

LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL LEGALIZADORAS DE LA JURISPRUDENCIA “CREATIVA” DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Esteban Pérez Alonso
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

Resumen: En este trabajo se lleva a cabo un análisis crítico de las dos últimas reformas del principio de justicia universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, realizadas mediante la LO 13/2007 y la LO 1/2009, que en realidad suponen una legalización a posteriori de la jurisprudencia “creativa” establecida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español en dos ámbitos distintos donde se ha visto afectado dicho principio; pues el TS ha afirmado la existencia de jurisdicción para que la autoridad judicial penal española pueda conocer del delito de inmigración clandestina en supuestos en que no corresponde tal atribución de competencia conforme a la LOPJ, mientras que el TS ha negado la existencia de jurisdicción para que la autoridad judicial penal española pueda conocer del delito de genocidio en supuestos en que sí corresponde tal atribución de competencia

Recibido: mayo 2012. Aceptado: diciembre 2012

conforme a la LOPJ, por lo que también se lleva a cabo un comentario crítico de dicha jurisprudencia.

Palabras claves: justicia universal, genocidio, inmigración clandestina, jurisprudencia y ley orgánica del poder judicial.

Abstract: This article takes a critical look at the last two reforms of the principle of universal jurisdiction embraced in article 23.4 of the Organic Judiciary Act (LOPJ), undertaken by Organic Laws 13/2007 and 1/2009. These reforms have only given statutory effect to the “creative” jurisprudence of the Criminal Chamber of the Spanish Supreme Court in two different areas in which the principle of universal jurisdiction has been involved. So on the one hand, the Supreme Court has upheld the jurisdiction of Spanish Criminal Courts to prosecute the criminal offense of illegal immigration in cases in which such competence is not attributed by the LOPJ, and on the other, it has denied the jurisdiction of Spanish Criminal Courts to prosecute the crime of genocide in cases in which such competence should have been upheld according to the LOPJ. These judicial decisions are also discussed critically in the article.

Keywords: universal jurisdiction, genocide, illegal immigration, jurisprudence and Organic Judiciary Act.

Sumario: I. Algunas consideraciones previas sobre la jurisprudencia. II. La jurisprudencia objeto de controversia. III. Jurisprudencia “creativa” y extensiva de la jurisdicción extraterritorial española: la reforma de la LOPJ de 2007. 1. Problema judicial planteado: falta de jurisdicción. 2. Solución del Tribunal Supremo: extensión de la jurisdicción. A. Existencia de jurisdicción en base a la legislación internacional. B. Existencia de jurisdicción en base al lugar de comisión del delito. C. Existencia de jurisdicción en base al principio de justicia supletoria. 3. Valoración crítica. 4. La reforma de la LO 13/2007: legalización posterior. III. Jurisprudencia “creativa” y restrictiva de la jurisdicción extraterritorial española: la reforma de la LOPJ de 2009. 1. Problema judicial planteado: amplitud de jurisdicción. 2. Solución del Tribunal Supremo: restricción de la jurisdicción. 3. Valoración crítica. A. El voto particular a la STS de 25-3-2003. B. La STC 237/2005, de 26 de septiembre. C. La doctrina española. 4. La reforma de la LO 1/2009: legalización posterior.

I. Algunas consideraciones previas sobre la jurisprudencia

A veces resulta necesario comenzar recordando cuestiones básicas, sobre todo en el ámbito del Derecho Penal, para no perder la perspectiva más elemental a la hora de enfrentar cualquier problema social y la solución jurídica (penal) del mismo, antes de iniciar la andadura por la senda de la complejidad y confusión que parece atenazar y dominar el pensamiento y comportamiento humano en el mundo globalizado de la posmodernidad que nos ha tocado vivir. Es claro que, al menos desde la Constitución española de 1978, el Estado español es un Estado de Derecho que configura al Poder Judicial como un poder del Estado al que corresponde administrar la justicia emanada del pueblo en nombre del Rey, por jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. La independencia y responsabilidad judicial son garantía de su sometimiento exclusivo al Derecho a la hora de ejercer la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). De modo que los jueces y magistrados, así como los ciudadanos y el resto de poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), como exigencia básica del Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Incluso, se llega a reconocer el principio de legalidad en materia sancionadora como un derecho fundamental de la persona (art. 25.1 CE), pues la ley ha de servirle de pauta de conducta y garantía básica frente a la actuación de la administración, para evitar la arbitrariedad y que se produzcan situaciones de indefensión.¹

Es claro, por consiguiente, que la exigencia de respeto y actuación conforme a Derecho es mayor en el caso de los miembros integrantes del poder judicial que en el caso de los demás poderes públicos o de los ciudadanos, pues en la vinculación a

1 Vid. por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed. Repertor. Barcelona. 2011; pp. 104 y ss.; RAMOS TAPIA, I. y otros autores: *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. J.M. Zugaldía (Dir.), M.R. Moreno-Torres (Coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2010; pp. 111 y ss.

la ley encuentra precisamente su legitimidad el poder judicial. Su legitimidad democrática no es de origen sino de ejercicio, en la medida que ejerce la función jurisdiccional que le asigna la Constitución con sometimiento exclusivo a la ley que expresa la voluntad general.² En este sentido, FERRAJOLI ha señalado que “el poder judicial, a diferencia de cualquier otro poder público, no sólo no exige sino que ni siquiera admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal”.³

Conviene tener presente, además, que las garantías constitucionales de los jueces y magistrados que recoge el art. 117.1 CE no son una mera yuxtaposición, sino que tienen un valor instrumental entre ellas. Así, como advierte RAMOS TAPIA, “la inamovilidad es condición precisa de una independencia efectiva y, a su vez, el principio de independencia junto con el de responsabilidad sirven al fin de asegurar la sumisión al ordenamiento jurídico; ambos son instrumentales para asegurar la sumisión exclusiva del juez a la ley pues ésta no puede lograrse sin independencia ni responsabilidad. La vinculación exclusiva a la ley se configura no como una más de las características de la función jurisdiccional sino como característica nuclear, a la que sirven de garantía las demás. Ello se debe a que de esa vinculación depende la propia legitimidad del poder judicial”.⁴

Por ello, la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial insiste de nuevo en que este poder está sometido a la Constitución y al imperio de la ley (art. 1 LOPJ), dejando bien claro que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, que vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y prin-

2 Vid. SAAVEDRA LÓPEZ, M.: *Jurisdicción, constitución y derecho*. Fontamara. México. 2007; p. 9.

3 Cfr. FERRAJOLI, L.: “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”. En, *Jueces para la Democracia*. Nº 4. 1998; p. 5.

