

# NOTAS DE URGENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LA REFORMA DEL ART. 23.4 DE LA LOPJ POR LA LEY ORGÁNICA 1/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE

FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS

*Abogado*

Recibido: 26.01.2010 / Aceptado: 05.02.2010

**Resumen:** La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ha limitado el alcance del principio de justicia universal de la jurisdicción penal española. Este trabajo pretende, exclusivamente, poner de relieve la situación legal creada tras dicha reforma en relación con el principio de “justicia universal”.

**Palabras clave:** Jurisdicción universal, jurisdicción penal, justicia universal, crímenes internacionales.

**Abstract:** The Spanish (“Ley orgánica”) Act 1/2009, of November 3<sup>rd</sup> 2009, modifies article 23 of Act 6/1985, of July 1st, in order to reduce the scope of the principle of universal jurisdiction in criminal matters. This paper tries to emphasize, exclusively, the legal situation created after the above mentioned reform.

**Key words:** Universal jurisdiction, criminal matters, international crimes.

**Sumario:** I. Introducción. La reforma del art. 22.3 LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre 2009. II. Principio de justicia universal. Concepto, fundamento y calificación provisionalísima. III. Principio de justicia universal. Relación de delitos cubiertos por este principio en el art. 23.4 LOPJ. IV. Principio de justicia universal. Delitos regulados por Convenios internacionales. V. Principio de justicia universal. Las relaciones entre los Convenios internacionales y el art. 23.4 LOPJ. VI. Principio de justicia universal. Vinculación del delito con España. VII. Principio de justicia supletoria.

## I. Introducción. La reforma del art. 22.3 LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre 2009.

1. Los párrafos 4 y 5 del art. 22.3 LOPJ han sido modificados por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009). El objetivo principal de dicha reforma, diga lo que diga el legislador, ha sido “limitar” el alcance del principio de justicia universal de la jurisdicción penal española<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El texto vigente del art. 23 LOPJ a fecha 18 enero 2010 es el siguiente.

“1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidas en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido

Estas notas de urgencia sólo pretenden poner de relieve los aspectos más llamativos de dicha reforma y la situación en la que queda el citado principio de “justicia universal” en la legislación española tras esta intervención del legislador. Esta reforma ya ha llamado la atención de la doctrina, que ha escanciado interesantísimos estudios sobre la misma y a los que se remite desde ahora mismo al lector interesado<sup>2</sup>.

*cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:*

- a) *Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.*
- b) *Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.*
- c) *Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.*

3. *Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:*

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

4. *Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:*

- a) *Genocidio y lesa humanidad.*
- b) *Terrorismo.*
- c) *Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.*
- d) *Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.*
- e) *Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.*
- f) *Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.*
- g) *Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.*
- h) *Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.*

*Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.*

*El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.*

5. *Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo”.*

<sup>2</sup> L. M. BUJOSA VADELL, “Reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *Diario La Ley*, Nº 7298, Sección Tribuna, 4 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-377 (consultado en su versión on line); J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»”, *Diario La Ley*, Nº 7211, Sección Doctrina, 6 Jul. 2009, Año XXX, (consultado en su versión on line); J. DEL CARPIO DELGADO, “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, Nº 7307, Sección Doctrina, 21 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-390 (consultado en su versión on line), así como las abundantes y completas referencias bibliográficas contenidas en

Como datos previos resulta importante destacar que esta reforma de la “jurisdicción universal”, es reforma de enorme calado jurídico para el Derecho Internacional Público, para el Derecho Penal Internacional, para el Derecho Procesal y de profundo significado político y diplomático, que, sin embargo, se ha producido gracias a un sospechoso consenso político entre los dos partidos políticos de mayor representación en las Cortes españolas. No ha existido un auténtico debate político sobre la reforma (= las voces discordantes, minoritarias en ambas Cámaras, fueron, simplemente, ignoradas). Por otro lado, las opiniones que expertos internacionalistas, penalistas y procesalistas expresaron en las publicaciones jurídicas y en la prensa general, fueron totalmente desatendidas por el legislador. La controversia social sobre la reforma se ha visto muy reducida debido al antes aludido “sospechoso consenso” entre los dos partidos con mayor representación parlamentaria. En efecto, al margen de ciertas voces discordantes anteriores a la reforma, que esgrimieron sólidos argumentos jurídicos, sociales y políticos contra la misma, la reforma, ocultada bajo el manto de la pretendidamente taumatúrgica “implantación de la Oficina judicial”, ha generado una escasa discusión social que ahora tiende a ya desaparecer.

Es preciso operar de forma extraordinariamente cautelosa cuando se analiza el principio de justicia universal. En efecto, este principio constituye una manera eficaz de luchar, en ciertos supuestos, contra la impunidad de determinados sujetos especialmente relevantes, -políticos, Jefes de Estado, militares de alta graduación-, en casos de extraordinaria gravedad objetiva: genocidios, matanzas diversas, *apartheid*, delitos de guerra, etc. En este sentido la justicia universal protege a toda la Humanidad, no a un Estado o a otro. Protege también a los más necesitados y desvalidos ante los atropellos criminales cometidos por los más poderosos.

El Derecho Internacional no ha salido bien parado tras esta reforma. La existencia de una norma consuetudinaria de Derecho internacional que, al margen de los Convenios internacionales, obligue a los Estados a perseguir determinados delitos de especial trascendencia con arreglo al principio de justi-

---

estos trabajos. Sobre la jurisdicción universal los estudios doctrinales son numerosos. *Vid.* en especial para obtener una amplia gama de posiciones sobre las distintas perspectivas en torno a tal principio, el documentado estudio de L. HING-IRANI, *Universal Jurisdiction for Humanitarian Crimes*, 2008, así como el de M. OLLE SESE, *Justicia universal para crímenes internacionales*, 2008. *Vid.* también, de forma más particularizada, C. RUIZ MIGUEL / R. BERMEJO GARCÍA, “Una sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (nota a la Sentencia 237/2005 del TC)”, *REDI*, 2005, pp. 911-924; A. PIGRAU SOLÉ, “A propósito de la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional”, *REDI*, 2005, pp. 893-910. Puede verse también, entre la abundante y profunda bibliografía sobre la jurisdicción universal o principio de justicia universal, sin ánimo exhaustivo, M. ABREGÚ, “Actuación de tribunales nacionales y el problema de la territorialidad”, en AA.VV., *Crímenes contra la Humanidad y Genocidio*, XII Seminario “Duque de Ahumada”, Ministerio Interior, Madrid, 2001; AA.VV., *El principio de Justicia Universal*, Colex, Madrid, 2000; A. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999; M.D. BOLLO AROCENA, *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad País Vasco, Bilbao, 2004; C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “El genocidio maya ante el Tribunal Constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 56, 2006; J. SANTOS VARA, “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, en *REEI*, núm. 11, 2006; M. CAPELLÁ I ROIG, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007; M. HENZELIN, *Le Principe de l’Universalité en Droit Pénal International. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*, Helbing & Lichtenhann, 2000; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: Encuentros y desencuentros en torno a la figura de los crímenes de derecho internacional”, en GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J. (dir.), *Derechos Humanos, Relaciones Internacionales y Globalización. Studia in honorem Nelson Mandela*, 2.<sup>a</sup> ed., Ediciones Jurídicas G. Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 345-371; I. BLANCO CORDERO, “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo (I)”, en *Diario La Ley*, vol. 2, 2004, p. 1637; I. BANTEKAS / S. NASH, *International Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 2003, pp. 155-169; A. SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003; J. FERRER LLORET, “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, pp. 320-325; M.C. BASSIOUNI, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, 2001-1, pp. 80-89.

cia universal, ha quedado en entredicho<sup>3</sup>. En efecto, el art. 23.4 LOPJ somete este principio de justicia universal a numerosas restricciones, algo que sólo es posible si la aludida norma consuetudinaria de Derecho Internacional no existe.

