



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 296/2015, de 6 de mayo de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1682/2014

SUMARIO:

Jurisdicción universal. Derecho a la tutela judicial efectiva. Convenios internacionales. Genocidio. Crímenes de guerra. Crímenes cometidos como consecuencia de la ocupación del Tíbet por la República Popular China, durante un período. Conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción «in absentia» en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia. En este caso, por lo que se refiere al supuesto delito de Genocidio, ninguna de las personas querelladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional, con el delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, la adquirió con posterioridad a los hechos, y no consta que ninguno de los querellados, nacionales de la República Popular China, se encuentren en territorio español; En relación con el delito de terrorismo, el procedimiento no se dirige contra un español; ni contra un extranjero que resida habitualmente en España; ni el delito se ha cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; ni existen víctimas que tuvieran la nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos, por lo que no se cumple los requisitos esenciales prevenido en la ley en cada delito. El apartado p) del art. 23.4.º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 1, 5.2 y 23.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 2.2, 607 y 611.

Constitución Española, arts. 9.3, 14, 24, 25, 93 y 117.

Tratado de 25 de marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 267.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 7.2.

PONENTE:

Don Cándido Conde-Pumpido Touron.

Nº: 1682/2014

Ponente Excmo. Sr. D. : Cándido Conde Pumpido Tourón

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Fallo: 22/04/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 296/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. Cándido Conde Pumpido Tourón
D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil quince.

En los recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por LA ACUSACIÓN POPULAR : COMITÉ DE APOYO AL TIBET, FUNDACIÓN CASA DEL TIBET, y D. Emiliano Patricio , y por D. Rogelio David e INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AUROBINDO, contra auto de fecha 2 de julio de 2.014, dictado por la Audiencia Nacional Pleno de la Sala de lo Penal, que acordó el sobreseimiento y archivo de la causa contra los querellados Primitivo Jesus , Miguel Prudencio , Sixto Fidel , Romulo Jenaro Y Jon Armando , el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, y estando la Acusación Particular representada por Procurador D. Domingo José Collado Molinero.



I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado Central de Instrucción, instruyó sumario con el núm. 63/2008 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, cuyo Pleno, que con fecha 2 de julio de 2014, dictó auto que contiene los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO:

"PRIMERO. El procedimiento se inicia en virtud de querrela interpuesta con fecha 28.05.2005 por la representación procesal del COMITE DE APOYO AL TIBET y LA FUNDACION CASA DEL TIBET ejercitando la acción popular del artículo 25 de la Constitución española, y de Emiliano Patricio (ciudadano de nacionalidad española víctima de torturas tras su detención en el Tíbet) como acusación particular por delitos de genocidio, torturas, terrorismo y de lesa humanidad contra Primitivo Jesus, anterior Presidente de la República Popular China y secretario del Partido comunista chino; Miguel Prudencio, antiguo Primer Ministro durante la represión tibetana y de finales de los 80 y principios de los 90; Elias Fermin, Secretario del Partido en el Tíbet, durante el periodo de 1971- 1980 y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet; Eliseo Mariano, Secretario del Partido en el Tíbet durante el periodo 1980- 1985 y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet; Sixto Fidel, Jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los 80; Romulo Jenaro, Secretario del Partido en la Región Autónoma del Tíbet durante el periodo 1992-2001, y Jon Armando, Ministro de Planificación Familiar en los años 90.

Los hechos relatados en la querrela se ciñen a los supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la dominación de la República Popular de China en el Tíbet, y su ocupación militar, entre el período comprendido entre 1950 y 1979.

La querrela fue admitida a trámite por auto de fecha 10 de enero del 2006 de la Sección Cuarta por el delito de Genocidio practicándose las diligencias pertinentes para la investigación y esclarecimiento de los hechos, acordándose por comisión rogatoria de 17-12-2008 tomar declaración a los querrelados, en tal calidad, por presuntos delitos de torturas, genocidio y lesa humanidad. Se acordó la ampliación de la querrela respecto del expresidente de la República Popular China Octavio Segundo por auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9-10-2013.

Los querrelados Primitivo Jesus, Miguel Prudencio, Sixto Fidel, Romulo Jenaro y Jon Armando se encuentran en busca y captura a tenor de OID acordada por auto de 10-02-2014 del Juzgado instructor, en virtud de auto de 18-11-2013 de la Sección Cuarta, por delitos de genocidio, torturas y lesa humanidad.

SEGUNDO.

Por auto de 25-03-2014 del Juzgado Central de Instrucción num. 2 se acordó a instancia del Ministerio Fiscal, la conclusión del presente sumario y la elevación del mismo a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a fin de que se pronuncie sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado a) del Art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los efectos de cumplir con el mandato previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o bien, adopte la decisión que estime pertinente.



www.civil-mercantil.com

TERCERO.

Con fecha 16-04-2014, la representación procesal del INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AUROBINDO y D. Rogelio David formuló querrela -en los mismos términos que la denuncia de 26-03-2014- por delitos de tortura y de lesa humanidad, ejercitando la acción popular contra los miembros del Gobierno chino desde 2009 hasta nuestros días como los responsables, presuntos, de los hechos objeto de la querrela, persecución, tortura y posterior inmolación de numerosos monjes budistas tibetanos, en los monasterios del Tíbet; querrela remitida por el instructor, unida al rollo, estando al traslado de los autos a las partes para acordar lo procedente.

CUARTO.

El Ministerio Público en su informe de 12-05-2014 en trámite de instrucción dijo que deberá acordarse el sobreseimiento de la causa conforme lo previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

QUINTO.

Los querellantes (acusaciones popular y particular), en igual trámite, estimaron la obligada aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales españoles; en consecuencia:

1. Planteamiento de cuestión de constitucionalidad contra la disposición transitoria única de la L.O. 1/2014, de 13-03 y subsidiariamente cuestión de constitucionalidad contra toda la citada Ley Orgánica (Acusación Popular, Instituto Derechos Humanos Sri Aurobindo/ Rogelio David).
2. Revocar el auto de conclusión del sumario
3. Subsidiariamente, se acuerde la apertura del juicio oral
4. Subsidiariamente, respecto de las dos anteriores peticiones, la Sala debería, en ese caso, plantear cuestión de constitucionalidad. (Acusación popular Comité de Apoyo al Tíbet y Función Casa Tíbet, y Acusación Particular Emiliano Patricio).

SEXTO.

Por providencia de 30.05.2014, se acordó remitir los autos al Pleno de la Sala de lo Penal, como venía acordado, para su tratamiento y deliberación, resolución recurrida por la querrelante y confirmada por auto de 17.06.2014.

SÉPTIMO.

El día 23-06-2014 se celebró la sesión del Pleno de la Sala Penal acordando por mayoría el sobreseimiento y archivo de la causa sin planteamiento de cuestión de constitucionalidad frente a la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, emitiendo la presente resolución, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julio de Diego López, quien expresa el parecer de la mayoría de la Sala".



www.civil-mercantil.com

Segundo.

La Audiencia Nacional, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"EL PLENO DE LA SALA PENAL ACUERDA:

EL SOBRESSEIMIENTO Y ARCHIVO de la presente causa, con alzamiento de cuantas medidas cautelares existieren contra los querellados que constan en el antecedente primero de esta resolución Primitivo Jesus , Miguel Prudencio , Sixto Fidel , Romulo Jenaro Y Jon Armando .

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de los penados haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación a interponer en la forma y plazos legales".

Tercero.

Notificado dicho auto a las partes, se prepararon contra el mismo recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por LA ACUSACIÓN POPULAR: COMITÉ DE APOYO AL TIBET, FUNDACIÓN CASA DEL TIBET y D. Emiliano Patricio , y por DON Rogelio David e INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AUROBINDO , remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

La representación de COMITÉ DE APOYO AL TIBET, FUNDACIÓN CASA DEL TIBET y D. Emiliano Patricio , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la Lecrim ., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 en relación con los 9.3 y 53.1 de la Constitución Española , en relación con el art. 23.4 de la L.O.P.J . SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la Lecrim ., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 en relación con los artículos 9.3 y 53.1, todos ellos de la Constitución Española , al haberse aplicado con efectos retroactivos la reforma legal del art. 23.4 de la L.O.P.J ., con sede procesal en el art. 852 de la Lecrim ..

La representación de D. Rogelio David e Instituto de Derechos Humanos Sri Aurobindo, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos. PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim ., por infracción de los artículos 3 , 4 , 5.2 , 5.3 , 6 , 9.3 , 9.6 y 21.1 de la L.O.P.J ., en relación a la inaplicabilidad de la disposición transitoria única de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, recortando los "límites de la jurisdicción española" de una víctima española en el sumario 63/2008. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim ., por infracción de los artículos 3 , 4 , 5.2 , 5.3 , 6 , 9.3 , 9.6 y 21.1 de la L.O.P.J ., determinantes de la inaplicabilidad de la disposición transitoria única de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo y de la aplicación del principio de la perpetuatio iurisdictionis. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849 de la Lecrim ., por infracción del art. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 e inaplicación de la Disposición Transitoria Única de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, en relación con el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra. CUARTO: Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la Lecrim ., por infracción del art. 637 y 641 de la Lecrim . QUINTO: Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Lecrim ., por infracción de los artículos 267 de la LOPJ y art. 24 y 120 de la C .E. SEXTO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de



www.civil-mercantil.com

la L.O.P.J . y 852 de la Lecrim ., por infracción de los artículos 10.2 , 24.1 y 24.2 de la Constitución Española en relación con el carácter universal inderogable e imprescriptible de los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y demás tratados internacionales ratificados por España. SÉPTIMO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y 852 de la Lecrim ., por infracción de precepto constitucional del art. 10.2 , 14 , 24 y 96 de la C .E., en relación con el art. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados , que impide la alegación del derecho interno para incumplir el derecho internacional de los Tratados, en relación al contenido de la L.O. 6/2000 de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la L.O. 18/2003, de 10 de diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional, y el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 (que son derecho interno). OCTAVO: Infracción de precepto constitucional, al infringirse el art. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados de 23 de mayo de 1969 e inaplicación de la Disposición Transitoria Única de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, en relación al art. 96 de la C.E . y del art. 146 de la IV Convención de Ginebra. NOVENO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y 852 de la Lecrim ., por infracción de precepto constitucional del art. 10.2 y 14 de la C .E. por infracción del principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin distinción o discriminación por razón de nacimiento o cualquier otra razón personal o social (infracción del principio de igualdad del art. 7 de la DUDH). DÉCIMO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y 852 de la Lecrim ., por infracción de precepto constitucional y en concreto del art. 10.2 y 24 de la C .E., tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión en relación con lo previsto en el art. 248.4 de la L.O.P.J ., sobre información de firmeza y recursos, no constando información alguna sobre posible solicitud de revocación frente al auto de conclusión del sumario. UNDÉCIMO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y 852 de la Lecrim ., por infracción de precepto constitucional del art. 10.2 y 24 de la C .E. que establece el derecho de tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, tanto de las víctimas como de las partes querellantes. DOUDÉCIMO: Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del derecho a un procedimiento con todas las garantías y el derecho a un juicio con todas las garantías (proceso debido), al amparo de lo establecido en el art. 24.1 y 2, en relación con el art. 1.1 , 9.1 , 9.3 , 10.1 y 10.2 , 13 y 14 , 24 , art. 81 , art. 117.3 , art. 117.6, ambos de la C.E .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista y lo impugnó por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento ha tenido lugar la votación y fallo el 23 de abril pasado.

Séptimo.

No ha formado parte de la Sala la Excm. Sra. D^a Zaida Raimunda , por incurrir en la causa de abstención num. 15 del art. 219 de la L.O.P.J .



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El auto impugnado, dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 2 de julio de 2014, acuerda el sobreseimiento y archivo del Sumario núm. 63/2.008, tramitado ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional.

En este procedimiento se investigaban supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la ocupación del Tíbet por la República Popular China, durante el período comprendido entre 1950 y 1979.

La querella que dio lugar a este procedimiento fue interpuesta por el llamado Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet, ejercitando la acción popular, y por un ciudadano de naturaleza tibetana, posteriormente nacionalizado español, ejercitando la acusación particular, siendo querellados Primitivo Jesus, ex Presidente de China, Miguel Prudencio, ex primer Ministro de China, y otros altos cargos de la época.

La querella fue presentada hace diez años, en mayo de 2005, y admitida a trámite por auto de 10 de enero de 2006 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delito de Genocidio, acordándose practicar las diligencias pertinentes para la investigación y esclarecimiento de los hechos. Por Comisión Rogatoria de 17 de diciembre de 2008, se intentó tomar declaración a los querellados por presuntos delitos de torturas, genocidio y lesa humanidad, sin resultado positivo. Posteriormente se amplió el procedimiento respecto del ex Presidente de la República Popular China Octavio Segundo, por auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2013.

Segundo.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, acordó con fecha 2 de julio de 2014 el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados.

En cuanto al delito de Genocidio, porque ninguna de las personas querelladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional. Y respecto al delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, no consta que los querellados, nacionales de la República Popular China, se encuentren en territorio español. Se excluye, asimismo, la posible calificación de los hechos investigados como delito de terrorismo porque la imputación quedó en su día formalizada por los delitos de genocidio, lesa humanidad y tortura y en base a estos delitos se acordó tomar declaración a los querellados y se ordenó su busca y captura.

