

LA APLICACIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN ESPAÑA BAJO EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LOS CONFLICTOS DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL CASO SCILINGO¹

Silvia Mendoza Calderón

Prof^ª Contratada Doctora de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

Resumen: El presente estudio analiza la aplicación en España de los Crímenes de Lesa Humanidad centrándonos en el caso Scilingo. Se estudian los principales obstáculos interpretativos derivados del principio de legalidad penal. Asimismo, se incide en el enjuiciamiento bajo el principio de justicia universal, recalándose algunas cuestiones relativas a la reforma de la Ley orgánica del Poder Judicial del año 2009.

Palabras clave: Crimen internacional, Crimen de lesa humanidad, principio de legalidad, justicia universal.

Recibido: febrero 2011. Aceptado: octubre 2011

- 1 Este trabajo es una versión ampliada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Principio de Jurisdicción Universal: fundamento y límites, celebrado en la Universidad de Salamanca, el día 17 de diciembre de 2010. Esta investigación se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia, *DER2009-11767*, “El principio de justicia universal. Fundamento y Límites”.

Abstract: This study analyzes the implementation in Spain of Crimes against Humanity, by focusing on the Scilingo case. In the same way, this research examines the main obstacles arising from the interpretation of the Principle of Legality. Also, it is emphasized the prosecution under the Principle of Universal Justice and its reform of the 2009 year.

Keywords: International Crime, Crime against Humanity, Principle of Legality, Universal Justice.

Sumario: I. Introducción. II. La aplicación de los crímenes contra la humanidad en España: el caso Scilingo. 1. Los hechos ocurridos en Argentina durante “la lucha contra la subversión”. 2. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril, núm. 16/2005. 2.1. La aplicación de la ley penal en el tiempo. El principio de irretroactividad y el principio “nullum crimen sine iure” en materia de delitos internacionales. 2.2. El enjuiciamiento de los Crímenes contra la Humanidad bajo el principio de jurisdicción universal. 2.2.1. El principio de justicia universal. a) La importancia de la Corte Penal Internacional: el principio de complementariedad . b) El alcance del principio de Justicia Universal en el ordenamiento jurídico español. 2.2.2 La perseguibilidad de Crímenes contra la Humanidad bajo el principio de justicia universal según la Sentencia de la Audiencia Nacional, núm. 16/2005. 3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, núm. 798/2007. 3.1. El principio de legalidad y el principio de irretroactividad de la norma penal. Su aplicación en el caso Scilingo al enjuiciamiento de Crímenes contra la Humanidad. 3.2. La aplicación del principio de justicia universal a los hechos enjuiciados en el caso Scilingo. 3.3. Los votos particulares a la Sentencia 798/2007, de 1 de octubre. a) Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Varela Castro: la jurisdicción viene atribuida por el hecho que constituye el objeto del proceso . b) Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Maza Martín: la prohibición de aplicación analógica de la Ley penal. c) Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Giménez García: la aplicación del delito de genocidio a las persecuciones políticas. d) Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Marchena Gómez: la ruptura de la sustantividad típica del art. 607 bis CP. Su enjuiciamiento bajo el principio de personalidad y el principio real o de protección . III. La reforma del principio de jurisdicción universal en España. 1. Los antecedentes jurisprudenciales a la Reforma de 2009: del caso Guatemala al caso del movimiento “Falun Gong”. 2. La Ley orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica del Poder Judicial. IV. Conclusiones

I. Introducción

Con la incorporación en el Código penal, a través de la *Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, del Crimen de Lesa Humanidad, España logró un doble objetivo: por una parte, dio cumplimiento a los compromisos asumidos en el Estatuto de Roma, implementando dicho tipo delictivo; y por otra, abrió una vía para poder superar los obstáculos interpretativos que se generaban respecto a la aplicación del delito de genocidio a víctimas perseguidas por motivos exclusivamente políticos, al poderse encuadrar en muchos casos, esta serie de actos entre los Crímenes contra la Humanidad².

- 2 En relación a otros casos, Augusto Pinochet, ex presidente de Chile, es detenido en Inglaterra cuando estaba a la espera de una intervención médica, tras recibirse un *Auto del Juzgado Central de Instrucción, número 5, de la Audiencia Nacional, de 3 de noviembre de 1998*, en el que se solicitaba su extradición en base a un proceso abierto por delitos de genocidio, terrorismo y tortura. El acto de admisión de querrela del órgano judicial instructor había sido incluso recurrido por el Ministerio fiscal español bajo los argumentos de que la Ley Orgánica del Poder Judicial había entrado en vigor a partir de julio de 1985 y los hechos se habían cometido a partir del año 1976, y que se rechazaba el procesamiento porque Pinochet ostentaba condición de “senador vitalicio de su país”. **La Operación Cóndor**, según nos destaca la prensa, consistía en un plan de inteligencia y coordinación entre los servicios de seguridad de las dictaduras militares de Argentina, Chile, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia en 1970 provocando el asesinato y desaparición forzada de centenares de personas consideradas opositores políticos. Cfr. SERRANO PIEDECASAS, “El delito de genocidio. Especial referencia al caso Pinochet” en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pags. 1495-1497. Asimismo otra de las cuestiones más polémicas en relación con este procedimiento e incluso debatidas internacionalmente, era que el Estado chileno lógicamente, exigía la intervención de sus propios órganos judiciales en base al principio de territorialidad, rechazando intromisiones extranjeras que afectaran a su soberanía nacional. En este sentido, el art. 23.4 LOPJ había sido el instrumento jurídico utilizado por el auto español de prisión y de extradición al considerarse que no cabía la excepción prevista en el art. 23.2 c) LOPJ también para el principio de justicia universal, puesto que los hechos no habían sido juzgados en su país. Ante la problemática de la aplicación del llamado genocidio político a la “Operación Cóndor”, el *Auto del Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 1998, como los del Pleno de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre*, entendían que en

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril, núm. 16/2005, fue la primera en aplicar este tipo delictivo bajo el principio de justicia universal a los gravísimos hechos ocurridos durante la dictadura argentina, en el denominado *Caso Scilingo*³, siendo calificada por la doctrina como “una sentencia histórica”⁴.

el delito de genocidio lo principal era la existencia del exterminio humano independientemente de las “características diferenciadoras”, sin embargo la Cámara de los Lores inglesa en su decisión de 24 de marzo de 1999 rechazó la petición de extradición de Pinochet por dicho motivo, aunque la concedió por otros cargos como el de tortura, conforme al principio de justicia universal consagrado en el art. 23.4 LOPJ y la Convención para la Tortura de Naciones Unidas de 1984, por los que podrían juzgar órganos judiciales españoles. La *Sentencia de 8 de Octubre de 1999, del Magistrado del Tribunal penal de Bow Street*, concedió la extradición, aunque finalmente, por motivos de salud, Pinochet no fue juzgado en España, iniciándose contra él una serie de procedimientos penales en su país. Cfr. Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 1998, por el que se decreta la prisión provisional incondicional y la orden de entrega del general Augusto Pinochet. Con respecto a su proceso de desafuero tras la investigación de la “**operación caravana de la muerte**”, vid. VERDUGO, Patricia, *Los zarpazos del puma*, Santiago, 2001, pág. 227, donde se recoge la Resolución del Ministro de Fuero D.Juan Guzmán Tapia, de 29 de enero de 2001, acordando el procesamiento del general Pinochet. Cfr. la resolución de la *Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de mayo de 2000* que resuelve despojarlo de su fuero parlamentario para ser procesado por dichos crímenes. En relación a la “**Operación Cóndor**” vid. la resolución de la *Corte de Apelaciones de Santiago de 28 de mayo de 2004*, donde se revocó el sobreseimiento por demencia, confirmándolo la *Corte Suprema chilena el 25 de agosto de 2004*. Cfr. Resolución de 6 de julio de 2005 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que lo desafora para juzgarlo por su presunta responsabilidad en el caso “**Operación Colombo**” por la desaparición de 15 opositores a su régimen en 1974 y 1975. Por otra parte, el 23 de noviembre de 2005, fue ordenado el procesamiento de Pinochet por enriquecimiento ilícito y falsificación de documentos. Cfr. respecto al principio de necesidad, en la *intervención en materia de justicia universal la STS de 10 de mayo de 2003*, en el denominado “caso del Perú”. Sobre las persecuciones políticas en el genocidio, cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2009, pág. 711 s.

- 3 Cfr. MENDOZA CALDERÓN, “La reciente aplicación de los Crímenes de Lesa Humanidad en España: el caso Scilingo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, núm. 6, Santiago de Chile, octubre 2005, pág. 97 ss.

Sin embargo, los numerosos obstáculos interpretativos que generó el caso, sobre todo desde la vertiente del debido respeto al principio de legalidad e irretroactividad de la norma penal, permiten que del análisis de este supuesto, se reabra la discusión sobre si sería necesaria una “reinterpretación” del principio de legalidad, para adaptarlos a aquellos delitos sobre los que se ejerce el principio de jurisdicción universal⁵ o si por el contrario, un excesivo celo en impedir la impunidad de los responsables de crímenes tan aberrantes, conllevaría a la conculcación de principios y garantías irrenunciables en un Estado de Derecho.

De igual modo, no puede prescindirse de que la presión internacional ante los numerosos conflictos diplomáticos generados por las últimas actuaciones por parte de la Audiencia Nacional bajo el **principio de justicia universal**⁶, han influido en que se haya considerado necesario por parte del legislador reformar el contenido del art. 23.4 LOPJ, haciéndose eco del debate académico que ya existía *a favor* y *en contra* de la legalidad de la jurisdicción penal universal sobre los crímenes de Derecho internacional⁷ *sin ninguna limitación*, del cual, serían buena muestra las diferentes opiniones jurisprudenciales vertidas en las Sentencias dictadas en el caso *Scilingo*.

4 CAPELLÀ i ROIG, “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, 2005, pág. 13, en www.reei.org, consultada en fecha 10 de febrero de 2010.

5 LLOBET ANGLÍ, “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, *InDret*, 378, octubre de 2006, pág. 21.

6 Cfr. en relación a la situación respecto a la República Popular China, *El País*, en su edición de 26 de febrero de 2010, sobre el archivo de la causa abierta en la Audiencia Nacional.

7 Sobre la presión internacional y su influencia en las reformas del principio de justicia universal en España y Europa, cfr. BLANCO CORDERO, “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, *RGDP*, núm. 12, 2009, en www.iustel.es, consultada en fecha 10 de febrero de 2010, págs. 1-5.

II. La aplicación de los crímenes contra la humanidad en España: el caso Scilingo

1. Los hechos ocurridos en Argentina durante “la lucha contra la subversión”

Se consideró probado, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005, que durante todo el año 1975, en la República Argentina, los principales responsables militares de cada una de las ramas del ejército, con ayuda de las fuerzas policiales y servicios de inteligencia, decidieron no solamente derrocar con un golpe de Estado a la legítima presidenta constitucional, sino también acordaron diseñar, desarrollar y ejecutar un plan sistemático de secuestro, tortura, desaparición y eliminación física de toda aquella parte de la ciudadanía que resultaba subversiva, entendiéndose por tal a los que por su forma de pensar, actividades, relaciones o adscripción política o incluso religiosa, resultaban en apariencia incompatibles con su proyecto político y social.

Del mismo modo, se expresó que otro método de desaparición de esta serie de personas contrarias a lo que denominaban la “moral occidental y cristiana” sería que las detenidas embarazadas siguieran con vida hasta el alumbramiento de los bebés, los cuales serían entregados a familiares de marinos, militares o civiles que los solicitasen a través de las órdenes establecidas en la Escuela Mecánica de la Armada, evitándose la “contaminación” que supondría devolver a los hijos a sus familias biológicas. Desde el 24 de febrero de 1976, fecha del golpe de Estado, hasta el 10 de diciembre de 1983, las fuerzas armadas argentinas usurparon ilegalmente el gobierno, poniendo en marcha el **Proceso de reorganización nacional** y la **Lucha contra la subversión**, cuya actividad se tradujo en la implantación de un organigrama de grupos, organizaciones y bandas armadas que subvirtiendo todo el orden constitucional y alterando gravemente la paz pública, cometieron toda una cadena de hechos violentos

e ilegales que desembocaron en una represión generalizada y un estado absoluto de terror de toda la población⁸.

Los métodos consistían en la detención masiva de ciudadanos, acompañada de la práctica sistemática de tortura con “métodos científicos”, el exterminio generalizado con lanzamientos de personas sedadas al mar, abusos sexuales, secuestro, desaparición forzada, situándose las víctimas entre 20.000 y 30.000 personas, con la existencia al menos de 600 españoles.

Se estimó que el procesado Scilingo, en su condición de oficial, había asistido a la reunión previa al golpe militar, en la que se aludió a la caótica situación del país y a los cambios que lo transformarían en un país pacificado de orden, conociendo de ese modo el plan mencionado antes de que entrase en ejecución haciéndolo propio. Igualmente se mantuvo que participó en la lucha contra la insurgencia organizada por la dictadura argentina, interviniendo durante su estancia en la Escuela de Mecánica de la Armada en los llamados “vuelos de la muerte”, en los cuales se lanzaban vivas a decenas de personas a las que previamente se les había sedado, fue testigo de las torturas impartidas por el procedimiento de la “picana eléctrica” o descargas eléctricas, y tuvo conocimiento de los denominados “asados” en los que se calcinaban los cuerpos de las personas fallecidas⁹.

8 El Reglamento RC-9-1, de 1977, establecía que el concepto era “prevenir y no curar”, impidiendo mediante la eliminación de los agitadores, posibles acciones insurreccionales masivas. La localización de activistas debía ser siempre una preocupación permanente en todos los niveles del comando.

9 La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1362/2004 de 15 noviembre, en relación a la competencia de la jurisdicción española consideró que existía competencia de la jurisdicción española para conocer de delitos cometidos fuera del territorio nacional imputados a súbdito argentino relativos a terrorismo, tortura y genocidio, cuyas víctimas son de nacionalidad española. Se destacó que no se conculcaba el principio *ne bis in idem*, al no constar que el recurrente estuviera encausado por los mismo hechos en Argentina. Cfr. igualmente, *el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) Auto núm. 8/2008 de 28 abril*, en relación a la denegación de extradición a Argentina de la ex presidenta argentina en el momento del inicio de la represión militar. Se considera que la acusación

2. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril, núm. 16/2005

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española calificó los hechos cometidos como constitutivos *de un delito de lesa humanidad del art. 607 bis) C.P* con la causación de muerte de treinta personas, detención ilegal y tortura. Se apreció la producción de *un único delito de lesa humanidad* pero con el resultado de treinta muertes con alevosía (art. 139 CP). Un delito de detención ilegal en el que intervino personalmente el acusado, y otro de torturas, referidas a aquella en las que quiso estar presente,

versa sobre detención ilegal y torturas derivadas de dicha represión, y que al faltar el elemento contextual, estos hechos no serían constitutivos de crímenes de lesa humanidad y habrían prescrito. La Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acuerda denegar en fase jurisdiccional la solicitud de extradición interesada por la República Argentina. *En el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Auto núm. 68/2007 de 9 julio*, se concede la extradición de nacional argentino a su país de origen para el enjuiciamiento de los delitos considerados como de lesa humanidad, a pesar de que posea la doble nacionalidad española. Se considera que lo que se plantea sería la aplicación del principio de prohibición de retroactividad a leyes que declaran la imprescriptibilidad de ciertos delitos de carácter internacional en relación a hechos que todavía no habían prescrito en el momento de la reforma legal. Se indica que, en el ámbito de la imprescriptibilidad de ciertos delitos, se ha de considerar que mientras no se cumplan los plazos señalados para la prescripción del hecho o de la acción penal no tiene el autor un derecho adquirido a no ser objeto de persecución penal, argumento que habría de matizarse en el caso de crímenes internacionales por su carácter imprescriptible independientemente del momento de ejecución de la conducta. Se estima que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha inadmitido demandas contra sentencias condenatorias pronunciadas por delitos contra la humanidad cometidos durante la ocupación de Francia en la Segunda Guerra Mundial o en la Estonia ocupada por la Unión Soviética, es decir mucho antes de que los tipos penales fueran introducidos en las legislaciones de esos Estados, afirmando los principios de Derecho internacional ya mencionados y la previsión del art. 7.2 del Convenio Europeo, al entender que la persecución de dichos crímenes no estaba sometida a limitación temporal y que la interpretación sobre su aplicación retroactiva no era contraria al Convenio (decisiones adoptadas en los asuntos Kolk y Kislyiy contra Estonia de 17 de enero de 2006, Papón contra Francia de 15 de noviembre de 2001 y Touvier contra Francia de 13 de enero de 1997).

aunque sin hacer nada por impedir las o evitarlas. En cambio, se consideró que Scilingo no tuvo intervención directa en otros actos llevados a cabo por el denominado “Grupo de Tareas” y que no le eran directamente imputables, como delitos independientes, otros hechos no directamente realizados por él¹⁰.