## II. Principio de justicia universal. Concepto, fundamento y calificación provisionalísima.

2. En virtud de este principio (art. 23.4 LOPJ), los tribunales españoles son competentes para conocer del enjuiciamiento de determinados delitos cuya comisión presenta una “repercusión internacional”, cualquiera que sea el lugar de comisión de tales delitos y la nacionalidad y residencia de los responsables penales y/o de las víctimas. Tales normas regulan la competencia internacional de los jueces y tribunales españoles en el orden penal en relación con las materias de carácter penal, y no en relación con las materias civiles de las que puede y/o debe conocer un tribunal penal español. Los tribunales penales españoles sólo pueden conocer de los aspectos civiles derivados de las infracciones penales en la medida en la que así lo establezcan las normas que regulan la competencia en materia civil, como ha señalado A.-L. CALVO CARAVACA (*vid.* por ejemplo, art. 5.4 Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en DOCE L 12 de 16 enero 2001)<sup>4</sup>.

3. El fundamento de este principio de universalidad o justicia universal (art. 23.4 LOPJ) radica en los siguientes argumentos.

4. *a) Bien jurídico universal.* Ciertas conductas de extrema gravedad dañan “bienes universales” (= dañan a la Humanidad misma y la Humanidad se extiende por todo el globo terrestre, por lo que debe contemplarse como un bien jurídico “universal”). Con otras palabras, puede afirmarse también que estos delitos dañan los “intereses comunes de todos los Estados” (M.R. MORENO-TORRES HERRERA, F. BUENO ARÚS)<sup>5</sup>. En consecuencia, la comisión de estos delitos repercute y produce efectos jurídicos en todo el planeta (= perjudican a bienes ubícuos, “*bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional en su conjunto*” como lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, en BOE núm. 278 de 20 noviembre 2007 y corr. err BOE núm.210 de 27 diciembre 2007), cualquiera que sea el lugar donde se hallan cometido y la nacionalidad y residencia de los responsables penales y/o de las víctimas. Por lo tanto, tales delitos también producen efectos jurídicos “en España”, lo que justifica que los tribunales españoles del orden penal puedan y deban intervenir en el enjuiciamiento de estas gravísimas conductas (ATS Penal 2 julio 2009 [abordaje en aguas internacionales para perseguir el delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas]).

5. *b) Inexistencia de monopolios jurisdiccionales penales estatales en relación con estos delitos.* La persecución y el enjuiciamiento de estos gravísimos delitos beneficia a todos los Estados, razón por la que es aconsejable que dicha persecución y dicho enjuiciamiento sea asumida por todos los Estados (STC 21/1997 y STC 87/2000). Ningún Estado debe asumir un “monopolio” del enjuiciamiento de estas conductas gravísimas, porque todos los Estados están afectados por las mismas. Debe aceptarse que todas las jurisdicciones penales estatales puedan intervenir para juzgar y reprimir estas conductas.

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión, *vid. inter alia*, E. ORIHUELA CALATAYUD, “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria/Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 195-212; A. REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 54-59.

<sup>4</sup> *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*, Ed. Comares, Granada, 2008, núm. marginal.

<sup>5</sup> M. R. MORENO-TORRES HERRERA, “La aplicación de la ley penal en el espacio”, en J.M. ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Ed., Valencia 2004, pp. 331-357; F. BUENO ARÚS, *Manual de Derecho Penal internacional*, Ed. Univ. Comillas, Madrid, 2003, pp. 122-129.

6. c) *Exigencias derivadas de los compromisos internacionales asumidos por España*. El art. 23.4 LOPJ responde, también, al deber de cumplimiento de diversos compromisos internacionales asumidos por España en virtud de instrumentos legales internacionales multilaterales. El art. 23.4 LOPJ, en esta línea, facilita la represión de determinados delitos relevantes para la Comunidad Internacional sobre los que existe un consenso internacional y en relación con los que España se ha obligado, frente y junto a otros Estados, a perseguirlos. Por otra parte, el precepto recoge una cláusula abierta de remisión a las aludidas normas internacionales (art. 23.4, letra “h” LOPJ), de modo que los tribunales españoles disponen de competencia judicial internacional para enjuiciar “*cualquier otro [delito] que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España*”. Varios aspectos deben subrayarse sobre este inciso “h” del art. 23.4 LOPJ.

1º) Esta remisión cubre cualquier delito que según los Tratados o Convenios internacionales, presentes o futuros, deba ser perseguido “en España”.

2º) La precisión relativa a los delitos que deben ser perseguidos en España “*según los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos*”, es completamente inútil (= pues la aplicación de tales Convenios procede *ex ipsa natura sua* y no porque lo diga el art. 23.4.h LOPJ). Se trata de una declaración meramente política, ya que aunque el precepto no dijera nada, como sucedía antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, la persecución de estos delitos recogidos por el Derecho internacional humanitario de de protección de los derechos humanos era obligatoria en España. Con este inciso se tratan de acallar las muy numerosas voces críticas que han cuestionado la limitación que ha sufrido el principio de jurisdicción universal en España a partir, precisamente, de la Ley Orgánica 1/2009. Naturalmente, el objetivo no se consigue, porque no engaña a nadie.

3º) El art. 23.4.h LOPJ es redundante, pues si los delitos deben ser perseguidos “en España” a tenor de normas jurídicas internacionales, no hacía ninguna falta que el art. 23.4.h) LOPJ volviera a indicarlo. Por ello, es preciso recordar que estos Tratados y Convenios internacionales contienen varios tipos de obligaciones para los Estados partes en los mismos: 1º) Los Estados partes tienen la obligación de tipificar en su ley penal interna los delitos a que se refiere el Tratado y también deben juzgar dichos delitos bien en todo caso, o bien cuando se aprecie la existencia del “punto de contacto” recogido en el Tratado o Convenio, entre la comisión del delito y el Estado en cuestión, según los casos. Los más frecuentes “puntos de contacto” conexión son la comisión del hecho en su territorio, así como la nacionalidad de la víctima o del acusado; 2º) Los Estados partes se comprometen a incluir en futuros Tratados bilaterales de extradición el delito objeto del Convenio multilateral. De dicho modo, los delitos objeto del Convenio se considerarán incluidos entre los que dan lugar a extradición en todo Tratado de extradición celebrado entre Estados parte del mismo; 3º) Los Estados deben aplicar el principio “*aut dedere aut iudicare*”, a tenor del cual, los tribunales de un Estado deben extender su jurisdicción a los delitos cubiertos por el Convenio en el caso de que el presunto delincuente se halle en el territorio de dicho Estado y no se conceda la extradición del mismo. En consecuencia, un delito cometido “fuera de España” pero contemplado en instrumentos legales internacionales que obligan a España a tipificarlo pero no a perseguirlo en el caso de que hayan sido cometidos “fuera de España”, no puede ser juzgado por los tribunales españoles, pues no concurre ningún foro de competencia judicial internacional de los recogidos en el art. 23 LOPJ (con criterio muy dudoso, SAP Las Palmas 28 octubre 2008 [interceptación en Alta Mar de embarcación sin pabellón]).