4 Cfr. RAMOS TAPIA, M.I.: *El delito de prevaricación judicial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000; p. 48.

cipios constitucionales (art. 5.1 LOPJ).⁵ Su función constitucional es por tanto la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, mediante la interpretación de la ley que resulta aplicable al caso concreto a enjuiciar. De ahí cabe inferir, como señala LAPORTA, que los deberes profesionales de los jueces son básicamente tres:⁶ el deber de fallar, de aplicar el derecho y el de motivar las sentencias, es decir, *los jueces tienen el deber de juzgar motivando la decisión de acuerdo con el sistema de fuentes.*

Ahora nos interesa indagar en el segundo, en “*el deber de aplicar el derecho*, el deber de resolver los conflictos, pero no de cualquier manera sino recurriendo a ingredientes del ordenamiento jurídico. O, para decirlo en términos más precisos, el deber de atenerse al sistema de fuentes establecido por los criterios de identificación de las normas jurídicas. Ese sistema de fuentes puede ser sencillo, como la tríada clásica *ley, costumbre, principios*, o puede ser más complejo como el que han establecido la Constitución española y los tratados de la Unión Europea con su primacía recíproca y su amplia panoplia de leyes de diversos tipos y rangos, directivas, etc., pero su inspiración es la misma: se supone que hay un depósito de material jurídico mejor o peor definido al que debe acudir el juez para resolver”.⁷

Por todo ello, precisamente, la doctrina sentada de forma reiterada por el Tribunal Supremo a la hora de interpretar y aplicar los elementos legales que configuran el ordenamiento jurídico no es fuente del Derecho en sentido estricto, es decir, de ella no emana un derecho nuevo hasta ese momento inexistente, ni tiene fuerza vinculante por sí misma. De ahí, que el Código Civil no incluya a la jurisprudencia en el tradicional sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español (art. 1.1 CC). Pero, no obstante, la sitúa en una posición muy próxima cuando le atribuye

5 Vid. al respecto, RAMOS TAPIA, M.I.: *El delito de prevaricación judicial...*, pp. 47 y ss; SAAVEDRA LÓPEZ, M.: *Jurisdicción...*, pp. 41 y ss.

6 Vid. LAPORTA, F.: *El imperio de la ley. Una visión actual*. Ed. Trotta. Madrid. 2007; pp. 193 y ss.

7 Cfr. LAPORTA, F.: *El imperio de la ley...*, p. 194.

la función de complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC); lo que no deja de ser, prima facie, una función peculiar o enigmática pues aparece vinculada con las fuentes del Derecho pero sin serlo.⁸ Quizá esta cláusula nos está transmitiendo un mensaje bastante sensato o, en todo caso, podemos interpretarla desde una posición de centralidad en la actual discusión sobre el sistema de fuentes y el grado de vinculación del juez a la ley.⁹ Esta cláusula podría estar señalando, por un lado, que hay que apartarse de la figura de juez que propone el realismo jurídico o el Critical Legal Studies y que otorga discrecionalidad absoluta al juez para crear derecho sin limitación alguna y, por otro lado, que también hay que apartarse de la figura del juez que propone el formalismo jurídico más clásico y que prohíbe cualquier tipo de discrecionalidad al juez, pues no es más que “la boca que pronuncia las palabras de la ley”.

A diferencia de este último pensamiento, en la actualidad es difícil sostener que el sistema jurídico sea “perfecto”, es decir, completo, coherente y claro, de tal modo que exista una solución legal para cada caso que el juez determina formalmente mediante un simple silogismo. Esta concepción se corresponde con una visión “ingenua” del ordenamiento jurídico, pues es fácil aseverar como muestra la experiencia jurídica cotidiana que el sistema jurídico es “imperfecto”, pues en él hay lagunas legales, antinomias legales y también, cómo no, indeterminación e incertidumbre. Pero, pese a ello, el juez tiene el deber de fallar, ha de dar una solución al caso controvertido que se somete a su consideración, a la jurisdicción. Y ahora ya no cabe la respuesta formal, pues no hay ley para el caso, hay contradicción legal o bien indetermina-

8 En este sentido, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Jurisprudencia, constitución y proceso penal”. *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 92. 2007; p. 147.

9 Vid. al respecto, por todos, GARCÍA AMADO, J.A.: “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”. *ISEGORÍA*. Nº 35. 2006; pp. 151 y ss.; SAAVEDRA LÓPEZ, M.: *Jurisdicción...*, *pásim*; LAPORTA, F.: *El imperio de la ley...*, *pásim*; FERRERES, V. y XIOL, J.A.: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.

ción legal, tiene que hacer “algo” más para llenar el vacío legal, solventar la antinomia legal o aclarar la ambigüedad legal. Pero, este “algo” más tampoco es nuevo, ni trae su causa sólo en los tres aspectos de imperfección ya señalados, sino que la propia labor de interpretación de la ley asignada constitucionalmente al poder judicial exige con carácter general de la “discrecionalidad judicial” para determinar el sentido y alcance de la propia ley, siquiera sea porque el lenguaje (legal) no es unívoco y hay que hallar el significado más adecuado del mismo de acuerdo con los diversos criterios de interpretación existentes. Por ello, hemos de reconocer que es inmanente al propio proceso hermenéutico de interpretación de la ley que la labor judicial tiene un momento creativo, complementador o de valor añadido en la cadena de producción jurídica. O, dicho de otro modo hay un momento de toma de decisión ante las diversas alternativas de solución posibles, compatibles con el texto legal, que resultan aplicables al caso concreto a enjuiciar.¹⁰

La discrecionalidad judicial, por tanto, forma parte inherente del proceso de interpretación y aplicación de la ley, ya sea de forma explícita o implícita, y no hay que ver en ella un momento negativo de dicho proceso, sino que se trata de algo necesario e inevitable que hay que integrar conscientemente para tomarlo en consideración y hacerlo objeto de control, revisión y crítica.¹¹

10 En este sentido, en cuanto a la crítica de aquellos que oponen y diferencian entre conocimiento y valoración en el proceso de producción jurídica, advertí hace algún tiempo que “no debe verse aquí un momento negativo para el que busca la corrección y objetividad en el proceso cognitivo, sino que se trata de tomar conciencia de esta realidad y, en vez de evitarla o solaparla en pos de una supuesta neutralidad de la dogmática y de exigencias sistemáticas, se debería afrontar científicamente de manera correcta, sometiendo a objeto de estudio las cadenas argumentales de la dogmática -criterios meta-normativos- y la decisión final del intérprete. De esta manera, al incorporarlos al proceso de conocimiento, se hacen controlables y susceptibles de una crítica racional”. Cfr. PÉREZ ALONSO, E.: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Edersa. Madrid. 1995; p. 66.

11 Vid. al respecto, GARCÍA AMADO, J.A.: “¿Existe discrecionalidad...?”, pp. 168 y ss.; LAPORTA, F.: *El imperio de la ley...*, 193 y ss.; del mismo autor:

En este sentido, HART decía que “sólo cierta discrecionalidad es inevitable, pero en lo que es inevitable es inevitable”. Y en ese margen, señala GARCÍA AMADO, “lo único que podemos hacer es exigirle al juez que justifique exigentemente, mediante razones lo más convincentes y compartibles que sea posible, sus opciones y las valoraciones en que se basan, pero tales razones con que el juez motiva su decisión en los casos difíciles no serán nunca razones puramente demostrativas, jamás podrán ser prueba plena de que dio con la única respuesta correcta, sencillamente porque un caso no tiene una única respuesta correcta cuando las palabras de la ley permiten varias. Más allá del lenguaje en que las normas jurídicas se expresan, no hay verdad jurídica ninguna: ni en conceptos ideales ni en sistemas lógicos ni en valores ni en la moral social ni en el derecho natural ni en el oráculo de Oxford”.¹²

Esta discrecionalidad judicial que se predica con carácter general en la actividad interpretativa y aplicativa de la ley también alcanza al Derecho Penal, pues “lo inevitable es inevitable” también en el ámbito punitivo y qué duda cabe que la aplicación de las normas penales también está pendiente de una interpretación previa del juzgador. Sin embargo, en el contexto sancionador el grado de exigencia del principio de exclusivo sometimiento a la ley es mayor por parte de los jueces y tribunales, dado que aquí rige de forma más estricta el principio de legalidad (penal), con las garantías propias que lleva implícito, en el ámbito criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, así como con las exigencias que se derivan del mismo, de ley escrita, estricta, cierta y previa. Exigencias que se concretan, como es sabido, en la reserva de ley (orgánica), en la prohibición de la analogía en contra del reo, en la exigencia de certeza de la ley penal y en la irretroactividad de la ley penal.¹³

“La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”. En, *El carácter vinculante...*, pp. 11 y ss.