2.1 La aplicación de la ley penal en el tiempo. El principio de irretroactividad y el principio “nullum crimen sine iure”

En relación al caso Scilingo, en torno a la calificación de los hechos descritos, producidos en Argentina durante la guerra

10 Se condenó al acusado como autor responsable de un delito de lesa humanidad: 1º con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; 2º con también realización de detención ilegal a la pena de 5 años de privación de libertad; 3º con causación de tortura grave igualmente a la pena de 5 años de privación de libertad.- Como accesoria de las anteriores penas la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena.- Las anteriores penas fijadas tendrán el límite de cumplimiento previsto en el art. 70.2 del Código Penal, Texto Refundido de 1973, vigente en la época de producción de los hechos.- 3.- Acuerda que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas le sea tenido en cuenta al condenado el tiempo que ha permanecido en prisión preventiva por esta causa y ello siempre que ésta no le haya sido imputada para la extinción de otras responsabilidades. En relación a la existencia de víctimas españolas, constan en la causa, perfectamente identificadas, 610 víctimas de nacionalidad española e hijos y nietos de españoles. Además, constan identificados en la causa 12 niños secuestrados de origen español, 52 niños nacidos en cautiverio de los que el padre y/o la madre eran españoles, y que aún permanecen desaparecidos, y 16 niños secuestrados y/o nacidos en cautiverio, actualmente localizados y/o restituidos, de origen español. Cfr. CAPELLÀ i ROIG, “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2005, www.reei.org, consultada en fecha 10 de febrero de 2010, págs. 1 ss, indica la poca atención prestada por los medios de comunicación a tan histórica Sentencia de la Audiencia Nacional. A su juicio, Sin embargo, la sentencia de 19 de abril de 2005 dictada por la Audiencia Nacional española es una decisión histórica que rompe con la tradición monista española en la interpretación del principio de legalidad penal y que pretende adaptar el Derecho español al Derecho internacional penal vigente en materia de represión de crímenes de Derecho internacional, en especial, los crímenes contra la humanidad.

contra la subversión, como Crimen de Lesa Humanidad, la Audiencia Nacional valoró que las otras situaciones de torturas y detenciones que se realizaron en la ESMA durante el tiempo de su permanencia, *formarían parte de los elementos contextuales del delito de lesa humanidad*, en los que se enmarcaron los distintos actos concretamente realizados por el acusado¹¹.

Sin embargo, en este pronunciamiento la Audiencia Nacional intentó salvar, (en muchos casos con bastante dificultad) el debido respeto a principios tan esenciales de la creación y aplicación del Derecho penal, como son el Principio de Legalidad y el de Irretroactividad de la norma penal. En lo que se refiere a la exigencia de una ley previa a la comisión del delito, la Audiencia Nacional partió en este caso, de que la formulación clásica del principio de legalidad penal “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” en el Derecho internacional se articulaba solamente como “*nullum crimen sine iure*”, por lo tanto, a diferencia de lo que ocurría en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la seguridad de la humanidad no se determinaría en el orden internacional por su incorporación a textos escritos¹².

11 LAMARCA PÉREZ, “Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo”, *La Ley penal*, núm. 34, enero 2007, págs. 69-77, indica que la relación entre los delitos de lesa humanidad y los delitos de genocidio o terrorismo no es de concurso de leyes sino de delitos.

12 Vid. REMIRO BROTONS, “Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial”, en *Derecho Penal Internacional*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, Madrid, 2001, pág. 93, destaca que en cuanto a la no retroactividad está muy extendida la creencia de que el juez estatal no puede perseguir sino los actos posteriores a su tipificación criminal por el Derecho interno o por lo menos a la fecha en la que un Estado manifestó su consentimiento en obligarse por un tratado. Recalca sin embargo que no hay que beneficiar a los criminales con la morosidad de los legisladores estatales, proponiendo a menos que la ley o los tratados disponga otra cosa, que la fecha decisiva para proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la de su incorporación a normas internas ni la de su consentimiento en obligarse por tratados tipificadores de crímenes internacionales, sino la de su cristalización en normas generales de Derecho internacional. CAPELLÀ I ROIG, “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, 2005, www.reei.org, consultada en

Sin embargo, se señaló que el art. 6 del *Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945*, en los Juicios de Nuremberg, determinaba que los crímenes contra la Humanidad actuaban como norma de cierre, para cerrar la salida a las posibles escapatórias destinadas a obstaculizar el castigo de los autores de graves atropellos. Por lo tanto, la naturaleza mixta de los delitos contra la humanidad, convencional y consuetudinaria, al cristalizarse en normas escritas añadía un plus de taxatividad y de previsibilidad de la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional¹³.

Se ha destacado por la doctrina que el fundamento jurídico principal en el caso Scilingo se basaba en que la Sala **estaba aplicando una norma internacional, además de interna**, por lo que habría que tener en cuenta tanto **la naturaleza de la norma**

fecha 10 de febrero de 2010, págs. 10 s, indica que el Tribunal considera que, *desde una perspectiva internacional*, el tipo general de crímenes contra la humanidad es aplicable al caso porque en el momento de los hechos “existían normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas a cabo durante la dictadura militar argentina por militares, fuerzas de seguridad del estado y civiles en la llamada lucha contra la subversión”.

- 13 Siguiendo esta línea argumentativa la Audiencia Nacional destaca que en el momento de producción de los hechos, existían normas consuetudinarias internacionales de aplicabilidad general, y aunque la tipificación de estas conductas basadas en el art. 6 del Estatuto de Nuremberg, y en el Convenio contra el Genocidio de 1958 no le fuera absolutamente aplicable, había suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que tales conductas eran crímenes contra la humanidad e iban no solo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional, pudiendo exigirse responsabilidad penal individual a los autores de tales crímenes. Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2001, en el **Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) en el caso de “los disparos del muro de Berlín”**. Incluso, en relación a la previsión de la pena se destaca que en el Código penal vigente en Argentina en el momento de los hechos, se establecía pena de prisión perpetua para el homicidio agravado, la pena de muerte o reclusión perpetua en el caso de que con el delito de asociación ilegal se causaran muertes o graves lesiones en las personas, por lo que el tribunal estima, que dichas penas tan severas podrían haberle sido impuestas al encausado, teniendo esta cuestión gran importancia desde el punto de vista del principio de legalidad penal.

internacional que prohíbe y criminaliza determinadas conductas como crímenes contra la humanidad (de ius cogens y con carácter erga omnes) como el carácter general de estos crímenes, que permitiría que tengan su propia dinámica formativa y evolutiva, así como su persecución universal. En opinión de la Sala, aunque el art. 607 bis CP sea una norma penal de derecho interno, incorporaría mandatos o prohibiciones **preexistentes de derecho internacional público** y tiene una naturaleza jurídica particular ya que no sería una norma totalmente autónoma, pues representaría la positivación en el derecho interno de preexistentes normas internacionales de carácter penal, integrantes por sus características y objeto del *ius cogens* internacional y, por ello, con validez obligatoria *erga omnes*, tanto en cuanto a las conductas delictivas como a la aplicación de las consecuencias. Por esta naturaleza especial, su recepción en el derecho interno implicaría grandes dilemas, **ya que su vocación de aplicabilidad universal no podría verse impedida por límites temporales ni territoriales: su validez erga omnes y preexistente a la recepción interna exigiría un “radical replanteamiento del tema”, en términos de la Sala, “hasta el punto de que son normas que necesariamente requieren un esfuerzo de reinterpretación de los efectos tradicionales de los principios penales clásicos, y sin llegar a afirmar que deban regirse por otros principios distintos, sí se deben adoptar soluciones diferentes, pero sin estar en contra de la esencia de tales principios clásicos”.** Estas soluciones diferentes afectarían, en primer lugar, a su aplicación extraterritorial y retroactiva a efectos internos, pero no a efectos internacionales, pues se trata, repite la Sala, de “normas internas que representan o incorporan a otras normas de Derecho internacional penal preexistentes”. La entrada en vigor a tener en cuenta, sería pues, la internacional¹⁴.

14 CAPELLÀ I ROIG, “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2005, www.reei.org, consultada en fecha 10 de febrero de 2010, págs. 6 ss. En definitiva añade que la opinio iuris cogentis en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe los crímenes contra la humanidad no plantea ninguna duda, según

Frente a esta concepción, otros autores como LAMARCA PÉREZ han destacado que la Sentencia de la Audiencia Nacional en este caso, es una buena muestra de los peligros que genera la internacionalización del Derecho penal, ya que se plantea un grave problema de colisión con el principio de legalidad y el mandato de irretroactividad de la norma penal, al acogerse la tesis internacionalista que sostiene que el tipo del art. 607 bis CP lo que hace es incorporar a la ley penal una norma que ya existía como *ius cogens* y que tiene validez *erga omnes*. Destaca, que para esta doctrina no plantea ningún obstáculo la constatación de

el Tribunal. Duce esta opinio iuris del propio origen de estos crímenes, remontándose al derecho humanitario y a la Cláusula Martens hasta su primera incriminación en el Derecho internacional positivo en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y su posterior confirmación en la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de la incipiente ONU, formulada por la Comisión de Derecho Internacional en 1950. Asimismo, en opinión del Tribunal, **el carácter consuetudinario de los Principios de Nuremberg (incluidos los crímenes contra la humanidad) es indiscutible** tras la Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 sobre los principios de cooperación internacional para la detención, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y tras la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales especiales, que ha afirmado y aceptado la tesis del carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad. (cfr. sin embargo, págs. 9 s), donde indica que cabe señalar que la Audiencia Nacional pasa por alto o no conoce la reserva argentina al citado artículo 15.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Es el único Estado que ha formulado una reserva a esta disposición, y lo hizo en un momento significativo: en agosto de 1986, es decir, en pleno período de transición en que se adoptó la Ley de Punto Final. Argentina entiende que la segunda parte del artículo 15 estará sujeta al principio de legalidad en sentido estricto, así como viene establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina. Frente a esta postura, cfr. MATTAROLLO, “La jurisprudencia Argentina reciente y los delitos de lesa humanidad”, <http://www.abogarte.com.ar/mattarollo2.htm>, consultada en fecha 9 de febrero de 2010, en este sentido destaca sobre el Derecho internacional consuetudinario, que Argentina al ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ha reconocido expresamente este carácter no derogable del derecho de gentes en el ámbito del derecho internacional humanitario, aún en el supuesto de la denuncia de los Convenios. Se afirma que en los casos de crímenes de lesa humanidad en algunos casos podría aplicarse el principio “aut dedere aut iudicare”.

que la norma preexistente no contenga ninguna sanción, cuando el principio de legalidad pertenece tanto a los delitos como a las penas, y que la norma internacional tenía carácter *non self executing*, sin que cupiese su aplicación directa¹⁵.

2.2 *El enjuiciamiento de los Crímenes contra la Humanidad bajo el principio de jurisdicción universal*

Otra de las cuestiones más controvertidas en relación al caso Scilingo, versaba sobre si podían enjuiciarse Crímenes contra la Humanidad cometidos en Argentina durante los años 1976 a 1983, bajo el principio de jurisdicción universal previsto en la Ley orgánica del Poder Judicial, sobre todo teniendo en cuenta que a pesar de la entrada en vigor de la Ley orgánica 15/2003, que introducía al nuevo tipo delictivo en el Código penal, no se había modificado lo previsto en el art. 23 LOPJ introduciendo específicamente a este delito dentro del catálogo previsto en dicho precepto, para proceder al enjuiciamiento bajo el principio de justicia universal.

2.2.1 El principio de justicia universal

El principio **de justicia universal** se recoge en el apartado cuarto del art. 23 LOPJ que disponía, *antes de la entrada en vigor de la Ley orgánica 1/2009, de 3 de noviembre*, que igualmente

15 LAMARCA PÉREZ, “Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo”, en *La Ley penal*, núm. 34, enero 2007, págs. 69-77. En esta materia cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, PÉREZ CEPEDA, “Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”, *Revista penal*, núm. 26, julio 2010, pág. 83, donde se incide en que el automatismo con el que se asume el principio de legalidad por la mayoría de los ordenamientos vigentes, hace que se recuerden muchas veces sus garantías formales pero que se pasen por alto las materiales vinculadas al propio origen de este principio. La afirmación de la vigencia del principio de legalidad en un determinado ordenamiento esta vinculada a que el contenido de los preceptos penales sea claro y las penas precisas, de lo contrario el juez en la práctica estaría desempeñando funciones de legislador para las que carece de legitimación.

será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: *genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, los relativos a la mutilación genital femenina, (en este caso siempre que los responsables se encuentren en España) y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.* Asimismo será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del art. 23 LOPJ, es decir, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este ultimo caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

Sin embargo, una vez expuesto este punto, nos parece interesante detenernos en una breve exposición, de qué papel jugaría la Corte Penal Internacional al respecto, en esta materia, teniendo en cuenta las graves críticas vertidas internacionalmente, sobre la excesiva actuación de los órganos judiciales españoles bajo el principio de justicia universal¹⁶.

a) La importancia de la Corte Penal Internacional: el principio de complementariedad y la Ley orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

Una de las principales características de la Corte Penal Internacional es su actuación bajo el *principio de complementariedad*, es decir, solamente entrará a juzgar a instancia de un Estado parte, del Ministerio Fiscal o del propio Consejo de

16 Cfr. en relación a esta materia, Público, en su edición de 7 de febrero de 2010 y El Mundo en su edición de 27 de enero de 2010. Cfr. MENDOZA CALDERÓN, "La aplicación de la Ley penal en el espacio. La trascendencia del principio de jurisdicción universal", *Revista Penal*, nº 20, 2007, págs. 121-140.

Seguridad¹⁷, cuando las jurisdicciones nacionales competentes no puedan o no quieran juzgar los hechos, o cuando a pesar de haberse producido un enjuiciamiento, se demuestre que nos hallamos en una impunidad *de facto*, o se ha ido contra los intereses de justicia definidos en el Estatuto de Roma o se ha producido un proceso sin las reglas de un procedimiento justo. Igualmente se declara la inadmisibilidad de un asunto, cuando éste no sea de *gravedad suficiente* para justificar la adopción de medidas por parte de la Corte¹⁸.

Esta serie de principios están recogidos en el art. 17 ECPI, si bien es difícil determinar cuándo se puede concluir que la jurisdicción nacional no está dispuesta o es incapaz de juzgar. Debe admitirse una falta de voluntad de persecución penal cuando un determinado Estado incoe un procedimiento solamente aparente para sustraer a la persona interesada de la persecución penal, cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal o cuando el proceso no se sustancia de manera independiente o imparcial. En cambio, se considera que la jurisdicción nacional es incapaz cuando debido a su colapso total o esencial no consigue hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios¹⁹.

El **principio de complementariedad** presupone que el Estado donde se comete un crimen internacional va a tener la capacidad y la voluntad de perseguirlo penalmente castigando a los responsables²⁰. Por ello, en este sentido se interpreta que el

17 AMBOS, Kai, “Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2000, pág. 135 s.

18 MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 2010, págs. 168 s. GOMEZ BENÍTEZ, “La Corte Penal Internacional como órgano de jurisdicción universal. Reflexiones sobre su ámbito de competencia y su naturaleza complementaria”, en *Actualidad Penal*, núm.3, 2002, pág. 1200 s. CUERDA RIEZU, RUIZ COLOMÉ, “Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional”, en *El nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 2000, pág. 123.

19 Vid. nota anterior, pág. 137 ss.

20 AMBOS, Kai, “La implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel (editores), *Persecución*

Estatuto y el ejercicio de la jurisdicción de la Corte se basan en el presupuesto de que existe una jurisdicción nacional complementaria, y la existencia de tal jurisdicción deja traslucir que la esencia del Estatuto de Roma puede ser ejecutada en el Estado respectivo, y sobre todo especialmente que los crímenes allí definidos pueden y deben ser perseguidos primariamente por los tribunales nacionales. *La implementación o adaptación nacional* de todas las disposiciones pertinentes de derecho sustancial y procesal penal internacional, es igualmente una condición necesaria, para cumplir con los propósitos del Estatuto de Roma²¹.

TRIFFTERER declara que la estructura de la Corte y su jurisdicción criminal internacional presupone que los Estados partes ejercerán de hecho su *ius puniendi* sobre crímenes de Derecho internacional, con lo cual, los Estados deberán de hacerse cargo de la mayor parte de los casos con el objeto de reservar la capacidad de la Corte a los autores principales que habitualmente *están fuera del alcance de la legislación y la jurisdicción local*.

penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España, Montevideo, 2003, pág. 25 ss. Se recoge que dentro de las opciones de implementación, se debe descartar la “opción cero”, decantándose como mínimo por una *implementación limitada o parcial*, es decir, la introducción de normas que protejan la administración de justicia de la Corte Penal Internacional, así como normas procesales de cooperación con la Corte, o bien, se señala como la alternativa más recomendable una *implementación total o completa*. Vid. asimismo en esta misma obra ESER, KREICKER, “Persecución penal nacional de crímenes internacionales”, pág. 14 ss, que destacan la entrada en vigor en junio de 2002 en Alemania, de un Código Penal Internacional Independiente, (*Völkerstrafgesetzbuch*) que no sólo prevé una pena para los crímenes internacionales recogidos en el Estatuto, sino también para otros crímenes internacionales reconocidos por el Derecho internacional consuetudinario.

- 21 TRIFFTERER, Otto, “Domésticos de ratificación e implementación”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002, pág. 17 ss. Asimismo el art. 1 ECPI reconoce que la Corte Penal Internacional será una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas, respecto de los crímenes mas graves de trascendencia internacional de conformidad con su Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del Estatuto de Roma.

Se destaca igualmente que el principio *de justicia universal* rige en referencia a la comisión de crímenes internacionales, *por ello cuando la Corte determina que un caso sea inadmisibles porque el asunto no es de gravedad suficiente para justificar la adopción de medidas, puede ser que sí tenga bases razonables para ser perseguido a nivel nacional*²².

En España la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el art. 607 bis CP debe conectarse la interrelación entre el papel que juega *el principio de complementariedad* en el funcionamiento de la Corte, y la importancia que tiene todavía hoy el principio de Justicia Universal ante la trascendencia internacional de estos delitos, sobre todo ante los riesgos o procesos de distorsión del principio de complementariedad señalados por la doctrina, denominado **“forum shopping”** y su relación con el principio de Justicia Universal.

