítimo, a juicio de la Audiencia Nacional, apartarse del concepto artificial y restrictivo de genocidio, y permitir la incorporación de los delitos contra la humanidad, en sus expresiones más graves, a través de la regulación del genocidio. Una vez incorporada la tipificación, vuelve a restringir la regulación del genocidio en nuestro ordenamiento jurídico al tipo más específico de los crímenes contra la humanidad⁴⁴.

Por otro lado, la Audiencia Nacional, además de condenar a Scilingo por crímenes contra la humanidad, lleva a cabo una extensa justificación de la competencia de los tribunales españoles para actuar extraterritorialmente en relación con este tipo de delitos. En este sentido, la Audiencia Nacional afirma que el Derecho internacional reconoce la posibilidad de ejercer la jurisdicción penal a cualquier Estado para exigir la responsabilidad individual por delitos contra la humanidad, ya que una de las características fundamentales de estos crímenes es que pueden ser perseguidos internacionalmente⁴⁵. Si bien la Audiencia reconoce que lo menos complicado es que sean perseguidos por un Tribunal Internacional o por Estado territorial, lo importante es que cuando tal persecución internacional no ha podido realizarse no queden impunes⁴⁶.

A pesar de que el Tribunal Constitucional no se pronuncia expresamente sobre la competencia de los órganos judiciales españoles para actuar extraterritorialmente en

⁴⁴ La Audiencia Nacional señala que no puede considerarse que el anterior tipo penal de genocidio fue forzado para incluir las conductas atribuidas al acusado, pues la tipificación penal del genocidio respondía al objetivo de buscar un fundamento en el derecho interno que permitiera dar así cobertura a la actuación extraterritorial de los tribunales nacionales. En mi opinión, el razonamiento seguido por la Audiencia Nacional en este aspecto, si bien responde al objetivo legítimo de evitar que quede impune la comisión de delitos de lesa humanidad, es ciertamente discutible, al igual que lo fue la imputación inicial como genocidio (SANTOS VARA, J.: Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional (enero-junio de 2005, *REEI*, nº 10, p. 7).

⁴⁵ Se cita incluso en su apoyo la argumentación desarrollada por el juez argentino Caballo, en el Auto de 6 de marzo de 2001, que declaraba nulas las Leyes de obediencia debida y punto final, en el que se contiene, entre otras las siguientes afirmaciones: “(...) el carácter de *ius cogens* y *erga omnes* que se les reconoce a algunas conductas consideradas como crímenes contra el Derecho de Gentes. Una primera consecuencia que surge ante la comisión de conductas de esta naturaleza es que la Humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal (...). Toda la humanidad y los Estados en que ésta se organiza tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción punitiva a sus autores o partícipes. Para asegurar que tal interés sea efectivamente satisfecho, el derecho de gentes asigna competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en su contra (jurisdicción universal) (...) al enjuiciar y penar a los responsables el Estado (incluso el del territorio donde los hechos ocurrieron) actuará en interés del conjunto de la comunidad internacional, interés superior al suyo individual”.

⁴⁶ Por ello, se considera que es totalmente legítimo que en estos casos un Estado asuma la defensa de los intereses de la Comunidad Internacional, sin que tal modo de actuar pueda ser considerado como injerencia en los asuntos de otros. A todo ello, podría añadirse, en aras de justificar la persecución por parte de los tribunales españoles, el interés en la defensa de sus nacionales víctimas del delito.

relación con los crímenes contra la humanidad, la asunción de la doctrina desarrollada en el Auto de 4 de noviembre de 1998, que ha servido de base a la Sentencia recaída en el asunto *Scilingo*, supone un reconocimiento indirecto de la jurisdicción universal de nuestros tribunales para perseguir a los autores de este tipo de crímenes. Del razonamiento seguido por la Audiencia Nacional en el pronunciamiento de 19 de abril de 2005, se deduce que todos los Estados tienen la posibilidad de ejercer su jurisdicción penal con carácter extraterritorial para reprimir las conductas que supongan una violación de la norma imperativa que prohíbe los crímenes contra la humanidad. De este modo, no existirían diferencias en cuanto al alcance de la jurisdicción universal para perseguir y sancionar el genocidio y el resto de los crímenes contra la humanidad. Además, la actuación de los tribunales españoles en el caso *Pinochet* ha sido también considerada un precedente a favor de la jurisdicción universal sobre crímenes contra la humanidad⁴⁷.