El auto impugnado parte de que Legislador español ha precisado, en el artículo 23.4 de la LOPJ, los límites positivos y negativos de la posible extensión de la Jurisdicción española en relación con la aplicación de la Justicia Universal y que lo ha hecho de un modo ajustado a los Tratados internacionales, que no obligan a los Estados miembros a incorporar de un modo absoluto el principio de Justicia Universal. Siendo la determinación de los límites procedentes, dentro de lo dispuesto por los Tratados, una cuestión de política criminal interna.

Al estimar que no existe contradicción con el Derecho Internacional, la resolución recurrida entiende, frente a los querellantes, que no es preciso plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo.



Tercero.

La resolución dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional va acompañada de dos votos particulares.

El primero de ellos considera, frente a la opinión mayoritaria, que el Derecho Internacional sí obliga al Estado Español a investigar y perseguir los hechos objeto del sumario núm. 63/2008.

Se afirma que los hechos imputados a los querellados también serían constitutivos de crímenes de guerra puesto que, por auto de 30 de marzo de 2011, el Juzgado Central de Instrucción amplió las conductas investigadas al traslado y asentamiento de población de la potencia ocupante -China- en el territorio ocupado del Tíbet, estimando que esta conducta constituiría un crimen de guerra conforme al Tratado de Ginebra y a nuestro Código Penal (art. 49 de la IV Convención de Ginebra, en relación con el art. 611 5º CP).

En relación con este delito se alega que el artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra , relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949), establece que cada Estado parte « tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer una cualquiera (sic) de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios Tribunales, cualquiera cual fuere su nacionalidad», estimando que esta norma debe ser interpretada en el sentido de que los Convenios de Ginebra imponen para este tipo de delitos un sistema de Justicia Universal absoluta, por el cual todos los países están obligados a perseguir a todos los criminales de guerra allí donde se encuentren, con independencia de que estén fuera de su jurisdicción, extraditarlos hacia su país y enjuiciarlos, sin limitación alguna.

Esta norma, según los firmantes del voto particular, se diferencia del resto de las otras normas convencionales que establecen una Jurisdicción Universal, como sería la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes -artículo 5- o el Tratado sobre Genocidio -artículo 6- que « no han sido redactados en los términos de la obligación inexcusable para los Estados en materia de crímenes de guerra de buscar a los autores cualquiera que fuera su nacionalidad y hacerlos comparecer ante los Tribunales ».

Partiendo, en consecuencia, del deber inexcusable de España, y del resto de los Estados firmantes como parte de los Convenios de Ginebra, de investigar y perseguir los crímenes de guerra sin necesidad de vínculo de conexión alguno y con independencia de que los presuntos responsables se encuentren fuera de su jurisdicción, los firmantes del voto estiman que se produciría en el caso de autos un conflicto de normas entre los Tratados internacionales y el artículo 23.4 de la LOPJ , que debe resolverse en favor de los primeros, interpretando el precepto legal conforme a los Tratados.

Subsidiariamente, los firmantes del voto entienden que deberían plantearse al Tribunal Constitucional las dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma de la Ley Orgánica 1/2014, desde dos perspectivas:

a) La Ley discrimina y otorga un trato diferenciado a las víctimas en atención al tipo de delito, haciendo de peor condición a las víctimas de los crímenes más graves, los de Derecho Internacional (Genocidio, Crímenes de Guerra y contra la humanidad, aquellos que afectan a los valores esenciales de la Comunidad Internacional, la paz, la seguridad y la prosperidad de los pueblos), requiriendo que el autor sea nacional o residente habitual en España o que se encuentre en nuestro territorio, se haya pedido su extradición por un tercer Estado y se hubiere denegado, lo que carecería de justificación en Derecho y sí en otro tipo de intereses ajenos a las razones del Derecho y de los derechos fundamentales;



www.civil-mercantil.com

b) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puesto que, en síntesis, los criterios correctores introducidos por el Legislador para el ejercicio de la jurisdicción universal (arbitrarios y desiguales, que operan automáticamente en todos los casos, por haber sido establecidos como condiciones a su ejercicio, lo que iría en contra del "principio de progresividad" en la protección de los derechos humanos) no están amparados por la costumbre internacional y llevarían a una reducción contra legem, no solo del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sino del propio principio de Justicia Universal.

El segundo voto particular, adhesivo y concurrente con el anterior, muestra su conformidad con la inconstitucionalidad del artículo 23.4 de la LOPJ, pero entiende que debe resaltarse un aspecto, cual es el distinto tratamiento del principio de personalidad pasiva en la regulación contenida en el artículo 23 de la LOPJ. Especialmente, en los delitos de Genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, el Estado español se desentiende de si las víctimas son españolas, lo que sería inadmisibles y carente de justificación, privándolas de sus derechos e intereses cuando no haya otra jurisdicción que actúe, bien internacional, bien territorial, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Cuarto.

Frente a la resolución impugnada se articulan dos recursos, el primero interpuesto por los querellantes iniciales, el llamado Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet, ejercitando la acción popular, y por el ciudadano de naturaleza tibetana, posteriormente nacionalizado español, Emiliano Patricio, como acusación particular.

Y el segundo interpuesto por una parte acusadora personada con posterioridad, el Instituto de Derechos Humanos Sri Auribondo y D. Rogelio David.

El primero de los recursos se interpone por dos motivos, uno por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por aplicación indebida de los Tratados Internacionales que establecen la Jurisdicción Universal, y otro por vulneración del mismo derecho constitucional por aplicación retroactiva de la reforma legal del art. 23 4º LOPJ.

El segundo de los recursos se articula por doce motivos, los cinco primeros por infracción de ley y el resto por vulneración de precepto constitucional.

RECURSO INTERPUESTO POR EL COMITÉ DE APOYO AL TÍBET, LA FUNDACIÓN CASA DEL TÍBET Y LA REPRESENTACIÓN DEL CIUDADANO NACIONALIZADO ESPAÑOL Emiliano Patricio.

Quinto.

El primer motivo del primer recurso, se articula al amparo del art. 5 4º LOPJ y 852 Lecrim, por infracción constitucional, alegando vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 23 4º de la LOPJ.

Considera la parte recurrente que la resolución impugnada vulnera este derecho constitucional porque aplica indebidamente los Tratados Internacionales de los que, a juicio de la parte recurrente, se deriva un mandato imperativo de asunción por parte de España de la jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los hechos objeto del proceso, específicamente en relación con los crímenes de guerra, a los que no se refiere expresamente la resolución impugnada.



www.civil-mercantil.com

Se apoya asimismo el recurso en las alegaciones contenidas en el voto particular formulado al Auto impugnado, voto en el que debe destacarse el rigor y alto nivel técnico que se aprecia en su redacción.

La resolución del motivo exige, en primer lugar, un esfuerzo de clarificación sobre el propio concepto de Jurisdicción Universal, su extensión y limitaciones.

En segundo lugar, un análisis de la evolución legislativa y jurisprudencial española en esta materia.

En tercer lugar el examen de los Tratados directamente aplicables al caso actual para constatar si concurre el conflicto de normas denunciado por la parte recurrente entre los referidos Tratados internacionales que configuran el Derecho Internacional Penal de naturaleza convencional en esta materia y el artículo 23.4 de la LOPJ en su redacción actual.

En cuarto lugar, una referencia al Derecho comparado, que permita constatar si la actual legislación española constituye, o no, una anomalía que pueda ser calificada de contraria a la práctica internacional en esta materia, o Derecho Internacional Penal consuetudinario, como se alega por la parte recurrente.

En quinto lugar, un esfuerzo de interpretación del párrafo p) del art. 23 4º de la LOPJ, en su redacción otorgada por la LO 1/2014, para comprobar si, como sostiene la parte recurrente, constituye una norma de carácter general y prioritario, aplicable incluso a los tipos delictivos cuya jurisdicción aparece regulada específicamente en la Ley.

En sexto lugar un análisis del caso específico de los crímenes de guerra, para comprobar si los Convenios de Ginebra imponen un sistema excepcional de jurisdicción universal para estos supuestos, y determinar su alcance.

La Jurisdicción Universal.

Sexto.

Este Tribunal ha mantenido un criterio respetuoso y favorecedor de la aplicación del principio de Jurisdicción Universal, sin perjuicio del rigor jurídico en la interpretación de los Tratados Internacionales, de los principios, valores y garantías constitucionales, especialmente del principio de legalidad penal, y de la norma competencial vigente en cada momento.

El principio general en el que se fundamenta nuestra doctrina jurisprudencial, y que debe respetarse en la resolución del presente recurso, es el de que la lucha contra la impunidad en el Derecho Internacional Penal no puede hacerse a costa de las garantías esenciales del Estado de Derecho.

En el Voto particular emitido a la STS 237/2003, de 25 de febrero, se proclama expresamente que: " El ejercicio de la Jurisdicción Universal, al desterrar la impunidad por los crímenes contra la humanidad, contribuye a la paz y a la humanización de nuestra civilización. Es cierto que no devuelve la vida a las víctimas, ni puede conseguir que todos los responsables sean enjuiciados. Pero puede ayudar a prevenir algunos crímenes y a enjuiciar a algunos de sus responsables. Con ello contribuye a la consecución de un mundo más justo y seguro, y a consolidar el Derecho Internacional, en lugar de la violencia, como forma habitual de solucionar los conflictos ".

La Jurisdicción Universal consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor.

La Jurisdicción Universal supone, en consecuencia, que conforme a determinados Tratados Internacionales los Tribunales de un Estado deben ejercer jurisdicción extraterritorial



www.civil-mercantil.com

sobre ciertos delitos en función de su naturaleza, para evitar que los responsables puedan encontrar un lugar de refugio donde alcanzar la impunidad.

No significa, sin embargo, que los Estados estén obligados necesariamente a extender dicha jurisdicción a personas que no se encuentren en su territorio, o en el ámbito de su soberanía, iniciando una investigación "in absentia" de delitos internacionales cometidos en cualquier parte del mundo, aunque los supuestos responsables no se encuentran a su alcance. Pero pueden extender facultativamente su jurisdicción a estos supuestos si así lo establecen en su legislación interna.

La Jurisdicción Universal se aplica, conforme a los Tratados Internacionales, a aquellos delitos que más interesan a la comunidad internacional porque afectan a la paz y a la protección y defensa de los derechos humanos.

El fundamento de la facultad de todos los Estados para el enjuiciamiento de estos delitos se encuentra en su carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la comunidad internacional. Su respaldo en el Derecho Internacional se encuentra en los Tratados Internacionales que especialmente facultan a todos los Estados a extender su jurisdicción al enjuiciamiento de estos delitos.

La razón para la aplicación del principio de jurisdicción universal es asegurar la efectiva persecución de los crímenes que más gravemente preocupan a la comunidad internacional.

El ejercicio de la jurisdicción universal en los casos prevenidos en los Tratados implica actuar en representación de la Comunidad Internacional.

Séptimo.

- Ejemplo de estos Tratados son el Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y el castigo del Genocidio; los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de septiembre de 1971; la Convención sobre la prevención del castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, de 14 de diciembre de 1973; el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977; la Convención contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979; el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980 ; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999; la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006; el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica o el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, entre otros.

Estos Convenios, como otros relacionados con delitos similares, facultan a los Estados para prever en sus ordenamientos el principio de Justicia Universal pero, según se deduce con nitidez de su texto, ordinariamente no la imponen. Establecen generalmente una cláusula según la cual se admite la jurisdicción penal extraterritorial ejercida conforme a las Legislaciones nacionales, añadiéndose el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no se conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la



www.civil-mercantil.com

impunidad y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio.

Pero, como es fácil comprobar en su texto, no se establece expresamente en esos Tratados que cada Estado parte deba imperativamente investigar y perseguir, sin limitación alguna, los hechos constitutivos de delitos internacionales ocurridos en el territorio de otros Estados. Es decir, de los Tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada.

Octavo.

El compromiso derivado de los Tratados de ejercitar la Jurisdicción Universal frente a determinados delitos debe hacerse efectivo por los Estados firmantes incorporándolo a su legislación interna, dado que la asunción de responsabilidades por un Estado en el ámbito internacional no determina por sí sola la responsabilidad penal de sus ciudadanos en el ámbito nacional.

Es preciso que la normativa penal nacional defina y sancione los distintos tipos delictivos y la normativa procesal establezca específicamente la jurisdicción, para respetar el principio constitucional de legalidad penal.

El establecimiento de la Jurisdicción Universal por la normativa interna puede realizarse de un modo genérico, o absoluto, en relación con cualquier responsable de los delitos a los que se refieren los Tratados Internacionales en esta materia, o bien de un modo limitado, que evite una extensión desmesurada de la jurisdicción extraterritorial, exigiendo criterios de conexión que justifiquen específicamente la Jurisdicción del Estado en cuestión o limitando el ejercicio de la Jurisdicción Universal al enjuiciamiento de los responsables que se encuentren en su territorio.

El sistema de asunción limitada de la Jurisdicción Universal es el que está generalizado en el Derecho Comparado.

Evolución legislativa y jurisprudencial.

Noveno.

- El artículo 23 4º de la LOPJ , que regula en nuestro ordenamiento el ejercicio de la Jurisdicción Universal, ha experimentado dos relevantes modificaciones.

En la STS 592/2014, de 24 de julio , hemos expuesto como la regulación legal de la Jurisdicción Universal ha seguido en nuestro país una evolución restrictiva.

En una primera fase, plasmada en la versión inicial la Ley Orgánica del Poder Judicial, se incluía una regulación muy amplia, concebida como Jurisdicción Universal absoluta o sin limitaciones, que carecía de cualquier condicionante jurídico.

En una segunda fase, concretada mediante la modificación legal operada en 2009, Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se establece un modelo de Jurisdicción Universal con exigencia de un vínculo de conexión, que relacione a la Jurisdicción española con el hecho perseguido.