Este término como su nombre indica, se refiere a la existencia de una diversidad de jurisdicciones concurrentes sin que a un mismo tiempo exista una prioridad entre ellas, pudiendo favorecerse la producción *de una carrera con distintos mecanismos tendentes a hacer comparecer al imputado en una jurisdicción en concreto y no en otras*, dependiendo de diferentes motivos y valoraciones²³. Por ello, aunque el art. 17 del propio Estatuto de Roma ha establecido las normas para armonizar el ejercicio de la jurisdicción entre los tribunales nacionales y la propia Corte Penal Internacional no se ha adoptado internacionalmente una consolidación de qué principios regirán la prioridad de jurisdicciones penales nacionales sobre otras para investigar o enjuiciar un asunto, cuando en el Preámbulo se establece la obligación de los Estados partes de adecuar sus ordenamientos jurídicos al Estatuto de Roma, debiendo incorporar aquellos que no lo posean, el

22 TRIFFTERER, Otto, *ul.op.cit.*, pág. 17 ss.

23 ALCAIDE FERNÁNDEZ, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempo de ingeniería jurisdiccional?”, en *La criminalización de la barbarie: La Corte penal internacional*, Madrid, 2000, pág. 423 ss.

principio de Justicia Universal. Igualmente, como se señala muy acertadamente, hasta ahora tampoco se sabe con certeza si debe determinar la Corte penal internacional la inadmisibilidad de una causa, porque cualquier jurisdicción nacional esté investigando en base al principio de Justicia universal o sólo si lo hacen las jurisdicciones nacionales más directamente conectadas con el crimen, que son las que efectivamente puedan mejor reunir los medios de prueba necesarias²⁴.

La Ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, recoge en su Exposición de Motivos que se ha partido del presupuesto del carácter *autoejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto de Roma, en condiciones de positividad que permiten su aplicación directa por los Tribunales, en aquellos sistemas como el español que permiten que los tratados puedan ser aplicados directamente cuando el contenido material de la norma así lo permita*. En el art. 7.2 de dicha Ley se mantiene que cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud a un departamento Ministerial en relación con hechos sucedidos **en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles** y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante, la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte Penal Internacional. En el art. 7.3 se recoge que **no obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura**

24 Vid obra citada en nota anterior, pág. 423 ss. Además de lo expuesto, en torno a la interpretación de las excepciones para la aplicación del principio de Justicia Universal previstas en el art. 23. 2 c) LOPJ, consultar *la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003*, núm. 712, en cuyo Fundamento Jurídico sexto se recoge al denominado **principio de necesidad de la intervención jurisdiccional**, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal, en donde se excluye la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal, cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país.

de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud, podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes²⁵.

b) El alcance del principio de Justicia Universal en el ordenamiento jurídico español

El principio de jurisdicción universal suele definirse como “un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima”. Sin embargo, se ha señalado que la base de este principio residiría en que “determinados crímenes son tan perjudiciales para los intereses internacionales que los Estados están autorizados, e incluso obligados, a entablar una acción judicial contra el perpetrador, con independencia del lugar donde se haya cometido el crimen y la nacionalidad del autor o de la víctima”. Por lo tanto, dos ideas importantes suelen justificar esta excepción: en primer lugar, ciertos crímenes son tan graves que atentan contra toda la comunidad internacional; y en segundo lugar, no deben existir impunidad para quienes los hayan cometido²⁶.

En este sentido, se ha indicado, que no es suficiente que un Estado reconozca la jurisdicción universal como un principio

25 En relación a la inhibición prevista en el art. 8 Ley orgánica 18/2003, cfr. DIAZ PITA, “Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte penal internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte penal internacional”, *Revista electrónica de Estudios internacionales*, núm. 9/2005, pág. 9, consultada en fecha 24 de febrero de 2010, indica que habiéndose iniciado por los órganos judiciales españoles una investigación sobre uno o varios delitos de competencia de la CPI imputados a un extranjero y cometidos fuera del territorio español no cabría que el Estado Español requiera de inhibición al Fiscal de la Corte. En relación sobre su interrelación con el sistema de “doble llave” previsto en el Estatuto de Roma, cfr. págs. 10 s.

26 PHILIPPE, “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”, *International Review of the Red Cross*, junio 2006, N.º 862, pags. 4 ss.

para que ésta se convierta en una norma jurídica vigente, sino que se deberían cumplir tres condiciones básicas para que el principio de jurisdicción universal se aplicase: la existencia de una razón específica para la jurisdicción universal, una definición suficientemente clara del crimen y de sus elementos constitutivos, y medios nacionales de aplicación que permitan a las instancias judiciales nacionales ejercer su jurisdicción sobre esos crímenes²⁷.

Una de las cuestiones que se han planteado principalmente en torno a la aplicación del principio de Justicia Universal en España es si debe considerarse que la lista de delitos contenida expresamente en el art. 23.4 LOPJ es superflua, bajo el argumento de que se apoya también en Tratados Internacionales en consonancia con la cláusula de cierre de dicho artículo; si bien, como señala la doctrina acertadamente, la regulación que hacen los Tratados internacionales respecto de los concretos foros de competencia hace necesaria en algunas ocasiones la previsión legal nacional del principio de justicia universal respecto determinados delitos, al remitirse aquellos a la legislación interna de los Estados²⁸.

Sin embargo, sin lugar a dudas el aspecto más discutido en la interpretación del principio de justicia universal previsto en el art. 23.4 LOPJ giraba en torno a la cláusula de cierre del precepto que dispone la persecución además de los delitos expresamente previstos de “*cualquier otro, que según los Tratados o Convenios Internacionales, deba ser perseguido en España*”. En relación a los delitos previstos en tratados internacionales pero enumerados expresamente en el art. 23.4 LOPJ, la doctrina sostenía, antes de la reforma de 2009, que *España podía perseguirlos aunque se cometan en el extranjero por extranjeros y los sujetos no se encuentren en España puesto que lo establece la propia Ley orgánica del Poder Judicial conforme a lo dispuesto en los Tratados correspondientes en los que si bien no se impone el principio de*

27 PHILIPPE, “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”, *International Review of the Red Cross*, junio 2006, N.º 862, págs. 4 ss.

28 GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 125.

*justicia universal con carácter absoluto, si se permite que los Estados lo prevean en sus legislaciones internas*²⁹.

En cambio, aquellos delitos **no expresamente contenidos** en la lista del art. 23.4 LOPJ parece que esta cláusula abierta establecería el principio de justicia universal siempre que según el Tratado en cuestión, el delito debiera ser perseguido en España. El problema radicaría en que muchos tratados internacionales que regulan estos delitos internacionales no imponen de forma absoluta el principio de jurisdicción universal, sino que tan solo se permite su jurisdicción conforme lo prevea específicamente la normativa interna de cada Estado, (es decir, que en algunos casos podemos encontrarnos con la paradoja de que el Tratado se remitiría a lo que previese la norma interna y la norma interna a través de esta cláusula, nos reenviaría en una fórmula abierta a lo previsto por el Tratado, con lo cual, habría que interpretar minuciosamente cada Tratado en concreto, si no hubiera previsión expresa interna).

Por ello, la doctrina ha recalcado que para un correcto funcionamiento y efectividad del principio de justicia universal **en esta cláusula abierta se deberían incluir todos los delitos que afecten a intereses internacionales declarados por los Tratados internacionales correspondientes, ya sea expresa o tácitamente y que hayan sido ratificados por España**³⁰. En ocasiones algunos Tratados declaran este interés común en los Considerandos, pero en otras ocasiones se desprendería de su

29 GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 138. Excepto en el supuesto de mutilación genital femenina que se exige que el responsable se encuentre en nuestro país. Delito tipificado expresamente en el art. 149.2 CP, tras la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

30 GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 139. Cita en contra, PALOMO DEL ARCO, "La aplicación extraterritorial de la ley penal española", en Cuadernos de Derecho Judicial, numero IX, 1999, pág. 139-140. Según GARCÍA SÁNCHEZ se incluirían entre otros los delitos de toma de rehenes, represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, publicaciones obscenas, trata de mujeres y niños, esclavitud, delitos contra personas internacionalmente protegidas, delitos de tortura, crimen organizado, tráfico de personas y Crímenes de guerra.

articulado al intentar establecer foros de competencia obligatoria **y no excluir ninguna jurisdicción ejercida conforme a las leyes nacionales**. Desde este punto de vista, recalca GARCÍA SÁNCHEZ que esta cláusula española debería considerarse como **habilitadora** para que España pueda perseguir cualquier delito internacional. En contra, otros autores como CUERDA RIEZU afirman que para que se pueda fundamentar esta competencia, el Estado en cuestión debe prever una jurisdicción obligatoria, no siendo suficiente una jurisdicción facultativa³¹.

Con ello debe examinarse igualmente si la declaración por un Tratado Internacional de una conducta como delito internacional implicaría automáticamente una jurisdicción universal, o si por el contrario habría que examinar los foros de competencia que específicamente establece el Tratado. Como señala acertadamente GARCÍA SÁNCHEZ, siguiendo una interpretación teleológica y en muchas ocasiones literal de los Tratados internacionales que tratan de perseguir conductas consideradas tan aberrantes por la comunidad internacional, y **evitar la impunidad**, hay que interpretar que la declaración por estos Convenios de delitos

31 GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 142. Cita a CUERDA RIEZU, “Fundamentos del Derecho penal, la ley penal en el espacio”, en www.iustel.com, 2002. Con respecto a la consideración de si los delitos de tortura y desaparición forzada de personas son per se crímenes internacionales, vid. a favor de dicha postura ANDREU-GUZMAN, “Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la Ley penal: un falso dilema, International Comisión of Jurists, www.icj.org, consultada en fecha 30 de octubre de 2006, pág. 3. Asimismo la practica sistemática o a gran escala de la tortura, la desaparición forzada, las persecuciones por motivos políticos, constituyen un crimen internacional calificado como crimen de lesa humanidad. Cfr. art. 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el art. 7 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, y el art. 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Cfr. respecto a las implicaciones relativas al principio de legalidad tras la aprobación del Estatuto de Roma, OLÁSULO ALONSO, “Del Estatuto de los tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm.5, mayo, 2006, en www.iustel.com, pág. 9.

internacionales conlleva la atribución de competencia universal al menos facultativa. Cuando un acuerdo internacional establece determinados criterios que atribuyen la competencia a determinados Estados, como pueden ser los Convenios sobre Genocidio y Torturas, no se está excluyendo la competencia del resto de los Estados, sino que está imponiendo jurisdicciones obligatorias o preferentes, y directamente aplicables por los Estados partes, **pero no excluyentes**. El problema surge cuando el Tratado expresamente se remita a las leyes nacionales para la posible aplicación del principio de justicia universal y éstas no prevean nada³².

2.3.2 La perseguibilidad de Crímenes contra la Humanidad bajo el principio de justicia universal

En la *Sentencia de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005*, respecto a la aplicación de la ley penal española en

32 GARCÍA SÁNCHEZ, *ul.op.cit.*, pág. 143 ss. Por ello aquellos Tratados que formen parte de nuestro Derecho interno fundamentan nuestra jurisdicción cuando sean *self-executing*, aunque no estén expresamente reconocidos por la Ley interna. Esto se predica de los concretos foros establecidos con carácter obligatorio o facultativo, cuando no haya remisión expresa a la normativa interna de los Estados. Respecto a los Tratados que carecen de eficacia directa, o *non self-executing* que serán aquellos que se remitan a las leyes nacionales para establecer la competencia, si permiten un foro de competencia que no ha sido incorporado al Derecho interno del Estado en cuestión, no derivará en responsabilidad del Estado, pues éste haría uso de dicha facultad no incorporándolo a su ordenamiento. CARRILLO SALCEDO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1994, pág. 159, señala que los tratados *self executing* permiten sostener que dichas normas convencionales crean directamente derechos y obligaciones que deben ser tutelados y sancionados por las autoridades y tribunales internos, cuando por el contrario se trate de tratados que no son autoejecutorios deberán adoptarse las disposiciones legislativas o reglamentarias que hagan posible su aplicación en Derecho interno. Cfr. Igualmente CARRILLO SALCEDO, *ul.op.cit.*, pág. 156, donde reconoce que conforme al art. 96 CE se reconoce la primacía del Tratado sobre la ley interna, puesto que un tratado solo puede ser derogado modificado o suspendido conforme a lo previsto por el propio Tratado o de conformidad con las normas generales de Derecho internacional. (Vid. pág. 158) debido a críticas en el Debate Parlamentario la constitución solamente acoge la primacía del Derecho internacional convencional, más que de forma indirecta.

referencia a unos hechos producidos en Argentina, a partir de febrero de 1976, la Audiencia Nacional defendió que no tendría ningún sentido que el legislador español al introducir en el año 2003 el precepto penal del art. 607 bis C.P.³³, se estuviera limitando a permitir en el ordenamiento español, sólo de cara al futuro la persecución de este tipo de crímenes como formal cumplimiento del principio de complementariedad³⁴ del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional, que desde hacía décadas castigaba este tipo de conductas³⁵.

Además de lo expuesto, el tribunal observó que la razón de la utilidad de esta serie de crímenes consistía en garantizar

33 Vid. Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de Reforma del Código Penal, cuya entrada en vigor se produjo a partir del 1 de octubre de 2004.

34 Vid. AMBOS, Kai, "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm.5, pág. 137 ss.

35 Vid. asimismo TRIFFTERER, Otto, "Domésticos de ratificación e implementación", en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002, pág. 18, que afirma que la estructura de la Corte Penal Internacional se basan sobre el presupuesto de que los *Estados partes ejercerán de hecho su ius puniendi sobre crímenes de Derecho internacional*, aplicándose así un modelo de ejecución indirecto. FERNÁNDEZ PACHECO ESTRADA, "La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina", *Jueces para la democracia*, núm. 61, 2008, pags. 101-117, en relación a los problemas de carácter procesal indica que en materia de competencia, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) menciona expresamente el delito de genocidio, sobre el que establece un principio de jurisdicción universal. Sin embargo, esta Ley fue aprobada en 1985, es decir, un tiempo después de la comisión de la mayoría de los actos delictivos. Cabe argumentar que conforme al principio *tempus regit actum*, aceptado por el Tribunal Constitucional de forma expresa, las leyes procesales se aplican desde el momento de su vigencia con independencia del de la comisión de los hechos. En todo caso, la Ley en vigor hasta 1985, que data de 1870, preveía en su artículo 336 un principio de jurisdicción universal para una serie de delitos, entre los que figuraban los que atentan a la seguridad exterior del Estado. El delito de genocidio fue introducido en el Código Penal precisamente en este capítulo. Es decir, aun rechazando la posibilidad de aplicar retroactivamente la LOPJ, todavía podía sostenerse la vigencia del principio de jurisdicción universal para los hechos presuntamente constitutivos de genocidio.

su persecución ante dificultades extremas o imposibilidad de persecución interna, por ello una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad **era su perseguibilidad internacional más allá de la territorialidad**. Se reconoció que aunque lo más neutral y menos complicado desde el punto de vista de las relaciones internacionales fuese que un Tribunal *ad hoc* los persiguiera, lo esencial era que la persecución internacional, aunque fuese complementaria o subsidiaria de la interna inefectiva o inexistente, se produjese; **resultando que cuando no se hubiera podido dar la actuación de un tribunal penal internacional, el principio de necesaria persecución seguiría indemne, debiendo actuar una jurisdiccional nacional en su sustitución y haciendo las funciones de ésta**. En lo que respecta a la excepción prevista en el apartado quinto del art. 23 de la Ley orgánica del Poder Judicial, se afirmó que la actuación de la jurisdicción española había venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina, que había dado lugar a una situación de impunidad de los responsables³⁶.

36 Vid. AMBOS, Kai, *ul.op.cit.*, pág. 137 s. CAPELLÀ I ROIG, “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2005, www.reei.org, consultada en fecha 10 de febrero de 2010, págs. 11 ss, destaca la no persecución penal de los hechos en Argentina, ya que pesar de la anulación de las leyes de punto final (1986) y de obediencia debida (1987) en Argentina, hasta el momento su derogación definitiva está pendiente de una última decisión del Tribunal Supremo argentino, por lo que la Sala considera que la impunidad de los responsables penales de los hechos es irreversible en aquel país, en especial tras la concesión de indultos en 1989. La Sala entra en el espinoso tema de la validez de las medidas de amnistía e indultos desde la perspectiva de la justicia material y concluye que, a pesar de ser legales, “ello no implica que constituyan derecho justo”, siguiendo la conocida teoría de Radbruch sobre la invalidez del Derecho injusto. Se asiste, en opinión de la Sala, a una situación de “secuestro de la justicia” que justifica la actuación del Derecho penal internacional para la persecución penal de gravísimos hechos cuando ésta no es posible en el ámbito interno. Sobre la existencia de víctimas españolas, aunque no conste que el encausado tuviera ninguna relación directa con ellas, el Tribunal considera que éstas se vieron afectadas directamente por sus actos “imbricados en el contexto de guerra sucia organizada contra la subversión”.

Con respecto a este aspecto, la doctrina especializada ha criticado la aplicación del principio de justicia universal en el caso *Scilingo*. GIL GIL, la habría calificado de la parte más creativa de la Sentencia, cuando este delito no había sido introducido expresamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial en el catálogo delictivo previsto en el apartado cuarto del art. 23 LOPJ, ni la obligación de su persecución universal vendría dispuesta, a su juicio, en ningún Tratado³⁷. En su opinión, mientras no se modificase dicha Ley solamente serían perseguibles los crímenes de lesa humanidad cuando hubieran sido cometidos en territorio español, o cuando se cometieran en el extranjero pero el autor tuviera nacionalidad española o fuera funcionario público y hubiera actuado en el ejercicio de sus funciones, o la víctima fuera una autoridad o un funcionario español, el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el regente³⁸. Frente a esta postura destaca

Indica este autor que el Tribunal aplica en este punto el elemento desarrollado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Kunarac, Kovac y Vukovic en relación al concepto de “ataque contra la población civil”: es irrelevante que los actos se hayan dirigido directamente contra toda la población civil o simplemente contra unas personas concretas, lo relevante es el ataque y no los actos concretos. Asimismo se incide en la sujeción del encausado a la jurisdicción española determina también el ejercicio de esta jurisdicción.