12 Cfr. GARCÍA AMADO, J.A.: “¿Existe discrecionalidad...”, p. 171.

13 Vid. al respecto, por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, pp. 106 y ss.; RAMOS TAPIA, M.I. y otros autores: *Fundamentos de Derecho Penal...*, pp. 111 y ss.

De estas exigencias nos interesa ahora la primera y la segunda, pues la consecuencia más obvia del principio de legalidad penal es la exclusión como fuente del Derecho Penal de cualquier norma que no sea una norma escrita aprobada por el Estado. No rige aquí, por tanto, el sistema general de fuentes, sino que la única fuente directa del Derecho Penal es la ley, en sentido formal, votada en cortes, que reúna, además, la forma de ley orgánica. Por lo que de esta perspectiva es claro que la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho Penal, es decir, no puede establecer delitos ni penas. Pero, además de la ley escrita, del principio de legalidad se deriva la exigencia de que los jueces solo pueden castigar aquellas conductas que estén estrictamente contenidas en la ley penal. Por ello, si bien el uso de la analogía es un medio adecuado para colmar las lagunas legales y, por tanto, es un medio de creación judicial del Derecho admitido generalmente sin dificultad alguna, en el ámbito penal no sucede lo mismo. Existe aquí una prohibición absoluta de utilizar este instrumento técnico de integración del derecho para considerar una conducta en principio atípica como constitutiva de delito (art. 4.1 CP), pues lo contrario sería tanto como afirmar que los jueces pueden crear normas penales, lo que resulta totalmente incompatible con el principio de legalidad penal. En caso de vacío legal en el ámbito penal, el propio texto punitivo le abre la vía al juez para que exponga al gobierno las razones que le asisten para considerar que una conducta no penada por la ley deba ser digna de represión penal (art. 4.2 CP).

En este sentido se ha expresado también ZUGALDÍA ESPINAR en cuanto a las normas penales, que “no pueden ser creadas por el Juez. Afirmar lo contrario supondría dar carta de naturaleza a la analogía in malam partem absolutamente inadmisibles.”¹⁴ Aunque insiste, en la línea ya señalada anteriormente, que en la labor interpretativa de la ley, que no creativa por vía de la analogía, al fijar el alcance y contenido de la misma “el juez está estableciendo, indirectamente, qué dice y qué no dice la

14 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Jurisprudencia...”, p. 148.

norma, esto es, está realizando una actividad de “configuración” de la norma y demarcando el ámbito de lo típico y de lo atípico, de lo permitido y de lo prohibido”.¹⁵ No sucedería lo mismo, sin embargo, respecto de las reglas para la aplicación de las normas penales, donde “la posibilidad de la jurisprudencia de crear Derecho Penal es evidente. De hecho, los Jueces y Tribunales -aunque nunca en contra del reo- han elaborado un importante número de reglas (deducidas, lógicamente, del total Ordenamiento Jurídico, lo que no les priva de su carácter democrático), algunas de las cuales incluso han sido asumidas posteriormente por el legislador penal”.¹⁶ En definitiva, en base a la distinción que hace entre norma y regla, termina admitiendo que “la jurisprudencia puede efectivamente *configurar* el sentido y alcance de las normas penales y *crear* reglas tendentes a su aplicación”,¹⁷ concluyendo en la conveniencia y necesidad de otorgar efecto vinculante a la jurisprudencia penal a efectos de alcanzar una aplicación predecible y calculable del Derecho Penal que, además, reúna las características de una cierta y razonable continuidad y unidad.¹⁸

Podría decirse en consecuencia que hay una “creatividad buena”, necesaria e inevitable que coincidiría con la idea expuesta sobre la discrecionalidad judicial, mientras que hay una “creatividad mala”, innecesaria y totalmente evitable, que se aparta de la discrecionalidad para aproximarse en demasía a la arbitrariedad, proscrita constitucionalmente (art. 9.3 CE).¹⁹ Arbitraria sería, al menos y desde la perspectiva penal, aquella decisión judicial que no se somete al principio de legalidad penal, es decir, que no respeta el último sentido posible del texto de la ley escrita, que dicta una norma específica para ese caso no recogida en una ley escrita, que colma una laguna legal mediante la aplicación analógica de la ley penal, que aplica su criterio propio no escrito

15 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Jurisprudencia...”, p. 148.

16 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Jurisprudencia...”, p. 150.

17 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Jurisprudencia...”, p. 151.

18 Vid. al respecto, FERRERES, V. y XIOL, J.A.: *El carácter vinculante...*, pp. 43 y ss.

19 Vid. GARCÍA AMADO, J.A.: “¿Existe discrecionalidad...”, pp. 151 y ss.

en la ley o contrario a la ley de forma retroactiva perjudicando al reo, etc. A este tipo de creatividad negativa, mala, rechazable es a la que nos referimos en el propio título y demás epígrafes de este trabajo cuando hablamos de jurisprudencia “creativa”, quizá en un gesto de benevolencia técnicamente incorrecto, pues no acude al término que se ha contrapuesto al de discrecionalidad judicial, ni mucho menos al término típicamente penal.

De todo lo expuesto, en suma, podría concluirse que la función jurisdiccional constitucionalmente asignada al poder judicial consiste en *decir, decidir y declarar el Derecho* aplicable al caso concreto enjuiciado de forma motivada y conforme al sistema de fuentes establecido, pero no en inventar derecho nuevo ni en cambiar el Derecho vigente, actuando en contra del sistema de fuentes, de la propia ley o haciendo uso de la analogía en contra del reo, al no estar establecido así en una ley, de forma escrita, estricta, cierta y previa. En ese caso abandonaríamos el campo de la discrecionalidad judicial para entrar en el pantanoso terreno de la arbitrariedad judicial a la que conduciría la llamada jurisprudencia “creativa”, en la medida que puede suponer una violación flagrante del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), con todo lo que ello puede comportar para la libertad personal y la seguridad jurídica (art. 17 CE) y la tutela judicial efectiva de los derechos (arts. 24 y 117 CE).