Por otra parte, a lo largo la Sentencia sobre la que versa este trabajo, se realizan diversas consideraciones en torno a la naturaleza del principio de persecución universal que muestran que el Tribunal Constitucional concibe la jurisdicción universal como una institución destinada a perseguir y sancionar los crímenes que por sus características afectan a toda la Comunidad Internacional, de los que evidentemente los crímenes contra la humanidad constituyen el mayor exponente. En definitiva, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional puede ser considerado como un precedente a favor del reconocimiento de la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad.

V. LA RELACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERAL CON OTROS VINCULOS DE CONEXIÓN

En opinión del Tribunal Supremo, la asunción unilateral de jurisdicción que realiza el artículo 23.4 de la LOPJ ha de interpretarse a la luz del Derecho internacional⁴⁸. Así, el ejercicio de la jurisdicción universal sólo resulta aceptable cuando concurren determinados vínculos de conexión, como que el presunto delincuente se halle en territorio español y no se conceda la extradición, que las víctimas sean de nacionalidad española o que exista otro punto de conexión con intereses españoles relevantes. En este sentido, no plantea ningún problema la extensión extraterritorial de la ley penal, prevista en el artículo 23.4 LOPJ, cuando un convenio del que España sea parte avale tal actuación⁴⁹. Las limitaciones que introduce el Tribunal Supremo al principio de justicia universal responden a la idea de evitar la apertura generalizada de procedimientos por estos delitos con independencia del lugar en el que se hubieran cometido, ya que “(...) no le corresponde a ningún Estado en

⁴⁷ Vid. en este sentido SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁸ El Alto Tribunal señala que la extensión extraterritorial de la ley penal se justifica por la existencia de intereses particulares de cada Estado, de modo que se puede perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sobre la base del principio real o de defensa o de protección de intereses y del de personalidad activa o pasiva. Sin embargo, “cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público” (F.J. 7º).

⁴⁹ El Tribunal Supremo menciona un listado de tratados internacionales suscritos por España relativos la persecución de delitos relevantes para la Comunidad Internacional para corroborar su interpretación del principio de jurisdicción universal. En estos convenios se reflejan criterios de jurisdicción basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, junto con la fórmula clásica de colaboración *aut dedere aut punire*, pero en ningún de estos convenios se incorpora la posibilidad de establecer la jurisdicción universal en la legislación interna sin limitación alguna.

particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de sus jurisdicción” (F.J. 8º). Por esta razón, se afirma en la resolución impugnada que la jurisdicción universal debe modularse con arreglo a criterios de racionalidad y de respecto al principio de no intervención, de modo que “(...) el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal” (F.J. 9º).

De este modo, el Tribunal Supremo reinterpreto en sentido restrictivo el alcance de la jurisdicción de nuestros tribunales para enjuiciar delitos cometidos fuera de nuestras fronteras por ciudadanos extranjeros que supone, como veremos a continuación, reconducir el principio de justicia universal a otros títulos de jurisdicción extraterritorial. En consecuencia, el Alto Tribunal no acepta que los tribunales españoles tengan competencia para ejercer jurisdicción sobre los crímenes cometidos en Guatemala porque, además de no constar que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición, “no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia ni se denuncia la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes” (F.J. 10º).