Y, en una tercera fase, actualmente vigente, que nace con la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, se precisan los vínculos específicos exigidos para cada tipo delictivo, atendiendo a la configuración concreta de los Tratados Internacionales correspondientes y al grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los Estados firmantes, excluyendo expresamente la incoación de procedimientos de oficio o a instancia de la acción popular.



www.civil-mercantil.com

Décimo.

Por tanto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción originaria, establecía un modelo de justicia universal absoluto, en el que no estaba prevista ninguna limitación para su ejercicio.

Disponía el precepto:

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

- a) Genocidio. b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

La única limitación era la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no hubiese sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, la LOPJ instauró inicialmente un principio de jurisdicción universal absoluto, sin sometimiento expreso a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, configurado exclusivamente a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución.

Sin embargo, un análisis en profundidad de la norma permitía deducir que el Legislador, al menos en determinados tipos delictivos, partía del presupuesto implícito de la presencia en España de los responsables. Por ejemplo, carece de sentido asumir la competencia para la investigación de un delito de falsificación de moneda extranjera, cometido en el extranjero por ciudadanos extranjeros, si los responsables continúan en sus países de origen.

Undécimo.

El carácter ilimitado del ejercicio de la Jurisdicción Universal se puso en cuestión por la práctica, lo que llevó a este Tribunal a diseñar criterios racionales de restricción en la STS 327/2003, de 25 de febrero, y en su voto particular, al analizar los problemas de Justicia Universal suscitados por las denuncias formuladas ante los Tribunales españoles contra los crímenes de Genocidio cometidos en Guatemala durante la dictadura militar.

Denuncias que se referían al Genocidio sufrido por la etnia maya y que fueron interpuestas, entre otros, por la premio Nóbel de la Paz, Rigoberta Menchú.

En esta sentencia se confirmó parcialmente un auto de la Audiencia Nacional en el que se había acordado que los Tribunales Españoles carecían de jurisdicción para conocer de los hechos denunciados, calificados como constitutivos de delitos de Genocidio, terrorismo y torturas, y ocurridos en Guatemala entre 1978 y 1999.

Es conveniente resaltar que tanto la sentencia mayoritaria, como el voto particular, coincidían en el criterio básico de la necesidad de vincular el ejercicio de la Jurisdicción Universal a la concurrencia de ciertos criterios de conexión, conforme al modelo posteriormente



www.civil-mercantil.com

incorporado a nuestro ordenamiento por la LO 1/2009, de 3 de noviembre . La diferencia esencial se centraba en la configuración de los vínculos de conexión exigibles en el caso específicamente enjuiciado, y en concreto en si podía exigirse para la persecución de los delitos de genocidio que las víctimas fuesen españolas, según se establecía en la sentencia mayoritaria y se negaba en el voto particular.

Pero, en cualquier caso, la resolución, en su conjunto, contenía un relevante esfuerzo de análisis de la Jurisdicción Universal, su naturaleza, contenido esencial y límites, que ha servido de referente ineludible para su aplicación posterior.

Duodécimo.

Esta sentencia 327/2003, de 25 de febrero , fue anulada por la STC 237/2005, de 26 de septiembre , mediante una resolución ponderada, que sigue básicamente el criterio expresado en el voto particular de la STS 327/2003 , pero que ha sido mal interpretada.

En la STS 319/2004, de 8 de marzo , se resume la doctrina establecida en la STS 327/2003, de 25 de febrero , en la siguiente forma:

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

2º.- En el art. VIII del Convenio contra el Genocidio se establece que cada parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de Genocidio, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

3º.- El principio de no intervención en asuntos de otros Estados (art. 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional; y, a este respecto, resulta significativo que el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, no permite a la Corte Penal Internacional declarar su competencia más que en aquellos casos en que, bien el Estado del lugar de comisión o bien el de la nacionalidad del autor, sean parte del Tratado y hayan reconocido así la competencia de la Corte.

4º.- En los Tratados Internacionales relativos a estas materias se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de estos Tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado.

En esta misma línea, y según se establece en el art. 23.4.g) LOPJ , la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos en España .



www.civil-mercantil.com

Así se desprende, por otra parte, del art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados , según el cual lo acordado en ellos "no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado ".

Como complemento de los anteriores criterios generales, la STS 327/2003, de 25 de febrero , admite la relevancia que debe tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de Justicia Universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención.

Y estima que en el caso del genocidio maya no se aprecia la existencia de conexión con un interés nacional español, pues, siendo posible concretar la conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se aprecia la comisión de un genocidio sobre españoles, aun cuando haya españoles que se vieron afectados por hechos calificables como delitos distintos.

Décimotercero.

La STS 327/2003, de 25 de febrero , que estableció la anterior doctrina, fue adoptada por un margen exiguo de votos -ocho contra siete- centrándose la cuestión controvertida en el rigor con el que debe aplicarse la exigencia de este nexo de conexidad.

El voto particular, en el que se apoyó la argumentación del recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional y que constituye el soporte básico de la posterior sentencia, se centraba en que la resolución mayoritaria mantenía una doctrina excesivamente restrictiva que podía vaciar de contenido lo establecido por el Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de Genocidio en el artículo 23 4º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , vulnerando con ello el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a la jurisdicción.

Desde la perspectiva del voto particular, la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce la competencia de la Jurisdicción española para enjuiciar el delito de Genocidio, como crimen contra la humanidad, pero la doctrina emanada de la sentencia mayoritaria podía impedir en la práctica la efectividad de dicha competencia, condicionándola mediante presupuestos restrictivos que la Ley entonces vigente no establecía.

La doctrina de la sentencia mayoritaria podía limitar la competencia de la jurisdicción española al Genocidio de un único grupo humano, el de los ciudadanos españoles, supuesto prácticamente irreal. Con ello podía negar el derecho de acceso a la Jurisdicción española, establecido en el art 23 4º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , para cualquier supuesto efectivo de Genocidio real.

Sostenía el voto particular que el Genocidio constituye un crimen universalmente reconocido y unánimemente condenado por la Comunidad Internacional. Sus autores son enemigos comunes de toda la humanidad pues atentan contra nuestros valores más profundos y en la medida en la que niegan el propio derecho a la existencia de un grupo humano, cometen la más grave violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal para evitar la impunidad en un caso de genocidio étnico implica actuar en representación de la Comunidad Internacional.

La imposición por el Convenio de 1948 de la obligación de ejercicio de su propia jurisdicción a un determinado territorio sobre los actos de Genocidio ocurridos en el mismo, no excluye que otros Estados puedan establecer de modo concurrente su jurisdicción extraterritorial sobre el delito de Genocidio, como crimen de derecho internacional, a través de su legislación interna. El Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de genocidio, pero tampoco la impide.



www.civil-mercantil.com

Conforme a lo señalado en el referido Voto particular, la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, constituye un criterio razonable de auto restricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama.

Pero únicamente si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla.

Es un criterio que no aparecía expresamente reconocido en la Ley, señalaba el referido voto particular a la STS 327/2003 , pero que puede ser asumido como emanación de los principios del Derecho Penal Internacional, y aplicado como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial.

Ahora bien, este criterio no debe ser aplicado de tal modo que deje sin contenido con carácter general lo dispuesto en el art. 23 4 de la LOPJ , es decir que sustituya la norma legal de atribución de la Jurisdicción exclusivamente en consideración a la naturaleza de determinados delitos, por el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en nuestro ordenamiento, o por el principio de defensa, que ya se recogía separadamente en el apartado tercero del citado art. 23 de la LOPJ .

En particular en lo que se refiere al denominado núcleo fundamental de los crímenes internacionales, como son el Genocidio o los crímenes contra la humanidad, señalaba el voto particular que la sustitución del principio de jurisdicción universal por el de personalidad pasiva constituye un error, pues se trata precisamente de delitos cuya sanción internacional se fundamenta en que constituyen una agresión contra valores comunes reconocidos como fundamentales para el conjunto de la Comunidad Internacional.

La aplicación del criterio de razonabilidad anteriormente enunciado puede permitir a un Tribunal nacional que tenga atribuida con carácter general competencia extraterritorial en estos supuestos, como sucede en nuestro país con la Audiencia Nacional, denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción en relación con supuestos hechos delictivos sucedidos en países que no tengan vínculo alguno de conexión, en sentido amplio, con España, con los ciudadanos españoles, sus intereses y sus relaciones.

Esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a la finalidad razonable de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos, y a garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula.

Pero si se interpretaba el nexo de conexión, como se hacía en la sentencia mayoritaria, en el sentido de abarcar solo los casos de víctimas de nacionalidad española, que, para acoger la competencia por Genocidio, debían además formar parte de la etnia víctima de dicho delito, se restringía excesivamente el principio de jurisdicción universal, pudiendo derogarse en la práctica lo dispuesto en el art 23 4 de la LOPJ . En efecto el criterio de atribución de la jurisdicción en estos casos ya no sería la naturaleza del delito, como previene expresamente el precepto, sino la nacionalidad de la víctima.

Según se expresaba en el citado voto particular, la afectación de víctimas o intereses españoles, en el ámbito de un supuesto genocidio, puede reforzar, como nexo de conexión , las razones para que la Jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto, pero en todo caso debe hacerlo en aplicación del principio de justicia universal, abarcando el comportamiento genocida en sentido propio.



www.civil-mercantil.com

Décimocuarto.

La STC 237/2005, de 26 de septiembre , otorgó el amparo solicitado, declaró la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción y anuló el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo 327/2003, de 25 de febrero , retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del Auto de la Audiencia Nacional.

El núcleo esencial de la referida resolución dispone, en relación con la STS de 25 de febrero de 2003 , que:

" Pues bien debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial , que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE , en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ .

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha quedado menoscabado en el presente caso porque una interpretación acorde con el "telos" del precepto conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio "pro actione", y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el art.24.1 CE .

Por tanto la forzada e infundada exégesis a que el Tribunal Supremo somete el precepto supone una restricción ilegítima del citado derecho fundamental, por cuanto vulnera la exigencia de que "los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad" (STC 220/2003, de 15 de diciembre , FJ

3), al constituir una " denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable " (STC 157/1999, de 14 de septiembre , FJ 3).

Así la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base . Según dispone el art. 607 CP el tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia.

La exégesis manejada por la Sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles



www.civil-mercantil.com

cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español.

La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el Legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ, y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Obviando el hecho, destacado por el Ministerio Público en su informe, de que la referencia al mismo en la resolución impugnada es prácticamente nominal, careciendo de un mínimo desarrollo que permita concretar su contenido, lo cierto es que con su inclusión el núm. 4 del art.23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior.

Como ya ha sido afirmado la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la Sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal.

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 (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005, en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como "la competencia de un Estado para perseguir y, en caso 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".

Frente a ello la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal, en la medida en que aspira a unir "el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes" (fundamento jurídico décimo) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que, como ya habíamos afirmado, da lugar a una práctica abrogación de facto del art. 23.4 LOPJ.

Además el exacerbado rigorismo con que tales criterios son aplicados por el Alto Tribunal redundante en la incompatibilidad de sus pronunciamientos con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, puesto que exige que la conexión con intereses nacionales deba apreciarse en relación directa con el delito que se toma como base para afirmar la atribución de jurisdicción, excluyendo expresamente la posibilidad de interpretaciones más laxas (y, con ello, más acordes con el principio pro actione) de dicho criterio, como la de vincular la conexión con intereses nacionales con otros delitos conectados con aquél, o bien, más genéricamente, con el contexto que rodea los mismos".



www.civil-mercantil.com

Décimoquinto.

La "ratio decidendi" de esta Sentencia constitucional debe obtenerse analizando detalladamente el contenido propio y sustancial del núcleo argumentativo que fundamenta la decisión, que está íntimamente relacionado con el debate interno suscitado entre el sector mayoritario y el minoritario de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003 , y específicamente con la proscripción de una interpretación excesivamente rigorista de los criterios de acceso a la jurisdicción que contradice la normativa legal entonces vigente.

No procede, en consecuencia, anclar las conclusiones derivadas de la sentencia en afirmaciones aisladas que pueden calificarse de "obiter dictum", prescindiendo de que la resolución se dicta en un determinado contexto legislativo, y que el otorgamiento del amparo se fundamenta esencialmente en el derecho de acceso a la jurisdicción, de acuerdo con la normativa legal entonces vigente.

Señala específicamente la STC 237/2005 : "En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución".

El análisis objetivo de este párrafo de la sentencia permite constatar que cuando el Tribunal Constitucional se refiere en la STC 237/2005 , ordinariamente mal interpretada, a un "principio de jurisdicción universal absoluto" se está refiriendo al instaurado por la redacción concreta de la LOPJ de 1985, que no somete este principio a criterio restrictivo alguno.

Pero no está estableciendo que este carácter absoluto venga impuesto necesariamente por principios constitucionales , sino por criterios de legalidad.

El modelo de Jurisdicción Universal acogido por la versión inicial de la LOPJ puede, por tanto, ser modificado por el Legislador, si, como ha sucedido en la práctica, éste aprecia que la combinación del carácter absoluto con el que se admite el principio de jurisdicción universal en la referida regulación legal con la admisión de la acción popular en nuestro ordenamiento penal, puede conducir a un resultado que se considera excesivamente expansivo en la aplicación de la Jurisdicción Universal en nuestro país, en relación con lo que sucede en otros países de nuestro entorno.

En el mismo sentido continúa la STC expresando : " Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación (STC 237/2005)".