7. Para afirmar la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud del art. 23.4 LOPJ, debe acreditarse que se trata de delitos concretos de extraordinaria gravedad, es decir, de los concretos tipos delictuales recogidos en el art. 23.4 LOPJ y en ciertos Convenios internacionales (STS Penal 11 diciembre 2006, caso *Couso* [delitos contemplados por los Convenios de Ginebra sobre el Derecho de Guerra de 12 agosto 1949]). Por tanto, antes de afirmar la competencia de la jurisdicción penal española en virtud del art. 23.4 LOPJ y antes de afirmar la aplicación a ciertas conductas de las Leyes penales españolas, es preciso “calificar” los actos como constitutivos de los delitos cuya lista se recoge en el art. 23.4 LOPJ (torturas, genocidio, mutilación genital femenina, etc.). El TS indica que debe, necesariamente, realizarse una calificación “provisionalísima” de estos actos. Sólo ello permitirá abrir el proceso penal en España, de modo que no se dañe la tutela judicial efectiva (STS, Penal, 11 diciembre 2006, *Couso*

[fallecimiento de periodista español en Iraq], que rectifica el Auto AN Penal Sec.2ª, de 10 marzo 2006). Una “falta de calificación” o una calificación excesivamente rigurosa de los hechos a efectos de iniciar actuaciones penales ante los tribunales españoles, dañaría la tutela judicial efectiva. En la fase de instrucción procesal se realizará la calificación jurídica definitiva de tales hechos.

### III. Principio de justicia universal. Relación de delitos cubiertos por este principio en el art. 23.4 LOPJ.

8. Los delitos que pueden ser conocidos por los tribunales españoles en virtud del principio de Justicia Universal son aquéllos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos (art. 23.4 LOPJ, en su redacción vigente tras la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, en BOE núm. 163 de 9 julio 2005, por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, en BOE núm. 278 de 20 noviembre 2007, y por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009):

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

9. Varios aspectos merecen ser subrayados en relación con la definición legal de los delitos relacionados en el art. 23.4 LOPJ y sujetos al principio de Justicia Universal.

1º) *Principio general*. Los delitos contenidos en el art. 23.4 LOPJ deben, en todo caso, definirse con arreglo a las normas penales españolas (ATS Penal 6 marzo 2009 [delito de inmigración clandestina de trabajadores]). La definición de estos delitos contenida en los Convenios internacionales firmados por España sólo debe ser tenida en cuenta cuando los tribunales españoles sean internacionalmente competentes en virtud de dichos Convenios, pero no es caso contrario. Sin embargo, el Auto AN 5 noviembre 1998 (caso *Pinochet*) realizó una interpretación muy discutible y desmesuradamente amplia del concepto de “genocidio” (= una “*interpretación socialmente entendida sin necesidad de una formulación típica*”), que no se ajustaba ni al concepto de genocidio recogido en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 diciembre 1948, ni al que mantiene el Código Penal español (F. BUENO ARÚS).

2º) *Interpretación de estos delitos en sentido estricto*. Los delitos a los que se refiere el art. 23.4 LOPJ deben ser interpretados en sentido estricto (M.R. MORENO-TORRES HERRERA)<sup>6</sup>. Ello significa que los delitos de opinión, como la “apología del terrorismo”, no deben confundirse con el delito de “terrorismo”, pues la apología del terrorismo no es un delito de terrorismo, que sí está contemplado por el art. 23.4 LOPJ (STS Penal 23 mayo 2000). Si la apología del terrorismo tiene lugar íntegramente en el extranjero, los tribunales españoles no son internacionalmente competentes en virtud del art. 23.4 LOPJ.

<sup>6</sup> M. R. MORENO-TORRES HERRERA, “La aplicación de la ley penal en el espacio”, en J.M. ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Ed., Valencia 2004, pp. 331-357.

3º) *Efectos de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009 sobre la lista de delitos relacionados en el art. 23.4 LOPJ*. La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009), ha operado varias modificaciones en la lista de delitos contenidos en el art. 23.4 LOPJ.

En primer lugar, ha desaparecido de la lista el delito que antes figuraba en la letra “d)” del precepto, el delito de “falsificación de moneda extranjera”. La Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/2009 no aporta dato alguno del por qué de dicha supresión. No obstante, estos delitos deben ser perseguidos en España con arreglo al Convenio de Ginebra de 20 abril 1929 para la represión de la falsificación de moneda<sup>7</sup>.

En segundo lugar, se ha añadido a la letra “a)”, junto al ya antes existente delito de genocidio, el delito de “*lesa humanidad*”. Este añadido es un acierto, ya que los delitos de lesa humanidad fueron incorporados al texto del vigente Código Penal en el año 2003 y su persecución extraterritorial está también justificada visto el carácter mundial o universal del bien jurídico protegido. El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009) indica que en su apartado III que “[e]n cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate del estado de la Nación, se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra”. Como se observa fácilmente, el texto de dicha Ley no ha introducido ninguna previsión relacionada con los crímenes de guerra, así que esta alusión contenida en el Preámbulo sobre los “crímenes de guerra”, resulta extemporánea, falsa, descuidada y reveladora de que hubo una enmienda en tal sentido que fue rápidamente olvidada por acuerdo entre los dos partidos políticos mayoritarios en las Cámaras. Debe también recordarse que, aunque la cuestión es controvertida y existen opiniones divergentes al respecto, parece imponerse la idea de que los Convenios internacionales que regulan los delitos de guerra no obligan a los Estados partes a perseguir tales delitos con arreglo al principio de universalidad o justicia universal<sup>8</sup>.

En tercer lugar, los “*otros delitos contemplados por los tratados o convenios internacionales*”, se siguen contemplando pero con una formulación aparentemente distinta. La dicción hoy vigente indica que se los tribunales españoles son competentes para enjuiciar “*cualquier otro [delito] que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España*”. Se ha añadido el inciso “*en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos*”. Este añadido es una mera concesión política sin relevancia jurídica alguna. Un brindis al sol, pedaleo de gimnasio, toreo de salón. En efecto, tales delitos ya eran, y son, perseguibles en España por mandato de tales Convenios internacionales. Se ha hecho constar expresamente dicha referencia para dar la apariencia de que el legislador español sigue persiguiendo los delitos contra los derechos humanos y los delitos recogidos en el Derecho humanitario, con arreglo al principio de universalidad, aunque ahora, como es sabido, la jurisdicción española, tras la Ley Orgánica 1/2009, sólo puede entrar

<sup>7</sup> J. DEL CARPIO DELGADO, “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, Nº 7307, Sección Doctrina, 21 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-390 (consultado en su versión on line).

<sup>8</sup> S.B. BARTRAMS, “The Evolving Concept of Universal Jurisdiction”, *New England Law Review*, vol. 35, 2001, p. 392-394; M.C. BASSIOUNI, “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”, en MACEDO, S. (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, 2004, pp. 50-54; Id., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, 1992, esp. pp. 499-505; A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, NY, 2003, pp. 293-295; B.V.A. RÖLING, “The Law of War and the National Jurisdiction since 1945”, *RCADI*, vol. 100, 1960-II, pp. 360-389; J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, “Jurisdicción Universal por Crímenes de Guerra, contra la Humanidad, Genocidio y Tortura”, en AA.VV., *El principio de Justicia Universal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 64-65; C. RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Barcelona, 2001.

a conocer de tales delitos cuando el supuesto presente vínculos con España y en concreto, cuando “*sus presuntos responsables se encuentren en España*” o cuando existan “*víctimas de nacionalidad española*”, o cuando se posible constatar “*algún vínculo de conexión relevante con España*” y, sólo si “*en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles*”.