37 GIL GIL, “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Derecho penal y criminología*, 07, 2005, pág. 10 ss. En su opinión, la STS de 25 de febrero de 2003, en el caso Guatemala, es rechazable porque introduce principios no previstos en la ley que convierten al principio de justicia universal en otro de personalidad pasiva limitada. En dicha sentencia se imponen una serie de límites como son la conexión con intereses españoles o que el sujeto se halle en territorio español y no se acceda a la extradición solicitada, (*justicia supletoria o de Derecho penal de representación*). En el caso Scilingo la propia presencia del acusado en territorio español parece ser el único fundamento para la jurisdicción y se olvida el dato de que se debería haber exigido la solicitud de extradición a España del presunto responsable y ésta hubiera sido rechazada. El principio *aut dedere aut punire* (vid. nota 40 de dicho artículo) está pensado para evitar la impunidad a la que llevan algunas limitaciones a la extradición, pero no otorga competencia sobre un delito por la mera presencia del acusado en el territorio.

38 GIL GIL, *ul.op.cit.*, pág. 14.

que la Audiencia Nacional en el *caso Scilingo* se habría basado en la argumentación del juez argentino Cavallo en el Auto de 6 de marzo de 2001, que reconocía que *el Derecho de gentes asignaba competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los Crímenes cometidos en su contra (en base a la jurisdicción universal)*³⁹. Destacaba esta autora, (antes de la reforma del año 2009), que la argumentación de la Audiencia Nacional estaría equivocada, porque además de que ningún convenio o costumbre internacional obligase a asumir tal competencia, en el ordenamiento español el legislador no habría hecho uso de esa facultad, añadiendo este delito a los perseguibles bajo el principio de justicia universal en el art. 23.4 LOPJ, aunque esto sería deseable⁴⁰.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, núm. 798/2007

3.1 El principio de legalidad y el principio de irretroactividad de la norma penal. Su aplicación en el caso Scilingo al enjuiciamiento de Crímenes contra la Humanidad

En relación a este caso, en consonancia con lo expuesto, se denunció en casación la aplicación indebida del artículo 607 bis⁴¹, quejándose el recurrente de que había sido condenado como autor de un delito que solo se sancionaba en el Código Penal después de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, como consecuencia de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, produciéndose una aplicación irretroactiva de la norma, al aplicarse a hechos ocurridos desde 1976 a 1981. Se añadió que la Audiencia Nacional había acudido a la costumbre internacional, alegando que ese delito ya existía al cometerse los hechos. Sin embargo, se entendía que la justicia universal habría

39 GIL GIL, *ul.op.cit.*, pág. 14. cfr. Nota 45 de dicho estudio.

40 GIL GIL, *ul.op.cit.*, pág. 15.

41 En relación con los artículos 1 y 2 del Código Penal y 9.3, 17.1 y 25.2 de la Constitución.

de aplicarse sin vulnerar el Derecho interno, de manera que el delito de lesa humanidad no podría aplicarse a hechos anteriores a su vigencia en nuestro Derecho interno. **La introducción a través de la costumbre internacional supondría vulnerar el principio de legalidad y los de tipicidad e irretroactividad.**

El Tribunal Supremo reconoció que el artículo 607 bis del Código Penal había entrado en vigor el día 1 de octubre de 2004, en fecha muy posterior a los hechos enjuiciados y que solo sería posible su aplicación en el caso de que pudiera establecerse que se tratase de una norma más favorable, lo cual exigiría la determinación de la norma vigente al tiempo de los hechos. En el Código español no existía en aquel momento ninguna norma que estableciera una sanción para hechos descritos de la misma forma en que aparecen en el referido artículo 607 bis.

En lo referente **a la negación de la posibilidad de aplicación directa de las normas de Derecho Internacional Penal**, indica el Tribunal Supremo que estas normas fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, 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. Éstas se habrían traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra la Humanidad, y genocidio.

Se indica que las referencias a estas conductas en el Derecho Internacional Penal con anterioridad a los hechos enjuiciados habrían sido generalmente previas a su constatación en normas de derecho interno. Sin embargo, *desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Maertens), la evolución normativa habría permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permitiría atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito.*

Por ello, se reconoce que 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; y desde 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”. Estas consideraciones relacionadas con su origen permitirían 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.*

Sin embargo, se afirma por parte del Tribunal, **que ello no conduciría 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. Además se añade, que de todos modos, el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contendrían una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre habrían sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco habrían 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*⁴².

Además, las normas internacionales consuetudinarias **no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa y de ello cabría concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no sería apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles.**

Sin embargo a pesar de toda esta serie de reticencias, el Tribunal Supremo admite que de las mismas, no podría deducirse *que las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinaria, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas, ya que el artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se*

42 CAPELLÀ I ROIG, “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2005, www.reei.org, consultada en fecha 10 de febrero de 2010, pág. 13, indica que hay que conseguir conciliar el principio de autonomía de la tipificación internacional con el principio de legalidad penal. Ambos principios contienen garantías irrenunciables en la lucha contra la impunidad. La base jurídica para ello goza de la certeza proporcionada por el artículo 15 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el art. 7 del Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales y, asimismo, el artículo 25 de la Constitución española. Las reticencias existentes al aplicar los crímenes contra la humanidad como crímenes de carácter general no tiene sentido actualmente, cuando se reconoce este principio convencional y consuetudinariamente, e incluso en las propias normas internas. Finalmente, cabe destacar que los crímenes contra la humanidad no son, así, según este autor, una categoría residual a aplicar cuando no sea posible ajustar el tipo convencional de genocidio o apartheid, sino que se debe entender esta relación al revés: **el genocidio es el tipo residual, no los crímenes contra la humanidad.**

encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*. Consiguientemente, tanto las normas de Derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos.

En definitiva el Tribunal Supremo reconoce por una parte, que la vigencia del principio de legalidad impediría la aplicación directa del Derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso, así como impediría la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable; *pero por otra, admite que de ahí no se desprende que una condena por estos hechos suponga en todo caso una vulneración del principio de legalidad.*

Se admite que desde un punto de vista material, el principio de legalidad exige la previsibilidad de la sanción penal como consecuencia de la ejecución de una determinada conducta y no sería posible aceptar que el acusado recurrente no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos descritos eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina, como se recoge en la sentencia impugnada, como en España, o como en cualquier país civilizado. Asimismo, la legislación vigente en ambos países preveía las correspondientes penas que, en Argentina, incluso podrían llegar en algunos casos a la reclusión perpetua.

Por otro lado, se estima que la ley no prohíbe sino que exige que el Tribunal tenga en cuenta la gravedad del hecho para la individualización de la pena, y aunque es necesario acudir a

critérios jurídicos adequados al ordenamiento, no sería preciso que la valoración se base en circunstancias expresamente contempladas en la ley. Han de tenerse en cuenta, en este sentido, los bienes jurídicos lesionados y además que los hechos fueron ejecutados amparándose los autores en el poder detentado tras un golpe de Estado; que estaban orientados a asegurar la instauración de un régimen violentamente antidemocrático mediante la eliminación física de la disidencia activa, y que fueron desarrollados en secreto y en situación de clandestinidad. Por lo tanto, afirma que Tribunal Supremo que **aunque el recurrente deba ser absuelto del delito de tortura, pues en la fecha de los hechos tal conducta no aparecía aún en el Código Penal español, en el que se introdujo en el artículo 204 bis por la Ley 31/1978, de 17 de julio, la condena por delitos de asesinato y detención ilegal, así como la valoración de las circunstancias relevantes en orden a establecer la gravedad en el marco legal vigente al tiempo de ejecución de los hechos, no vulneraría el principio de legalidad**, que sin embargo, de un lado impide acudir a un tipo delictivo no vigente en la fecha de comisión, salvo el caso en que fuera más favorable, y de otro haría imposible imponer una pena superior a la prevista entonces para aquellos delitos⁴³.

43 Por otra parte, se añade que la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos. En este sentido, deben ser tenidos en cuenta especialmente, entre otros elementos, el Acuerdo de Londres y el Estatuto de Nuremberg, que ya consideraron crímenes contra la Humanidad el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal; la Convención para la prevención y represión del genocidio; la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la Humanidad, que excluye el nexo de guerra como elemento de los crímenes contra la Humanidad; y la Resolución de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973, en la que se declaró expresamente que los crímenes contra la Humanidad serían perseguidos y no podrán quedar impunes.

Además, se insiste en que las normas contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el CEDH de 1950 y del PIDCP de 1966, reconocían de forma radical el derecho a la vida y a la libertad; la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes o de las detenciones arbitrarias; y el derecho al proceso debido frente a acusaciones de carácter penal y el Estado Argentino estaba comprometido internacionalmente en la protección de los Derechos Humanos desde el comienzo mismo del desarrollo de estos en la comunidad internacional una vez finalizada la Segunda guerra mundial (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948).

Se añade que las circunstancias contextuales muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, serían las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, *incrementando el contenido de injusto*, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. **Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal.**

En conclusión, estima el Tribunal Supremo que la causación dolosa de la muerte de otras personas, así como las detenciones ilegales, **estaban previstas como conductas delictivas en el momento de la comisión de los hechos, tanto en Argentina como en España**; las circunstancias relevantes concurrentes en un hecho delictivo, **aun cuando no sean típicas, serían valorables en el enjuiciamiento**, siempre que se acuda a criterios adecuados

jurídicamente al ordenamiento; **el elemento de contexto característico de los crímenes contra la Humanidad estaba reconocido internacionalmente en el momento de los hechos** con límites suficientemente definidos; **las conductas enjuiciadas constituían en ese momento crímenes contra la Humanidad según el Derecho Penal Internacional consuetudinario y la voluntad de perseguir penalmente esta clase de hechos** (asesinatos, detenciones ilegales y otros) cuando concurriera el elemento de contexto, estaba establecida **internacionalmente de forma generalizada en normas de Derecho Penal Internacional consuetudinario**, al menos desde la creación de los Tribunales internacionales tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial⁴⁴.

44 Cfr. en relación al delito de genocidio conforme al recurso de la Acusación particular, JAÉN VALLEJO, “Jurisprudencia española seleccionada: TS Penal”, Iustel, RGDP, n.º 14, enero 2008, págs. 9 s. Recoge la síntesis de la Sentencia en relación a que el delito de genocidio se introduce en la legislación española mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en cuya Exposición de Motivos se hacía referencia expresa a la finalidad de incorporación al Código Penal español del contenido de la Convención para la prevención y sanción del genocidio de 9 de diciembre de 1948, a la que España se había adherido el 13 de septiembre de 1968. Ello se tradujo en un nuevo artículo 137 bis en el que se definía el genocidio como la comisión de determinadas conductas, cuya gravedad determinaba la pena, ejecutadas con el propósito de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional étnico, social o religioso. A pesar de que, como se ha dicho, la voluntad expresa del legislador era la incorporación a la ley española de la referida Convención, el texto se redactó de forma diferente, voluntariamente o no, pues en el original la referencia a los grupos protegidos se concretaba en los de carácter nacional, étnico, racial y religioso. Las diferencias fueron resueltas por la Ley Orgánica 8/1983, que rectificó la redacción original para acomodarla a la literalidad de la Convención, manteniéndose después el nuevo texto, en este párrafo primero, en el artículo 607 del Código Penal vigente. Los elementos del delito de genocidio son, de un lado la conducta objetiva constituida por uno de los actos enumerados en el precepto; de otro lado, el elemento subjetivo referido a la necesidad del dolo en la ejecución de tales actos; y, finalmente, un elemento de **intención especial** consistente en el propósito de destruir, total o parcialmente uno de los grupos protegidos. Este es el elemento que distingue el genocidio de los demás crímenes contra la Humanidad, y, concretamente en nuestro Derecho, el que lo diferencia de los crímenes de lesa humanidad del artículo 607 bis del Código Penal, aunque entre uno y otros exista una evidente similitud. Las

3.2 La aplicación del principio de justicia universal a los hechos enjuiciados en el caso Scilingo

Considera el Tribunal Supremo que establecida la previsibilidad de la sanción penal, calificados los hechos como delitos de asesinato y detención ilegal, la cuestión se desplazaría entonces al terreno de la perseguibilidad.

Se aprecia, que los hechos cometidos eran entonces perseguibles como tales delitos de asesinato u homicidio o detenciones ilegales por los Tribunales argentinos, pero que no lo eran por los Tribunales españoles⁴⁵. Debería indagarse, sin embargo, en opinión del Tribunal, si el principio de jurisdicción universal re-

motivaciones concretas de cada uno de los autores, o de éstos en su conjunto, para la ejecución de la conducta resultan irrelevantes, pues lo decisivo es la identificación del grupo y la voluntad final de destrucción del mismo. Dicho de otra forma, es intrascendente que las razones de exterminar un grupo nacional, étnico, racial o religioso sean nacionales, étnicas, raciales o religiosas o sean cualesquiera otras diferentes; lo que importa **es que el grupo se identifique y se diferencie de otros por razones nacionales, étnicas, raciales o religiosas, y que los individuos sean perseguidos por su pertenencia real o aparente a tal grupo, con la finalidad de lograr la destrucción del mismo**. A continuación se refiere a cuestiones de interés en este delito de genocidio, tales como la relativa a la identificación de los grupos protegidos, concretamente la posibilidad de considerar incluidos los grupos políticos o ideológicos, y la relativa a la acreditación del propósito destructivo dirigido contra un grupo y no contra sus integrantes individualmente considerados, concluyendo en el caso resuelto que “no es posible identificar el grupo formado por las víctimas de los hechos como grupo nacional, pues sus integrantes comparten la nacionalidad con el grupo de los autores, lo que impide que se tome como elemento identificativo y distintivo”. De otro lado, aunque en el hecho probado se hacen algunas referencias a elementos de tipo religioso, aisladamente o junto con otros, como característicos de algunos integrantes del grupo de los autores, son insuficientes para considerar que el elemento distintivo de ese grupo era precisamente la religión.

- 45 Se describe en la STS 798/2007 “que en el momento de los hechos no existía ninguna norma que extendiera la jurisdicción de los Tribunales españoles extraterritorialmente en atención a la calificación del hecho delictivo como asesinato o detención ilegal. *Tampoco en la actualidad tal previsión existe, pues aunque la LOPJ atienda en ocasiones a la identidad del sujeto pasivo, no instaura un principio de personalidad pasiva con carácter general sobre la base de la calificación jurídica del hecho perseguido*”.

cogido en el artículo 23.4 de la LOPJ permitiría a la jurisdicción española conocer de hechos que internacionalmente deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad.

Se considera que la jurisdicción universal incondicionada es inobjetable cuando tiene su origen en un Convenio Internacional o en una decisión de los órganos de Naciones Unidas **y de no ser así, sería conveniente la existencia de un elemento de conexión con los intereses nacionales que evite actuaciones desproporcionadas y justifique internacionalmente de forma suficiente la intervención de los órganos del Poder Judicial de un Estado respecto de hechos que han tenido lugar en el territorio sometido a la soberanía de otro Estado**⁴⁶.

Sin embargo, se indica que la aplicación de normas relativas al alcance de la jurisdicción en el ámbito internacional a hechos anteriores a su vigencia no ha planteado problemas insolubles cuando se trata de delitos que atentan a los Derechos Humanos esenciales. La determinación del ámbito de extensión extraterritorial de la jurisdicción española se encomienda a normas de orden procesal u orgánico. En ellas, la determinación de la perseguibilidad internacional de hechos cometidos fuera del territorio nacional no siempre tomaría como referencia el tipo delictivo, aunque a veces lo haga. *En ocasiones la razón de la perseguibilidad, tal como se establece en la ley que determina la extensión de la jurisdicción, se encuentra en circunstancias*

46 Se afirma que así se sostuvo en la STS 327/2003, mediante una interpretación sistemática y teleológica del artículo 23.4 de la LOPJ, la cual fue posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional en la STC 237/2005, en la que, sin embargo, ha entendido (STC 237/2005) que el artículo 23 de la LOPJ instaura un “principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución”, y aunque admita, sin identificarlas, probables restricciones, éstas probablemente han de venir relacionadas con la circunstancia de que los hechos ya sean perseguidos por los Tribunales del territorio donde los hechos ocurrieron.

*extrañas al tipo, que la Ley tiene en cuenta expresamente, pero que, sin embargo, no forman parte de él*⁴⁷.

Se admite en relación con las conductas enjuiciadas, aun cuando la tipicidad y la pena a tener en cuenta, a causa de los límites impuestos por el principio de legalidad, sean las propias del asesinato o de la detención ilegal, **el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles sería precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del Código Penal vigente.** La condena por los Tribunales españoles no podría utilizar formalmente el nomen iuris “crímenes de lesa Humanidad” como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis del Código Penal, ni imponer las penas previstas en esa norma, *pero nada impediría que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal, que, por sus circunstancias constituyen internacionalmente, o constituirían según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la Humanidad.*

Se reconoce que el artículo 23.4 de la LOPJ **no se refiere expresamente a los crímenes contra la Humanidad, pero por la vía del apartado h) sería posible entender que sería aplicable a los crímenes de guerra contemplados en los Convenios de Ginebra.** Asimismo, se sostiene que el Instrumento de ratificación del Estatuto de la CPI⁴⁸, afirma que los crímenes más graves de

47 Se añade en la STS 798/2007, que “*los ejemplos son numerosos. Así, las falsificaciones (cualquier otra falsificación) es perseguible aun cometida fuera del territorio nacional cuando perjudique directamente el crédito o intereses del Estado, artículo 23.3.f) LOPJ. El apartado 2 del mismo artículo 23, basa la perseguibilidad en el elemento, fuera del tipo, consistente en que los criminalmente responsables sean españoles o extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad con posterioridad al hecho*”.