No obstante, los siete Magistrados del Tribunal Supremo que formularon un Voto particular a la Sentencia de la mayoría, señalaron que la existencia de víctimas españolas puede reforzar las razones que justifican la actuación de los tribunales españoles para conocer del asunto, pero dicha jurisdicción se basa en el principio de persecución universal, con arreglo a lo previsto en el artículo 23.4 a), y no en el de personalidad pasiva. Asimismo, exigir la concurrencia de un interés nacional es contrario a la consideración del genocidio como delito que afecta a la Comunidad Internacional en su conjunto. Por ello, la exigencia de un vínculo o conexión entre los hechos y un interés del Estado que ejerce jurisdicción puede estar justificado para evitar la proliferación de procesos por delitos totalmente extraños o alejados, es decir con el objetivo de excluir “el exceso o abuso del derecho”, pero no puede suponer la derogación de la jurisdicción universal a través de la aplicación del principio de personalidad pasiva que, además, no existe en nuestro ordenamiento. En todo caso, en opinión de los siete Magistrados, en el caso de Guatemala se aprecian, entre otros, los siguientes vínculos de conexión con España: culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, junto con el hecho de que la querrela se refiere a un número relevante de víctimas de nacionalidad española. El conjunto de conexiones con nuestro país se completa con el asalto a la Embajada en española, “que no puede constituir un ejemplo más claro de afectación a los intereses de nuestro país, y constituye un caso manifiesto de conexión, pues se produjo en el ámbito de las acciones genocidas, como la supuesta represalia de la protección que se ofrecía a la etnia agredida” (F.J. nº 12 del Voto particular).

El Tribunal Constitucional se alinea expresamente con el Voto particular a la Sentencia impugnada, que ha mostrado claramente la inexistencia de una costumbre internacional en el sentido pretendido por el Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional menciona en apoyo de su razonamiento las legislaciones de otros países

que incorporan el principio de jurisdicción universal sin vincularlo a intereses nacionales⁵⁰.

1) La presencia del autor del delito en el territorio español

Como hemos visto anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo incluye un listado de tratados internacionales concluidos por España en los que se establece la clásica fórmula *aut dedere aut iudicare* con el objetivo de demostrar que en ninguno de ellos se incluye el principio de jurisdicción universal. Del examen del conjunto de estos convenios, el Alto Tribunal deduce que el ámbito de aplicación del artículo 23.4 LOPJ ha de restringirse, en el supuesto de que las víctimas del genocidio no sean ciudadanos españoles, a los casos en que los autores de delito se hallen en territorio español.

Se ha señalado que este tipo de jurisdicción que conduce a vincular la persecución universal con la detención del acusado es aceptada por el Derecho internacional consuetudinario en relación con la piratería⁵¹. También se considera que las violaciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra de 1947 y del Primer Protocolo establecen este tipo de jurisdicción. Estos Convenios cuentan con un precepto de contenido idéntico que establece la obligación de las Partes contratantes de buscar al responsable de haber cometido un crimen de guerra para proceder a su enjuiciamiento, con independencia de su nacionalidad⁵². Sin embargo, se prevé en la misma disposición la posibilidad de entregar al presunto delincuente a otro Estado interesado en procesarlo, siempre que haya formulado suficientes cargos contra él. Pues bien, el Estado en el que sea hallado el presunto criminal de guerra no sólo tiene la facultad de enjuiciarlo, sino que está obligado a juzgarlo, salvo que lo extradite a otro Estado interesado, pero ello no impide que los demás Estados puedan ejercer la jurisdicción universal *in absentia* del acusado⁵³. De igual forma, los convenios que prevén la fórmula *aut dedere aut iudicare* requieren de la presencia del acusado en el territorio porque, de no ser así, no concurriría la obligación bien de juzgar, bien de extraditar. Sin embargo, el ejercicio obligatorio de la jurisdicción en virtud de la cláusula *aut dedere aut iudicare* se acompaña generalmente de una disposición en virtud de la cual no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales⁵⁴.