#### IV. Principio de justicia universal. Delitos regulados por Convenios internacionales.

10. España es parte en numerosos Convenios internacionales relativos a tipos penales recogidos en el art. 23.4 LOPJ. Desde el punto de vista de la competencia internacional de los tribunales españoles en materia penal, estos Convenios internacionales adoptan dos perspectivas diferentes (C. ESPLUGUES MOTA)<sup>9</sup>.

11. a) *Convenios que optan por la territorialidad.* Algunos Convenios internacionales firmados por España indican que los tribunales de los Estados partes son internacionalmente competentes en el caso de que los hechos delictivos se hayan verificado en territorio español (= Convenios que optan por la “territorialidad”) o en el caso de que concurren otros criterios de competencia internacional en materia penal establecidos por la legislación de los Estados partes. En este grupo deben citarse los siguientes Convenios.

1º) Convenio de Ginebra de 20 abril 1929 para la represión de la falsificación de moneda (BOE núm. 98 de 8 abril 1931) (art. 17).

2º) Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas protocolo y acta final firmados en Ginebra, el 26 junio 1936 (BOE núm. 233, de 29 septiembre 1970) (art. 14).

3º) Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success, Nueva York, el 21 marzo 1950 (BOE núm. 230 de 25 septiembre 1962) (art. 11).

4º) Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 diciembre 1948 (BOE núm. 34 de 8 febrero 1969) (art. 6: “*Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción*”).

5º) Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 17 diciembre 1997 (BOE de 22 febrero 2002) (art. 4.1: “*Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción sobre la corrupción de un agente público extranjero cuando el delito se cometa en todo o en parte en su territorio*”).

6º) Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves hecho en Tokio el 14 septiembre 1963 (BOE núm. 308 de 25 diciembre 1969) (art. 3: “1. *El Estado de matrícula de la aeronave será competente para conocer de las infracciones y actos cometidos a bordo. 2. Cada Estado Contratante deberá tomar las medidas necesarias a fin de establecer su jurisdicción como Estado de matrícula sobre las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves matriculadas en tal Estado*”).

7º) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 diciembre 1970 (BOE núm. 13 de 15 enero 1973). El Convenio sigue el criterio de la territorialidad, al que se añade el criterio del “lugar de aterrizaje de la aeronave secuestrada” (art. 4: “1. *Cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito, en los casos siguientes: a) si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; b) si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; c) si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener*

<sup>9</sup> C. ESPLUGUES MOTA, “Competencia judicial internacional (orden penal) (Derecho internacional privado)”, en VV.AA., *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTOYA MELGAR, Ed.Civitas, Madrid, 1995, pp. 1193-1196.



*tal oficina, su residencia permanente”*

8º) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 septiembre 1971 (BOE núm. 9 de 10 enero 1971). El Convenio sigue el criterio de la territorialidad, al que se añade el criterio del “lugar de aterrizaje de la aeronave secuestrada” (art. 5: “*I. Cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los casos siguientes: a) si el delito se comete en el territorio de tal Estado; b) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; c) si la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; d) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente”*).

**12. b) Convenios que optan por la universalidad.** Otros Convenios obligan a España a perseguir los delitos que regulan y a procesar a los acusados con independencia del lugar de comisión de los hechos (= Convenios que optan por la “universalidad”). En este grupo debe incluirse el Convenio europeo para la represión del terrorismo número 90 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 enero 1977 (BOE núm. 242 de 8 octubre 1980) (arts. 6 y 7).

**13. c) Convenios que utilizan criterios mixtos.** Otros Convenios utilizan criterios mixtos, de manera que establecen diferentes foros de competencia obligatorios para los Estados partes, que, en el caso de concurrir, obligan a los tribunales de tales Estados a conocer de los delitos contemplados por estos instrumentos legales internacionales. Entre otros, pueden citarse los que siguen.

1º) Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas, el 26 mayo 1997 (BOE 28 marzo 2006). Según su art. 7, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia cuando: a) la infracción se cometa, total o parcialmente, en su territorio; b) el autor de la infracción sea uno de sus nacionales o uno de sus funcionarios; c) la infracción se cometa contra una de las personas mencionadas en el art. 1 de este Convenio o contra un miembro de las instituciones de la Comunidad Europea mencionadas en el apartado 1 del art. 4 que sea al mismo tiempo nacional de ese Estado; d) el autor de la infracción sea un funcionario comunitario al servicio de una institución de la Comunidad Europea o de un organismo creado de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate.

2º) Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 9 diciembre 1999 (BOE de 23 mayo 2002). Su art. 7 recoge los criterios de jurisdicción y establece que cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos cubiertos por el Convenio cuando éstos sean cometidos: a) en el territorio de ese Estado; b) a bordo de un buque que enarbore el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito; c) por un nacional de ese Estado.

3º) Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 julio 1995 (BOE núm. 74 de 28 marzo 2006). Su art. 4 indica que cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para establecer su competencia sobre las infracciones que haya tipificado de conformidad con el artículo 1 y con el apartado 1 del artículo 2, cuando: a) el fraude, la participación en un fraude o la tentativa de fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas hayan sido cometidos, total o parcialmente, en su territorio, incluido el caso de fraude cuyo beneficio se hubiera obtenido en dicho territorio; b) una persona participe o induzca desde su territorio, con conocimiento de causa, en la realización de un fraude de esta índole en el territorio de otro Estado miembro; c) el autor de la infracción sea un nacional del Estado miembro interesado, entendiéndose que el Estado miembro podrá exigir que el comportamiento sea punible en el país donde se perpetró.

4º) Convención de Viena de 20 diciembre 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (BOE núm. 270 de 10 noviembre 1990). Se regula en su art. 4, que distingue distintos tipos de delitos y asigna a ellos diferentes foros de competencia internacional en materia penal. En general, se atribuye competencia a los tribunales de los Estados partes cuando el delito se cometa en su territorio, cuando el delito se cometa a bordo de una nave que enarbore su pabellón o de una aeronave matriculada

con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito y en ciertos casos, cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio. Resulta muy relevante el art. 17.3 de este Convenio, que establece que “3. *Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave. 4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a: a) Abordar la nave; b) inspeccionar la nave; c) si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo*” (ATS Penal 30 octubre 2008 [delito contra la salud pública y abordaje sin permiso del Estado extranjero que es legal], STS Penal 16 junio 2009 [delito de tráfico de drogas]).

Pero debe recordarse que el incumplimiento de la obtención de la autorización del Estado del pabellón para abordar una nave que enarbola dicho pabellón, “no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio derecho penal internacional”. En dicho caso, “al tratarse de una norma que afecta las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, generaría, en todo caso, una cuestión entre dichos Estados”, pero claramente ajena, por lo tanto, al proceso penal, que puede continuar, “ya que puede constituir una irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencias a la valoración de la prueba obtenida” (ATS Penal 11 diciembre 2008 [interceptación de buque de pabellón británico], STS Penal 17 septiembre 2009, STS Penal 25 noviembre 2004, STS Penal 9 marzo 2007, STS Penal 24 septiembre 2008, STS Penal 20 mayo 2008).

5º) Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 15 diciembre 1997 (BOE de 12 junio 2001). Su art. 6 dispone que “cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2 cuando éstos sean cometidos: a) En el territorio de ese Estado, o b) A bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito, o c) Por un nacional de ese Estado. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos 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. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Parte que hayan establecido su jurisdicción”. El Convenio no excluye el ejercicio de la jurisdicción penal establecida por un Estado Parte de conformidad con su legislación interna.