48 BOE de 27 de mayo de 2002.

trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo, y se recuerda que **es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales**, reconociéndose por parte del Tribunal Supremo que aunque el funcionamiento de la Corte Penal Internacional se orienta hacia el futuro, tal limitación se refiere exclusivamente a su propia jurisdicción, sin que pueda extenderse a una previsión de inacción de cualquier país respecto de hechos anteriores constitutivos de delitos contra los Derechos Humanos.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, no se vulneraría el principio de legalidad si la condena se impone por hechos **que constituían delitos de asesinato y detención ilegal en el momento de su comisión, tanto conforme al derecho interno español como al argentino, pues la previsibilidad de la punibilidad era indiscutible**. En segundo lugar, la previsión internacional relativa a la persecución y castigo de conductas constitutivas de crímenes contra la Humanidad era **notoriamente anterior en el tiempo a los hechos enjuiciados**, por lo que su valoración tampoco vulnera el referido principio. En tercer lugar, **no puede aplicarse un tipo delictivo posterior a los hechos salvo si es más favorable, ni congruentemente puede imponerse una pena superior a la prevista por la ley en el momento de su comisión**. Se admite entonces, que partiendo de los tipos delictivos de asesinato y detención ilegal, **las circunstancias relevantes que los acompañan y caracterizan, pueden ser tenidas en cuenta para justificar la extensión extraterritorial de la jurisdicción española**. En el caso, tales circunstancias, aunque no puedan ser valoradas como elementos del tipo a los efectos de aplicación del artículo 607 bis, permitirían considerar los hechos constitutivos de asesinatos y detenciones ilegales declarados probados en la sentencia de instancia como crímenes contra la Humanidad. Las previsiones del Derecho Internacional Penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho interno, de forma

que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales. **Nada impediría, por lo tanto, a juicio del Tribunal Supremo, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal.**

Consecuentemente, el motivo **se estima parcialmente** en cuanto no resulta de aplicación el artículo 607 bis del Código Penal y reconoce el Tribunal Supremo que dictará segunda sentencia en la que, absolviendo por el delito de tortura, se condenará al recurrente como autor de 30 delitos de asesinato y de un delito de detención ilegal⁴⁹.

La doctrina ha considerado, en relación a esta Sentencia del Tribunal Supremo, que las concepciones **restringidas del principio de legalidad** no parecen tener sentido en el ámbito de los delitos internacionales sobre los que existe competencia universal y que son imprescriptibles; no porque la lucha contra la impunidad lo justifique todo, sino por la propia naturaleza de los delitos internacionales y de la jurisdicción universal. Desde este punto de vista, se indica que no resultaría lógico plantear si el sujeto que cometió actos constitutivos de genocidio en Ruanda en 1994 o de delitos de lesa humanidad en Argentina en los años 70 conocía o podía conocer la regulación española del momento; por el contrario, parece tener más sentido considerar

49 En Segunda Sentencia se condena al militar como autor de treinta delitos de asesinato previstos y penados en el artículo 139.1º; como autor de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163, y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal previstos y penados en el artículo 163, todos ellos del Código Penal vigente, los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional, a las penas de 19 años de prisión por cada delito de asesinato; cuatro años de prisión por el delito de detención ilegal del que se le condena como autor, y dos años de prisión por cada uno de los delitos de detención ilegal de los que es considerado cómplice. Accesorias de inhabilitación absoluta respecto de cada una de las penas de 19 años de prisión y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo respecto de las demás penas.

si en el momento de la comisión existía una prohibición clara de este tipo de actos en el ámbito internacional, ya sea por vía convencional o consuetudinaria. Se considera que atendiendo al fundamento del principio de legalidad, mayor indefensión producirá al acusado el recurso a un ordenamiento nacional ajeno que la aplicación del Derecho Internacional. Ante el creciente protagonismo de las instancias nacionales en la persecución de los delitos internacionales, se habría planteado la imposibilidad de que los principios tengan el mismo contenido en el Derecho interno y en el Derecho Internacional, de forma que ambas esferas interaccionen. El principio de legalidad, tal y como se definen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en el propio Estatuto del Tribunal Penal Internacional, no sería exactamente igual al generalmente aceptado en los ordenamientos nacionales del sistema continental⁵⁰.

3.3 Los votos particulares a la Sentencia 798/2007, de 1 de octubre

Se plantean a esta polémica decisión del Tribunal Supremo cuatro votos particulares centrados en la conculcación de un principio básico de un Estado de Derecho como es el principio de legalidad.

a) Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Varela Castro: la jurisdicción viene atribuida por el hecho que constituye el objeto del proceso

En este voto se reconoce que debió declararse la falta de jurisdicción del Juzgado de Instrucción Central nº 5 y de la Audiencia Nacional para condenar por delitos de asesinato y

50 FERNÁNDEZ PACHECO ESTRADA, "La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina", *Jueces para la democracia*, núm. 61, 2008, págs. 101-117.

detención ilegal. Se admite la coincidencia en lo que respecta a la inaceptabilidad de la condena por el delito de lesa humanidad al ser absolutamente incompatible con un principio tan elemental como inderogable del Estado de Derecho, cual es el de legalidad.

Se considera que el discurso de la sentencia de la mayoría, se **inicia un camino no compatible al estimarlo desviado de las exigencias del principio de legalidad**⁵¹. En relación a la proclamación de la perseguibilidad porque la misma no siempre se predica en función del “tipo” penal, sino de la conjunción de éste con algún “contexto”, estima que ese argumento **lleva a ignorar el esencial concepto de que la jurisdicción es de atribución derivada del hecho que constituye el objeto del proceso.**

Por ello, se destaca, sobre todo, que el principio de legalidad no puede ser minusvalorado cuando la cuestión estriba en la determinación de la extensión extraterritorial de la jurisdicción. **Cuando un hecho penal de un extranjero ocurrido en el extranjero se coloca bajo la jurisdicción del Estado Español, entraría en el sistema penal español en su totalidad.** Y de ello derivarían consecuencias: se determinaría cual será el derecho penal material aplicable, que será diferente del que lo sería sin aquella asunción; se atribuiría jurisdicción a órganos que hasta esa asunción no la tenían; y finalmente, la iniciación de procedimientos seguidos según la norma procesal española implicaría la activación del sistema cautelar propio.

51 NÚÑEZ CASTAÑO, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el derecho penal del enemigo?”, RGDP, núm. 11, 2009, en www.iustel.es, consultada en fecha 12 de febrero de 2010, págs. 40 s, recalca que “si no queremos retornar a épocas pretéritas, si no queremos retroceder en los logros conseguidos en relación con los derechos y libertades individuales, con los fundamentos de un Estado de Derecho, en ese conflicto entre libertad y seguridad, no podemos permitir que la balanza se decante exclusivamente a favor de la última; no podemos permitir que los términos eficacia y útil, sean los únicos que inspiren la intervención penal, porque nos pueden conducir a planteamientos maquiavélicos de “el fin justifica los medios”, difícilmente compatibles con el Estado de Derecho”.

b) Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Maza Martín: la prohibición de aplicación analógica de la Ley penal

Se centran sus objeciones en torno al fundamento de la “perseguidibilidad” de las infracciones enjuiciadas, más propiamente, a la existencia del presupuesto de jurisdicción necesario.

Se indica que el principio de Justicia Universal, consagrado sin duda en nuestra legislación (art. 23.4 LOPJ), no deja de significar un instrumento de verdadera excepcionalidad, destacándose que el Asesinato y la Detención ilegal, por importante que sea su gravedad intrínseca, no alcanzarían **la categoría de aquellas infracciones que, habrían sido contempladas tanto en los Tratados internacionales como en nuestra propia legislación interna, como justificativas de la intervención extraterritorial con base en el principio consagrado de Jurisdicción Universal**. Así, si una determinada conducta, desde el imperio del principio de legalidad penal, no puede ser considerada como Genocidio, por estrictas razones ontológicas, normativas y de contenido, y tampoco es posible su calificación como delito de lesa Humanidad, no puede llegarse a otra conclusión que la de afirmar que se encuentra excluida del ámbito y la categoría de los delitos perseguibles con apoyo en ese principio de Jurisdicción Universal.

Sería precisamente su carácter distinto a los meros atentados tradicionales contra la vida, la integridad o la libertad, lo que justificaría su tipificación independiente, cuando concurren elementos, como su carácter de agresión contra una colectividad, para elevarlos a una categoría superior, merecedora de su persecución extraterritorial. En definitiva, se recalca que se trataría de una secuencia de forzadas interpretaciones del principio de legalidad⁵².

52 Se destaca que este trayecto se habría producido “primero, calificando unos hechos como lo que no eran, con la importante consecuencia de permitir la aplicación del principio de Jurisdicción Universal y el que, en su virtud, pudiesen entrar a conocer de ellos nuestros Tribunales, más tarde,

Se sostiene en este Voto particular, que forzar en este momento, “a posteriori”, una argumentación consistente en dar por buena la atribución de la Jurisdicción, con base en unos criterios que, posteriormente, se rechazan, y, no obstante, concluir en una condena sobre unos pronunciamientos que no habrían satisfecho las exigencias legales iniciales para aquella previa atribución, se revelaría como algo artificioso que, en definitiva, vulneraría el principio de legalidad cuando menos en materia de Jurisdicción, por suponer, en realidad, una interpretación analógica “in malam partem” de los tipos penales, equiparando el delito de “lesa Humanidad” (atributivo de la Jurisdicción) al Asesinato y Detención ilegal (de tipificación coetánea a la producción de los hechos), así como claramente extensiva, contra reo, del contenido normativo del principio de Jurisdicción universal en nuestro ordenamiento.

c) Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Giménez García: la aplicación del delito de genocidio a las persecuciones políticas

Se mantiene en este Voto particular, que existen razones sólidas para calificar los hechos como constitutivos de Genocidio, calificación que no generaría ningún problema desde las exigencias del principio de legalidad, pues tal delito, con el carácter de

en la Sentencia recurrida, calificándolos adecuadamente para sustentar la condena como delito de lesa Humanidad, pero aplicando indebidamente un tipo inexistente al tiempo de su producción, manteniendo así la virtualidad del fundamento jurisdiccional; y, finalmente, se corrige esa vulneración del principio de legalidad en su aspecto de irretroactividad de la norma penal, calificando con toda corrección las conductas enjuiciadas, pero aplicando unos tipos, el Asesinato y la Detención ilegal, que, de por sí, negarían la Jurisdicción de los Tribunales españoles para su enjuiciamiento. Porque, si desde el primer momento se hubiera considerado que los delitos perseguidos eran Asesinatos y Detenciones ilegales, parece razonable pensar que no habrían dado lugar a un procedimiento en nuestro país, por obvia insuficiencia de los requisitos para la aplicación del principio de Jurisdicción Universal, tal como viene establecido por el Legislador nacional”.

delito internacional tuvo su origen en la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 9 de Diciembre de 1948, y fue introducido en España por Ley 44/71 de 15 de Noviembre —art. 173 bis—, y por tanto con anterioridad a los hechos enjuiciados que se iniciaron según el *factum* en el año 1975.

Se estima que se debió haber efectuado una interpretación del delito de Genocidio que incluyera en el término “grupo nacional” el exterminio de los grupos políticos de la misma nacionalidad por las siguientes razones: la práctica judicial anterior a esta causa, dimanante tanto de la Audiencia Nacional, de esta propia Sala II y del Tribunal Constitucional apoya esta interpretación. En el Caso Pinochet, las resoluciones de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de Noviembre de 1998, se vino a incluir dentro del concepto de grupo nacional protegido las persecuciones y políticas de exterminio de grupos sociales y políticos. También por delito de Genocidio se inició la instrucción por el Caso Guatemala tramitado por la Audiencia Nacional y que dio lugar a la sentencia de esta Sala Segunda de 25 de Febrero de 2003, que el Tribunal Constitucional en su sentencia 237/2005 de 26 de Septiembre, estimó vulneradora de derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien el tema central de la resolución fue el ámbito del principio de justicia universal, es lo cierto que los hechos aparecían calificados como constitutivos de un posible delito de Genocidio⁵³.

53 LAMARCA PÉREZ, “Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo”, en *La Ley penal*, núm. 34, enero 2007, págs. 69-77, indica que para la aplicación del delito de genocidio del art. 607 CP es indiferente que el exterminio se realice por motivos políticos, de venganza, raciales o religiosos, lo que sí debe acreditarse es la intencionalidad de destrucción parcial o total de un conjunto de personas que han de poder calificarse como grupo nacional, étnico o religioso. Sostiene que podría calificarse a las víctimas como grupo nacional porque en efecto cabía decir que en Argentina existieron en aquel periodo dos grupos nacionales diferentes, y las víctimas la mayoría formaba parte de del mismo grupo nacional argentino que no encajaban con ese nuevo grupo de nacionalidad argentina que pretendían construir las Juntas Militares. Asimismo destaca que si la valoración de los hechos como genocidio resultaba discutible, lo que quedo patente fue lo acertado

d) Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Marchena Gómez: la ruptura de la sustantividad típica del art. 607 bis CP. Su enjuiciamiento bajo el principio de personalidad y el principio real o de protección

Se incide que la interpretación que la sentencia hace del principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional, debilita de forma irreparable la vigencia de postulados irrenunciables en el proceso penal.

Mantiene que recientes decisiones del Parlamento y de la Corte Suprema de la República Argentina demuestran que se han removido los obstáculos históricos que alentaban la impunidad de quienes encarnaron las estructuras de poder en los años de la dictadura militar. A partir de ese momento, en el que las autoridades judiciales argentinas adoptan las decisiones precisas para el enjuiciamiento de los responsables, **España habría dejado de ser la jurisdicción más adecuada para el conocimiento de los hechos**. Y participo de la idea de que el principio de la jurisdicción más adecuada no es, desde luego, un voluntarista enunciado para el reparto convencional de espacios jurisdiccionales⁵⁴.

Además se indica que el infranqueable obstáculo representado por el principio de legalidad se pretende sortear mediante “una argumentación, tan voluntariosa y bien construida, como arriesgada desde el punto de vista de las garantías constitucionales”. Se pone de relieve que la improcedencia de aplicar un precepto penal —art. 607 bis—, cuya entrada en vigor se produjo en nuestro país veintiocho años después de cometidos los hechos enjuiciados, habría llevado a la Sala a construir un discurso argumental alternativo mediante el que se intentan superar los

de la calificación de delitos de terrorismo, en el sentido de un terrorismo de Estado como aquel ejercido desde el propio poder estatal pero efectuado al margen de la legalidad.

54 Se indica que “Ni tiene nada que ver, por otra parte, con las razones que dieron sentido a nuestra sentencia núm. 705/2007, 18 de julio, con cuya doctrina me identifiqué plenamente, y que sirvieron para anular el auto de la Audiencia Nacional 20 de diciembre de 2006 (caso Cavallo)”.

problemas jurídicos que la propia Sala detecta y que no son otra cosa que las exigencias inherentes al principio de legalidad. Se añade, sin embargo, que la audaz solución jurídica suscrita por el criterio mayoritario, que ha permitido la condena del recurrente, no puede aceptarse a la luz de las exigencias constitucionales inherentes al principio de legalidad (art. 25, 9.3 y 24.1 de la CE).

En este punto se resalta además que el delito de lesa humanidad **no es un plus respecto de los delitos de homicidio, detención ilegal y asesinato, sino que por el contrario, sería un aliud**, del que no puede prescindirse cuando lo que se está discutiendo es la legitimidad de una condena que ha calificado los hechos como encajables en el art. 607 bis del CP. Se detalla expresamente por parte del Magistrado, que no comparte **“la degradación (..) de la sustantividad típica del delito de lesa humanidad, hasta el punto de convertir lo que son verdaderos elementos del tipo objetivo en elementos de contexto cuya efectiva vigencia puede reputarse irrelevante en el momento de verificar el juicio de tipicidad”**⁵⁵.

Sobre la perseguibilidad de los hechos enjuiciados, indica que a la vista del art. 23.4 LOPJ, la calificación jurídica de los hechos como delitos de asesinato y detención ilegal impediría la persecución universal de los hechos enjuiciados. Para eludir este efecto, la sentencia invocaría dos argumentos básicos: no se vulneraría el principio de legalidad si la condena se impone por hechos que constituirían delitos de asesinato y detención ilegal en el momento de su comisión, tanto conforme al derecho interno español como el argentino, pues la previsibilidad de la punibilidad era indiscutible; la previsión internacional relativa a la persecución y castigo de conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad era notoriamente anterior en el tiempo a los

55 Se añade que “conforme a este entendimiento de la singularidad de determinados delitos, sería posible construir hasta una cuarta vía del derecho penal para aquellos supuestos de impunidad auspiciada por unas estructuras estatales al servicio de la vulneración masiva de derechos humanos”.

hechos enjuiciados, por lo que su valoración tampoco vulnera el referido principio.

Se expresa en este Voto Particular, que tal línea de razonamiento avalaría una utilitaria **escisión del concepto dogmático de tipicidad**, hasta el punto de que hechos calificados como asesinato y detención ilegal, **dejarían de ser tales para transmutarse —sólo a efectos procesales— en delitos contra la humanidad**. Se sopesa “que la tipicidad es algo más que una categoría académica. **La adecuación de una conducta a la descripción contenida en el supuesto de hecho de una norma penal forma parte de las garantías propias del principio de legalidad**”.