II. La jurisprudencia objeto de controversia

Sucede, sin embargo, que a veces la Sala II del Tribunal Supremo español desatiende su función constitucional y se arroga otra bien distinta como es la crear o modificar el Derecho vigente, suplantando y apropiándose de la función constitucional propia del parlamento español, irrogando perjuicios de muy diverso alcance y consideración, como a la imagen y crédito de la propia institución o poder del Estado que encumbra, como a la estabilidad y confianza en el sistema socio-político trazado constitucionalmente, como a la seguridad jurídica de todos los ciudadanos y poderes públicos o como a los derechos individuales o colectivos de las

personas afectadas directamente por tales decisiones judiciales dictadas al margen del Derecho o en contra del Derecho y guiadas por motivaciones subjetivas que en nada interesan al Derecho, al producirse fuera del Derecho; quizá sea que se atribuye una función trascendente, una inteligencia superior o un conocimiento omnisciente como el juez Hércules, una función de coadyuvante en la relaciones internacionales del gobierno,...

Esto ha sucedido en materia de competencia extraterritorial de los jueces y tribunales españoles, estrechamente vinculada al principio de justicia universal, donde la Sala de lo penal del Tribunal Supremo español ha llegado a dos situaciones extremas, contrarias a su función constitucional, creando Derecho ex novo en un caso, pues ante un vacío legal inventa derecho, y contrariando el Derecho vigente en otro caso, pues inventa criterios correctores y limitadores de la ley que prácticamente conducen a su inaplicación. En el primer caso se trata de un problema de falta de jurisdicción penal para conocer de un asunto, que se resuelve estableciendo y atribuyendo judicialmente una jurisdicción legalmente inexistente: *el Estado Español no tiene jurisdicción y el Tribunal Supremo decide que sí la tiene*. En el segundo caso sucede justo lo contrario, se trata de un problema de falta de asunción de la jurisdicción penal para conocer de un asunto atribuido por ley a nuestro país, que se resuelve estableciendo judicialmente criterios limitadores de la ley que niegan una jurisdicción legalmente existente: *el Estado Español tiene jurisdicción y el Tribunal Supremo decide que no la tiene*.

De este modo, la competencia extraterritorial de la jurisdicción penal española es establecida al antojo de la Sala II del Tribunal Supremo sin atender a los principios y criterios legales establecidos en la LOPJ, cuyo Libro Primero, en su Título Primero, está destinado precisamente a fijar legalmente “la extensión y límites de la jurisdicción”. De este modo, el art. 23 LOPJ es tratado como si fuera un acordeón que se estira hasta límites insospechados para extender la jurisdicción allí donde no alcanza la ley, al

tiempo que también se encoje hasta límites insospechados para restringir y eludir la jurisdicción allí donde la ley quiere llegar; con lo que se peca tanto por exceso como por defecto.

Con este proceder se vulnera el principio de legalidad, no se actúa con sometimiento único al Derecho, al tiempo que también se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su aspecto relativo al derecho de acceso al proceso, ya sea obligando a un proceso al que no cabe acceder por falta de jurisdicción, ya sea impidiendo el acceso a un proceso al que se tiene derecho declarando la falta de jurisdicción.

Esta anómala actuación judicial ha sido legalizada posteriormente por quien correspondía desde un principio, por el parlamento español, mediante las dos últimas reformas que se han llevado a cabo del principio de justicia universal establecido en el art. 23.4 LOPJ. La primera, la reforma operada a través de la LO 13/2007, de 19 de noviembre, legaliza el exceso de jurisdicción atribuido por la Sala II del Tribunal Supremo a los jueces y tribunales españoles en materia de inmigración clandestina, incluyendo el delito de tráfico ilegal o inmigración de personas entre aquellos que pueden perseguirse extraterritorialmente en base al principio de justicia universal. Y la segunda, la reforma realizada mediante la LO 1/2009, de 3 de noviembre, legaliza el déficit de jurisdicción establecido por la Sala II del Tribunal Supremo en materia de justicia universal, incluyendo en la ley los criterios de conexión limitadores de la jurisdicción universal que estableció la línea jurisprudencial iniciada con el llamado “Caso Guatemala”. Por lo que a partir de estas dos reformas en la LOPJ la Sala II del Tribunal Supremo ya está habilitada legalmente para hacer lo que antes no le permitía la ley: ahora es legal lo que antes no lo era. Aunque, al final, lo más lamentable de todo este decurso de los acontecimientos, iniciados en vía judicial y culminados en vía legislativa, es el severo quebranto que se ha terminado produciendo al principio de justicia universal por exceso, primero, y por defecto, después, como pasamos a exponer y criticar.

III. Jurisprudencia “creativa” y extensiva de la jurisdicción extraterritorial española: la reforma de la LOPJ de 2007

1. Problema judicial planteado: falta de jurisdicción

El complejo fenómeno migratorio que se ha producido en las dos últimas décadas a nivel mundial, estrechamente vinculado a la globalización económica, al incremento de la población mundial y al desarrollo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, ha hecho de la gestión ilícita de los movimientos migratorios un fructífero y rentable negocio en manos de la delincuencia organizada transnacional que se aprovecha de las necesidades y ambiciones de mejores condiciones de vida que padecen y anhelan las personas que deciden emigrar. Desde organismos internacionales y europeos se ha considerado que estamos ante una nueva forma de delincuencia que debe ser erradicada a través del Derecho Penal y, por ello, los Estados están utilizando el Derecho Penal para controlar los flujos migratorios en sus respectivos territorios, considerando como delito el tráfico ilegal de inmigrantes o la inmigración clandestina, es decir, castigando fundamentalmente la ayuda a la entrada ilegal de inmigrantes en el país de destino. España no ha sido ajena a esta realidad y a través de la LO 4/2000, de 11 de noviembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, introdujo en el Código Penal un nuevo Título relativo a los Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en el art. 318 bis CP, que tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, tipifica como delito los actos de favorecimiento, promoción y facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España u otro país de la UE, castigándolo con pena de cuatro a ocho años de prisión.²⁰

20 Vid. al respecto, DE LEÓN VILLALBA, F.J.: Tráfico de personas e inmigración ilegal. Tirant lo blanch. Valencia. 2003; PÉREZ CEPEDA, A.I.: Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal. Comares. 2004; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y otros autores: *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*. M. Díaz y García Conlledo (Dir.) La Ley. Madrid. 2007. Vid. también los recientes estudios monográficos de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La inmigración como de-*

La aplicación judicial del art. 318 bis CP ha permitido castigar cualquier tipo de ayuda a la entrada, tránsito o salida de extranjeros en situación irregular que tenga el territorio español como lugar de destino, paso u origen, sin más, es decir, la simple ayuda a la inmigración clandestina o ilegal. Pero, además de los múltiples problemas interpretativos que viene suscitando el tenor literal de este precepto,²¹ su aplicación judicial ha planteado otro problema importante desde la perspectiva procesal, referido a la posible falta de competencia de la jurisdicción penal española para conocer de estos delitos cuando las embarcaciones que trasladan a los inmigrantes hacia las costas españolas son interceptados en aguas internacionales por las autoridades españolas que normalmente acuden en acciones de salvamento de tales embarcaciones, que se encuentran sin combustible, averiadas, con vías de agua, a punto de naufragar en alta mar, etc. Y una vez que se encuentran en tierra firme española, se plantea la cuestión de si los jueces y tribunales españoles tienen competencia para enjuiciar a los patrones y demás miembros de la tripulación de estas embarcaciones (pateras, cayucos, etc. sin nacionalidad) que transportan ilegalmente a personas desde el continente africano hacia nuestro país, a pesar de haber sido interceptadas fuera de las aguas territoriales españolas. ¿Tiene, por tanto, la jurisdicción penal española competencia extraterritorial para conocer de estos hechos?