El Tribunal Constitucional, que continuaba interpretando la normativa legal ordinaria entonces vigente, admitía la posibilidad de criterios reguladores que pudieran restringir el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal en nuestro ordenamiento. Tanto de carácter interpretativo, como, con mayor razón, de carácter legislativo. Lo que afirma el Tribunal Constitucional, como "ratio decidendi" que justifica la resolución final, es que, "de lege data", la normativa legal otorgaba un carácter absoluto al principio de jurisdicción universal, por lo que la interpretación de la STS de 25 de febrero de 2003 era excesivamente rigurosa. Lo cual no excluye, en absoluto, que "de lege ferenda" pudiesen establecerse criterios reguladores para restringir el ámbito de aplicación de esta jurisdicción.

" Ahora bien, en dicha labor exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los



www.civil-mercantil.com

límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico (STC237/2005)".

El Tribunal Constitucional, continuando con el marco referencial de la ley entonces vigente, y sin invocar principios constitucionales que impusieran una determinada regulación de la jurisdicción española en relación con el principio de jurisdicción universal, está señalando en este párrafo el límite que no puede sobrepasarse en la labor exegetica de la ley entonces vigente. Límite que sobrepasó según su criterio, la STS 327/2003, de 25 de febrero , y que consiste en " excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico".

" Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico "pro actione" y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE . Tal es el cauce analítico que debemos seguir (STC 237/2005)".

En definitiva, el Tribunal Constitucional no anuló la STS 327/2003 por no ser respetuosa con los principios inmanentes de la jurisdicción universal, que no admitirían limitación alguna en su ejercicio, sino porque consideró que se había vulnerado el principio "pro actione", al establecer criterios restrictivos de admisión que excluían dicha Jurisdicción en supuestos que el propio Tribunal Constitucional estimaba claramente incluidos en la norma legal vigente en aquella fecha.

Añadiendo, en relación con determinados criterios restrictivos, que en relación con el genocidio , " la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base (STC 237/2005)".

Y asimismo que " la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales (STC237/2005)".

Criterios que han sido respetados en la legislación actual, pues como es fácil comprobar, la Jurisdicción en materia de Genocidio no se limita en absoluto en relación con la nacionalidad de las víctimas ni con criterios específicos de interés nacional (art. 23 4º LOPJ , reformado por la LO 1/2014, apartado a).

Décimosexto.

Pues bien esta resolución fue interpretada de forma bastante generalizada en el sentido de que la admisión en nuestro ordenamiento de la Jurisdicción Universal debería en todo caso ser absoluta, y no en el sentido de que era la Ley Orgánica del Poder Judicial la que había acogido ese modelo amplio, que es lo que decía la Sentencia.

En consecuencia, pese a que la STC 237/2005 , admitía criterios restrictivos, incluso por vía exegetica, siempre que no constituyesen " una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico", lo cierto es que la práctica puso de manifiesto que la interpretación generalizada de la resolución constitucional hacía imprescindible una



www.civil-mercantil.com

intervención del Legislador si se estimaba necesario introducir en materia de Jurisdicción universal " los criterios reguladores que vinieran a restringir su ámbito de aplicación " a que se refería la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Las sentencias de esta Sala núm. 645/2006, de 20 de junio, que admitió a trámite la querrela en el caso Falung Gong , por hechos ocurridos en China, y núm. 1240/2006, de 11 de diciembre, que asumió la Jurisdicción española para la investigación de la muerte de un periodista español en acción de guerra llevada cabo por las fuerzas norteamericanas, durante la invasión de Irak, interpretando en sentido amplio la STC 237/2005 , confirmaron de forma manifiesta esta corriente interpretativa.

Fue esta razón jurídica (necesidad de introducir expresamente en la norma legal la referencia a vínculos de conexión), sin desconocer los problemas en las relaciones internacionales de España que la interpretación expansiva de la Jurisdicción Universal estaba ocasionando, la que determinó la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el art 23 4º de la LOPJ con el fin de exigir, para el ejercicio de la Jurisdicción Universal, la concurrencia de una conexión nacional o un vínculo relevante que relacione a España con el hecho perseguido.

Declaraba el art. 23 4º LOPJ a partir de dicha reforma:

« 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 sobreeserá 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 » .

Décimoseptimo.

Sin embargo, la efectividad de esta reforma no fue suficientemente restrictiva, desde la perspectiva del Legislador.



www.civil-mercantil.com

La inercia de la regulación anterior, unida a la indeterminación del concepto de "vínculo de conexión relevante", a la presión derivada de la posibilidad de ejercicio de la acción popular en nuestro ordenamiento penal y a la interpretación extensiva, para algunos fraudulenta, del concepto de víctimas españolas, incluyendo las que no lo eran cuando se produjeron los hechos pero se nacionalizaron después, determinó que fuesen los órganos jurisdiccionales españoles, entre todos los países de nuestro entorno, los que siguiesen siendo destinatarios de procedimientos por hechos en ocasiones muy lejanos en el tiempo y en el espacio, sin vínculos de conexión con España relevantes y en los que la justificación de la intervención jurisdiccional específica de nuestro país no tenía una fundamentación clara.

Este es el caso del proceso actual, seguido por delitos supuestamente cometidos en China a lo largo de más de 50 años (la ocupación de Tíbet, tras la guerra civil en China, se produjo en 1950, hace 65 años), con escasa viabilidad procesal, cuya instrucción se prolonga ya durante diez años sin avances significativos, y en los que no es fácil constatar un vínculo de conexión relevante con nuestra Jurisdicción. Procedimientos que, pese a su escasa efectividad, continuaban originando, además, problemas en las relaciones internacionales españolas, dada la falta de justificación clara de la continuidad del proceso en términos estrictos de Derecho Internacional.

Finalmente, y por todo ello, se realizó una segunda reforma legislativa, a través de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, que profundiza en la aplicación de criterios restrictivos al reconocimiento de la Jurisdicción Universal en nuestro ordenamiento, atiende de modo preponderante a la configuración de los Tratados internacionales y al grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los Estados firmantes respecto de cada delito específico, y concreta, caso por caso, qué vínculos de conexión son los relevantes para que la jurisdicción española pueda conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como algunos de los delitos allí previstos.

Se regula asimismo expresamente, en el apartado cinco del precepto, el principio de subsidiariedad. Mientras que, en el apartado sexto, se excluye, en estos casos, el ejercicio de la acción popular.

Décimotavo.

La Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica pone de manifiesto cuales son los objetivos perseguidos por la reforma:

Con la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se produjo un cambio en la regulación y planteamiento de la llamada justicia universal. En el planteamiento de dicha reforma latía la idea de perfilar la competencia de la jurisdicción española, ampliando por un lado los delitos que, habiéndose cometido fuera del territorio nacional, e independientemente de la nacionalidad de su autor son susceptibles de ser investigados por la jurisdicción española y por otro lado, definiendo las condiciones que debían darse para que la justicia española fuera competente, adaptando la justicia universal al principio de subsidiariedad y a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo.

Han pasado cuatro años desde que la mencionada reforma entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional,



www.civil-mercantil.com

deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un Tratado Internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional. Al tiempo, la regulación de la materia debe ajustarse a los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos.

En esa misma línea de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los Tratados Internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley.

Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía.

Con esta finalidad, se precisan los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española: es necesario que el legislador determine, de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones. La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene además un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito.

También se delimita con carácter negativo la competencia de los Tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los Tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.

En todo caso, los jueces y Tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La regulación introduce límites a la jurisdicción española que deben ser aplicados a las causas actualmente en trámite, pues los Tribunales españoles no pueden continuar procedimientos sobre los que ya carezcan de jurisdicción".

Décimonoveno.

En la citada reforma se modifican los apartados 2º, 4º y 5º del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se introduce un nuevo apartado 6º en dicho artículo 23, quedando redactados de la siguiente manera:



www.civil-mercantil.com

«2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran 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, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal 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.»

«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 cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1º.- El procedimiento se dirija contra un español; o,

2º.- La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español; o,

2º.- la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

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

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

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;



www.civil-mercantil.com

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

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

f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:

- 1º.- el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,
- 2º.- el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

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

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

- 1º.- el procedimiento se dirija contra un español; o,
- 2º.- cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

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

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

- 1º.- el procedimiento se dirija contra un español;



www.civil-mercantil.com

2º.- el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3º.- el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;o,

4º.- el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

2º.- el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,

3º.- el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

m) Trata de seres humanos, siempre que:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

2º.- el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3º.- el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4º.- el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

2º.- el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3º.- el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,

4º.- el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;



www.civil-mercantil.com

2º.- el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3º.- el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;

4º.- la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,

5º.- el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

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

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

«5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1º.- la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2º.- se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.



www.civil-mercantil.com

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.»

«6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.»

Disposición transitoria única: Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.

Con esta reforma se ha culminado, hasta el momento, la regulación de la Jurisdicción Universal en nuestro país, que es fruto de una evolución en la que una actividad jurisdiccional expansiva en esta materia por parte de los órganos jurisdiccionales competentes de la Audiencia Nacional, se ha confrontado con un criterio legislativo mucho más restrictivo.

Vigésimo.

Aplicando esta normativa legal vigente, debe confirmarse el criterio del Auto impugnado, de 2 de julio de 2014, que acordó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados.

En efecto, por lo que se refiere al supuesto delito de Genocidio, ninguna de las personas querelladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional, por lo que no se cumple un requisito esencial prevenido en el art. 23 4º a) de la LOPJ.

La naturaleza de investigación "in absentia" que ha pesado durante diez años sobre la instrucción del presente procedimiento, ha determinado que la localización de los denunciados no haya sido posible ni siquiera para recibirles declaración, o para determinar si siguen con vida, mientras que las órdenes de detención cursadas a la INTERPOL tampoco han sido atendidas, por no apreciar claramente este organismo internacional su justificación, en cumplimiento de su normativa interna.

En relación con el delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, la adquirió con posterioridad a los hechos, y no consta que ninguno de los querellados, nacionales de la República Popular China, se encuentren en territorio español, como exige el apartado 2º a) del art 23 4º de la LOPJ.

En relación con el delito de terrorismo, aun en el supuesto de que pudiera incluirse en este proceso, concurre el mismo óbice pues el procedimiento no se dirige contra un español; ni contra un extranjero que resida habitualmente en España; ni el delito se ha cometido por



www.civil-mercantil.com

cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; ni existen víctimas que tuvieran la nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos (art 23 4º LOPJ , apartado e).

Conflicto de normas entre la LOPJ y los Tratados. Derecho Internacional Penal Convencional.

Vigésimoprimer.

Ya se ha señalado con anterioridad que en los Tratados Internacionales no se establece expresamente que cada Estado parte deba imperativamente investigar y perseguir, sin limitación alguna , los hechos constitutivos de delitos internacionales ocurridos en territorio de otros Estados. Es decir, de los Tratados, que configuran el Derecho Internacional Penal convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada.

Por lo que se refiere específicamente a los Convenios invocados como directamente aplicables en el caso actual, en concreto el artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, dispone que " 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", por lo que de modo expreso no impone a los Estados firmantes que establezcan en su legislación interna un modelo específico de Jurisdicción Universal.

Como se decía en el voto particular de la STS 327/2003 , " el Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de Genocidio, pero tampoco la impide ".

Se alega por los recurrentes que cuando se habla jurisdicción universal sobre el genocidio, lo que hay que tomar en consideración es que dicho principio implica la extensión de la jurisdicción del Estado en atención al único criterio de la naturaleza del delito. Por ello, cuando se exigen vínculos de conexión relacionados con la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima o los intereses del Estado, se aplican otros mecanismos de atribución de la jurisdicción (principio de personalidad activa o pasiva y principio de protección o de defensa), que no son los propios de la jurisdicción universal.

Pero olvida la parte recurrente que en el nuevo art. 23 4º a) de la LOPJ , la jurisdicción sobre Genocidio, se atribuye siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, sin tener en consideración el lugar donde se cometió, y aunque tanto las víctimas como el autor sean extranjeras , exclusivamente por la naturaleza del delito, por lo que se cumplen los parámetros esenciales de la Jurisdicción Universal.

Asimismo el art. 5º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, también invocado como aplicable en el caso actual, establece que todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre estos delitos cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Asimismo todo Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.



www.civil-mercantil.com

En consecuencia, en esta Convención, si bien no se excluye la posibilidad de que los Estados establezcan un modelo más ambicioso de Jurisdicción Universal, no se impone un modelo absoluto o puro, sino que se condiciona en función de determinados criterios, y en cualquier caso se establece con carácter general para los supuestos en que el responsable se halle en el territorio del Estado Parte.

Por tanto, los Tratados que se invocan como aplicables en el caso actual, (dejando al margen de momento la cuestión de las Infracciones de los Convenios de Ginebra que se tratará separadamente), y que son los que configuran el Derecho Penal Internacional convencional aplicable al caso, no establecen con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté en contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal que pueda sostenerse respecto de esta norma.

No cabe apreciar, en consecuencia, un conflicto de normas entre la nueva LO 1/2014, y los Tratados, que conforme al art. 96 CE se integran en nuestro ordenamiento interno.

Derecho comparado. Derecho Internacional Penal

Consuetudinario.

Vigésimosegundo.

Culminada la exposición de la evolución legislativa y jurisprudencial, y descartado el alegado conflicto de normas con los Tratados, que configuran el Derecho Internacional Penal Convencional, es procedente efectuar ahora un sucinto examen de la regulación vigente en el Derecho Comparado, para constatar si el modelo de Jurisdicción Universal limitada es compartido en otros países de nuestro entorno, es decir si puede apreciarse contradicción entre el actual art. 23 4º LOPJ, y la práctica internacional consolidada en esta materia.