Se declara, igualmente, que en base al art. 23 de la LOPJ, el delito **de lesa humanidad no sería un delito puramente testimonial carente de toda posibilidad de persecución**, ya que los tribunales españoles podrían extender su capacidad de conocimiento en los siguientes casos: cuando el delito de lesa humanidad hubiera sido cometido en territorio español (art. 23.1 LOPJ) (**principio de territorialidad**); cuando se hubiera cometido fuera de nuestro territorio, siempre que los criminalmente responsables fueran españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren, además, los requisitos que mencionan los otros tres apartados del art. 23.2 LOPJ (**principio personal**); c) cuando, aun cometido fuera del territorio nacional, los criminalmente responsables fueran funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero o las víctimas fueran el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente (art. 23.3, b y h) (**principio real o de protección**)⁵⁶.

56 Se establece por parte del Tribunal Supremo, en la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 582/2007 de 21 junio*, que no parecen suficientemente fundadas las razones expuestas por el Tribunal de instancia para entender que la jurisdicción española carece de legitimidad para ello. Se destaca que si en efecto, el ejercicio de la jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado, conforme al **principio de territorialidad**, a cada Estado le corresponde conocer, en principio, de

Se destaca no obstante, que la decisión legislativa de incluir el delito de lesa humanidad entre los delitos sometidos al principio de justicia universal, no sólo sería elogiable, sino que resolvería

todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido (v. art. 23.1 LOPJ y arts. 14 y 15 LECrim. Sin embargo, el de territorialidad coexiste con otros principios **que permiten perfilar la extensión y los límites de la jurisdicción española: a) el principio de la matrícula o pabellón, complementario del anterior en cuanto resulta su prolongación para embarcaciones y aeronaves; y b) el principio real o de protección de los intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque.** Se incide que junto a los principios de territorialidad y el real o de protección de los intereses españoles, también **configura el alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles el principio de personalidad o de nacionalidad**, ya que, conforme al mismo, cada ciudadano se halla siempre sometido a la jurisdicción de su país. Así, la jurisdicción penal española conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) 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; 2) que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles; 3) 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 (v. art. 23.2 LOPJ, modificado por LO 11/1999, de 30 de abril). Asimismo, resalta el Tribunal Supremo que **el principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente internacionales.**

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

buena parte de las incógnitas que afectaban a la definición legal y jurisprudencial de nuestros límites jurisdiccionales⁵⁷.

II. La reforma de de 2009 del principio de jurisdicción universal

1. Los antecedentes jurisprudenciales a la Reforma de 2009: del caso Guatemala al caso del movimiento “Falun gong”

La práctica judicial española en esta materia nos ha enseñado, como ocurre en el caso *Scilingo*, que en la persecución de Crímenes contra la humanidad o Genocidio al entrar en conflicto distintos intereses como son que órganos judiciales nacionales pueden entrar a juzgar hechos no cometidos en su territorio (siempre que la propia jurisdicción territorial no se encuentre enjuiciándolos o persiguiéndolos) y que van a enfrentarse con aplicar su propia legislación interna a sucesos acontecidos en otros países, en los cuáles por determinadas motivaciones políticas puedan haberse promulgado leyes de “punto final” o “de obediencia debida”(carentes de todo principio de justicia material), provoca como consecuencia, el posible establecimiento de unas complicadas relaciones internacionales entre ambos países.

fundamento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla “aut dedere aut iudicare”, si no se concediere la extradición. Cfr. en el mismo sentido, *la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 788/2007 de 8 octubre*.

57 Se reitera que hay que “anticipar que el supuesto que ahora enjuiciamos no es coincidente, en modo alguno, con el que fue objeto de examen en el recurso de casación núm. 329/2007, que dio lugar a la STS 705/2007, 18 de julio. Asumo íntegramente todos y cada uno de los argumentos que entonces hicimos valer para anular el auto de la Audiencia Nacional que acordaba la inhibición a favor de las autoridades argentinas”.

En nuestro país una serie de resoluciones judiciales como las producidas durante el caso *Pinochet y el caso del genocidio guatemalteco*, han marcado la aplicación del principio de justicia universal, sobre todo las repercusiones de este último supuesto tras el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en su *Sentencia núm. 237/2005, de 26 de septiembre*, que implicó un cambio jurisprudencial sobre la doctrina emanada del Tribunal Supremo en torno a este principio y que inició un nuevo camino en la interpretación del principio de justicia universal, como indicó la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 645/2006, de 20 de junio*.

A nuestro juicio, el caso que más implicaciones ha derivado para el principio de justicia universal en el ordenamiento jurídico español ha sido sin lugar a dudas, el “*Caso Guatemala*”, en el enjuiciamiento del genocidio guatemalteco. La controvertida *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003* había determinado hasta dónde podía llegar la competencia de los tribunales penales españoles invocando el principio de Justicia Universal reconocido en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, enfocando a su vez, cuáles debían ser las líneas básicas de actuación. En primer lugar, se consideraba que a ningún Estado en particular le correspondía el ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden recurriendo al Derecho penal contra todos y en todo el mundo, sino que más bien, haría falta un punto de conexión que legitimase la extensión extraterritorial de su jurisdicción. En segundo lugar, se establecía que el “*principio de no intervención en asuntos de otros Estados*”, reconocido en el art. 27 de la Carta de las Naciones Unidas, admitía limitaciones en relación a hechos que afectasen a los derechos humanos, pero que estas limitaciones solo eran inobjetables cuando la posibilidad de intervención se aceptase mediante acuerdos entre Estados o se decida por la Comunidad Internacional⁵⁸ y finalmente, como complemento de

58 En los Tratados Internacionales relativos a estas materias solamente se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se les añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de

los anteriores principios, se establecía que algunos tribunales nacionales reconocían que debía existir incluso **una conexión con un interés nacional como elemento legitimador**, en el marco del principio de justicia universal, con arreglo a criterios de racionalidad y siempre respetando el principio de no intervención⁵⁹.

comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad al suprimirse la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Sin embargo se recalca, que esto no implica un reconocimiento expreso de que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogándose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en el territorio de otro Estado. Cfr. MENDOZA CALDERÓN, “La aplicación de la Ley penal en el espacio. La trascendencia del principio de justicia universal en España”, *Revista Penal*, n° 20, 2007, págs. 121-140.

- 59 Respecto a delitos de torturas, se estimó en esta resolución que en los casos de los sacerdotes españoles, así como en el asalto a la Embajada Española de Guatemala, respecto a las víctimas de nacionalidad española, los tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables. En la Sentencia del **Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 712/2003 de 20 mayo**, se destaca que en el auto impugnado se aceptaba como límite al principio de persecución universal **el criterio de la subsidiariedad**, de forma que la intervención de la Jurisdicción española en materia de persecución del Genocidio cometido en país extranjero solamente estaría justificada en defecto de las jurisdicciones inicialmente competentes según el Convenio, es decir, los Tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o una Corte Penal internacional que sea competente respecto de aquellas partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción. Corte Penal que, respecto de los hechos denunciados ocurridos en Perú no ha sido constituida, sin que la Corte Penal Internacional tenga competencia dados los términos del art. 11 del Estatuto de Roma (RCL 2002, 1367, 1906) . Se considera que el Convenio sobre el Genocidio no establece la jurisdicción universal, pero tampoco la excluye. Tampoco excluye otros criterios. **Si se reconoce la posibilidad de que intervenga más de una jurisdicción nacional (principio de concurrencia)**, al ser varios los criterios de atribución jurisdiccional, habrá de aceptarse algún criterio de prioridad, orientado a resolver los supuestos de concurrencia efectiva y real de jurisdicciones activas, de manera que ha de admitirse que la actuación efectiva de los Tribunales del lugar de comisión excluya, en principio, la de los Tribunales de otro Estado. Se indica por el Tribunal Supremo que en la sentencia de 25 de febrero expresábamos **que el criterio de la subsidiariedad**, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, no resultaba satisfactorio en la forma en que se había aplicado por

La *Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 327/2005, de 26 de septiembre*, anuló dicha Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Guatemala, al mantenerse que el art. 23.4 LOPJ no contenía ninguna limitación del principio de jurisdicción universal y que una interpretación que redujera teleológicamente la extensión literal del texto exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, sería incompatible con dicho precepto por ser extremadamente rigorista y abiertamente restrictiva⁶⁰.

el Tribunal de instancia. Sin embargo estima en esta resolución, que habría además **de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país**. En este sentido puede hablarse **de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional**, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal. La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal. Se estima que este criterio no faculta para excluir la aplicación de lo prevenido en el art. 23.4º de la LOPJ estableciendo como exigencia para **admitir una querrela por jurisdicción universal la acreditación plena de la inactividad o ineffectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial, ya que éste requisito vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal, pues se trata de una acreditación prácticamente imposible. Para la admisión de la querrela resultaría exigible, la aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad de “facto”**.

- 60 Frente a esta Sentencia del Tribunal Constitucional, se presenta Voto particular a favor de la interpretación prevista por la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Guatemala, en base a que dicha interpretación intenta excluir cuestiones de abuso del derecho. La discrepancia no obstante con la resolución del Tribunal Supremo se debió solo a si esta conexión debía ser apreciada ya cuando fueran comprobados, vínculos culturales, históricos, sociales, lingüístico, jurídicos y de toda clase que unen a Guatemala y a su población indígena con España. En palabras del Tribunal Supremo, la discrepancia entre la mayoría y la minoría de la Sala se refería a la apreciación de los hechos del caso, es decir, sobre una materia ajena a la jurisdicción constitucional. En opinión del Tribunal Supremo, su fundamentación se basaba en que la jurisdicción

El Tribunal Supremo declaró en cambio, en *la Sentencia de 20 de junio de 2006*⁶¹, que se alineaba con quienes piensan que dentro del orden internacional, el principio de justicia universal refuerza una protección deseable de los derechos humanos frente

universal en materia de genocidio no podía extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio en consonancia con la cláusula de cierre del art. 23.4 LOPJ. De la misma manera, esta sentencia generó que a pesar de la polémica doctrinal y jurisprudencial que suscitaron en España los casos *Scilingo y Pinochet*, de nuevo, la jurisdicción española, pudiera enfrentarse a la disputada de la aplicación de la justicia penal bajo el principio de justicia universal, esta vez, por hechos cometidos en la República Popular China, tras la nueva línea interpretativa aportada por el Tribunal Constitucional. La Audiencia Nacional había confirmado el Auto del Juzgado Central de Instrucción, que disponía que no se admitía a trámite la querrela formulada por delitos de genocidio y torturas contra Jia Quinglin, Presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo político del Pueblo Chino. La querrela se había presentado en septiembre del año 2004 y se había ampliado en noviembre del mismo año, poniendo en conocimiento de los órganos judiciales españoles, que los querrelados se hallaban en nuestro país por razones de asistencias a congresos internacionales. Por este motivo determinados organismos presentaron recurso ante el Tribunal Supremo denunciando que se había vulnerado la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 CE, puesto que la Audiencia Nacional no había considerado los argumentos referentes a que China no había suscrito el Estatuto de Roma de 1998 y que por lo tanto, no podría formularse ante la Corte Penal Internacional la denuncia correspondiente; que el Derecho chino no sancionaba el delito de genocidio y que siendo China miembro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, vetaría seguramente una propuesta de iniciar una causa por los hechos denunciados. De esta manera se recalca que el art. 23.4 LOPJ había sido interpretado **contra legem** puesto que su texto no contenía ninguna limitación aplicable al caso, al principio de justicia universal. Frente a este recurso, el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del mismo, sosteniendo que no estaba claro que las víctimas que se señalaban en la querrela fuesen miembros de una religión, subrayando **que los tribunales españoles no se deberían convertir en los competentes para hacer justicia en el resto del mundo**. El Tribunal Supremo en cambio, **a través de la Sentencia 645/2006, de 20 de junio**, había estimado el recurso, y ha considerado que los tribunales españoles son competentes para el enjuiciamiento de los hechos, tras la nueva lectura al principio de justicia universal realizado por la STC 237/2005, de 26 de septiembre.

61 Cfr. asimismo *Sentencia del Tribunal Constitucional 227/2007, de 22 de octubre* (caso Falun Gong).

a abusos de poder, estimando **que el principio de justicia universal en nuestro derecho no podría ser neutralizado por la instauración de la Corte Penal Internacional** pues la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados favorecería la persecución de los delitos contra la humanidad, con la cobertura de los espacios que el Estatuto de Roma podría dejar desprotegidos y el aumento de la protección de valores básicos de la comunidad internacional. No obstante, añade **que no debe ignorarse el peligro de conflictos provenientes de este principio**⁶² cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación⁶³.

62 Sin embargo en este pronunciamiento del Tribunal Supremo, aunque se reconoce la competencia a los Tribunales españoles conforme a la doctrina emanada de la jurisprudencia constitucional, se expone que el principio de jurisdicción universal conectado con el fenómeno *del forum shopping*, no permitiría pensar que éste sea una solución ideal, lo que hace que algunos juristas se planteen que habría que limitar el alcance del principio. Señalan los *Princeton Principles on Universal Jurisdiction* elaborados en el año 2001, en donde se establece que “la jurisdicción universal puede ser ejercida por un cuerpo competente y ordinario de cada Estado en orden al enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido los graves crímenes del derecho internacional, siempre y cuando la persona este presente ante dicho órgano judicial”. Frente a ello cfr. el Voto Particular de los Excmo. Sres. Magistrados MARTIN PALLÍN y ANDRÉS IBÁÑEZ. Cfr. en cambio a favor de un criterio de *razonabilidad* en la aplicación del principio de justicia universal, GARCÍA ARÁN, “Complementariedad recíproca y Justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, pág. 379. Cfr. LLOBET ANGLÍ, “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, *InDret*, 378, octubre de 2006, págs. 7 ss, indica que la STS de 20 de junio de 2006, concluye que los tribunales españoles son competentes para enjuiciar los presuntos delitos de genocidio y terrorismo cometidos en China por varios sujetos de dicha nacionalidad contra el movimiento religioso Falun Gong, siguiendo la doctrina establecida en la STC del “caso Guatemala”. A juicio de la mayoría del TS, dicho Tribunal queda vinculado por lo establecido por el TC, de acuerdo con lo que prescribe el art. 5.1 LOPJ.

63 Cfr. en relación a la regulación alemana AMBOS, Kai, “Crímenes nucleares de Derecho internacional, principio de jurisdicción universal y parágrafo 153f de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, (a la vez comentario de la GBA JZ 2005, 311 y OLG, NSTZ 2006, 117), en *Revista Penal*, núm. 19, enero, 2007, pág. 22 s, destaca que el parágrafo 1 del Código Penal Internacional alemán

En opinión del Tribunal Constitucional, en la *Sentencia de 26 de septiembre de 2005*, la Ley Orgánica del Poder Judicial (en su anterior redacción), habría instaurado un principio “**de jurisdicción universal absoluto**”, es decir, sin sometimiento a

(*Völkerstrafgesetzbuch*) asienta la competencia de los tribunales alemanes, (independientemente del lugar de comisión del hecho y de otros puntos de partida del derecho de aplicación de la ley penal), en el *principio de jurisdicción universal puro o en sentido estricto*, especialmente a través de la fase “ninguna conexión nacional”, privando de base a la comprensión restrictiva del Tribunal Supremo Federal alemán que tradicionalmente exigía un vínculo nacional. AMBOS señala que dicho párrafo adapta la persecución penal alemana a un **sistema de justicia penal internacional**, el cual para evitar la impunidad de los crímenes internacionales, se apoya en primer término en los Estados competentes del lugar del hecho, del autor o de la víctima, en segundo término en la Corte Penal Internacional y en tercer término, en terceros Estados que tengan preferencia en virtud del principio de jurisdicción universal. Para proteger la subsidiariedad condicionada del principio de jurisdicción universal el deber de persecución de la Fiscalía ha sido limitado a través del nuevo párrafo 153f de la Ordenanza Procesal Penal alemana. Cfr. LLOBET ANGLÍ, “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, *InDret*, 378, octubre de 2006, págs. 16 ss, indica que de lege data, es irrefutable que el legislador español ha acogido el principio de justicia universal absoluto en el apartado 4º del art. 23 LOPJ. En cuanto a la jurisdicción española en el orden penal este precepto establece, en primer lugar, el principio **de territorialidad**; **en segundo lugar, acoge el principio de personalidad activa, de modo que conocerá asimismo de los hechos cometidos por españoles fuera del territorio nacional**; **y, en tercer lugar, acoge el principio de protección de intereses al declarar su jurisdicción respecto a delitos que, pese a cometerse por extranjeros fuera del territorio español, afecten directamente a algún importante elemento o interés del Estado en cuanto tal**: delitos de traición, contra la paz o su independencia; contra la corona; falsificación de moneda española; etc. Sin embargo, el apartado cuarto del art. 23 LOPJ simplemente establece que la jurisdicción española igualmente será competente para conocer sobre determinados delitos aunque se hayan cometido por extranjeros fuera del territorio nacional y no afecten, a diferencia del apartado anterior, ningún interés del Estado español. La única excepción son los delitos relativos a la mutilación genital femenina (letra g) respecto de los que se exige como requisito para su persecución que los responsables se encuentren en España. Por tanto, con base en esta modificación legal puede afirmarse que la voluntad del legislador fue la de mantener **el principio de justicia universal absoluto**, puesto que de lo contrario hubiera introducido este punto de conexión respecto de todos los delitos previstos en el catálogo del art. 23.4 LOPJ.

criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y los criterios reguladores que podrían restringir el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, no serían aplicables en el caso del genocidio y solo podrían operar en otros delitos como el tráfico de drogas, etc⁶⁴.

2. La Ley orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica del Poder Judicial

Como puede apreciarse, los numerosos conflictos de carácter político que han generado la aplicación de la jurisdicción universal en España, con sus consecuentes problemas no solo en torno al examen de qué país ostentaría competencia para enjuiciarlos, sino a cuestiones básicas del debido respecto al principio de legalidad penal, han generado que se haya producido una reforma de la LOPJ, que ha sido calificada por parte de la doctrina como “muerte” del principio de jurisdicción universal⁶⁵. De igual modo, se ha insistido en que la inclusión de requisitos adicionales en la configuración y el ejercicio de la jurisdicción universal podrían suponer un progresivo distanciamiento de la misma esencia y razón de ser de este principio, bajo la consideración de que a un mayor número de exigencias para activarlo, menor sería su incidencia en la consecución de su misma finalidad última⁶⁶.