Esta problemática se ha planteado fundamentalmente en la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria,²² aunque también ha habido un caso en Granada²³. Así, por ejemplo, entre

lito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP. Atelier. Barcelona. 2007; GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas en el Derecho Penal Español.* Aranzadi. Pamplona. 2007; MAYODORMO RODRIGO, V.: *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas.* Iustel. Madrid. 2008; PÉREZ ALONSO, E.J.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina.* (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal). Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

21 Vid. nota anterior.

22 Vis. las SSAP de 30-6-2006 (Sec. 2ª); 26-7-2006 (Secc. 1ª); 2-8-2006 (Secc. 1ª); 26-10-2006 (Sec. 6ª); 31-10-2006; 15-11-2006 (Secc. 2ª); 23-2-2007 (Secc. 1ª); 20-4-2007 (Sec. 6ª); 16-7-2009 (Sec. 1ª); 25-3-2010 (Secc. 1ª).

23 Vid. la SAP de 16-2-2007.

las primeras sentencias cabe citar la SAP de Las Palmas de 26 de julio de 2006, donde declara probado que “el día 13 de marzo de 2006 la embarcación de Salvamento Marítimo localizó a veinte millas al sur de la isla de Gran Canaria, una embarcación tipo cayuco con cuarenta y cinco inmigrantes de origen subsahariano a bordo, entre los que se encontraban los acusados A. S., Y. Z. y B. S., todos mayores de edad y sin antecedentes penales, siendo embarcados y trasladados por la referida embarcación de salvamento hasta el puerto de Arguineguín en la localidad de Mogán (Las Palmas)”. Ante tales hechos la fiscalía acusa por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis, 1 y 3 CP, mientras que la defensa solicita la libre absolución, planteando la falta de jurisdicción de dicha audiencia “para conocer del procedimiento, dado que la embarcación con los ciudadanos extranjeros a bordo fue interceptada fuera de las aguas jurisdiccionales españolas, es decir, pasadas las doce millas náuticas”. La AP, tras un minucioso estudio de la cuestión planteada, falla en el sentido solicitado por la defensa, declarando su falta de jurisdicción para conocer de los hechos objeto de acusación, ofreciendo en tal sentido una fundamentación jurídica muy sólida.

El ministerio fiscal recurre en casación esta resolución judicial —así como todas las demás sentencias que se han enfrentado con este mismo problema y también han declarado la falta de jurisdicción—, afirmando que “la inmigración ilegal constituye uno de los problemas más graves que afronta nuestro país en la actualidad” y reconociendo abiertamente que “no parece aceptable entender que España no tiene jurisdicción en relación con los patrones responsables de las embarcaciones que se dirigen a nuestro país”. Por ello, señala que, en su opinión, “el Tribunal de instancia no presta la debida atención al 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, en el que se 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”.²⁴ Los argumentos esgrimidos por la fiscalía, que han servido de base fundamentadora a la jurisprudencia sentada por el TS, en el fondo están guiados por criterios de justicia material, con la pretensión de evitar la impunidad de los patronos de las embarcaciones que ilegalmente trasladan a inmigrantes con destino a España, aunque ello se haga a costa de vulnerar el principio de legalidad penal.²⁵

2. Solución del Tribunal Supremo: extensión de la jurisdicción

El TS en la resolución de los recursos interpuestos por el ministerio fiscal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este asunto, en más de una decena de casos que le han sido planteados, anulando en todos ellos las sentencias impugnadas y afirmando que la jurisdicción penal española es competente para enjuiciar tales hechos, aunque para ello ha empleado distintas vías argumentativas, que pasamos a exponer.

A. Existencia de jurisdicción en base a la legislación internacional

La primera línea jurisprudencial seguida por el TS para afirmar la concurrencia de la jurisdicción penal española en los casos objeto de discusión se basa en la legislación internacional referida a la delincuencia organizada transnacional, al tráfico ilícito de migrantes y al derecho del mar. Esta argumentación fue la primera y la más utilizada por el TS para analizar el problema relativo a la jurisdicción que deba conocer de las conductas ayuda a la inmigración clandestina descubiertas e interrumpidas en

24 Vid. por ejemplo, el fundamento de derecho segundo de la STS de 25-6-2007, que casa y anula la SAP de Las Palmas de 26 de julio de 2006, antes citada.

25 En este sentido se expresa también, REBOLLO VARGAS, R.: “El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.. 2009; pp. 3 y 5.

aguas internacionales,²⁶ donde tras hacer unas consideraciones generales sobre los principios que rigen la aplicación de la ley penal española en el espacio conforme a lo establecido en la LOPJ, centra la atención en el caso enjuiciado teniendo en cuenta diversas referencias legales a convenios internacionales que serían de aplicación al mismo.

Así, en la primera sentencia donde se asienta esta línea jurisprudencial, la STS de 15-6-2007, comienza su argumentación señalando: 1º que la inmigración ilegal es un problema actual de relevancia internacional, muy relacionado con la delincuencia organizada transnacional, por lo que ha sido regulado en acuerdos internacionales como en la Convención de 15 de noviembre de 2000, junto con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa dicha Convención; 2º que el citado Protocolo establece que “los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar” (art. 7) y determina que “todo Estado que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad, podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda” (art. 8.7); 3º que la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, determina que “la alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral”, y que “se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional” (art. 87.1), haciendo algunas precisiones sobre la nacionalidad de los buques, recogidas en el art. 91.1; 4º que la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 dice que “se entenderá por “alta mar” la parte del mar

26 Vid. las SSTs de 15-6-2007 (TOL1.106.880); 21-6-2007 (TOL1.106.971); 21-6-2007(TOL1.123.974); 25/6/2007 (TOL1.106.873); 5-7-2007 (TOL1.124.012); 8-10-2007 (TOL1.156.721); 27-12-2007 (TOL1.235.296).

no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado” (art. 1), y declara que “estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía” (art. 2), existiendo, por tanto, libertad de navegación en alta mar (art. 4). Además, se previene que “el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar” (art. 12.2).

En el presente caso, señala el TS, “nos encontramos 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 es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del art. 318 bis, apartados 1º y 3º del Código Penal, por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigía el cayuco intervenido.

El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años (art. 318 bis 1º y 3º CP y art. 2 b) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000). La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables —al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)— se encontraban en territorio nacional. Existe, en

todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos [especialmente el art. 23.4,h) LOPJ] justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles”.