En Alemania, el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional aprobado en el año 2002, prevé un principio de justicia universal amplio para perseguir los delitos de genocidio, delitos contra la humanidad y crímenes de guerra.

No obstante, el Ministerio Fiscal, que dispone del monopolio del ejercicio de la acción penal no admitiéndose querrelas formuladas por perjudicados o por la acción popular, tiene una amplia discrecionalidad en este campo y, de conformidad con el artículo 153 f del Código Procesal Penal, puede no formular acusación si el presunto responsable no está en Alemania ni es probable que lo esté, siempre que la víctima no sea un nacional.

También puede prescindir de la acusación si el delito está siendo perseguido por un Tribunal internacional o un Tribunal del país en el que se cometió el hecho (principio de subsidiaridad).

Respecto de los crímenes que constituyen el núcleo del derecho internacional penal, como el genocidio, la Fiscalía tiene capacidad para perseguir crímenes internacionales cometidos en el extranjero, sin que sea precisa conexión alguna con Alemania (jurisdicción universal incondicional), pero sólo existe el deber de perseguir si puede establecerse (conforme al principio de discrecionalidad en la persecución) una vinculación específica.

Respecto de otros crímenes sometidos a la jurisdicción universal basados en Tratados, el Tribunal Supremo Federal ha limitado el ámbito de la jurisdicción alemana al imponer requisitos adicionales; en particular, un "vínculo legitimador" (jurisdicción universal condicional). La presencia de este vínculo legitimador se reconoce en aquellos casos en que el acusado tiene estrechos vínculos personales con Alemania (domicilio, país de residencia habitual,



estrechos contactos sociales), o en casos en que Alemania ha estado directamente involucrada en el plano político o militar en un conflicto con el Estado en el que tuvo lugar la comisión del delito.

En concreto, para la jurisprudencia no hay vínculo legitimador por el hecho de la residencia en Alemania de una de las víctimas o del querellante.

Además, la decisión de denegar o de terminar las investigaciones o procedimientos es de la exclusiva responsabilidad del Fiscal General Federal. El Fiscal puede interesar el sobreseimiento en cualquier estadio del procedimiento, incluso si se ha formulado ya la acusación. El Fiscal General Federal tiene, en esta materia, pleno poder discrecional.

En la generalidad de los países la Ley (explícita o implícitamente) exige la presencia del acusado en el territorio nacional, como destaca la doctrina más autorizada sobre esta materia. Por ejemplo, en Finlandia, que dispone de un sistema de Jurisdicción Universal amplio, la legislación procesal presupone la presencia en el territorio del Estado de la persona que es acusada por un delito cometido en el extranjero. En la práctica, el principio de universalidad no se ha aplicado nunca a personas que no estén presentes en el país.

En la práctica Japonesa la presencia del sospechoso en el territorio nacional y la inexistencia de un Estado más apropiado para llevar adelante la persecución, constituyen las dos condiciones imprescindibles para el ejercicio de la jurisdicción universal.

En Turquía la presencia del acusado en el territorio nacional, aun cuando no se mencione legalmente, es la regla general, puesto que no puede abrirse el juicio oral si el acusado no está presente, por lo que la investigación no conducirá a ninguna conclusión si el acusado no se encuentra en Turquía o se prevé que pueda estarlo.

En Francia la presencia del acusado es una exigencia para el ejercicio de la jurisdicción universal y esta exigencia se encuentra expresamente recogida por la legislación nacional. El fundamento de esta exigencia se basa en la eficacia en la persecución de crímenes cometidos en el extranjero

El Código Procesal francés, en efecto, recoge un principio de justicia universal limitado, exigiendo en todo caso que el presunto responsable resida en Francia o se encuentre en el país en el momento en el que se inicie la investigación.

En Gran Bretaña, concretamente en Inglaterra y Gales, también está prevista la jurisdicción universal para perseguir delitos como los crímenes de guerra, los delitos de tortura, secuestro o ciertos delitos de terrorismo. En principio, sin limitaciones, aunque el papel del Ministerio Fiscal, regido por el principio de oportunidad, es decisivo.

En Bélgica, que inicialmente consagró un principio de justicia universal puro, se modificó su legislación en el año 2003, estableciendo relevantes restricciones, como se analizará posteriormente de forma específica.

En Hungría, la autoridad judicial local puede dar comienzo a la investigación de sospechosos de crímenes internacionales y reunir pruebas sobre los supuestos crímenes, pero sólo cuando el Fiscal General lo ordene. El ejercicio de la jurisdicción universal queda restringido por la exigencia de una decisión del Fiscal General (que tiene poder discrecional) para desencadenar el procedimiento.

En Holanda, la regla general es que el Fiscal puede decidir no perseguir teniendo en cuenta el interés general. El Fiscal puede considerar si un caso es razonable con vistas a iniciar investigaciones. Para ello es relevante la existencia de prueba " prima facie " y que la acusación esté suficientemente concretada en lo que concierne al tiempo y lugar.

Consiguientemente, el Fiscal tiene que ponderar todos los hechos y circunstancias con el fin de establecer si hay perspectivas razonables de éxito en las investigaciones en un tiempo razonable. El Fiscal, según el Reglamento, debe tener en cuenta en esta materia: (a) cuándo se cometieron los hechos denunciados; (b) qué posibilidades existen de que los testigos estén



www.civil-mercantil.com

dispuestos a presentarse ante el Tribunal en Holanda; (c) si será posible reunir prueba suficiente para fundamentar una condena; (d) si otros Estados podrán y querrán prestar ayuda en caso de que se les requiera. Pero no está obligado con carácter general a promover la investigación, y los Tribunales nacionales no pueden promoverla de oficio.

En Canadá, la Jurisdicción de los Tribunales del país para enjuiciar los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra se regula en la Crimes Against Humanity and War Crimes Act, aprobada en junio de 2000.

Según su artículo octavo dicha jurisdicción podrá ejercerse sobre delitos cometidos fuera del país en los siguientes casos:

a) si en el momento de cometerse el delito: el presunto responsable era canadiense, trabajaba para el Estado de Canadá -como civil o militar- o bien era nacional o trabajaba para un Estado que mantuviera con Canadá un conflicto armado; o si la víctima era un nacional o nacional de un estado aliado de Canadá en un conflicto armado; o

b) si después de cometido el hecho, el presunto responsable estuviera en Canadá.

En los Estados Unidos -18. U.S Code 1091- es posible la persecución del delito de Genocidio, independientemente del lugar donde se haya cometido, cuando el supuesto responsable sea estadounidense, se encuentre en el país o sea extranjero o apátrida con residencia permanente en el mismo.

El análisis de estos sistemas permite constatar que en los países de nuestro entorno se admiten con normalidad restricciones en el ejercicio de la Jurisdicción Universal, sin que su interpretación de los Tratados Internacionales en esta materia acoja el criterio de que los Tratados exigen obligadamente un modelo de Jurisdicción Universal, pura o absoluta.

Con carácter general se suele establecer que los Estados no tienen jurisdicción de aplicación fuera de su territorio (obviamente, sin autorización). Así se desprende de la Sentencia de la Corte Internacional Permanente de Justicia en el caso Lotus, cuando se observó que un Estado ' no puede ejercer su poder en forma alguna en el territorio de otro Estado. En este sentido, la competencia jurisdiccional es ciertamente territorial; no puede ejercerse por un Estado fuera de su territorio excepto en virtud de una regla permisiva que derive de la costumbre internacional o de un convenio .0 En consecuencia, la Jurisdicción Universal se admite internacionalmente con carácter de excepción a la regla general de la territorialidad.

Por otra parte en el ámbito internacional se destaca que la aplicación de una jurisdicción universal pura resulta problemática, señalándose abusos potenciales de los procedimientos legales y el riesgo de sobrecargar los recursos nacionales de investigación en aquellos casos en que parece muy verosímil que nunca llegará a celebrarse el juicio penal.

En definitiva la costumbre internacional o práctica generalmente aceptada como Derecho consuetudinario, no avala la exigencia de un modelo absoluto o incondicional de Justicia Universal como el acogido en nuestro ordenamiento en la versión inicial de la LOPJ.

Vigésimotercero.

Un caso singular es el de Bélgica, con anterioridad a la reforma de abril de 2003.

La Ley belga de 10 de febrero de 1.999 estableció el principio de Jurisdicción Universal asumiendo la competencia de los Tribunales belgas incluso en supuestos en los que los autores de los delitos internacionales sobre los que se asumía la competencia no se encontraban en Bélgica al iniciar el proceso.



www.civil-mercantil.com

Los procedimientos incoados en aplicación de esta norma suscitaron un gran debate, en el que llegó a intervenir la Corte Internacional de Justicia de La Haya. La sentencia de la Corte Internacional de 14 de febrero de 2002 anuló una orden de detención emitida por un Juez belga contra el Ministro de Exteriores de la República Democrática del Congo (Zaire, antiguo Congo Belga), emitida con fundamento en el principio de Justicia Universal y en la citada Ley de 1999. Si bien es cierto que dicha anulación se produjo por tratarse de un Ministro que en el ejercicio de sus funciones de relación internacional gozaba de inmunidad diplomática, también lo es que la sentencia fue acompañada de relevantes votos particulares, u opiniones separadas, incluida la del Presidente de la Corte, que rechazaban que el Derecho Internacional permitiese el ejercicio de una jurisdicción universal pura o "in absentia", es decir extensiva a personas que en el momento de iniciarse el procedimiento no se encontrasen en el territorio que asumía la jurisdicción.

El debate sobre la admisión en Derecho Penal Internacional de una Jurisdicción Universal "in absentia", es decir extensiva a la posibilidad de reclamar la extradición de extranjeros que han cometido delitos en el extranjero sin especiales vínculos de conexión con el país que los reclama, ha suscitado una relevante controversia. Tanto la Ley belga de 1999, como la española de 1985, la han admitido. En nuestro país relevantes resoluciones de esta Sala, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Constitucional (STC 237/2005 , por ejemplo), la han apoyado, pero en todo caso con el soporte legislativo de nuestra regulación interna de Jurisdicción Universal, conforme a la redacción inicial de la LOPJ.

Ahora bien el citado debate se centra en determinar si los Tratados facultan a los Estados a establecer en su regulación interna un modelo de Jurisdicción Universal "in absentia", que no dependa de la presencia de los inculcados en su territorio. En ningún caso se afirma de modo relevante en la doctrina internacional que los Tratados impongan esa modalidad de Jurisdicción Universal pura o "in absentia".

Una cosa es sostener que la gravedad y universalidad de los delitos perseguidos, faculta, o incluso aconseja, a los Estados para acoger en su ordenamiento interno un modelo de Jurisdicción Universal pura o absoluta, que incluya la investigación, instrucción formal, orden de detención internacional y solicitud de extradición, en supuestos de ejercicio de jurisdicción extraterritorial "in absentia", y otra sostener que los Tratados impongan necesariamente esta modalidad de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, criterio carente de apoyo relevante en el ámbito internacional.

Lo cierto es que la Ley belga de 10 de febrero de 1999, que otorgó una gran amplitud al principio de Jurisdicción Universal, fue modificada en abril de 2003, en un sentido similar al de la reforma española de 2009, es decir de carácter restrictivo. La nueva regulación limita la posibilidad de ejercicio de la acción penal en supuestos de Jurisdicción Universal al Fiscal Federal y excluye supuestos en que los autores no fuesen de nacionalidad belga o no se encontrasen en su territorio.

En consecuencia, tampoco cabe estimar la alegación de que la regulación actualmente establecida en la LO 1/2014, sea contraria al Derecho Internacional Penal consuetudinario, en el sentido de práctica internacional comúnmente admitida en esta materia.

Jurisdicción sobre crímenes de guerra.

Vigésimocuarto.

Analizada la evolución legislativa y jurisprudencial, antecedentes que en esta materia estimamos poseen un relevante valor interpretativo de la normativa vigente, así como la regulación aplicada a la Jurisdicción Universal en el Derecho Comparado, y descartadas las alegaciones referidas a la supuesta contradicción de la nueva redacción del art. 23 4º LOPJ



www.civil-mercantil.com

con la regulación de la Justicia Universal tanto en el Derecho Internacional Convencional como en el Consuetudinario, es procedente examinar ya los argumentos del recurso que se refieren a la supuesta calificación de los hechos como crímenes de guerra.

El recurso interpuesto, siguiendo el criterio del voto particular emitido a la resolución impugnada, sostiene que el objeto del proceso incluye los crímenes de guerra, porque por auto de fecha 30 de marzo de 2011 el Juzgado Central de Instrucción amplió las conductas investigadas al traslado y asentamiento de población de la potencia ocupante (China) al territorio ocupado del Tíbet.

Considera la parte recurrente que esta conducta sería constitutiva de una infracción grave de las Convenciones de Ginebra (art. 49 de la IV Convención), calificada como delictiva por el art. 611.5 de nuestro Código Penal .

Estima la parte recurrente, siguiendo a los autores del voto particular, que si bien la reforma del art. 23.4 LOPJ operada por Ley Orgánica 1/2014 limita la jurisdicción sobre los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado a muy estrictos vínculos de conexión relacionados con la personalidad activa, esta misma reforma, en su apartado p) incluye en la Jurisdicción Universal "cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente".

Estiman los recurrentes que este apartado p) es aplicable a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, que es como se tipifican en nuestro ordenamiento las infracciones graves de la Convención de Ginebra, por lo que no comparten la decisión impugnada.

Vigésimoquinto.

Esta argumentación no puede ser aceptada. El apartado p) del art. 23 4º de la LOPJ , no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, pues constituye una cláusula de cierre aplicable exclusivamente a otros supuestos que pudieran ser objeto de un Tratado no contemplado en la regulación anterior.