Si bien la exigencia de que el acusado se encuentre a disposición de las autoridades que pretenden ejercer jurisdicción universal es aceptada por un amplio sector de la doctrina⁵⁵, tal requisito no aparece contemplado en el ordenamiento español,

⁵⁰ Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio y crímenes contra la humanidad), Dinamarca (art. 8.6 de su Código Penal), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 Código Penal) o Alemania (art. 6 Código Penal alemán y la Ley promulgada el 26 de junio de 2002 con la finalidad de adaptar el Derecho penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional).

⁵¹ CASSESE, A.: "When may Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium Case*", *EJIL*, 2002, vol. 13, pp. 857-858.

⁵² Artículos 49 de la I Convención, 50 de la II Convención, 129 de la Tercera y 147 de la IV Convención de Ginebra de 1949, así como el artículo 85 del Protocolo Adicional I de 1977.

⁵³ En este sentido se manifiesta BOLLO AROCENA, M. D.: "Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos...", *loc. cit.*, p. 103 y ss.; CASSESE, A.: *Internacional Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 286.

⁵⁴ Un buen ejemplo de este tipo de cláusulas aparece recogido en el artículo 5.3 de la Convención contra la Tortura de 1984.

⁵⁵ ABAD CASTELOS señala que "(...) el principio de universalidad parece habilitar al ejercicio de la competencia penal sólo al Estado en cuyo territorio se encuentre o se halle el presunto autor del delito" ("La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto..." *loc. cit.*, p. 55). En este sentido se

ni es consustancial al principio de justicia universal, al menos cuando se ejerce con carácter facultativo, pues la introducción de este tipo de requisitos desnaturaliza la propia naturaleza del principio de jurisdicción universal, que viene motivada por la lesión que determinados crímenes causan a la Comunidad Internacional en su conjunto, con independencia del lugar donde se cometen, de la nacionalidad de las víctimas o de los autores, o de la presencia del autor en el territorio del foro. Por ello, Ferrer Lloret considera que se debería distinguir entre la jurisdicción universal y la jurisdicción universal territorial. Mientras que la primera implica que no existe ningún vínculo con el Estado territorial, la segunda se debería emplear para el ejercicio de la jurisdicción en relación con hechos cometidos en el extranjero cuando el acusado se encuentra en el territorio del Estado. Esta distinción terminológica le lleva al autor a afirmar que “(...) resultaría redundante insistir en que el ejercicio de la jurisdicción universal es *in absentia* del imputado en el territorio⁵⁶”.

A este respecto, nuestro Tribunal Constitucional sostiene que, si bien la presencia del presunto culpable en España es un requisito necesario para el enjuiciamiento y eventual condena, ya que no se admiten en nuestra legislación los juicios en rebeldía, el ejercicio de la competencia judicial y de la apertura del proceso para enjuiciar delitos que afectan a toda la Comunidad Internacional no depende de esta circunstancia, pues ello supondría introducir una restricción no contemplada en la ley, que afecta además a la propia naturaleza de la institución de la jurisdicción universal.

De este modo, el Tribunal Constitucional acepta que el fundamento de la acción de los tribunales internos para reprimir este tipo de crímenes reside en la gravedad de los mismos, pues la Humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal y todos los Estados tienen un interés esencial en que este tipo de conductas no quede impune. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional implica asimismo que no se admite que de la obligación *aut dedere aut iudicare* incluida en numerosos convenios internacionales se derive una prohibición de ejercer la jurisdicción en ausencia de los acusados, lo que supone el rechazo de uno de los argumentos que vienen tradicionalmente alegando los opositores del principio de persecución universal en España y en otros países, a saber que el responsable se encuentre a disposición de las autoridades judiciales. En efecto, en la mayoría de los convenios, la inclusión de la cláusula *aut dedere aut iudicare*, como hemos señalado anteriormente, va acompañada de una disposición en virtud de la cual no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes internas.

Ciertamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional no hace referencia al hecho de que las legislaciones internas que prevén están posibilidad son pocas y que apenas existen decisiones judiciales que vengán a refrendar en la práctica la jurisdicción *in absentia*. Sin embargo, ello se comprende en la medida en que lo que se quiere poner de manifiesto es que no existe ninguna norma internacional de carácter consuetudinario o convencional que resulte vulnerada como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción universal en ausencia de los acusados.

Cuestión distinta es que un juez interno legitimado para actuar en virtud del principio de persecución universal, como señala Remiro Brotons, “(...) ponderará la

manifiesta también: COSNARD, M.: “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *RGDIP*, vol. 103, 1999, p. 323 ; MARTÍN MARTÍNEZ, M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, *loc. cit.*, p. 164.

⁵⁶ FERRER LLORET, J.: “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002” (República Democrática del Congo contra Bélgica), *ADI*, vol. XVIII, 2002, p. 315.

oportunidad de ejercer su jurisdicción si aprecia como altamente improbable la presencia del acusado y, por ello, la igualmente, alta probabilidad de acabar archivando los autos⁵⁷. No se puede desconocer que el ejercicio de este tipo de jurisdicción resulta poco efectivo si no se llega a materializar la presencia del imputado ante los tribunales del foro. Por ello, se reconoce en la propia Sentencia que la colaboración entre Estados a través de instrumentos, como la extradición, constituye un elemento fundamental para la adecuación persecución y sanción de los crímenes más graves del Derecho internacional. En todo caso, el inicio de procedimientos en ausencia de los autores de los crímenes puede tener un valor simbólico para las víctimas⁵⁸, y es evidente que este tipo de actuaciones va a contribuir al proceso de consolidación de la justicia universal, actualmente en curso, del que el asunto *Pinochet* constituye un buen ejemplo. Por otra parte, el ejercicio de la jurisdicción sobre la base del principio de jurisdicción universal también puede tener como consecuencia indirecta que el Estado territorial o el Estado en cuya jurisdicción se encuentre el individuo se decida finalmente a enjuiciar a los autores de este tipo de crímenes⁵⁹.

Esta cuestión se planteó en el asunto *Yerodia* ante el Tribunal Internacional de Justicia, pues el Congo alegó que la Ley belga de 1993, modificada en 1999, que permite el ejercicio de la jurisdicción universal en ausencia del presunto culpable del territorio belga supone una vulneración del principio de igualdad soberana de los Estados. En opinión del Congo, el ejercicio de la jurisdicción universal depende de la presencia del acusado en el territorio del Estado que pretende poner en marcha el principio de persecución universal. Si embargo, en la Memoria final, el País africano centró el objeto de su demanda en la vulneración de las normas en materia de inmunidad de jurisdicción de su Ministro de Asuntos Exteriores que se deriva de la orden internacional de detención adoptada por el juez belga. Por esta razón, el Tribunal Internacional de Justicia evita pronunciarse sobre esta delicada cuestión⁶⁰. A pesar de que Bélgica se opuso a la tesis del Congo, en abril de 2003 procedió a modificar la Ley de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho

⁵⁷ REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad...*, op. cit., p. 57. en opinión de Ferrer Lloret, “los jueces y tribunales españoles deben abstenerse de aplicar el principio de jurisdicción universal cuando no haya indicio de que el imputado por actos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra se encuentre en territorio español y tampoco se tenga noticia de que vaya a viajar a España (...)” (“El principio de jurisdicción universal...”, loc. cit., p. 161).

⁵⁸ Vid. en este sentido: FERRER LLORET, J.: “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción...”, loc. cit., p. 324; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...* op. cit., p. 393.

⁵⁹ Por ello, BOLLO AROCENA considera que la pretensión de los tribunales internos de un Estado de ejercer la jurisdicción universal *in absentia* “(...) no puede ser considerada, *per se*, contraria al principio de soberanía del Estado, máxime si con ello se consigue activar el mecanismo que ponga en marcha el enjuiciamiento del presunto autor de un crimen de esta naturaleza” (Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos...”, loc. cit., p. 106).