64 Incluso, según manifiesta el Tribunal Supremo en la Sentencia 645/2006, la interpretación del Tribunal Constitucional supondría que la norma de habilitación de la jurisdicción universal debe ser entendida como un requisito procesal esencial o la ausencia de un presupuesto o un óbice procesal, cuyo cumplimiento dependería de la parte. Solamente desde este contexto se entendería que la denegación de la pretensión de ejercicio de la jurisdicción española equivaliese a una sanción procesal en cuya imposición debiera observarse el principio de proporcionalidad.

65 Cfr. BLANCO CORDERO, “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, RGDP, núm. 12, 2009; DEL CARPIO DELGADO, “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, núm. 7307, 2009, págs. 2 ss.

66 CHINCHÓN ALVAREZ, “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la “abrogación de facto” a la “derogación de iure”, *La Ley*, 2009, págs. 1440-1450.

Se destaca en la *Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/2009*⁶⁷, que se ha realizado un cambio en el tratamiento de la «jurisdicción universal», para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución venía amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra; y por otro, para adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁸.

Frente a esta justificación de la reforma, la doctrina ha argumentado que la primera de las razones expuestas, sería inobjetable, ya que hacía falta la reforma del art. 23.4 LOPJ para incorporar expresamente la persecución de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra en aplicación del principio de justicia universal, aunque tal pretensión se hubiera quedado a medias por cuanto en el texto final no aparecería la mención expresa a los crímenes de guerra. En cambio, en torno al segundo motivo se afirma que cuando el legislador alega que pretende adaptar y clarificar el precepto de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, debería decir que lo que pretendería sería adaptarla a la doctrina de la mayoría de

67 En cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate del estado de la Nación. Cfr. BOE, de 4 de noviembre de 2009, núm. 266.

68 Por el contrario, cfr. BLANCO CORDERO, “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, RGDP, núm. 12, 2009, en www.iustel.es, consultada en fecha 10 de febrero de 2010, indica que la amplitud con la que se interpreta la legislación española sobre la jurisdicción universal se ha convertido en los últimos años en un grave problema. La asunción por parte de los Tribunales españoles de algunos casos ha generado una importante presión internacional procedente de algunas potencias mundiales, cuyo objetivo ha sido obligar a España a que modifique su legislación sobre la materia. En efecto, en la Audiencia Nacional se están tramitando alrededor de una quincena de casos en aplicación de la teoría de la jurisdicción universal. Estos casos afectan a varios países, especialmente China, Israel y los Estados Unidos de América.

los magistrados del Tribunal Supremo, que en su día dejó sin efecto el Tribunal Constitucional⁶⁹.

Conforme al actual art. 23.4 y 5 LOPJ, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos **por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos**⁷⁰: genocidio y lesa humanidad; terrorismo; piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces; tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España y 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.

Se añade que, **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**

69 DEL CARPIO DELGADO, “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, núm. 7307, 2009, págs. 2 ss. Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 2010, pág. 792, reconociendo que no debería de haber ningún problema en reconocer en el art. 23.4 LOPJ a los crímenes de guerra, aunque sería necesario que se mencionara expresamente. Quizás ello se entendiera necesario conforme a lo dispuesto en el apartado h) del art. 23.4 LOPJ.

70 BLANCO CORDERO, *ul.op.cit.*; señala que afortunadamente el texto de la ley incluye una alusión explícita a los crímenes de lesa humanidad. Más cuestionable es la supresión de la referencia explícita a los crímenes de guerra entre los delitos perseguibles en España; eliminación que se produjo en el debate del proyecto en el Senado. Con todo, el Preámbulo de la ley señala expresamente que se han incorporado “tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra”.

de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior⁷¹.

De igual modo, si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores **apartados 3 y 4**, siempre será necesario que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la pena que le corresponda.

BLANCO CORDERO ha indicado que la esencia de la reforma es la presencia de una **conexión con un interés nacional** como elemento legitimador para que las autoridades judiciales españolas puedan enjuiciar crímenes graves de trascendencia internacional cometidos en el extranjero por no nacionales contra no nacionales. Desde su punto de vista, después de analizar la legislación de varios países, no sería posible concluir que exista una norma de Derecho internacional consuetudinario que requiera

71 Cfr. MUÑOZ CONDE, GARCIA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 2010, págs. 162. Indica que la persecución de delitos cometidos al amparo de regímenes políticos que los han amnistiado han planteado la validez de dichas amnistías. En el art. 23.5 LOPJ, (en relación al art. 23.2 c) LOPJ) prohíbe la extraterritorialidad si el delincuente ya ha sido absuelto, indultado o penado, es decir en aquellos casos en que el país de comisión de los hechos ya los ha juzgado. Por ello, el principio de justicia universal seguiría operando cuando mediante la amnistía o las leyes de punto y final el país donde se cometieron los hechos renuncia a juzgarlos, porque con ello se plantea el genuino supuesto en que la jurisdicción de otros miembros de la comunidad internacional se hace necesaria.

una conexión con los intereses nacionales para poder ejercer el principio de justicia universal⁷².

En relación al criterio de que **existan víctimas de nacionalidad española**, expone **que hay que señalar que la legislación española no prevé el principio de personalidad pasiva**. Desde su perspectiva, este elemento no debería ser un requisito del ejercicio de la jurisdicción universal porque supone confundir este principio precisamente con el de personalidad pasiva. De acuerdo con este último, **un Estado está autorizado a ejercer su competencia jurisdiccional para enjuiciar a un extranjero por delitos cometidos en el extranjero que afectan a sus propios nacionales**. Ahora bien, a diferencia de otros criterios que permitirían la aplicación extraterritorial de la legislación penal, el ejercicio de la jurisdicción universal no necesita de un vínculo o relación con el Estado que la ejerce (nacionalidad del autor o la víctima, intereses del propio Estado). Contrariamente al principio de personalidad pasiva, el Derecho penal nacional puede aplicarse de acuerdo con el criterio de la jurisdicción universal, independientemente de la nacionalidad de la víctima⁷³.

Sobre la necesidad de que **los presuntos responsables se encuentren en España**, se recoge que es relativamente habitual que en ciertos países la ley (explícita o implícitamente) requiera la presencia del acusado en el territorio nacional para poder ejercer la jurisdicción universal. Indica este autor, que en nuestro caso, *ello significaría que quedaría vedada la posibilidad de emitir órdenes internacionales de detención o solicitar la extradición del presunto responsable en ejercicio de la jurisdicción universal*; ahora bien, desde el momento en el que el sujeto ponga el pie en cualquier lugar sobre el que el Estado español ejerza su soberanía, ya se puede ejercer la jurisdicción universal, y por lo tanto proceder a enjuiciar al sujeto⁷⁴.

72 BLANCO CORDERO, *ul.op.cit*, págs. 8 ss.

73 BLANCO CORDERO, *ul.op.cit*, págs. 5-18.

74 BLANCO CORDERO, *ul.op.cit*, págs. 5-18. Admite que como el Tribunal Constitucional español ha señalado, la presencia del acusado no es necesaria

De igual modo, DEL CARPIO DELGADO ha destacado que la condición de que el sospechoso se encuentre en territorio español puede suponer por un lado, que el sujeto se encuentre de paso por el territorio español, por negocios, turismo, etc.; o que el sujeto permanezca durante algún tiempo o haya fijado su residencia en España. En cualquiera de los dos casos presupondría que los órganos jurisdiccionales deban actuar con tal celeridad de forma que el sospechoso no tenga opción a fugarse. Asimismo, insiste en que deben ser las autoridades quienes aseveren que el sospecho se encuentra en territorio español, ya que pretender que sean las víctimas o sus representantes quienes tengan la carga de la prueba sobre este extremo supondría convertirlas en vigilantes o investigadores del paradero de sus victimarios⁷⁵.

Asimismo, GONZÁLEZ VEGA ha insistido en que, como antes sucediera en Bélgica y por los mismos motivos, la *Ley Orgánica 1/2009*, limitaría el alcance del principio de justicia universal vinculándolo a los casos en los que haya un punto de conexión con los tribunales españoles; bien la localización de los responsables en España (personalidad activa), bien la nacionalidad española de la víctima (personalidad pasiva) bien algún vínculo de conexión relevante con España (que vendría a ser una reformulación genérica del principio real). Plantea, que estos criterios correctores, en palabras del Tribunal Constitucional se mostraban

para abrir el procedimiento, aunque sí que es precisa para el acto del juicio oral. La Asociación Internacional de Derecho Penal, en su XVIIIº Congreso internacional celebrado en Estambul (Turquía) en septiembre de 2009, ha adoptado una resolución sobre la jurisdicción universal, en la que el autor de este trabajo ha intervenido como Relator General. En la misma se señala que cuando se ejerza la jurisdicción universal habrá que distinguir entre las diferentes fases del proceso. La investigación es posible en rebeldía: los Estados pueden incoar diligencias penales, dirigir una investigación, asegurar las pruebas, acusar o solicitar la extradición. Por el contrario, debería exigirse siempre la presencia del acusado en los procedimientos principales. Por consiguiente, no deberán realizarse juicios en rebeldía en los casos en que se ejerza la jurisdicción universal.

75 DEL CARPIO DELGADO, "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009", *Diario La Ley*, núm. 7307, 2009, págs. 11 s.

contarios a la finalidad de la institución que resultaba alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según se concebía en Derecho internacional⁷⁶.

En este sentido, HAVA GARCÍA y BAUCELLS LLADOS habían puesto de relieve que la jurisdicción universal no constituiría una mera extensión de la competencia que se otorgaría al poder judicial con carácter general para tutelar ciudadanos de nacionalidad española o por intereses propios de nuestro país. El carácter internacional de los intereses protegidos, sumado a esa función de cierre para evitar que se produzcan ámbitos de impunidad no deseados, proporcionaría una especial fuente de legitimación y reconocimiento interestatal. En base a dicho principio, el Estado español actuaría en nombre de la comunidad internacional, asumiendo, junto a la competencia jurisdiccional formal, el compromiso de perseguir aquellos hechos que por afectar gravemente determinados bienes jurídicos especialmente reconocidos a nivel supranacional, han merecido la repulsa unánime⁷⁷.

En torno al requisito de que **se constante algún vínculo de conexión relevante con España**⁷⁸, BLANCO CORDERO ha resaltado que la vaguedad de este último requisito es evidente. Como ejemplo cita el caso Guatemala donde la minoría discrepante señaló que podía considerarse como punto de conexión la existencia de una “*comunidad cultural*”; que habría de atenderse a los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con España, que no permiten utilizar la absoluta ajenidad del asunto”. Sin embargo, indica que esta sería una interpretación muy discutible, porque esto podría conducir a una jurisdicción

76 GONZÁLEZ VEGA, “Breve diagnóstico de la jurisdicción penal universal en su respuesta a la impunidad de los crímenes internacionales”, *Jueces para la Democracia*, num. 67, 2010, pág. 130.

77 BAUCELLS I LLADOS, HAVA GARCÍA, “Posibilidades y límites del principio de justicia universal: el caso Acteal”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, num. 19, 2007, pág. 120.

78 BLANCO CORDERO, *ul.op.cit.*, págs. 5-18.

“colonialista”. No obstante, resalta que *otras posibilidades de conexión podrían ser la residencia de las víctimas o de los presuntos responsables*, pensando en la posibilidad de que el presunto responsable no se encuentre en el territorio en el momento de la investigación, pero tenga su residencia en España⁷⁹.

DEL CARPIO DELGADO ha subrayado que descartando que se trate de vínculos de conexión que puedan quedar en el ámbito del principio real o de protección, en principio podrían ser los propuestos por los magistrados del Tribunal Supremo, es decir, los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a los afectados por los delitos con España. Admite que aunque los propios magistrados resalten que el criterio de la comunidad cultural puede resultar polémico, esto facilitaría el enjuiciamiento de los hechos y supondría una mayor efectividad de la intervención jurisdiccional, respecto de otros que no pertenezcan a esa comunidad cultural⁸⁰.

Finalmente, en relación al elemento de que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva⁸¹, en su caso, de tales hechos punibles, BU-

79 BLANCO CORDERO, *ul.op.cit.*, págs. 5-18. Más concreto, a su juicio, sería el criterio utilizado en Alemania, que permite el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los delitos basados en tratados internacionales, en los casos en que Alemania haya estado directamente involucrada en el plano político o militar en un conflicto con el Estado en el que tuvo lugar la comisión del delito

80 DEL CARPIO DELGADO, *ul.op.cit.*, págs. 14 s.

81 Respecto a la competencia judicial penal en materia de **inmigración clandestina** marítima, y la aplicación del principio de **justicia supletoria**, cfr, *la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 582/2007 de 21 junio*, sobre la aplicación del **Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y al art. 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que prevé el derecho de visita en relación, entre otros supuestos, con aquellos buques que no tienen nacionalidad (como normalmente son las pateras o cayucos)**, pues, de no actuar en tales casos, este tipo de comportamientos quedarían impunes.

JOSA VADELL ha afirmado que⁸² ésta sería una exigencia muy razonable e ineludible, por la que se obligaría a los Juzgados y Tribunales españoles a tener en cuenta los efectos de litispendencia o cosa juzgada penal internacional. Señala, que el problema sin embargo, residirá en que obviamente la determinación de la efectividad del proceso penal anterior quedará a la valoración concreta del órgano jurisdiccional competente español, y en esa decisión, de nuevo, puede haber implicadas distintas posiciones que afecten a las relaciones diplomáticas. Mantiene, que a todo ello deberán añadirse las consecuencias del derecho a la tutela judicial efectiva que el Tribunal Constitucional advierte en estos

Por consiguiente, determina el Tribunal Supremo que si bien es verdad que el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente, de carácter convencional o consuetudinario. Por último, el criterio residual del principio de justicia supletoria, entre los que definen el ámbito de la jurisdicción del Estado, trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune. Por lo tanto, se destaca por el Tribunal en relación a la aplicación de la Ley penal en el espacio, que la inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad internacional, desprendiéndose que en el caso de que **nos encontremos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas), la navegación con este tipo de embarcaciones sería realmente peligrosa para las personas que las utilizan.** Se estima que cuando la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español sea patente y **la embarcación utilizada carezca de nacionalidad y no conste que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho, así como los presuntos responsables —al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)— se encuentren en territorio nacional, existe, en todo caso, un evidente lazo de conexión entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales.** Concurren, pues, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional, **especialmente el art. 23.4 h) LOPJ en relación con el art. 8.7 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire,** dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional

82 BUJOSA VADELL, “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, Diario La Ley, núm. 7298, 2009, pág. 1.

supuestos y por tanto, en caso de duda, debería primar el principio *pro actione*.

En cambio, BLANCO CORDERO mantiene que hay **que hacer especial referencia al criterio de la subsidiariedad horizontal**. De acuerdo con este criterio, **las autoridades judiciales de un Estado deben abstenerse de ejercer la jurisdicción universal sobre los delitos que van a ser juzgados por los tribunales del país en el que se han producido. Esta interpretación implicaría que la jurisdicción universal sería subsidiaria de la jurisdicción territorial**. Los Estados deben ceder la prioridad a aquellos otros Estados que tienen un fuerte nexo con el caso, por lo general de carácter territorial (o de nacionalidad de autores o víctimas). Esto implicará reconocer que habría otros países que se encuentran en una mejor posición para enjuiciar a los presuntos responsables. Sólo si no lo hacen podrá ejercerse la jurisdicción universal por parte de otro Estado, que actuaría como sustituto de aquellos otros que tienen prioridad⁸³.

83 BLANCO CORDERO, *ul.op.cit.*, págs. 5-18. **La subsidiariedad vertical se refiere a las relaciones entre una jurisdicción nacional y una jurisdicción internacional**. Señala que “a partir de 1998 la jurisprudencia española ha desarrollado el principio de subsidiariedad, en virtud del cual el Estado donde se cometió el delito tiene prioridad sobre la jurisdicción española cuando ejerce la jurisdicción universal. En el caso Pinochet, la Audiencia Nacional española aplicó el criterio de subsidiariedad, y consideró que los tribunales del lugar de comisión de los hechos no habían actuado, por lo que España tenía jurisdicción para conocer de los hechos. Al igual que en el caso Pinochet, en el caso del genocidio de Guatemala la Audiencia Nacional dictaminó que España tenía competencia subsidiaria para enjuiciar el delito de genocidio. En consecuencia, España sólo puede ejercer su jurisdicción cuando el Estado en cuyo territorio se han cometido los delitos no quiere o no puede juzgarlos. Posteriormente, se ha hablado en el caso de Perú, los Tribunales no se han referido tanto al criterio de subsidiariedad, sino al «principio de necesidad de intervención jurisdiccional». Esta necesidad existe cuando los tribunales del Estado en cuyo territorio el delito haya sido cometido no proceden a su enjuiciamiento, sin analizar o evaluar las razones de ello. Con los años nuestra jurisprudencia ha desarrollado una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad. Según este principio los tribunales españoles sólo pueden conocer de un asunto cuando existan impedimentos

DEL CARPIO DELGADO ha recalcado asimismo, que el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado a favor del principio de concurrencia, si bien incidiendo en que no habría que entender el principio de subsidiariedad como algo opuesto al de concurrencia toda vez que ante la concurrencia de jurisdicciones y en aras de evitar una posible duplicidad de procesos y la vulneración del principio *ne bis in idem*, sería imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad, que en este caso la tendría la del Estado donde el delito fue cometido⁸⁴.