Hay otras dos resoluciones del TS que a diferencia de las anteriores no traen su causa en el recurso interpuesto por la fiscalía frente a la falta de jurisdicción declarada por las AAPP, sino que resuelven recursos de casación interpuestos por las defensas ante la afirmación de jurisdicción llevada a cabo por dos AAPP. Así, la STS de 1-6-2007 (TOL1.123.993),²⁷ curiosamente la primera que trata esta cuestión, también aduce legislación internacional para afirmar la jurisdicción española, aunque con una argumentación parcialmente distinta a la expuesta, cuando afirma que las aguas internacionales no son un territorio al margen de la ley como se desprende de la Convención sobre el Derecho del Mar, sino que está sujeto a regulación no solo de los aspectos civiles, “sino también algunas conductas que entran en el territorio del derecho penal y que guardaban gran similitud con la que examinamos en este recurso. Además de la obligación de prestar auxilio, se castiga el transporte de esclavos (art. 99), se ordena reprimir la piratería y el apresamiento de los buques que la practiquen y se ordena reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 108). Por ello, aunque se argumenta que pudieran ser aguas internacionales, la actuación estaba justificada”. Y termina refiriéndose al derecho de persecución en aguas contiguas, al que se refieren los arts. 111 y 33 de la Convención, y que autoriza a los Estados “a prevenir la infracción de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en dicha zona que no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas a partir de la línea de base que determina el mar territo-

27 Sentencia que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Cádiz (Sec. de Algeciras) de 6-7-2006.

rial. Es decir, cualquiera cuales fuesen las condiciones en que se produjo la prestación de auxilio, seguida de la comprobación de un delito grave contra la integridad de las personas la intervención estaba autorizada por la Convención” Por todo ello, el TS termina afirmando que tales disposiciones otorgan la competencia para conocer de estos delitos a la jurisdicción española.²⁸

B. Existencia de jurisdicción en base al lugar de comisión del delito.

La segunda línea jurisprudencial del TS surge a través de la STS de 3-1-2008 (TOL1.245.309), que puede considerarse como una sentencia de transición entre la primera línea y la segunda que se consolida con la STS de 23-1-2008 (TOL1.245.304). Aquella sentencia fundamenta la existencia de jurisdicción penal en la legislación internacional alegada anteriormente, incluso, precisando y desarrollando algunos extremos de la misma, pero dejando bien claro que es en el Convenio de Palermo y en el Protocolo complementario de 2000, así como en la Convención sobre el Derecho del Mar, junto al art. 23.4,h) LOPJ en los que fundamenta su decisión.

No obstante, alega como criterio secundario, que no principal, el lugar de comisión del delito a efectos de determinar la discutida competencia para el enjuiciamiento del delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. De este modo, señala que, “tratándose de un delito cuya estructura típica incluye la modalidad comisiva de actos de mero favorecimiento o promoción de los que son lesivos para el bien jurídico protegido, el tratamiento procesal de la competencia para su enjuiciamiento se asimila al de los supuestos de tentativa.

En relación a tales comportamientos delictivos, el lugar de comisión, que es el criterio de naturaleza procesal determinante

28 Vid. también, en la misma línea, la STS de 18-2-2008 (TOL1.297.085) que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sec. 5ª) de 9-2-2007.

de la competencia, ex art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe determinarse conforme a lo que hemos acordado en Sala General de 3 de febrero de 2005 . Es decir que el delito se comete en cualquiera de aquellos lugares en que se despliega la actividad del sujeto o se manifiesta el resultado típico. Y cuando se trata de una consumación interrumpida, como es el caso de la tentativa, o se estima consumado por el comportamiento meramente favorecedor de la lesión del bien jurídico, el lugar en que el resultado habría de producirse o la lesión habría de ocasionarse se erigen en criterios de atribución de competencia, concurrentes con el del lugar de la actuación del sujeto.

Esto último resulta especialmente indicado cuando, como en el presente caso, según dejamos antes expuesto, la jurisdicción se extiende por virtud de tratados internacionales que toman como criterio que el delito, cometido allende la frontera territorial del Estado, se concibe por el autor, como dice el art. 15.2 del Protocolo citado “con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio”.

En este punto la STS de 3-1-2008 viene a coincidir con la solución ofrecida por el voto particular presentado por un magistrado contra el parecer mayoritario de dicha sentencia, donde considera equivocado fundamentar la existencia de jurisdicción en la legislación internacional ya referida, cuya cita resulta inadecuada y superflua a los efectos pretendidos. Por el contrario, la jurisdicción española –según el voto discrepante- “se fundamenta en el principio territorial y los criterios jurisprudenciales que establecen el lugar de comisión del delito”.

Pero la nueva línea jurisprudencial queda plenamente expuesta y consolidada en la STS de 23-1-2008 (TOL1.245.304), cuyo ponente es ahora el magistrado discrepante de la sentencia anterior. Comienza su argumentación señalando que, aunque el art. 318 bis CP considera como formas de autoría acciones que son más propias de la participación, “habrá que admitir que nada autoriza a considerar que tales acciones de colaboración pueden ser punibles fuera del ámbito de validez espacial (territorial)

de la ley penal correspondiente, en este caso el art. 318 bis CP. Parece claro que una norma sólo puede ser infringida en el lugar donde rige y que los actos dirigidos directamente a ingresar antijurídicamente en ese ámbito de validez espacial no son sino actos de preparación o de comienzo de ejecución de un delito que sólo existe en el territorio en el que la norma rige. Por esta razón el problema que se presenta en este caso no puede ser resuelto sin abordar la cuestión desde la perspectiva general del criterio jurisprudencial referente al lugar de realización de la acción u omisión, incluso en el caso del favorecimiento o la cooperación.

Asimismo debe quedar claro que el lugar de comisión del delito o de realización de la acción es el lugar en el que el autor realiza su propia acción. Por lo tanto, el delito no se consuma como consecuencia de la introducción de los acusados por autoridades españolas en aguas territoriales españolas, pues en tales circunstancias los detenidos ya no están ejecutando una acción propia. Lo contrario vendría acaso a legitimar el procedimiento, de discutible legalidad en el derecho internacional, conocido como “male captus bene detentus”, sin ningún apoyo en la legalidad interna”.

A efectos de determinar el lugar de comisión del delito se refiere a “la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, en la que se ha decidido, interpretando razonadamente el silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito, que dicho lugar de comisión debe ser establecido mediante el criterio de la llamada teoría de la ubicuidad.

De acuerdo con la premisa básica de esta tesis, el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado. De esta premisa básica se derivan asimismo otras que completan el alcance del criterio que la informa en ciertas formas particulares de delitos.

En los delitos de omisión el lugar de comisión se considerará, en principio, aquél en el que el omitente debía ser realizada

la acción, salvo casos excepcionales en los que la ley disponga otra cosa por consideraciones especiales.

El los casos de tentativa o preparación el lugar de comisión será tanto el lugar donde se realice la preparación o donde se de comienzo a la ejecución, como el lugar en el que, según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado (no acaecido)”. Esta configuración de la teoría de la ubicuidad se ha adoptado positivamente un importante número de legislaciones penales europeas, como Alemania, Austria, Eslovenia, Finlandia, Polonia, Portugal, Suiza e Italia, lo que permite considerarla –según la sentencia- como constitutiva del derecho penal internacional de los Estados europeos y, por tanto, “como criterio interpretativo de nuestro derecho vigente, dado que nuestra ley guarda silencio sobre un presupuesto conceptual esencial para la aplicación del principio territorial. Esta conclusión tiene además apoyo en la doctrina que actualmente postula el reconocimiento del derecho comparado como un método interpretativo que se suma a los cánones interpretativos tradicionales del siglo XIX.