⁶⁰ *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, párrafo 46. Sin embargo, los jueces HIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL consideraron, en su opinión individual, que no existe ninguna norma convencional ni consuetudinaria que haga depender el ejercicio de la jurisdicción universal de la presencia del acusado en el territorio que entabla el procedimiento (*Joint separate opinion of judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, párrafos 52 y ss.). En cambio, los jueces GUILLAUME, RANJEVA, BULA BULA y REZEC se manifestaron en sus opiniones individuales en sentido contrario.

internacional humanitario limitando, en la práctica, las posibilidades de ejercer la jurisdicción universal *in absentia*⁶¹.

2) La exigencia de víctimas españolas

En cuanto a la exigencia de que las víctimas sean de nacionalidad española, el Tribunal Constitucional señala que supondría la incorporación de una restricción no prevista en la ley, que implicaría, en consecuencia, “(...) que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español” (F.J. 9º). Es evidente que no era esa la finalidad con la que se introdujo la jurisdicción universal en el artículo 23.4 LOPJ⁶². Si bien el Tribunal Constitucional se refiere de forma expresa únicamente al genocidio no cabe duda de que la interpretación desarrollada sobre esta cuestión se extiende a todos los delitos para los que el artículo 23.4 prevé la jurisdicción universal, pues, como señala el propio Tribunal Constitucional, es la única interpretación acorde con el fundamento de la institución.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional tiene el mérito de desmontar completamente la extraña construcción jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Supremo con el objetivo de restringir el alcance de la jurisdicción universal de los tribunales españoles que, en la práctica, supondría sustituir el principio de justicia universal por el de personalidad pasiva. Además, el Tribunal Supremo en su esfuerzo por desnaturalizar la naturaleza del principio de jurisdicción universal incurre en el error de considerar el principio de personalidad pasiva como base inobjetable de jurisdicción que, aparte de no aparecer contemplado en la LOPJ, no existe un convencimiento claro sobre su reconocimiento por el Derecho internacional⁶³, e implica, al mismo tiempo, una cierta desconfianza ante la jurisdicción de otros países que puede conducir a graves abusos. De ahí que no sea aconsejable su utilización, a menos que aparezca contemplado en algún tratado internacional a la vez que en el ordenamiento interno⁶⁴. Además, el recurso al criterio de personalidad pasiva no es coherente cuando se trata de crímenes de especial gravedad que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, de forma que su persecución no debería basarse en un vínculo de carácter nacional entre las víctimas y el Estado que lleva a cabo la persecución⁶⁵. En todo caso, como señala Remiro Brotons la justificación de este principio como base de jurisdicción se va a referir a supuestos en los que se podría acudir al principio de persecución

⁶¹ Para un examen de estas modificaciones vid. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M. E.: “Comentarios a la Ley Belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, reformada el 23 de abril de 2003”, *REDI*, 2003, n° 2, pp. 834-848.

⁶² Como señalan los siete Magistrados que suscribieron el Voto particular “si interpretamos el nexo de conexión, como se hace en la sentencia mayoritaria, en sentido tan restringido que únicamente alcanza a los casos de víctimas de nacionalidad española, que, para acoger la competencia por genocidio, deben además formar parte de la étnica que es víctima del dicho delito, suprimimos en la práctica el principio de jurisdicción universal derogando lo dispuesto en el artículo 23.4 de la LOPJ” (F.J. 11º de la Sentencia del Tribunal Supremo).

⁶³ Se trata de un principio muy cuestionado por la doctrina. Vid. en este sentido: MANN, F.A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *RCADI*, vol. 111, 1964, pp. 91 y ss.; STERN, B.: “Quelques observations sur les règles internationales...” *loc. cit.*, p. 34.

⁶⁴ ABAD CASTELOS, M.: “La actuación de la Audiencia Nacional Española...”, *loc. cit.*, p. 54.