6º) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 10 marzo 1988 (BOE núm. 99 de 24 abril 1992) (art. 6: “1. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 3 cuando el delito sea cometido: 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. 2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos 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”.

7º) Convención de la ONU hecha en Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 14 diciembre 1973 (BOE núm. 33 de 7 febrero 1986). El convenio combina la territorialidad con la nacionalidad del infractor (art.

3: “1. Cada Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 del artículo 2 en los siguientes casos: a) Cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado; b) Cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado; c) Cuando el delito se haya cometido contra una persona internacionalmente protegida, según se define en el artículo 1, que disfrute de esa condición en virtud de las funciones que ejerza en nombre de dicho Estado”.

8º) Convención internacional contra la toma de rehenes, hecha en Nueva York el 17 diciembre 1979 (BOE núm. 162 de 7 julio 1984). El Convenio combina la territorialidad con la nacionalidad del infractor (art. 5: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan: a) En su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado. b) Por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso ese Estado lo considera apropiado”).

## V. Principio de justicia universal. Las relaciones entre los Convenios internacionales y el art. 23.4 LOPJ.

14. Las relaciones normativas entre los Convenios internacionales y el art. 23.4 LOPJ son extraordinariamente complejas. Ello obliga a distinguir varios aspectos.

1º) Cuando resulte aplicable uno de los Convenios internacionales que obligan a los tribunales españoles a enjuiciar los delitos a los que se refieren con independencia del lugar de comisión de los mismos, los tribunales penales españoles serán competentes *ex* Convenio internacional, de modo directo (= y sin necesidad alguna de recurrir al art. 23.4 LOPJ y aunque el delito del que se trate no esté contemplado en el art. 23.4 LOPJ).

2º) Cuando resulta aplicable uno de los Convenios internacionales firmados por España que contienen tipos penales pero que sólo obligan a los tribunales españoles a enjuiciar los delitos a los que se refieren si éstos se han verificado en España, o si concurre cualquier otro foro de competencia o “punto de contacto” con España, los tribunales españoles no podrán declararse internacionalmente competentes mediante la aplicación de dicho Convenio si el delito se ha cometido fuera de España o si dicho “punto de contacto” con España no se verifica. Ahora bien, si el delito en cuestión constituye uno de los tipos penales recogidos en el art. 23.4 LOPJ, los tribunales españoles se declararán internacionalmente competentes en virtud de dicho precepto, y el Convenio no será aplicable (= en estos casos, el art. 23.4 LOPJ opera de modo “subsidiario” a los Convenios internacionales referidos). Ejemplo: en el supuesto de un delito de genocidio cometido en Marruecos, los tribunales españoles son internacionalmente competentes *ex* art. 23.4.a LOPJ, y no en virtud del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 diciembre 1948, que no es aplicable a este caso (= puesto que este Convenio opta por el criterio de la territorialidad y el delito no se ha cometido en España). Por tanto, puede afirmarse que el legislador español, al redactar el art. 23.4 LOPJ, llevó a cabo una proyección del principio de universalidad en relación con ciertos delitos muy graves y al margen de lo que establecieran los Convenios internacionales que regulan estos tipos penales.

3º) En consecuencia, la aplicación del art. 23.4 LOPJ no está subordinada, en ningún caso, a que se verifiquen las “condiciones espaciales” que, a tenor de ciertos Convenios internacionales, se exigen para que los tribunales españoles sean competentes en lo que se refiere a los delitos recogidos en el art. 23.4 LOPJ. La aplicación de este precepto tampoco depende de que el tipo penal en cuestión esté recogido y contemplado por algún Convenio internacional firmado por España.

## VI. Principio de justicia universal. Vinculación del delito con España.

15. El art. 23.4 LOPJ contempla varios tipos delictivos especialmente graves y atribuye la competencia para juzgarlos a los tribunales españoles, precisamente, por la gravedad de la conducta y la “repercusión internacional” de estas conductas delictivas. La letra del precepto redactado en 1985 nada más exigía para poder juzgar tales delitos en España y por parte de los tribunales españoles. Ello hizo que el TS y el TC se enzarzaran en una lucha más por definir el ámbito y el alcance del art. 23.4 LOPJ, batalla a la que la AN también se unió con su propia perspectiva con el objetivo, conseguido, de complicar las

cosas todavía más, lo que no era nada sencillo.

**16. a) Tesis del TC:** el “*principio absoluto de jurisdicción universal*”. El TC insistía que estos delitos gravísimos podían y debían ser perseguidos en España con arreglo a las Leyes españolas aunque los hechos no presentasen “vinculación alguna” con España (STC 237/2005 de 26 septiembre 2005 [*caso Guatemala*] y de modo mucho más contundente, STC 227/2007, de 22 octubre 2007). El TC fundamentaba su postura en varios argumentos.

1º) Indicaba el TC que el art. 23.3 y 4 LOPJ no exigían ninguna “vinculación espacial” del caso con España para que los tribunales españoles puedan enjuiciar tales delitos. Su extrema gravedad era suficiente para ello y el único límite que encontraba la jurisdicción española para conocer de estos delitos era la “cosa juzgada” (= que el hecho haya sido ya juzgado y castigado por tribunales extranjeros). Decía el TC que la LOPJ “*instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios correctivos de corrección o procedibilidad... [pues] el principio de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución*”. Exigir requisitos adicionales a los previstos por la letra del art. 23.4 LOPJ para el enjuiciamiento en España de tales delitos vulneraba, según el TC, la tutela judicial efectiva, era una exigencia *contra legem* y vulneraba también la voluntad del legislador, que quiso abrir las puertas de la jurisdicción española para juzgar estos delitos sólo por la extrema gravedad de los mismos, sin exigir ninguna otra “conexión de vinculación espacial” de los hechos con España (STC 227/2007 de 22 octubre 2007 [presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en China contra personas del grupo Falun Gong]). Ejemplo: con arreglo a la interpretación sostenida por el TC, los tribunales españoles podrían enjuiciar y castigar con arreglo a la Ley española un delito de genocidio cometido en el extranjero contra extranjeros por sujeto extranjero que se encuentra fuera de España.

2º) Subrayaba el TC, además, que cuando el legislador ha querido exigir una específica vinculación entre un delito y España (= “punto de conexión legitimante”) de modo que dicha vinculación justifique la competencia internacional de los tribunales penales españoles, lo ha dicho de modo expreso. Y es cierto, porque la Ley orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (BOE núm. 163 de 9 julio 2005) otorgó a los tribunales penales españoles la competencia para enjuiciar dichos delitos de mutilación genital femenina, pero dejó muy claro que para que dicha competencia subsista es preciso “*que los responsables se encuentren en España*”. En consecuencia, cuando el legislador no exige modo expreso la concurrencia de tal “punto de conexión legitimante”, el tribunal penal no puede exigirlo (= como sucede en los tipos penales recogidos en el art. 23.4 LOPJ, letras “a”-“g”). Si así lo hiciera, vulneraría el “principio de legalidad”, lo que es rechazable.

**17. b) Tesis del TS:** exigencia del “*punto de conexión legitimante*”. El TS, por el contrario, llevó a cabo una “reducción teleológica” del art. 23.3 y 4 LOPJ. Indica el TS que el caso debía presentar “alguna conexión espacial” con España (= “punto de conexión legitimante”), aunque el art. 23.4 LOPJ nada expresaba ni exigía al respecto. Varios aspectos deben ser subrayados sobre este particular.