Así se deduce tanto de la interpretación literal de la norma, como de la lógica y de la teleológica.

El citado apartado p) del precepto dispone expresamente :

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

La interpretación del precepto según el sentido propio de sus palabras conduce con claridad a apreciar que se refiere a " Cualquier otro delito", no a los mismos delitos que ya están contemplados en los apartados anteriores de la norma. Interpretarlo en otro sentido constituye un error manifiesto, pues el precepto es de una absoluta claridad e "in claris non fit interpretatio".

En segundo lugar, desde un punto de vista de la interpretación lógica de la norma, carece de sentido que se introduzca como cierre de un largo y minucioso precepto, como el analizado, una regla final que deje sin contenido las anteriores.

Precisamente lo que hace el Legislador, para evitar interpretaciones plurales de los Tratados que perjudiquen la seguridad jurídica, es clarificar en cada supuesto hasta donde llega la obligación de nuestros Tribunales en el ejercicio de la Jurisdicción Universal, en función de cada uno de los grupos de delitos que específicamente se regulan en la norma. Por esta vocación de universalidad es lógico que se incluya una norma de cierre que trate de anticiparse



www.civil-mercantil.com

a otros supuestos no incluidos en la regulación establecida, pero no lo sería que se introdujese una norma redundante o contradictoria con los criterios que minuciosamente se establecen en los casos resueltos específicamente.

Desde el punto de vista de la finalidad de la norma, que es regular con minuciosidad y precisión todos los supuestos de ejercicio de la Jurisdicción Universal, la norma de cierre solo puede referirse a supuestos no contemplados en las reglas anteriores, pues de lo contrario éstas perderían cualquier sentido y finalidad, ya que se relegaría a una interpretación casuística posterior en sede jurisdiccional la determinación de los supuestos de aplicación de la Jurisdicción Universal que la norma pretende establecer con precisión y claridad.

En consecuencia, debe establecerse con claridad y firmeza, para éste y para otros supuestos similares, que el apartado p) del art. 234º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Así lo ha interpretado también el Tribunal Constitucional, en relación con la norma antecedente obrante en la regulación anterior a la reforma. Como dice la STC 237/95: "Y ello porque la cláusula de cierre introducida en el apartado g) extiende la jurisdicción universal a otros delitos, no incluidos en los apartados anteriores del art. 23.4 LOPJ, que según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos en España. En otras palabras, mientras los apartados a) a f) del art. 23.4 LOPJ establecen un catálogo de delitos que se declaran perseguibles "ex lege" en España pese a haber sido cometidos en el extranjero y por extranjeros, el apartado g) determina precisamente la posibilidad, si así se pacta en un Tratado internacional, de perseguir en España otros delitos distintos a los incluidos expresamente en el precepto".

Vigésimosexto.

Desde otra perspectiva, estima la parte recurrente que, en cualquier caso, la norma del apartado a) del art. 23 4º LOPJ es contraria a los Tratados, porque el Convenio de Ginebra impone para las Infracciones Graves la obligación de extender la jurisdicción más allá de los responsables que se encuentren en el territorio de los países firmantes.

Considera la parte recurrente, siguiendo el criterio de los firmantes del voto particular de la resolución impugnada, que existe una diferencia de trato para las Infracciones graves de la Convención de Ginebra respecto de los demás delitos a los que se aplica la Jurisdicción Universal, dado que para los delitos contra personas civiles protegidas en conflictos armados, el Cuarto Convenio de Ginebra establece en su art. 146 que cada Estado parte "tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad" lo que implica el deber de incorporar el principio de jurisdicción universal, sin limitaciones.

Se destaca en el voto particular al Auto impugnado, la diferencia con otras normas convencionales ya que, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes solo obliga en su art. V a los Estados a establecer la jurisdicción cuando el delito se cometa en espacios sometidos a su soberanía, el agresor o la víctima fueren nacionales, o aquel se halle en su territorio, sin excluir otra jurisdicción (es decir la universal) ejercida conforme a la legislación nacional. La Convención de represión y castigo del crimen de apartheid prevé en su art. V el enjuiciamiento por cualquier Estado parte que tuviere jurisdicción sobre los autores o por un Tribunal internacional. El art. VI del Tratado sobre



www.civil-mercantil.com

Genocidio concreta la obligación de ejercer su jurisdicción por parte del Estado del territorio y prevé una jurisdicción internacional.

Pero ninguno de ellos ha sido redactado en los términos de la obligación inexcusable en materia de crímenes de guerra de buscar a los autores cualquiera que fuere su nacionalidad y hacerlos comparecer ante los Tribunales de los Estados firmantes del Convenio, como se establece en la Convención de Ginebra.

De ello deducen los recurrentes la contradicción de la actual redacción del apartado a) del art. 23 4º de la LOPJ , con lo prevenido expresamente en la Convención de Ginebra.

Vigésimoseptimo.

En el caso actual no procede entrar en la calificación de los hechos aquí investigados como supuestas Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, pues no nos encontramos ante un recurso de casación contra una sentencia que contenga hechos probados y permita una calificación penal precisa, sino ante una querrela referida a un hecho histórico muy controvertido, cuyo perfil fáctico en este procedimiento ha sido determinado esencialmente por la parte querellante.

Pero si procede declarar que no se aprecia que la redacción del art. 23 4º a) de la LOPJ vulnere la Convención de Ginebra.

El artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece el principio de Justicia Universal obligatoria para los Estados firmantes en el sentido de imponer la obligación de juzgar o extraditar a los responsables de las Infracciones Graves del Convenio, cualquiera que sea el lugar del mundo donde se cometió la infracción y cualquiera que sea la nacionalidad del responsable. Pero esta obligación está referida a los supuestos en que estos responsables se encuentren en el territorio del Estado firmante, pues su contenido y finalidad es evitar que ninguno de estos responsables pueda encontrar refugio en un país firmante de la Convención.

Así se entiende por la doctrina mayoritaria, que si bien concuerda con la posición mantenida por los recurrentes en el sentido de que la Jurisdicción Universal para los crímenes de guerra es imperativa, y no facultativa, mantiene sin embargo que esta obligación no se extiende al hecho de que todos y cada uno de los países firmantes deban investigar todas y cada una de las Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, en todos y cada uno de los conflictos armados que se produzcan en cualquier lugar del mundo, y deban competir para reclamar y extraditar a los responsables, sino que esta obligación se concreta para cada país firmante en buscar, detener y enjuiciar ante sus propios Tribunales a los responsables que se hayan refugiado u ocultado en sus respectivos países.

Vigésimoctavo.

Establece el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 :

« Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera (sic) de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia



www.civil-mercantil.com

legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra ».

La Convención no establece expresamente la obligación de que la búsqueda de cualquiera de estos responsables se extienda necesariamente fuera de las fronteras de los países firmantes, en cualquier lugar del mundo, aun cuando dichos países no tengan relación alguna con el conflicto armado donde se produjo la infracción.

De la interpretación de la norma según el sentido propio de las palabras no se deduce tal cosa, pues si lo que se pretendiese es establecer la obligación de los Estados firmantes de buscar a los responsables fuera de su territorio, para enjuiciarlos en el mismo, gramaticalmente el precepto tendría que haber incluido un verbo adicional, reclamar o extraditar. En efecto, entre la búsqueda y la comparecencia ante los propios Tribunales sería necesario realizar otra acción: extraditar a la persona localizada en el extranjero. Mientras que si la persona buscada se encuentra en el territorio del estado firmante, la búsqueda puede tener como conclusión la comparecencia ante los Tribunales, sin necesidad de extradición alguna, que es lo que se deduce de la fórmula gramatical utilizada en el Convenio.

En consecuencia, la expresión buscar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, hace referencia necesariamente, según la interpretación literal o gramatical del precepto, a buscar en el propio territorio . Buscar, extraditar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, sería la fórmula correcta si se pretendiese establecer con carácter general una obligación de búsqueda en cualquier país del mundo, incluso para los países no beligerantes y completamente ajenos al conflicto armado donde se cometió supuestamente el delito.

A no ser que se pretenda sugerir que los Convenios optan por un sistema de injerencia clandestina en otros países, secuestrando y trasladando a los acusados sin sujetarse al procedimiento legal de la extradición, lo que constituiría una grave violación del Derecho Internacional y, obviamente, no puede ser el sistema pactado en la Convención de Ginebra.

En una interpretación lógica de la norma no resulta aceptable que la obligación de búsqueda generalizada fuera del territorio de los países firmantes pudiera establecerse en el Convenio, en primer lugar porque la Convención no puede imponer a los Estados firmantes obligaciones que exceden de su soberanía, y en segundo lugar porque no puede imponer obligaciones que son imposibles de cumplir, pues ningún país puede incoar un número indefinido de procedimientos para investigar "in absentia" todas las Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, en cualquier conflicto armado que tenga lugar en cualquier lugar del mundo, máxime si, como sucede en el procedimiento actual, los hechos se remontan a varias décadas atrás.

Y , además, constituye una interpretación que conduce al absurdo entender que esa obligación se imponga simultáneamente a los cerca de doscientos Estados que han firmado la Convención que, para cumplir el Tratado, tendrían necesariamente que competir entre sí en la búsqueda y reclamación de todos los eventuales responsables, allá donde estuviesen.

Lo que la Convención establece, con carácter imperativo, es que todos los Estados firmantes deben buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquier infracción grave, si estas personas se han refugiado u ocultado en su país, y deberá



www.civil-mercantil.com

hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad y el lugar donde se cometió la infracción .

La norma añade que el Estado firmante " Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes " , lo cual presupone que la persona responsable se encuentre en el territorio del Estado firmante, a disposición del mismo, que es lo que se necesita para poder entregarla.

Por lo tanto una interpretación sistemática, atendiendo al contexto de la norma, conduce a la misma conclusión.

En definitiva, es cierto que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema imperativo de Jurisdicción Universal. Pero lo hace en el sentido de imponer a cualquier país firmante la obligación de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y con independencia de su nacionalidad, exclusivamente en función de la naturaleza del delito.

Esta Jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de buscarlos fuera de su territorio, y de reclamarlos en cualquier caso, máxime cuando esta obligación de reclamación no puede ser cumplida y atendida simultáneamente por todos los países firmantes de la Convención. El régimen establecido es de cooperación entre Estados, no de competición.

Todo ello con independencia de que un Estado pueda asumir facultativamente, en su Legislación interna, la extensión de su Jurisdicción a supuestos en que los responsables no se encuentren a su disposición. Pero esta amplitud en el ejercicio de la Jurisdicción, asumida en la versión inicial de nuestra LOPJ, no viene impuesta necesariamente por la Convención de Ginebra.

Vigésimonoveno.

Esta interpretación de la Convención es la asumida con carácter general en los demás Estados firmantes. Prueba de ello es que sea precisamente en España donde se siga este procedimiento, como consecuencia del establecimiento de un régimen de Jurisdicción Universal absoluta en la redacción inicial de la LOPJ, en cuya vigencia se inició este proceso.

Si la interpretación sostenida por los recurrentes fuese la asumida con carácter general en los cerca de doscientos Estados firmantes de la Convención, esta modalidad absoluta de Jurisdicción Universal para los crímenes de guerra sería la dominante en los Estados firmantes, y la aplicada en los que constituyen un Estado de Derecho, que son respetuosos con los Tratados Internacionales. Y no resultaría comprensible que este procedimiento se siguiese precisamente en España, y no en otros Estados más próximos geográfica o culturalmente al Tíbet, o con mayores medios para realizar esta investigación.

En definitiva, el modelo inicial de la LOPJ consagraba un sistema de Jurisdicción universal absoluta e incondicionada. Pero este sistema, con independencia de la opinión particular que pueda sostenerse sobre él, no viene impuesto imperativamente con carácter general por los Tratados Internacionales o por el Derecho Internacional Penal consuetudinario, ni tampoco viene impuesto específicamente por la Convención de Ginebra para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

En consecuencia, el Legislador puede limitarlo, como lo ha hecho la Ley Orgánica 1/2014, a supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que se encuentre en España, sin que esta limitación constituya una violación de la Convención de Ginebra.



www.civil-mercantil.com

Siempre que se mantenga el contenido esencial de la Jurisdicción Universal en el sentido de reconocer a los Tribunales españoles jurisdicción extraterritorial para enjuiciar estos delitos en función de su naturaleza, con independencia del lugar donde se cometieron y de la nacionalidad de sus autores, respecto de cualquier responsable de una Infracción Grave de la Convención de Ginebra que se encuentre en territorio español.

En consecuencia, y para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción "in absentia" en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia.

Trigésimo.

En resumen, la respuesta a las cuestiones suscitadas en el presente motivo de recurso es la siguiente:

En primer lugar, que ni el Derecho Internacional Convencional ni el Consuetudinario imponen un modelo de Jurisdicción Universal absoluto o "in absentia", como el acogido en la primera versión del art. 23 4º de la LOPJ .

En segundo lugar, que la doctrina constitucional referida al acogimiento en nuestro ordenamiento de un modelo de Jurisdicción Universal absoluto e incondicionado está en relación con la amplitud de la normativa legal establecida expresamente por la LOPJ, en su versión inicial, pero no constituye el único modelo admisible constitucionalmente de Jurisdicción Universal, pues cabe establecer criterios reguladores que vengán a restringir su ámbito de aplicación, siempre que se respete su contenido esencial como Jurisdicción extraterritorial fundada en la naturaleza y gravedad de determinados delitos que afectan a la Comunidad internacional.