⁶⁵ CASSESE, A.: *International Criminal Law...*, *op. cit.*, pp. 283-284.

universal “por lo que, una de dos, o está de más o hace de menos al principio de persecución universal”⁶⁶.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional viene a legitimar la doctrina desarrollada por la Audiencia Nacional en los últimos años en relación con los casos chileno y argentino, ya que en los Autos de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998 se considera que la presencia de españoles entre las víctimas se configura como un criterio de razonabilidad que hace que los tribunales españoles tengan un “interés legítimo” en ejercer su jurisdicción, circunstancia que no convierte a ese hecho en una base autónoma que habilitaría para su persecución y sanción.

3) La conexión con otros intereses nacionales

Por lo que se refiere al criterio basado en el interés nacional, el Tribunal Constitucional señala que si se admitiera la inclusión de este criterio en el apartado 4 del artículo 23, supondría reconducirlo al apartado 3 del mismo artículo, en el que se incluye el principio de protección de intereses. En virtud del principio de protección, un Estado puede ejercer su jurisdicción para la persecución y sanción de determinadas conductas, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad de los autores, siempre y cuando afecten a intereses esenciales como la seguridad del Estado. Si bien este principio es el que se presta a más abusos de todos⁶⁷, goza de un reconocimiento generalizado⁶⁸. Al amparo de esta base de jurisdicción, el artículo 23.3 de la LOPJ establece la jurisdicción española para conocer de una serie de delitos que afectan contra la seguridad del Estado: traición, delitos contra la paz o la independencia del Estado, rebelión, sedición, delitos contra el Jefe del Estado u otros miembros de su familia, atentado contra autoridades o funcionarios españoles, delitos contra la Administración Pública española. El listado se completa con otros delitos relativos a la falsificación de la moneda española y otras falsificaciones.

El Tribunal Constitucional pone claramente de manifiesto que el fundamento y objetivo del principio de jurisdicción universal no se identifica con la protección de intereses esenciales del Estado. Así, se afirma que “la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (...) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto” (F.J. nº 9). Esta concepción viene también avalada, según el Tribunal Constitucional, por la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que se define la jurisdicción universal en materia penal como “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso

⁶⁶ *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad...*, *op. cit.*, p. 49. Para ORIHUELA CALATAYUD “su virtualidad en la lucha contra la impunidad debería apreciarse en el caso de convenios que no prevean la actuación al amparo del principio de universalidad o que previéndola no pudiera someterse a juicio al delincuente por falta de establecimiento de la legislación interna para ello y, además, la jurisdicción universal tampoco encontrara fundamento en el Derecho Internacional General” (“La cooperación internacional contra la impunidad...”, *loc. cit.*, p. 183).

⁶⁷ Como señala GARCÍA ARÁN, M., se trata de “(...) una extensión de soberanía sólo ejercitable si resulta reconocida por el país competente por el principio de territorialidad, lo que plantea innumerables problemas si el autor se encuentra en otro país y éste deniega la extradición por considerar los hechos como delito político” (“El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial Español”, GARCÍA AMAN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D.: *Crimen Internacional y Jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 66).

⁶⁸ Vid. BOWETT, D. W.: “Jurisdiction: changing patterns of authority...”, *loc. cit.*, pp. 10-11; MANN, F.A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *loc. cit.*, pp. 93-94; STERN, B.: “Quelques observations sur les règles internationales...”, *loc. cit.*, pp. 34-35.

de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”.

VI. CONCLUSIONES

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 tiene el mérito de poner fin a la incertidumbre en la que estaba inmerso el contenido y alcance de la aplicación extraterritorial del Derecho penal en relación con el genocidio y los crímenes contra la humanidad, tras las discrepancias manifestadas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional a través de sus pronunciamientos, y pone también freno a los intentos de la Audiencia Nacional de introducir limitaciones en el ejercicio de su competencia para enjuiciar a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos que han tenido lugar fuera de nuestras fronteras.