1º) El argumento empleado por el TS era un argumento de “carácter finalista”. Con su interpretación, el TS evitaba que la jurisdicción penal española operase de modo “exorbitante”, “agresivo” e “imperialista”, lo que perturbaría el orden internacional entre los Estados. En efecto, subrayaba el TS que ello impediría que los tribunales españoles operasen como “jueces imperialistas”, dispuestos a conocer de casos y hechos ocurridos en cualquier parte del planeta, lo que supondría una especie de “Justicia Mundial a la española” que se impondría a todos los demás Estados del globo (AAN 10 enero 2006 [genocidio en Guatemala años 80], AAN 16 febrero 2006 [genocidio], STS Penal 18 marzo 2005 [genocidio y torturas en China], STS Penal 20 mayo 2003 [genocidio en Perú], STS 15 noviembre 2004 [terrorismo, tortura y genocidio en Argentina], STS Penal 25 febrero 2003 [genocidio en Guatemala]; STS Penal 20 junio 2006 [presuntos delitos de genocidio y tortura verificados en China]).

2º) La tesis del TS era una tesis *contra legem* (= el art. 23.4 LOPJ, en su redacción vigente antes de la Ley Orgánica 1/2009, exigía que los tribunales españoles juzguen estos delitos en España sin necesidad de que se acredite ningún “punto de conexión legitimante” o “vinculación espacial” con España), era una tesis *supra legem* (= porque el TS, por su posición en la jerarquía de los tribunales, puede “fabri-

car soluciones jurídicas” sin ser corregido por otros tribunales superiores a él, de modo que al interpretar la Ley de forma contraria a la misma, se sitúa por encima de la Ley y del legislador, aunque es verdad que el TS no contaba con el TC), y era una tesis *extra legem* (= porque el TS, aunque no es “legislador”, sino un “aplicador de la Ley”, elabora Derecho al margen de la Ley). Esta tesis del TS convertía al art. 23.4 LOPJ es una “inoperante declaración de principios” (M.R. MORENO-TORRES HERRERA)<sup>10</sup>, ya que producía una mutilación injustificada del principio de Justicia universal que, de modo clarísimo, se encontraba formulado en la dicción original del art. 23.4 LOPJ.

3º) En cuanto a la justificación jurídica de su interpretación, el TS subrayaba que dicho “punto de conexión legitimante” venía impuesto a la legislación española porque así lo establece la “costumbre internacional” (= normas de Derecho Internacional Público, cuya aplicación incondicionada y preferente sobre la normativa de producción interna se impone en virtud del art. 96.I CE 1978). Esta afirmación constituye un error de “confusión de fuentes”. La Ley española (= el art. 23.4 LOPJ) regula una cuestión de Derecho Público internacional o Derecho Penal internacional y no de Derecho Internacional Público, por lo que una costumbre internacional no es aplicable a los casos de Derecho Penal Internacional. Y además, aunque se pudiera, que no se puede, argumentar lo contrario, el TS nunca ha logrado demostrar que tal “costumbre internacional” exista. Se limitaba a hacer afirmaciones muy vagas al respecto, pues indicaba que tal restricción a la actuación de la jurisdicción española viene exigida por “*una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales*”. Finalmente, un argumento demoledor está constituido por la misma existencia de la Ley Orgánica 1/2009. El legislador español de 2009 tuvo que introducir este “punto de conexión legitimante” en la letra del art. 23.4 LOPJ porque tal punto de conexión legitimante no podía hacerse valer en España a través de la “costumbre internacional”. Si dicha “costumbre internacional” hubiera existido y hubiera sido aplicable a los casos de Derecho Penal internacional, la reforma operada en este sentido por la Ley Orgánica 1/2009 hubiera sido completamente innecesaria.

4º) El TS indicaba que, entre otros, ese “punto de conexión legitimante” podía ser: (a) El hecho de que el presunto delincuente se encontrara en España (STS 15 noviembre 2004 [terrorismo, tortura y genocidio en Argentina]); (b) La nacionalidad española de la víctima (STS Penal 11 diciembre 2006, caso *Couso* [fallecimiento en Iraq de periodista español]).

**18. c) Tesis de la AN: la “preferencia” de la jurisdicción extranjera o internacional y la “razonabilidad” de la conexión con España.** De mala gana, y de modo absolutamente contrario a la doctrina del TC, la AN afirmaba haber asumido la doctrina del TC (Acuerdo Pleno AN para unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial, texto en *REDI*, 2006, p. 918). Indicaba la AN que no basta la mera noticia de la existencia de hechos penalmente relevantes y relativos a los tipos penales del art. 23.4 LOPJ, para abrir diligencias penales en España. Ello sólo procedía, señalaba la AN, si se verificaban tres circunstancias: 1º) Que los “Tribunales Internacionales” no hayan intervenido en el cuestión (= lo que deberá ser determinado con arreglo a las normas que regulan los tribunales penales internacionales, para ver si establecen una jurisdicción “excluyente” o no, que con frecuencia será que “no”). Por otro lado, esta exigencia no se contemplaba en el art. 23.4 LOPJ, por lo que resultaba *contra legem*, a menos que la exigencia estuviera contemplada por un Convenio internacional en vigor para España; 2º) Que no estén conociendo del caso los tribunales extranjeros correspondientes al lugar de comisión del delito (= principio de “prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión del delito”). Este segundo requisito-criterio constituye una “invención” de la AN, puesto que no se encuentra regulado en ningún instrumento legal internacional ni se encontraba recogida en el art. 23 LOPJ; 3º) Se aceptará la jurisdicción española pero siempre que respete un “criterio de razonabilidad”: según la AN los tribunales españoles del orden penal rechazarán el ejercicio la jurisdicción española si se aprecia un exceso o abuso de derecho “*por la absoluta ajeneidad del asunto*” al tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados de España y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos. La posición de la AN era, claramente, una posición *contra legem* (= no respetaba el alcance y sentido del art. 23.4 LOPJ y del principio de universalidad), y vulneraba los criterios enunciados por el TC, mucho más correctos.

<sup>10</sup> M. R. MORENO-TORRES HERRERA, “La aplicación de la ley penal en el espacio”, en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Ed., Valencia 2004, pp. 331-357.

19. d) *La cuestión en Derecho Penal internacional comparado.* No hay una tendencia unívoca sobre la cuestión en los demás países del Globo. Dos grandes líneas se aprecian: 1º) En ciertos Estados, se sigue una concepción similar a la española, muy amplia, del principio de Justicia universal. Es el caso de Bélgica. En dicho país, se interpuso una querrela en 2001 contra el entonces primer ministro israelí ARIEL SHARON por su responsabilidad en las muertes ocurridas en los campos de Sabra y Chatila (Líbano); 2º) En otros países, la legislación impone, de modo expreso, un auténtico “punto de conexión legitimante” que debe concurrir para garantizar una conexión del caso con el Estado cuyos tribunales operan sobre el principio de Justicia universal y evitar, de ese modo, que los tribunales de un país intenten proyectar “su Justicia” en relación con casos que nada tiene que ver con dicho Estado. Así, por ejemplo, el Código Penal israelí permite enjuiciar a sujetos extranjeros por crímenes cometidos fuera de Israel pero sólo si tales delitos han sido perpetrados “*contra el Estado de Israel o contra el pueblo judío*” (= “punto de conexión legitimante” con Israel).