En tercer lugar, que la Ley Orgánica 1/2014, aun cuando ha acogido una modalidad muy restrictiva de Jurisdicción Universal que contrasta con la regulación anterior que había convertido a nuestro país en un polo de atracción en esta materia, no vulnera lo dispuesto en los Tratados ni en la práctica judicial internacional, y se acoge a la exclusión de la Jurisdicción Universal "in absentia" que constituye el modelo más generalizado en los países de nuestro entorno.

En cuarto lugar que el apartado p) del art 23 4º de la LOPJ , no es aplicable a las Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, cualquiera que sea su denominación como crímenes de guerra, delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado o delitos de Derecho Internacional Humanitario. Solo es aplicable el apartado a).

Y, en quinto lugar que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema obligatorio de Jurisdicción Universal, en el sentido de imponer a cualquier país firmante la carga de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y de su nacionalidad. Pero esta Jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de iniciar investigaciones "in absentia", de buscar a los responsables fuera de su territorio y de reclamarlos en cualquier caso.



www.civil-mercantil.com

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, sin perjuicio de analizar y resolver algunas otras cuestiones también suscitadas en el mismo al hilo de la resolución de los motivos de recurso interpuestos por la otra parte recurrente.

Trigésimoprimer.

El segundo motivo de recurso, también por supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al amparo de los arts. 5 4º de la LOPJ y 852 de la Lecrim , fundamenta esta vulneración en el hecho de haberse aplicado la reforma legal operada por la LO 1/2014, con efectos retroactivos.

El motivo carece de fundamento. La norma general en materia de retroactividad de las leyes penales, incluida en el art. 2 2º del Código Penal , establece que tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo. En el caso actual, la LO 1/2014, de carácter procesal pero con efectos penales sobre las personas querelladas en este procedimiento, excluye la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre los hechos que pudieran imputarse a dichas personas, por lo que es una norma que favorece al reo y que, en consecuencia, debe producir efectos retroactivos.

El principio de legalidad, tal como viene formulado en el artículo 25.1 CE en cuanto al ámbito penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento.

Incorpora en primer lugar "una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal" (STC 283/2006).

Esta exigencia formal debe extenderse asimismo al presupuesto de que la actuación punitiva del Estado se ejerza en el ámbito de su Jurisdicción, es decir que exista una norma con rango de Ley que faculte a los Tribunales penales españoles a ejercer su jurisdicción sobre una determinada conducta. En consecuencia, si la propia normativa legal limita el ámbito de nuestra Jurisdicción, desaparece el presupuesto para enjuiciar y para continuar la tramitación del procedimiento penal.

El principio de legalidad penal incorpora otra garantía de carácter material y absoluto consistente en que las conductas constitutivas de delito deben aparecer contempladas en una norma escrita con rango de ley (lex scripta), que además les asocie una pena . Asimismo determina la "imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (SSTC 25/2004, de 26 de febrero ; 218/2005, de 12 de septiembre ; 297/2005, de 21 de noviembre)".

Por ello el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (lex scripta), anterior a los hechos (lex previa), que las describa con la necesaria claridad y precisión (lex certa) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (lex stricta).

Asimismo, el principio de legalidad contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable.

El Código Penal vigente reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo en el artículo 2.2 º. Y cuando, como sucede en el caso actual, la norma no es



www.civil-mercantil.com

de Derecho penal material, sino que define un presupuesto previo como es la propia jurisdicción del Tribunal, produce el mismo efecto que una norma de derecho penal material, porque determina la imposibilidad de enjuiciamiento y condena. Por ello, en el caso actual, la retroactividad de la L.O. 1/2014 viene impuesta necesariamente por razones constitucionales básicas.

El recurso, en consecuencia, debe ser íntegramente desestimado.

RECURSO DEL INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AURIBONDO Y D. Rogelio David .

Trigésimosegundo.

El primer motivo de casación por infracción de ley al amparo del art. 849 1º de la Lecrim , alega vulneración de lo dispuesto en diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por estimar inaplicable la disposición transitoria única de la LOPJ que recorta la Jurisdicción Universal existiendo una víctima española.

El motivo carece de fundamento pues el cauce casacional de infracción de ley previsto en el art. 849 1º de la Lecrim se refiere exclusivamente a la infracción de normas penales sustantivas u otras normas jurídicas del mismo carácter, requisito que no concurre en las normas invocadas por la parte recurrente, que son de carácter orgánico.

La argumentación del motivo cuestiona la regulación actual del ámbito de la Jurisdicción Universal en nuestro país, desde su personal perspectiva, discrepando de la decisión legislativa que restringe la aplicación de la Justicia Universal en función de diversos criterios, como la presencia en España de los acusados de las infracciones.

Pero con independencia de la posición que se pueda mantener en el ámbito doctrinal o de política criminal, lo cierto es que es manifiestamente incongruente utilizar el cauce casacional de infracción de ley para discrepar de lo establecido la Ley.

Se puede denunciar el incumplimiento de una norma legal, partiendo del presupuesto de que esa norma debe ser respetada, y se puede cuestionar la constitucionalidad de la norma, partiendo del presupuesto de que la norma debe ser anulada, pero no se pueden hacer ambas cosas a la vez en el mismo motivo.

La parte recurrente hace referencia al Convenio Bilateral entre España y China en materia de cooperación judicial penal, firmado en Pekín el 21 de julio de 2005, pero no cita precepto alguno del referido Convenio que atribuya a España Jurisdicción sobre los hechos perseguidos en el presente procedimiento.

Trigésimotercero.

El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, denuncia también como infringidos determinados preceptos de la LOPJ, alegando en este caso vulneración del principio de "perpetuatio iurisdictionis".

Estima la parte recurrente que este principio establece que fijada la jurisdicción y competencia al comienzo de la causa ésta debe mantenerse invariable durante todo el procedimiento.

El motivo debe ser desestimado por la misma razón anteriormente referida, ya que los preceptos citados como infringidos no tienen carácter sustantivo. En cualquier caso, el principio "perpetuatio iurisdictionis", de carácter procesal, no puede oponerse al principio de retroactividad de las leyes penales favorables al reo (art. 2 2º CP), que tiene carácter material, ya que la regulación procesal es instrumental, accesoria y dependiente de la material.



www.civil-mercantil.com

En materia procesal "Tempus regit actum", por lo que una vez establecido legalmente que los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para el enjuiciamiento de determinados hechos supuestamente delictivos ocurridos en China, el proceso no puede continuar.

Sobre la retroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional (Sentencias 149/1995 de 16 de octubre y 374/1993 de 13 de diciembre) recuerda que el fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo autoriza (lo que sucede en el caso actual), es obligado si esta ley es de naturaleza penal pero más beneficiosa para el inculpado (lo que también sucede en el caso actual, pues aun siendo una ley procesal, ejerce un efecto relevante beneficioso para los denunciados) y es imposible si se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho (art. 9.3 CE).

Las leyes procesales pertenecen ordinariamente al primer grupo de los tres enumerados más arriba y por tanto no inciden sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente, como sucede en el caso actual, en el que la retroactividad se establece expresamente. Pero además, como se ha expresado, la norma analizada ejerce un efecto penal beneficioso para el reo, en el ámbito material de su eventual declaración de responsabilidad, al excluirse la aplicación de la Jurisdicción española, por lo que constitucionalmente la retroactividad es obligada.

Trigésimocuarto.

El tercer motivo, también por infracción de ley, alega vulneración de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 , con referencias a la doctrina sentada en un Auto del Juzgado Central núm. 1 de la Audiencia Nacional de 17 de marzo de 2014 que, supuestamente y según la parte recurrente, "inaplica" la disposición transitoria única de la LO 1/2014 por estimarla contraria a la Convención de Ginebra.

El motivo debe ser desestimado por las mismas razones anteriormente expresadas, al no ser los preceptos citados normas penales sustantivas ni del mismo carácter, sin perjuicio de que la contradicción entre las normas reguladoras de la Jurisdicción Universal y lo dispuesto imperativamente en los Tratados Internacionales pueda ser planteada por otra vía casacional.

Los Jueces y Magistrados españoles están sometidos al imperio de la Ley (art. 117 CE y art. 1º LOPJ , " in fine") y si esta Ley es postconstitucional no pueden negarse a aplicarla, salvo que consideren que puede ser contraria a la Constitución, en cuyo caso deberán plantear cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica (art. 5 2º LOPJ).

O, en su caso, si estiman que puede ser contraria al Derecho de la Unión, lo procedente es plantear Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

En nuestro ordenamiento jurídico rige el sistema de control de constitucionalidad concentrado o especializado por el cual no corresponde a la Jurisdicción ordinaria declarar la inconstitucionalidad de las Leyes, para hacer prevalecer el principio de primacía constitucional, sino que la revisión de las normas ordinarias, y en caso de contradicción con la Constitución su invalidación, se encomienda en exclusiva al Tribunal Constitucional, debiendo colaborar los Jueces y Magistrados a esta función cuestionando expresamente aquellas leyes que consideren contrarias a la norma fundamental, pero sin que puedan proceder a su inaplicación.

En consecuencia, por la vía casacional de la infracción de ley no puede interesarse la inaplicación de una Ley vigente y postconstitucional, decisión contraria a derecho que un órgano de la jurisdicción ordinaria no puede adoptar, sin perjuicio de plantear la pertinente cuestión de constitucionalidad si se estima procedente.



www.civil-mercantil.com

En cualquier caso, ya hemos establecido y razonado que la LO 1/2014 no es contraria a la Convención de Ginebra, que no establece imperativamente un sistema de Jurisdicción Universal "in absentia".

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Trigésimoquinto.

El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley, alega vulneración de los arts. 637 y 641 de la Lecrim, por estimar que el sobreseimiento prevenido en la disposición transitoria última de la LO 1/2014, no se corresponde con ninguno de los modelos de sobreseimiento libre o provisional de la Lecrim.

El motivo debe ser desestimado por la misma razón anteriormente referida, ya que los preceptos citados como infringidos no tienen carácter sustantivo.

En cualquier caso, es claro que el sobreseimiento prevenido en la disposición transitoria única de la LO 1/2014, constituye una modalidad especial de sobreseimiento establecido en una norma con rango de ley Orgánica, que no tiene que corresponderse necesariamente con los requisitos prevenidos en la Lecrim para las modalidades de sobreseimiento en ella establecidas.

Se trata de una modalidad autónoma y específica de sobreseimiento que exige unas condiciones determinadas, que tiene un fundamento concreto, la falta de jurisdicción, y que tiene unos efectos similares al sobreseimiento provisional, pues, una vez archivado el procedimiento, si en algún momento posterior se constata que concurren los requisitos para activar la jurisdicción española en el delito enjuiciado, por ejemplo la presencia de los acusados en territorio español, el sobreseimiento quedará sin efecto, y el procedimiento puede reiniciarse.

La propia disposición transitoria establece que las causas " quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella ".

Trigésimosexto.

El quinto motivo, también por infracción de ley, alega vulneración de los arts. 267 de la Lecrim y 24 y 120 de la LOPJ.

Nuevamente debe desestimarse el motivo por referirse a normas procesales y no sustantivas. Se refiere el recurrente a que solicitó una aclaración y no está satisfecho con la respuesta recibida. Lo cierto es que a través de una supuesta solicitud de aclaración lo que hace es plantear nuevos temas y cuestionar la resolución adoptada, por lo que el motivo, indebidamente encauzado, carece de fundamento.

Trigésimoséptimo.

Los motivos de recurso sexto, séptimo, octavo, noveno, decimoprimer y decimosegundo, por infracción constitucional, pueden ser analizados conjuntamente, por suscitar diversas vulneraciones constitucionales que en términos generales replantean las cuestiones de constitucionalidad suscitadas en el voto particular de la resolución impugnada.

En el referido voto se propone el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad contra la redacción del art. 23.4-a de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de igualdad por tratamiento discriminatorio de las víctimas nacionales de delitos de derecho internacional (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra).



www.civil-mercantil.com

Las dudas sobre la constitucionalidad de la reforma operada por la LO 1/2014 se plantean desde dos perspectivas:

1º) El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución , que proscribe todo trato discriminatorio, en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en concreto del Legislador, que proclama el art. 9.2 CE , y 2º) El derecho a la tutela efectiva de los Tribunales del art. 24.1 CE por limitaciones injustificadas al derecho de acceso a la garantía jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de las víctimas nacionales al margen de la naturaleza del delito y de los intereses del Estado.

Se estima que la Ley discrimina y otorga un trato diferenciado a las víctimas en atención al tipo de delito, haciendo de peor condición a las víctimas de los crímenes más graves, los de derecho internacional (genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, aquellos que afectan a los valores esenciales de la Comunidad internacional, la paz, la seguridad y la prosperidad de los pueblos), requiriendo que el autor sea nacional o residente habitual en España o que se encuentre en nuestro territorio, se haya pedido su extradición por un tercer Estado y se hubiere denegado, lo que a entender de los recurrentes carece de justificación en derecho y supone un acto arbitrario del Legislador.

Y en relación a la vulneración del derecho a la tutela de jueces y Tribunales, se invoca la doctrina del Tribunal Constitucional en las STC 237/2005 (Pleno) y 227/2007 , que estima que en estos casos, el derecho a la tutela judicial no puede ser limitado, por vía interpretativa de los Tribunales, mediante la introducción de determinados criterios correctores por considerar que estos criterios no están amparados por la costumbre internacional y llevarían a una reducción contra legem, no solo del derecho a obtener tutela judicial, sino del propio principio de jurisdicción universal.

Trigésimoctavo.

Los motivos analizados no pueden ser estimados.