En este sentido, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional supone la consolidación de la jurisdicción universal de los órganos judiciales españoles para conocer del delito de genocidio y de los crímenes contra la humanidad, con independencia del lugar donde se hayan cometido y de la nacionalidad de las víctimas, al considerar que la decisión del legislador español de optar por una concepción amplia del principio de persecución universal está plenamente aceptada por el Derecho internacional.

Además, el Tribunal Constitucional legitima claramente la idea de que la pretensión de los tribunales españoles de actuar sobre la base del principio de jurisdicción universal no supone inmiscuirse en la soberanía de otro Estado. Esta tesis la viene manteniendo la Audiencia Nacional desde los autos de noviembre de 1998 y ha sido recientemente reiterada en el asunto *Scilingo*, pues en estos casos un Estado asume la defensa de los intereses de la Comunidad Internacional, que es la que exige la responsabilidad penal individual.

La Sentencia, objeto del presente trabajo, nos pone también de manifiesto que no es fácil conciliar en la práctica la prioridad de la jurisdicción del Estado donde se cometieron los delitos con la necesidad de evitar la impunidad de los responsables de la comisión de conductas que atentan contra las más elementales normas de la convivencia ética internacional. Al margen de los casos en los que la legislación interna impida actuar a los jueces locales o haya transcurrido un largo período de tiempo desde que se cometieron los delitos, no va a resultar fácil determinar la falta de voluntad o de capacidad de los tribunales locales.

En definitiva, frente a la concepción del Tribunal Supremo que trata de vincular el interés de todos los Estados en la persecución y condena de los autores de crímenes contra la humanidad con intereses del Estado en la protección de determinados bienes, el Tribunal Constitucional acoge claramente la posición que considera que la persecución universal no depende de la concurrencia de intereses particulares del Estado en cuestión. En efecto, el artículo 23.4 de la LOPJ establece el principio jurisdicción universal en relación con la comisión de conductas especialmente graves, sin limitaciones derivadas de otros criterios de atribución.

De ahora en adelante, los jueces y tribunales españoles ya no tendrán excusas para adoptar resoluciones judiciales que no respeten la esencia del principio de justicia universal, que viene determinada por la ausencia de cualquier vínculo de conexión con intereses particulares del Estado del foro. Así, a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el 10 de enero de 2006, la Audiencia Nacional ha admitido a trámite la

querrela presentada contra el anterior Presidente de China Jiang Zemin, el ex Primer Ministro Li Peng y otros altos cinco cargos de la República Popular China por su presunta participación en el delito de genocidio cometido contra el pueblo tibetano.

En el Auto sobre el Tíbet, se constata que el pueblo tibetano no tiene posibilidades de exigir responsabilidades penales ante los tribunales chinos, dadas las circunstancias del caso, el lapso de tiempo transcurrido desde que los hechos tuvieron lugar y las innumerables gestiones realizadas por los representantes del Tíbet. Esta decisión judicial se refiere asimismo a la doctrina establecida por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 3 de noviembre de 2005, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional, con el objetivo de unificar criterios y tratar de evitar una avalancha de querellas por genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos en distintas partes del mundo. Se introduce así un nuevo requisito basado en la idea de razonabilidad, de modo que “constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la comunidad internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”.

Si bien no cabe duda de que la jurisdicción universal ha de ir unida a un ejercicio razonable de la misma, los requisitos establecidos por la Audiencia Nacional no vienen exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, y podrían servir de base para dictar resoluciones desestimando la jurisdicción universal de los órganos judiciales españoles, no respetando, de este modo, la interpretación del Tribunal Constitucional. Quizás por ello, en el Auto sobre el Tíbet se pone de manifiesto que la finalidad de la nueva doctrina es evitar “que se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho”, y no de que los hechos objeto de denuncia, el país en el que se cometieron estén o no alejados del nuestro. Resta por ver si a través de esta doctrina se lograra conciliar la necesidad de evitar la avalancha de querellas por crímenes contra humanidad con el respeto de la esencia del principio de jurisdicción universal.