El derecho europeo citado establece, por lo tanto, que en estos casos no corresponde aplicar otro principio que el territorial, dado que el delito debe reputarse cometido en el territorio nacional. Las razones que sostienen esta regla especial de aplicación del derecho nacional a los casos que se preparan o que comienzan a ejecutarse para ser cometidos en el territorio del Estado son claras y tienen total paralelismo con las que conforman el criterio de la ubicuidad: el lugar de comisión debe estar determinado no sólo por la ejecución de la acción o el de la producción del resultado, sino también por el lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico nacional.

En el presente caso, por lo tanto, la cuestión planteada es clara: los acusados comenzaron la ejecución del delito fuera de las aguas territoriales españolas amenazando claramente el orden jurídico español y el territorio español en que introducirían a los inmigrantes transportados. Consecuentemente, el delito debe ser considerado cometido dentro del territorio español, pues en éste

debía producirse, según la representación de los autores, el ingreso clandestino de las personas transportadas. Dicho de otra manera: en estos supuestos sólo entra en consideración el principio de territorialidad y el delito ha tenido lugar en territorio español”.²⁹

C. Existencia de jurisdicción en base al principio de justicia supletoria

En último término, hay que destacar que la mayor parte de sentencias que basan la existencia de jurisdicción en la legislación internacional ya referida y en el art. 23.4,i) LOPJ, al analizar los principios que rigen la aplicación espacial de la ley penal española terminan haciendo una referencia final al principio de justicia supletoria, como si se tratara de un principio más que disciplina esta materia (!). Así, en la primera sentencia dictada en esta línea, la STS de 15-6-2007, comienza señalando que “si 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 todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido”, tal y como establece el art. 23.1 LOPJ. Principio general que, como es sabido, tiene diversas excepciones recogidas en la propia LOPJ y que permiten otorgar competencia extraterritorial a la jurisdicción penal española en base el principio de personalidad o nacionalidad activa (art. 23.2 LOPJ), al principio real o de protección de intereses del Estado español (art. 23.3 LOPJ) y al principio de justicia universal o mundial (art. 23.4 LOPJ). Pero, inmediatamente 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

29 Esta misma línea argumental ha sido seguida con posterioridad por las SSTS de 31-1-2008 (TOL1.294.024) y de 29-12-2008 (TOL1.432.480) que si bien comienzan remitiéndose a la legislación internacional ya conocida, terminan fundamentando la existencia de jurisdicción en el principio de territorialidad por entender cometido el delito en territorio español.

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 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 auto iudicare”, si no se concediere la extradición.

Por consiguiente, si bien es verdad que en congruencia con su correlación con la soberanía, 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, habida cuenta -como ya hemos dicho- que la comunidad tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general”.

3. Valoración crítica.

La problemática judicial que plantea la interceptación de embarcaciones en aguas internacionales que transportan ilegalmente a inmigrantes con destino al territorio español, según creo, viene provocada por la existencia de un vacío legal que conduce a la falta de jurisdicción de nuestros jueces y tribunales para conocer de tales hechos, tal y como declaran con razón las sentencias impugnadas de las audiencias provinciales de Las Palmas de Gran Canaria y de Granada, aunque ello suponga reconocer la impuni-

dad de los patronos y demás tripulantes de las embarcaciones que se dedican a dichas actividades ilícitas por mero afán de lucro. El ministerio fiscal y el TS no contentos con esta situación de impunidad pretenden hacer justicia material y declarar la existencia de jurisdicción creando derecho para llenar esta laguna legal, haciendo uso de la analogía prohibida penalmente o inventando criterios o principios legales inexistentes en clara contradicción con el principio de legalidad penal, con su deber de sometimiento exclusivo al Derecho y su función constitucionalmente atribuida de interpretar y aplicar el Derecho vigente. Por ello, la actuación de la Sala II del Tribunal Supremo en cualquiera de las líneas argumentativas empleadas como medio para alcanzar el fin de justicia material prefijado merecen una valoración crítica por los motivos que paso a exponer.

a) En cuanto a la primera línea jurisprudencial que fundamenta la existencia de jurisdicción en la legislación internacional sobre el derecho del mar y el tráfico ilícito de migrantes, y que relaciona en todo caso con el art. 23.4,i) LOPJ, carece de consistencia argumentativa y de base legal. La cita de preceptos, de convenios, de protocolos internacionales por sí sola, y por muchas veces que se repita, no puede llenar un vacío legal y atribuir una jurisdicción allí donde falta la jurisdicción, sobre todo, si estamos hablando de la jurisdicción penal, a la que también alcanza el principio de legalidad penal, en la vertiente de garantía de jurisdicción, y la tutela de los derechos de los ciudadanos (arts. 24, 25.1 y 117.3 CE).

a'. En efecto, se cita en primer término la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, junto al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que lo complementa y que fueron ratificados por España en 2002. La cita de estos acuerdos internacionales se relaciona inmediatamente con el art. 23.4,i) LOPJ donde se establece la cláusula de cierre que atribuye la jurisdicción española en base al principio de justicia universal, cuando los tratados y convenios internacionales otorguen directamente a los Estados tal

competencia. Pero, insisto en que ni una cita ni otra por si solas otorgan la ambiciada jurisdicción, sino que se trata de compromisos internacionales que habilitan a los Estados firmantes para que introduzcan en su derecho interno las normas necesarias para la persecución y el castigo de estos ilícitos.³⁰

Por ello, en este caso, no basta con decir que dichos acuerdos forman parte del ordenamiento interno español, al estar válidamente celebrados y publicados (art. 96.1 CP), como, por ejemplo, hace la STS de 18-2-2008 (TOL1.297.085), pues dichas previsiones programáticas no son directamente aplicables, si quiera sea porque no establecen tipos penales perfectamente determinados ni reglas de jurisdicción precisas, sino que están pendientes de un desarrollo legal posterior que compete al legislador nacional, conforme a su legislación interna, para habilitar la actuación judicial en esta materia. Pero, en modo alguno, pueden actuar directamente y en primer término los jueces y tribunales españoles, sin que lo haga previamente el parlamento español determinando el sentido y el alcance legal que le quiere dar al compromiso internacional del Estado español en materia de tráfico ilícito de migrantes y delincuencia organizada transnacional.

Así, en relación con la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, se cita el art. 5.1 que dispone que “Cada Estado Parte *adoptará* las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito...” la participación en un grupo delictivo organizado. También se cita el art. 15 referido a la jurisdicción, precisamente, donde se señala que: “1. Cada Estado Parte *adoptará* las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención cuando... 2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también *podrá establecer* su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando... c) El delito: i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de

30 En este sentido, vid. REBOLLO VARGAS, R.: “El delito de tráfico ilegal de personas...”, pp. 7 y 8.

la presente Convención y se comenta fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio”.