20. e) *Conclusión del debate antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009.* Salvo disposición contraria recogida en un Convenio o norma internacional en vigor para España, debe afirmarse que el TC tenía razón. Estos delitos recogidos en el art. 23.4 LOPJ podían y debían ser perseguidos en España con arreglo a las Leyes españolas aunque los hechos no presentasen “vinculación alguna” con España. El art. 23.4 LOPJ no exigía, antes de 2009, ninguna “vinculación espacial” del caso con España para que los tribunales españoles pudieran enjuiciar tales delitos. Ahora bien, de los delitos contemplados en el art. 23.4 LOPJ, sólo los relativos a la mutilación genital femenina (= letra “h” del art. 23.4 LOPJ), exigían, para que los tribunales penales españoles pudieran proceder contra los responsables, una especial vinculación del supuesto concreto con España. En concreto, el precepto exige “*que los responsables se encuentren en España*”. Debe recordarse que la ablación de los órganos genitales femeninos se practica con elevadísima frecuencia en numerosos países, como por ejemplo, Gambia, pero por parte de sujetos cuya residencia habitual se encuentra en España (= práctica muy extendida entre los integrantes de la tribu mandinga, sean musulmanes o cristianos) (*Diario La Vanguardia*, 1 julio 2008). La OMS estima que en el mundo hay 130 millones de mujeres víctimas de mutilaciones genitales practicadas en nombre de culturas y tradiciones religiosas. Ahora bien, la interpretación de la expresión “*que los responsables se encuentren en España*” no es pacífica. Dos tesis se enfrentan.

Primera. La Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (BOE núm. 163 de 9 julio 2005) posibilita “la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país”. Este precepto trata de evitar que los responsables de estas prácticas mutiladoras se desplacen desde España hasta sus países de origen para poder practicarlas allí con impunidad y regresar después a España (= el precepto trata de evitar el “*Forum Shopping* penal”). Por ello, la expresión recogida en el art. 23.4 LOPJ (= “*que los responsables se encuentren en España*”), debe entenderse como exigencia de que los responsables residan habitualmente en España. Con esta limitación espacial, no se podrá procesar ante los tribunales penales españoles a los sujetos responsables de estas actuaciones que no residan en España. Tampoco se podrán librar órdenes de detención internacionales contra los mismos.

Segunda. Una interpretación literal de la expresión conduce a otorgar competencia internacional a los tribunales penales españoles en todos los casos en los que los responsables de estas gravísimas conductas se hallen físicamente en España. Es decir, resultaría indiferente el país de residencia habitual de tales responsables y el solo hecho de que dichos responsables se encuentren físicamente en España es suficiente para que los tribunales españoles puedan conocer del enjuiciamiento de estos crímenes. Esta tesis presenta la ventaja de convertir a España en un país que en ningún caso, puede utilizarse como “refugio” por sujetos que han cometido tales prácticas en el extranjero. Pero suscita el inconveniente de desbordar el propósito inicial del legislador (= que se dirigía a castigar a los sujetos que residen habitualmente en España y se desplazan a sus países de origen para realizar prácticas ablativas).

21. f) *Jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009.* La victoria del TS y de la tesis del “punto de conexión legitimante”. El legislador ha mediado

en la polémica entre el TS, la AN y el TC y ha reformado el art. 23.4 LOPJ para adaptar dicho precepto a la posición *contra legem* que mantenían el TS y la AN. El TC ha salido totalmente derrotado y el TS y la AN han ganado esta batalla judicial gracias al apoyo del Parlamento. Obsérvese que el apartado III del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009), indica que “...[d]e otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Esta afirmación es, clara, simple y llanamente, falsa. Esta “batalla entre tribunales” la ha ganado el TS porque ha jugado con los dados marcados por las Cortes Generales, que han defendido las tesis del TS en contra de las tesis del TC. La reforma ha dado la razón a la tesis del TS y el TC no ha quedado, precisamente, muy bien parado. En efecto, el art. 23.4 LOPJ acoge, en la actualidad, la doctrina del TS y de la AN, lo que pone de relieve que en esta ocasión, como en tantas otras, son los tribunales los que fabrican las Leyes. En fin, el texto actualmente vigente del art. 23.4 LOPJ indica: “*Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles*”. Varias observaciones resultan pertinentes sobre la redacción vigente del art. 23.4 LOPJ.

1º) *Vínculos objetivos del supuesto con España*. Los tribunales españoles del orden jurisdiccional penal sólo podrán conocer de los delitos relacionados en el art. 23.4 LOPJ cuando el supuesto criminal presenta “vínculos objetivos” con España que justifican la intervención de la jurisdicción penal española. El legislador ha concretado tales “vínculos objetivos con España” y exige que concurra alguno de estos puntos de contacto del supuesto con España: a) Que los “*presuntos responsables se encuentren en España*” (= para reforzar la defensa de los derechos humanos, debe entenderse que basta una presencia física del presunto responsable en España, es decir, que no se exige que el sujeto tenga en España su “residencia habitual”); b) Que existan “*víctimas de nacionalidad española*” (= nacionalidad española que debe ser concretada en el momento de comisión de los hechos); c) Que sea posible constatar “*algún vínculo de conexión relevante con España*” (= vínculos que no se precisan y cuya determinación corresponde a los tribunales).

2º) *Explicación de la reforma restrictiva del art. 23.4 LOPJ*. Con esta reforma, el legislador ha querido evitar los problemas políticos y diplomáticos que la redacción original del art. 23.4 LOPJ había planteado al Gobierno de España. En efecto, ciertos políticos se quejaban de que la apertura de procesos penales por jueces españoles contra presuntos responsables penales de otros países, que en frecuentes ocasiones eran dirigentes de Estados extranjeros, Jefes de gobierno extranjeros, autoridad militares de otros países, etc., provocaba un enturbiamiento de las relaciones internacionales de España con dichos países. Ejemplo: se inició el procesamiento en la AN española, de ciertos sujetos del Gobierno israelí a los que se considera responsables de matanzas en Gaza en 2002. A finales de enero 2009, el Centro Palestino para los Derechos Humanos, presentó una querrela criminal ante el juez de la Audiencia Nacional de España F. ANDREU contra el ex-ministro israelí de Defensa BENJAMIN BEN-ELIEZER y otros responsables israelíes: Dan Halutz, comandante de las fuerzas aéreas israelíes, Doron Almog, general del mando sur de las fuerzas de defensa israelíes, Giora Eiland, presidente del Consejo Nacional de Seguridad israelí y asesor nacional de seguridad, Michael Herzog, secretario militar del ministro de Defensa, Moshe Ya'alon, jefe del Estado Mayor, y Abraham Dichter, director del servicio general de seguridad de Israel. Los cargos: la matanza de 14 civiles que ocurrió cuando las Fuerzas Armadas israelíes perpetraron un ataque para eliminar a un líder de Hamás Shehadeh en Gaza el 22 julio 2002 (*Diario El País* 31 enero 2009 y 3 febrero 2009). Un caza F-16 del Ejército israelí lanzó una bomba de una tonelada sobre la vivienda de dicho dirigente de Hamás en la ciudad de Gaza, situada en una zona residencial muy poblada de la ciudad. La bomba causó 15 muertos y 150 heridos, muchos de ellos víctimas civiles. Al parecer, el ataque en cuestión fue llevado a término con pleno conocimiento de las consecuencias que tal acción podría conllevar. Ello supondría un ataque contra la población civil con métodos terroristas. Los tribunales españoles enviaron en agosto 2008 una comisión rogatoria dirigida a Israel para que se informara