Otros autores como CHINCHÓN ALVÁREZ, han insistido en que la evidente precipitación en todo el proceso de reforma, ha conllevado a que el texto legal tenga una serie de graves aspectos problemáticos como que los nuevos requisitos impuestos se

legales o una inactividad judicial prolongada en el Estado en cuyo territorio se han cometido los delitos. **En 2005, el Tribunal Constitucional español rechazó, en el caso del genocidio de Guatemala, el criterio de la subsidiariedad por ser excesivamente gravoso para las víctimas. La razón principal era que el artículo 23.4 de la LOPJ no contiene esta limitación para el ejercicio de la jurisdicción universal, no hay una jerarquía implícita o explícita de las jurisdicciones potenciales.** Por lo tanto, según el Tribunal Constitucional, **la legislación española establecía el criterio de la concurrencia de competencias.** El Alto Tribunal consideró que la exigencia de prueba de hechos negativos, esto es, de la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio diabolica*. A su juicio, la jurisdicción universal no debe tener un carácter subsidiario, sino principal, sobre todo en la fase de investigación.

84 DEL CARPIO DELGADO, *ul.op.cit.*, pág. 17. Indica que tras la sentencia del Tribunal Constitucional y con el propósito de unificar los criterios sobre jurisdicción universal a aplicar a los casos pendientes, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 3 de noviembre de 2005, aprobó un Acuerdo no jurisdiccional acordando que el querellante o denunciante puede aportar indicios serios y razonables de la inactividad judicial que sirva para acreditar la falta de voluntad o de capacidad para la persecución efectiva de los delitos por la jurisdicción del lugar de comisión. Sin embargo, corresponde de oficio al tribunal competente, constatar la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la comunidad internacional, a través de los instrumentos de cooperación existente en cada momento.

habrán de considerar no solamente para los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio, sino también para el resto de delitos previstos en el art. 23.4 LOPJ; que en relación a los crímenes de Derecho internacional señalados, habría que mencionar la poco acertada mención de la cláusula inicial “ sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”, que al igual que la disposición del apartado 23.4 h) carecería de toda lógica conferir tal potencialidad exclusivamente a las normas convencionales; y que la exigencia de que “no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y persecución efectiva” colisionaría con lo que dispuso el Tribunal Constitucional en relación al modo en que tal exigencia debía de probarse⁸⁵.

III. Conclusiones

El caso *Scilingo* es una muestra de la controvertida aplicación extraterritorial de la ley penal en base al principio de la jurisdicción universal. En el examen de las distintas resoluciones jurisprudenciales de este caso han surgido cuestiones tan esenciales como el debido respeto al principio de legalidad penal, (sobre todo en su vertiente de prohibición de retroactividad no favorable al reo), y la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal.

Frente a una discutida interpretación del principio de legalidad penal en materia de delitos internacionales, manteniéndolo no como “*nulla crimina sine lege*”, sino “*nulla crimina sine iure*”, en conexión con las fuentes del Derecho internacional, valorada positivamente por algunos autores que exigen una revisión del principio de legalidad penal en este campo, al considerarlo que actualmente ostentaría una interpretación excesivamente restringida incompatible con el Derecho internacional penal, desde nuestra

85 CHINCHÓN ALVAREZ, Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la “abrogación de facto” a la “derogación de iure”, *La Ley*, 2009, págs. 1440-1450.

óptica, por el contrario, compartimos plenamente, la mayor parte de las reticencias expuestas por los distintos magistrados en los Votos particulares a la *Sentencia del Tribunal Supremo 798/2007*. Desde nuestra perspectiva, la Ley es la única fuente legitimada como creadora del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho.

Como ha destacado la doctrina, el principio de legalidad penal y su vigencia *real y efectiva* ha permitido que el Derecho penal deje de ser un grosero medio de represión y coacción para convertirse en un Derecho democrático⁸⁶. Sería un medio de protección de la libertad de los ciudadanos y de limitación del *ius puniendi* del Estado⁸⁷. Por otra parte, la primacía de la Ley, significaría que la misma sería la única fuente de creación de los delitos y la previsión de las penas; sin olvidar que a la legalidad *formal* o dominio de la ley se le debe sumar siempre la legalidad *material* o legalidad estricta, cuyo respeto exige fijar con claridad y de forma taxativa por razones de seguridad jurídica, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, estando prohibidas por otra parte, la aplicación retroactiva de la ley penal (arts. 1.1 y 2.1 CP) y la analogía⁸⁸.

86 DE VICENTE MARTÍNEZ, “Sobre el difícil arte de legislar en materia penal”, en *Diario La Ley*, número 6150, 20 de diciembre de 2004, págs. 1614 ss, citando a MANGAKIS.

87 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Buenos Aires, 2006, pág. 106. Citando, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

88 RIBAS, “Principio de legalidad y nuevas consecuencias penales”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 11, 2004, págs. 200 s. QUERALT, “Código penal y Ley orgánica”, *ADPCP*, Fasc 1, 1992, págs. 49 ss. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia, 2004, págs. 27 s. Por lo tanto, el tenor literal del principio de legalidad comporta la proscripción de normas infralegales, sean escritas o consuetudinarias y su significado esencial se concreta en un mandato (principio de taxatividad) y cuatro prohibiciones: prohibición de retroactividad de las normas que fundamentan o agravan la pena, prohibición de regulación de la materia penal por normas dimanantes del ejecutivo, prohibición de analogía y en general, de la creación judicial del Derecho, y prohibición de la regulación de la materia penal por normas consuetudinarias.

En este sentido, la incapacidad de las normas internacionales consuetudinarias para crear Derecho penal habría sido indicado en la propia *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007*, al señalar que normas internacionales consuetudinarias **no contienen previsión específica sobre las penas**, lo que impediría considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa; y que de ello cabría concluir **que el Derecho Internacional consuetudinario no sería apto**, según nuestras perspectivas jurídicas, **para crear tipos penales que resultarían directamente aplicables por los Tribunales españoles**.

Por otra parte, rechazamos la aplicación del delito de genocidio a aquellos delitos cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático a la población civil, con conocimiento de dicho ataque, cuando se cometan contra víctimas perseguidas por motivos políticos, que constituirían crímenes de lesa humanidad conforme a lo previsto en el art. 607 bis CP. Creemos, que mantener una interpretación del término “grupo nacional” previsto en el art. 607 CP, excesivamente extensiva, para intentar aplicar el delito de genocidio a estos hechos, (por motivaciones principalmente de carácter procesal en relación a estrictas cuestiones de competencia de jurisdicción o para salvar los obstáculos derivados del debido respecto al principio de irretroactividad de la norma penal), implicarían una interpretación que rayaría en la aplicación analógica de la norma penal en contra de lo previsto en el art. 4.1 CP.

Asimismo, desde nuestra perspectiva, la consideración del Tribunal Supremo de que hechos que serían claramente constitutivos de Crímenes contra la Humanidad, tanto conforme al Estatuto de Roma como según lo previsto en el art. 607 bis CP, puedan ser valorados como simples delitos de “asesinatos” o “detenciones ilegales” considerando los elementos de contexto, en una interpretación teleológica propiciada por la normativa penal internacional para incrementar el desvalor del injusto de estos delitos, sería desnaturalizar la tipicidad del delito de lesa humanidad, pues como se ha puesto de manifiesto en los Votos

particulares de esta complicada Sentencia, de 1 de octubre de 2007, el delito de lesa humanidad **no sería un plus respecto de los delitos de homicidio, detención ilegal y asesinato, sino que por el contrario, sería un aliud** y la tipicidad como adecuación de una conducta a la descripción contenida en el supuesto de hecho de una norma penal, formaría parte de las garantías propias del principio de legalidad⁸⁹.

De igual forma, tampoco entendemos que “las circunstancias de contexto” sean las que justifiquen la persecución internacional del delito, cuando expresamente en el art. 23 LOPJ, no se contienen dentro del catalogo de delitos perseguibles bajo la jurisdicción universal, la realización de meros actos de asesinato o detención ilegal⁹⁰. Si se ha considerado necesario por parte del legislador la introducción **en concreto** de los crímenes de lesa humanidad dentro del catalogo de delitos expresamente previsto en el art. 23.4 LOPJ, no tiene sentido, escindir el contexto y los delitos cometidos dentro de él para justificar una persecución universal, teniendo en cuenta la polémica que siempre se suscita en torno a la aplicación del apartado h) de este precepto, cuando se refiere “a cualquier delito que según los tratados internacionales deba ser perseguido en España”.

En conclusión, podemos afirmar, que en **materia de jurisdicción universal** habría que partir **de una serie de premisas**

89 *Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Marchena Gómez*. Cfr. igualmente, MUÑOZ CONDE, “¿Es el Derecho penal internacional un Derecho penal del enemigo?”, Revista penal, núm. 21, 2008, págs. 101 s.

90 MUÑOZ CONDE, “¿Es el Derecho penal internacional un Derecho penal del enemigo?”, Revista penal, núm. 21, 2008, pág. 100, reconoce que el Derecho internacional consuetudinario puede servir para que Crímenes contra la Humanidad puedan ser objeto de enjuiciamiento ante un tribunal estatal extranjero como en los procesos llevados en Francia contra Touvier, Barbie, Papón y el de Finta en Canadá. Los crímenes de lesa humanidad están sometidos a la jurisdicción universal y todos los Estados están obligados a perseguirlos sin que quepa la cláusula de que se trata de delitos políticos. Ello no sería un Derecho penal del enemigo, porque en este tipo de procesos se deben respetar todas las garantías que *los acusados negaron a sus víctimas*.

de imprescindible examen: en primer lugar, como destaca el Estatuto de Roma, los execrables delitos que constituyen crímenes contra la humanidad tendrían trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y por lo tanto, *no deben quedar sin castigo*, debiéndose adoptar medidas por parte de todos los Estados, tanto en el plano nacional como intensificando la cooperación internacional para asegurar que sus responsables sean *efectivamente* sometidos a la acción de la justicia; en segundo lugar, hay que admitir que actualmente la actuación de la Corte Penal Internacional se rige por el respeto *al principio de complementariedad*, y que en el art. 17 ECPI no se habría establecido un sistema de prelación que distinga cuál sería el orden a seguir cuando concurren varias jurisdicciones nacionales que se estimen competentes para enjuiciar tan graves hechos delictivos; en tercer lugar, la naturaleza de los crímenes a perseguir indican que el principio de justicia universal exigiría que esta serie de tipos delictivos pudieran *perseguirse con vocación universal*, es decir, independientemente del territorio en el que se hayan cometido y de la nacionalidad de sus autores o sus víctimas; y finalmente, que el hecho de que exista el principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico de los diferentes Estados, no quiere decir, que éstos ostenten siempre un “mejor derecho a la persecución”, cuando se demuestre que existe la posibilidad de una *efectiva* persecución por parte de los órganos jurisdiccionales que sean competentes conforme al principio de territorialidad.

Sin embargo, entendemos asimismo, que en materia de justicia universal no deberían producirse **dos situaciones extremas:** por una parte, la decidida intención por parte de la comunidad internacional de perseguir esta serie de aberrantes hechos delictivos no puede conllevar a que la aplicación en definitiva, del Derecho penal, se realice a costa de un principio tan consustancial al mismo como es el debido respeto al principio de legalidad, puesto que ello sería desnaturalizar al propio Derecho penal como instrumento punitivo en un Estado democrático de Derecho; y por otra, hay que partir de que los numerosos obstáculos que implican

la aplicación del principio de justicia universal, (ya que al fin y al cabo, órganos jurisdiccionales extranjeros entran a juzgar hechos, que por muy diversos motivos pueden no haber sido enjuiciados en sus respectivos lugares de comisión, pudiéndose generar determinados conflictos en las relaciones internacionales entre los países implicados ante la disparidad de posturas que siempre genera la jurisdicción universal), pueden provocar en definitiva, que se acuda a la vía siempre presente de la reforma de la ley, para acotar un terreno que muchos consideraban excesivamente amplio, dejando al propio principio de justicia universal casi sin contenido, en contra de la decidida voluntad de la comunidad internacional de perseguir esta serie de terribles hechos delictivos plasmada en el Preámbulo del Estatuto de Roma, que entendemos debería realizarse sin necesidad de acudir a un recurso como demostrar la existencia de conceptos tan vagos como “**algún vínculo de conexión relevante**” con el país que se considera competente en base al principio de justicia universal.

Bibliografía

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempo de ingeniería jurisdiccional?”, en *La criminalización de la barbarie: La Corte penal internacional*, Madrid, 2000.
- AMBOS, “Elementos del crimen, así como Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional”, en *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post Roma*, Valencia, 2002.
- ___ “Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2000.
- ___ “La implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003.
- ___ “Crímenes nucleares de Derecho internacional, principio de jurisdicción universal y parágrafo 153f de la Ordenanza

- Procesal Penal Alemana, (a la vez comentario de la GBA JZ 2005, 311 y OLG, NSTZ 2006, 117), en *Revista Penal*, núm. 19, enero, 2007.
- ANDREU-GUZMAN, “Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la Ley penal: un falso dilema, International Comisión of Jurists, www.icj.org, consultada en fecha 30 de octubre de 2006.
- BACIGALUPO ZAPATER, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Buenos Aires, 2006.
- BAUCELLS I LLADÓS, HAVA GARCÍA, “Posibilidades y límites del principio de justicia universal: el caso Acteal”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, num. 19, 2007.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, PÉREZ CEPEDA, “Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones, *Revista penal*, num. 26, julio, 2010.
- BLANCO CORDERO, “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, RGDP, núm. 12, 2009, en www.iustel.es, consultada en fecha 10 de febrero de 2010.
- BUJOSA VADELL, “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *Diario La Ley*, núm. 7298, 2009.
- CAPELLÀ i ROIG, “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, 2005, www.reei.org, consultada en fecha 10 de febrero de 2010.
- CUERDA RIEZU, RUIZ COLOMÉ, “Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional”, en *El nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 2000.
- CHINCHÓN ALVAREZ, “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la “abrogación de facto” a la “derogación de iure”, *La Ley*, num. 7211, 2009.
- DEL CARPIO DELGADO, “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *La Ley*, núm. 7307, 2009.

- DE VICENTE MARTÍNEZ, “Sobre el difícil arte de legislar en materia penal “, en *Diario La Ley*, número 6150, 20 de diciembre de 2004.
- DIÁZ PITA, “Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte penal internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte penal internacional”, *Revista electrónica de Estudios internacionales*, núm. 9/2005, consultada en fecha 24 de febrero de 2010.
- GÓMEZ BENÍTEZ, “Elementos comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, núm. 42, 2002.
- “La Corte Penal Internacional como órgano de jurisdicción universal. Reflexiones sobre su ámbito de competencia y su naturaleza complementaria”, en *Actualidad Penal*, núm.3, 2002.
- “Elementos comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en Derecho penal español” en BACIGALUPO ZAPATER, (coordinador) *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ PACHECO ESTRADA, “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina”, *Jueces para la democracia*, núm. 61, 2008, pags. 101-117.
- GARCÍA ARÁN, “Complementariedad recíproca y Justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005.
- GARCÍA SÁNCHEZ, *Límites a la ley penal en el espacio*, Barcelona, 2004.
- GIL GIL, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en *La nueva justicia supranacional, desarrollos post Roma*, Valencia, 2002.

- ___ “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Derecho penal y criminología*, 07, 2005.
- GONZÁLEZ VEGA, “Breve diagnóstico de la jurisdicción penal universal en su respuesta a la impunidad de los crímenes internacionales”, *Jueces para la Democracia*, num. 67, 2010.
- LAMARCA PÉREZ, “Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo”, *La Ley penal*, núm. 34, enero 2007, págs. 69-77.
- LIROLA DELGADO, MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad*, Barcelona, 2001.
- LLOBET ANGLÍ, “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, *InDret*, 378, octubre de 2006.
- MATTAROLLO, “ La jurisprudencia Argentina reciente y los delitos de lesa humanidad “, <http://www.abogarte.com.ar/mattarollo2.htm>, consultada en fecha 9 de febrero de 2010.
- MENDOZA CALDERÓN, “La aplicación de la Ley penal en el espacio. La trascendencia del principio de justicia universal en España”, *Revista Penal*, nº 20, 2007, págs. 121-140.
- ___ “La reciente aplicación de los Crímenes de Lesa Humanidad en España: el caso Scilingo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, núm. 6, Santiago de Chile, octubre 2005.
- ___ “Los Crímenes de Lesa Humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código penal español”, en *Diario La Ley, Especial Jóvenes Investigadores*, núm. 6228, abril, 2005.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 2010.
- ___ *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2009.
- ___ “¿Es el Derecho penal internacional un Derecho penal del enemigo?”, *Revista penal*, núm. 21, 2008.
- NÚÑEZ CASTAÑO, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el derecho penal

- del enemigo?, RGDP, núm. 11, 2009, en www.iustel.es, consultada en fecha 12 de febrero de 2010.
- OLÁSULO ALONSO, “Del Estatuto de los tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm.5, mayo, 2006, en www.iustel.es, consultada en fecha 10 de enero de 2007.
- PHILIPPE, “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”, *International Review of the Red Cross*, num. 862, junio 2006.
- REMIRO BROTONS, “Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial”, en *Derecho Penal Internacional*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, Madrid, 2001.
- RIBAS, “Principio de legalidad y nuevas consecuencias penales”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 11, 2004.
- RUEDA FERNÁNDEZ, “La regulación jurídica de las violaciones esenciales emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI”, en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, 2005.
- SERRANO PIEDECASAS, “El delito de genocidio. Especial referencia al caso Pinochet” en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.
- VERDUGO, Patricia, *Los zarpazos del puma*, Santiago, 2001.
- TRIFFTERER, “Domésticos de ratificación e implementación”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma*, Valencia, 2002.