Por lo que se refiere a la supuesta vulneración del principio de igualdad el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha declarado que no toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 C.E ., sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable.

Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según juicios de valor generalmente aceptados.

Trigésimonoveno.

En el caso actual no se expresan con claridad los supuestos de contraste en los que se genera la desigualdad de trato con otras víctimas de delitos.

En realidad esta supuesta desigualdad no concurre porque la regulación de la Jurisdicción Universal constituye un régimen excepcional para la persecución de delitos cometidos en el extranjero. Delitos frente a los cuales, con carácter general, el resto de las



www.civil-mercantil.com

víctimas no tienen derecho legalmente a una tutela específica por parte de los Tribunales españoles.

En efecto, los allegados a un español asesinado en Nueva York o en Londres no van a obtener respuesta alguna de los Tribunales españoles, pese a la gravedad del delito, pues la Jurisdicción española es territorial, y la competencia para la investigación y enjuiciamiento de estos delitos le corresponde a Estados Unidos o Gran Bretaña. Del mismo modo los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para el enjuiciamiento de los responsables de un delito de violación, cometido sobre una víctima española en Pekín o en Tokio.

En consecuencia, ha de partirse de la base de que la jurisdicción extraterritorial es excepcional, basada en la naturaleza especial de los delitos a que se refiere. Y, como ya hemos señalado, esta Jurisdicción no tiene necesariamente que ser absoluta, pudiendo admitir limitaciones, en concreto respecto de la apertura de procedimientos "in absentia" contra extranjeros que han cometido delitos en el extranjero, y no se encuentran, ni siquiera transitoriamente, en territorio español.

Cuadragésimo.

Los criterios establecidos en la norma, especialmente la exclusión de persecuciones "in absentia", son razonables y coherentes con la regulación acogida en los países de nuestro entorno. Los supuestos en que se tutela de manera específica a las víctimas españolas, como en la tortura, se apoyan específicamente en el Convenio correspondiente.

Como ya se ha expresado, el art. 5º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, establece que todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre estos delitos cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción...; cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Asimismo todo Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción...

En consecuencia, las reglas que el Legislador aplica para la delimitación de la Jurisdicción Universal en materia de delitos de tortura están fundadas específicamente en lo establecido en el Convenio Internacional correspondiente. Podrán criticarse, por considerarlas excesivamente restringidas, pero no son arbitrarias, pues no responden a un mero capricho del legislador sino a un fundamento de derecho internacional reconocible y razonable.

Las reglas establecidas en la L.O. 1/2014 para la delimitación de la Jurisdicción Universal en materia de delitos de Genocidio no están fundadas específicamente en el Convenio porque éste no contiene una regulación concreta. Pero tienen una gran amplitud pues abarcan todos los supuestos, cualquiera que sea la nacionalidad de las víctimas, de los responsables, o el lugar de comisión del delito, sin incluir limitación alguna en razón de intereses nacionales. En consecuencia responden a los criterios esenciales de la Jurisdicción Universal (Jurisdicción extraterritorial, con independencia del lugar de comisión o de la nacionalidad del autor o de la víctima).

Solo establecen como única limitación la exclusión de la apertura de procedimientos "in absentia", que por la experiencia obtenida en la Audiencia Nacional después de treinta años de aplicación de la Jurisdicción Universal (1985-2015), no suelen conducir a la celebración de un juicio.

El único juicio celebrado en esta materia, caso Scillingo, STS 798/2007, de 1 de octubre, no se celebró gracias a una instrucción "in absentia", sino porque el acusado se encontraba temporalmente en España. Y se encontraba en España porque había acudido de forma voluntaria y no como consecuencia de una orden internacional de detención o un



www.civil-mercantil.com

proceso de extradición, por lo que su enjuiciamiento también sería factible aplicando la regulación legal establecida actualmente en la L.O. 1/2014.

No está de más recordar que en el caso actual la efectividad del procedimiento, tras diez años de instrucción, es prácticamente nula, pues incluso la Oficina de Asuntos Legales de la Secretaría General de INTERPOL, ha comunicado oficialmente, como consta en las actuaciones (folio 2.196) y destaca acertadamente el Ministerio Fiscal, que la cooperación en este caso a través de los canales de la organización "no estará en conformidad con las normas y estatutos de INTERPOL". Y ello en aplicación de la Resolución de la Asamblea General AG-2010, RES-10, sobre cooperación con nuevas peticiones relacionadas con Genocidio, delitos contra la Humanidad y Crímenes de guerra, por lo que las órdenes de detención no serán cursadas y toda la información será borrada de la base de datos de INTERPOL.

Es decir, que los propios organismos internacionales que podían materializar la ejecución de la persecución de los supuestos autores de los hechos perseguidos fuera de nuestro territorio nacional, han rechazado el cumplimiento de las solicitudes formuladas por el Tribunal, apoyándose en criterios de la propia Asamblea General de la OIPC-INTERPOL, por lo que el mantenimiento "sine die" de un procedimiento sin efectividad previsible, salvo en caso de desplazamiento temporal a España de los supuestos responsables, carece de razonabilidad.

En esta resolución AG-2010-RES-10, se acuerda que las solicitudes relacionadas con estos delitos internacionales se atenderán en todo caso cuando procedan de Tribunales Internacionales o de entidades creadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pero se limita de forma drástica la cooperación cuando procedan de simples países miembros y se refieran a ciudadanos de otros países miembros. Con lo que, en la práctica, se niega la cooperación con procedimientos "in absentia" que no procedan de Tribunales ni Organismos Internacionales.

En consecuencia, no cabe apreciar que la normativa legal aplicada por la L.O. 1/2014 incurra en inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad, y tampoco por incurrir en arbitrariedad, o en normas de "ius cogens" de Derecho Internacional.

Cuadragésimoprimer.

En el voto particular concurrente se llega a afirmar que la nueva ley se desentiende de las víctimas españolas en los crímenes más graves, los de derecho internacional (Genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, aquellos que afectan a los valores esenciales de la Comunidad internacional, la paz, la seguridad y la prosperidad de los pueblos).

Esta afirmación carece del menor sustento. En efecto, en la regulación de la LO 1/2014, respecto del ejercicio de la Jurisdicción Universal en los crímenes más graves de derecho internacional (Genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad), las víctimas españolas gozan de la misma condición que cualesquiera otras víctimas, como es lógico en una jurisdicción que se establece en función de la naturaleza de los delitos y no de la nacionalidad de las víctimas.

Por el contrario, en relación con las víctimas de delitos comunes graves que no son de naturaleza internacional, asesinatos, lesiones graves, secuestros o violación, por ejemplo, las víctimas españolas de crímenes internacionales cometidos en el extranjero gozan de una tutela superior por parte de nuestra Jurisdicción, pues como ya se ha señalado, en estos casos solo es competente la jurisdicción territorial del lugar de comisión de los hechos delictivos, y ordinariamente no puede intervenir la jurisdicción española.

En consecuencia, no responde a la realidad afirmar que la norma se desentiende de las víctimas españolas en los crímenes internacionales, pues les otorga el mismo tratamiento que



www.civil-mercantil.com

a las víctimas de cualquier otro país, y un tratamiento más favorable que a las víctimas españolas de otras modalidades delictivas.

Cuadragésimosegundo.

Por lo que se refiere a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por limitaciones excesivas al acceso a la jurisdicción universal, , al vulnerar la LO 1/2014 la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en las STC 237/2005 (Pleno) y 227/2007, ya hemos señalado que el Tribunal Constitucional no anuló la STS 327/2003 por no ser respetuosa con unos supuestos principios inmanentes de la jurisdicción universal, que no disponen de apoyatura específica en la CE, sino porque consideró que se había vulnerado el principio "pro actione", al establecer la sentencia anulada criterios restrictivos de admisión que excluían dicha Jurisdicción en supuestos que el propio Tribunal Constitucional estimaba claramente incluidos en la norma legal vigente en aquella fecha.

El Tribunal Constitucional señaló en la STS 237/2005 , que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, quedó menoscabado en el caso enjuiciado porque una interpretación acorde con el "telos" del precepto (art. 24 3º LOPJ , en su redacción inicial) conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio "pro actione", y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el art. 24.1 CE .

Pero no se opuso a la incorporación de criterios limitadores, por vía legislativa. Y eso es lo que ha realizado el Legislador, de forma precipitada y con carácter ciertamente restrictivo, es cierto, pero que a nuestro juicio no incluye limitaciones arbitrarias, que puedan incurrir en inconstitucionalidad, como ya se ha razonado. Y son limitaciones que encuentran su fundamento tanto en la práctica de otros países de nuestro entorno, como en la escasa o nula efectividad que la experiencia ha demostrado que alcanzan los procedimientos de jurisdicción universal contra responsables que no se encuentran en territorio español.

Y, en consecuencia, a los únicos efectos de resolver los motivos de casación interpuestos, sin pretender realizar un pronunciamiento definitivo de constitucionalidad que no nos compete, debemos desestimar las alegaciones de los recurrentes que denuncian vulneración de precepto constitucional.

Cuadragésimotercero.

En relación con las alegaciones de inconstitucionalidad fundadas directamente en referencias al derecho internacional consuetudinario, es procedente recordar lo expresado por esta Sala en su sentencia de 1 de octubre de 2007 , sobre el caso Scilingo:

"Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución.

Se han traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra



www.civil-mercantil.com

la Humanidad, y genocidio. La definición de estos delitos no siempre ha alcanzado la necesaria precisión, sobre todo en cuestiones relativas a algunas de sus modalidades y concretamente respecto del crimen de agresión, pero la esencia de las conductas prohibidas más relevantes en cuanto se refieren a la violación de los derechos Humanos individuales ha quedado suficientemente establecida. Se trata de hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares, siempre ejecutados, como se ha dicho, desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o de una organización similar, que son aprovechadas por los autores no solo para facilitar la ejecución sino también para procurar la impunidad. Generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas vinculadas de alguna forma al ejercicio abusivo, y por lo tanto ilegítimo, del poder.

Las referencias a estas conductas en el Derecho Internacional Penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de derecho interno. Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Maertens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza.

Aunque el elemento de contexto, que caracteriza a estos delitos frente a las infracciones comunes, se identificó en un principio, y por razones obvias, (Acuerdo de Londres y Estatuto del Tribunal de Nuremberg) con un nexo de guerra, pronto fue abandonada tal configuración. Ya en la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia [Artículo 1 .b)] a los crímenes de lesa humanidad "cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945 , y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, ...". Pronto fue sustituido, ya en algunas sentencias de Tribunales alemanes que después de la Segunda Guerra Mundial aplicaron la Ley del Consejo de Control nº 10 , por la valoración de un elemento de poder o supremacía en el autor, vinculado con el poder del Estado o de una organización similar, que le permita actuar a gran escala. Aunque aparece posteriormente en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el propio Tribunal lo ha interpretado como un requerimiento de su jurisdicción y no como un elemento del crimen contra la Humanidad, tal como ya resultaba de la citada Convención de 1968. Esta misma línea interpretativa ha sido seguida después por Tribunales nacionales. Así, el Tribunal Supremo francés en 1985, en el Caso Barbie; la Corte Suprema holandesa en 1981, en el Caso Menten; o la Corte Suprema de Canadá en 1994, en el Caso Finta. Tal exigencia tampoco aparece en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En la actualidad, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, tampoco exige un nexo de guerra en la definición de los crímenes contra la Humanidad. Estas consideraciones relacionadas con su origen permiten reconocer a estas normas, en cuanto constituyen las bases normativas para la protección de los Derechos Humanos, algunos efectos diferentes a los de otras que también forman parte del Derecho Internacional Penal, pero que vienen referidas a la persecución internacional de otras conductas delictivas previamente contempladas a nivel interno y que solo posteriormente han sido incorporadas a instrumentos internacionales.



www.civil-mercantil.com

4. Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas.

En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones.

En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas conforme al "derecho" nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales.

De todos modos, el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI.

Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa.

De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles".

El criterio de que los Tribunales españoles no obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento, ya establecido por este Tribunal Supremo, debe reafirmarse en el caso actual, desestimando en consecuencia la alegaciones de inconstitucionalidad, y remitiendo el ámbito de nuestra jurisdicción en esta materia a lo establecido por el Legislador en la LO 1/2014.

Cuadragésimocuarto.

El décimo motivo alega vulneración constitucional, por indefensión, al no haber recibido la parte recurrente la debida información sobre recursos respecto del auto de conclusión del sumario.

El motivo carece de fundamento pues no cabe apreciar indefensión alguna, en sentido material. El recurrente no estaba en ese momento procesal constituido en parte, pese a lo cual



www.civil-mercantil.com

interpuso un recurso de reforma, que no fue admitido. La posibilidad de interesar la revocación de la conclusión del sumario es irrelevante, pues careciendo el órgano judicial de jurisdicción no puede continuar tramitación alguna siendo procedente concluir el sumario, y elevarlo a la Audiencia para su sobreseimiento, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria única de la LO 1 /2014.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de los recursos de casación interpuestos, con imposición de las costas a los recurrentes, por ser preceptivas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por EL COMITÉ DE APOYO AL TIBET, FUNDACIÓN CASA DEL TIBET y por D. Emiliano Patricio , contra auto de fecha 2 de julio de 2.014, dictado por la Audiencia Nacional Pleno de la Sala de lo Penal, que acordó el sobreseimiento y archivo de la causa contra los querellados Primitivo Jesus , Miguel Prudencio , Sixto Fidel , Romulo Jenaro Y Jon Armando . Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por D. Rogelio David e INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AUROBINDO , contra el anterior auto. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Cándido Conde Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.