sobre la cuestión de si estos hechos habían sido ya juzgados en Israel (art. 23.2 c LOPJ al que remite el art. 23.5 LOPJ). Al parecer, el Ministerio de Asuntos Exteriores israelí comunicó a los jueces españoles que la Corte Suprema de Justicia de Israel, en fecha 24 diciembre 2008, rechazó la demanda de la organización israelí *Yesh Gvul* (“Hay Límites”), para que se abriera una investigación sobre los hechos ocurridos en Gaza y que fueron objeto de investigación por el juez español F. ANDREU en la AN. Resulta muy llamativo, de todos modos, que las protestas políticas contra estos procesos en la AN española no se hayan hecho sentir en relación con los procesos llevados a cabo contra el General Pinochet y ciertos militares que operaron en Argentina durante la Dictadura del General Videla. Llamativo es, también, que las querellas criminales hayan proliferado en España sólo contra determinados presuntos criminales y no contra otros. En la AN española se han abierto procesos criminales contra distintos sujetos por delitos cubiertos por el principio de Justicia universal. Entre otros, tales procesos se han iniciado por crímenes ocurridos en el Tíbet (= genocidio tibetano: en mayo de 2009, el juez de la AN PEDRAZ solicitó permiso para interrogar a tres ministros del Gobierno de dicho país en relación con un “ataque generalizado y sistemático contra la población civil tibetana” [*diario El País* 6 mayo 2009]), en Ruanda (= matanza de los hutus), contra un ex-presidente salvadoreño (= muerte de seis jesuitas en 1989), contra el ex Jefe de gobierno de Guatemala EFRAÍN RÍOS MONTT (= caso del “Genocidio maya”), contra el General A. PINOCHET (= represión con tácticas terroristas en Chile), contra ciertos militares argentinos por sucesos durante la Dictadura del General VIDELA (= caso “Scilingo”), contra ciertos militares norteamericanos por hecho ocurridos durante la Guerra de Iraq (= caso Couse), contra los juristas que idearon la prisión de Guantánamo en Cuba, y entre ellos, el Fiscal General norteamericano A.R. González [*diario El País* 6 mayo 2009]). Pues bien, de todos era sabido, y existen, incluso muy conocidos *films* sobre el asunto (= *The Killing Fields*), que entre 1976 y 1979 se llevó a cabo uno de los mayores y más crueles genocidios de la historia de la Humanidad en Camboya por parte de los dirigentes del Gobierno Comunista de los Jemeres Rojos. Sin embargo, y pese a saberse igualmente que los principales responsables de dichos delitos seguían con vida, nunca se presentó una querrela contra los mismos ante la AN española y ha habido que esperar hasta febrero de 2009 para ver sentados en el banquillo de los acusados, en Camboya, a los responsables de dichas matanzas que todavía conservaban la vida. Otros han eludido para siempre la Justicia terrenal. En suma, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009 ha sido una reforma motivada por razones diplomáticas y políticas que dejará tranquilos a los políticos nacionales y extranjeros.

3º) *Universalidad subsidiaria*. Además de concurrir alguno de los puntos de conexión legitimantes antes relacionados, la jurisdicción penal española sólo será competente para enjuiciar los delitos recogidos en el art. 23.4 LOPJ si y sólo si “*en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles*”. Es decir, que la jurisdicción universal española sólo puede intervenir: (a) Si se acredita que un Tribunal internacional competente para conocer de los hechos no ha iniciado una investigación o persecución, aunque no es necesario que haya procesado a los presuntos responsables; (b) Si se acredita que en otro país competente, que no se precisa cuál debe ser, tampoco se ha iniciado dicha investigación o persecución efectiva de los hechos. Se puede presumir que se tratará del país en cuyo territorio se haya cometido el delito y del país de la nacionalidad del presunto autor. Con esta exigencia, resultará muy sencillo “desactivar” la jurisdicción universal española *ex art. 23.4 LOPJ*.

4º) *Sobreseimiento provisional de la causa en España*. Indica también el art. 23.4 LOPJ que “*el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior*”. Ello significa que si el proceso penal se ha iniciado en España por no haberse abierto ante un Tribunal internacional o en otro país competente, dicho proceso “español” quedará sobreseído provisionalmente si se acredita que, en tal país o por tal Tribunal internacional, ha comenzado otro proceso sobre los hechos denunciado. El proceso en el extranjero no tiene por qué revestir “carácter penal”. Esta previsión debe afectar a los procesos abiertos en España bajo la vigencia de la redacción anterior del art. 23.4 LOPJ pero todavía pendientes cuando entró en vigor la Ley Orgánica 1/2009.

5º) *Cosa juzgada penal internacional*. El apartado 5 del art. 23 LOPJ indica que “*si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo*”. Ello significa que los



tribunales españoles del orden penal carecen de competencia internacional en el caso de que el delincuente haya sido “*absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, haya cumplido la condena*”. Es decir, que en dichos supuestos, el legislador estima que la conducta ya ha sido castigada en el extranjero y no debe ser castigada nuevamente en España (= *non bis in idem*).

## VII. Principio de justicia supletoria.

22. La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009) no se ha referido al llamado “principio de justicia supletoria”<sup>11</sup>. En efecto, afirma el TS que la jurisdicción de los tribunales penales españoles y la consiguiente aplicación de las leyes penales sustantivas españolas también debe afirmarse en relación con delitos tipificados en las normas españolas y cometidos fuera de territorio español, en virtud del principio de “justicia supletoria”. Un principio que no se recoge en el art. 23 LOPJ y que el TS ha “descubierto” o, mejor dicho, un principio que el TS se ha “inventado”. Para ello deben concurrir, según el TS, estas circunstancias (STS Penal 21 junio 2007, STS Penal 5 julio 2007): 1º) Debe tratarse de un hecho delictivo generalmente tipificado como delito por la mayor parte de los Estados, como la trata de personas o la inmigración ilegal; 2º) Que tales hechos quedaran impunes si no conocieran de los mismos los tribunales españoles; 3º) Que tales hechos presenten un “alto nivel de conexión con España”. Ejemplo: transporte ilegal de trabajadores extranjeros desde el extranjero con destino a España en cayuco interceptado en aguas internacionales, visto que el destino del cayuco era España, el cayuco carecía de nacionalidad, ningún Estado reclama la competencia para juzgar los hechos, y los algunos de los presuntos responsables se encuentran en el territorio español.

Esta tesis del TS debe ser rechazada por varios motivos: 1º) El obligado respeto al principio de legalidad penal impide aceptar esta tesis del TS (= los casos en los que los tribunales penales deben y/o pueden enjuiciar conductas criminales deben venir fijados en la Ley, y no pueden establecerse por los tribunales, por muy razonables que sean); 2º) El rechazo de esta tesis y de este principio de “justicia supletoria” viene corroborado por el hecho de que el legislador español ha reformado el art. 23.4 LOPJ para evitar que los tribunales “se inventen” casos en los que los tribunales penales españoles pueden ejercitar su jurisdicción incluso si ello no está así previsto en las Leyes españolas (*vid.* Ley orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, en BOE núm. 278 de 20 noviembre 2007 y corr. err BOE núm.210 de 27 diciembre 2007).

---

<sup>11</sup> *Vid.* al respecto, E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1997, pp. 119-120; J. J. Díez SÁNCHEZ, *El derecho Penal internacional. Ámbito espacial de la ley penal*, Colex, Madrid, 1990, esp. pp. 202-210; M. A. VIEIRA, *El Delito en el espacio. Derecho penal internacional y Derecho internacional penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1969, pp. 145-147.