Por otra parte, en relación con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, se cita el art. 6 referido a la penalización, donde se declara que “1. Cada Estado Parte *adoptará* las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito...” el tráfico ilícito de migrantes. A lo que añade que conforme al art. 1.3 los delitos tipificados con arreglo al art. 6 del Protocolo “se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención”. De ahí las citas realizadas a la Convención contra la delincuencia organizada transnacional a las que ya se ha hecho referencia.

Antes que nada conviene señalar que la línea jurisprudencial sometida a crítica debería haberse esforzado un poco, al menos, en constatar que en los casos objeto de enjuiciamiento se está en presencia realmente de un “grupo delictivo organizado”, pues tal característica de la delincuencia junto a su carácter transnacional es lo que permitiría la aplicación de ambos textos internacionales.³¹

Pero, la simple lectura de los preceptos citados por esta línea jurisprudencial pone claramente de manifiesto que en ellos se está facultando sin más a los Estados firmantes para que penalicen la participación en la delincuencia organizada transnacional y el tráfico ilícito de migrantes, así como para extender su competencia extraterritorial en esta materias, quedando pendiente de un desarrollo posterior en su derecho interno, pues es claro que tales preceptos incriminatorios o extensivos de la jurisdicción penal no son de aplicación directa.

31 En este sentido se expresa el Informe del Consejo General de Poder Judicial al Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, de junio de 2007, p. 14. Vid. también el voto particular a la STS de 3-1-2008 (TOL1.245.309), así como REBOLLO VARGAS: “El delito de tráfico ilegal de personas...”, p. 4.

En efecto, no es pensable que el TS aplicara directamente el art. 6.1 del Protocolo que faculta para tipificar como delito el tráfico ilícito de migrantes cometido intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Sin duda que sería muy aceptable desde el punto de vista de justicia material una tal aplicación directa del protocolo, pues evitaría los excesos punitivos a los que se ha llegado en materia de inmigración clandestina en España, donde se está castigando con la máxima severidad punitiva todo trato con inmigrantes en situación irregular, como consecuencia de no exigir el ánimo de lucro en la acción de ayuda al tráfico ilícito de migrantes como un elemento constitutivo del delito, tal y como establece el Protocolo. Pero, en un Estado de Derecho los deseos o conceptos personales de justicia material no podemos convertirlos en ley, sin pasar por el parlamento, y actuar cómo si estuvieran establecidos en la ley, si quiera sea porque el concepto de justicia material no es unívoco, sino multívoco en una sociedad plural como es la nuestra. Por eso es importante que sea el parlamento, como órgano de representación de la voluntad popular, quien determine dicho concepto y lo establezca en la ley.

Además, así ha sucedido finalmente en esta materia, pues el primer compromiso internacional establecido por el Protocolo se ha desarrollado a través de la tipificación en el art. 318 bis CP del delito de tráfico ilegal de personas operada por la LO 4/2000, de 11 de enero, donde también se incluyó la inmigración clandestina de personas mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, aunque de un modo expansivo y punitivista ciertamente criticable,³² pero así lo que querido el legislador. El segundo compromiso internacional establecido por el Protocolo se ha desarrollado a través de la extensión de la competencia extraterritorial de la jurisdicción penal española para conocer del delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, llevada a cabo por la LO

32 Para una crítica severa a la regulación legal e interpretación judicial del art. 318 bis CP, vid. PÉREZ ALONSO: *Tráfico de personas...*, pp. 208 y ss., y la bibliografía allí citada.

13/2007, de 19 de noviembre, que ha introducido este delito en el catálogo de delitos que dicha competencia en base al principio de justicia universal.

Estos reformas legales de la legislación penal y procesal española dejan bien claro que las disposiciones internacionales citadas tienen carácter facultativo y no pueden tener una aplicación directa, por lo que tampoco pueden relacionarse con el art. 23.4.i) LOPJ tal y como hace la línea jurisprudencial sometida a crítica. Este precepto otorga competencia extraterritorial de aquellos delitos que, según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos en España, es decir, cuando la legislación internacional referida a algún delito en particular impone a España o cualquier otro Estado firmante la jurisdicción para perseguir dicho delito, como sucede en el caso del apoderamiento ilícito de aeronaves, la toma de rehenes, la tortura, etc.³³ Pero no en este caso donde el convenio dispone que el Estado parte *podrá* establecer dicha jurisdicción, sin que dicho convenio lo establezca de forma expresa.

En conclusión, como señala el Consejo General del Poder Judicial, “estas normas internacionales fundamentalmente obligan a los Estados a tipificar y sancionar esta clase de infracciones delictivas, así como a establecer los mecanismos necesarios para su represión, pero sin establecer normas de jurisdicción extraterritorial que los Estados deban introducir en su derecho interno, sino que únicamente les faculta para ello, por lo que en materia de tráfico ilegal de personas no parece que sea de aplicación la cláusula genérica que remite a los delitos que deban ser perseguidos

33 Esta es la línea jurisprudencial que ha venido manteniendo el TS en relación a la interpretación del art. 23.4.i) LOPJ, vid. por ejemplo la STS de 4-11-2004 (TOL514.607). Vid. al respecto, también, por todos, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Límites a la ley penal en el espacio*. Atelier. Barcelona. 2004; pp. 124 y ss.; ANDRÉS DOMINGUEZ, A.: *Derecho Penal Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006; pp. 133 y ss.; OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*. La Ley. Madrid. 2008; pp. 214 y ss.

en España conforme a los tratados o convenios internacionales [art. 24.3 h) LOPJ]”.³⁴³⁵

b'. Esta primera línea jurisprudencial también intenta fundamentar la jurisdicción penal española en el derecho de visita y registro de los buques a que se refiere el art. 8.7 del Protocolo sobre tráfico ilícito de migrantes, y con anterioridad el art. 110 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982. En base a estas dos disposiciones de carácter internacional el TS se atreve a decir, en su sentencia de 1-6-2007 (TOL1.123.993), que “la consecuencia lógica de todo ello es que el estado que ha ejercido el derecho de visita proceda, a ejercer la jurisdicción penal en relación con los delitos cometidos, pues tal actuación no supone una afrenta a la soberanía de ningún Estado, y de no actuar este tipo de comportamientos quedarían impunes”(!).

Sentencia esta que se recrea en exceso en la suerte de la cita de preceptos de dicha Convención para justificar lo injustificable: la existencia de jurisdicción cuando hay un vacío legal que lleva a la falta de jurisdicción. Si quedan impunes dichos comportamientos que queden, mientras que no se reforme la ley, pero la normativa internacional referida al derecho de visita no puede en modo alguno atribuir una jurisdicción penal inexistente, pues es claro que la finalidad de la misma no es establecer las reglas de jurisdicción de los Estados firmantes de dicho convenio para la

-
- 34 Cfr. el Informe del Consejo General de Poder Judicial al Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, de junio de 2007, p. 16. En el mismo sentido se ha pronunciado el magistrado discrepante que firma el voto particular a la STS de 3-1-2008 (TOL1.245.309), así como REBOLLO VARGAS, R.: “El delito de tráfico ilegal de personas...”, pp. 9 y 10. Incluso, con anterioridad, las sentencias de las audiencias provinciales casadas por esta línea jurisprudencial del TS ya recogían de forma clara y muy bien fundada esta misma argumentación, que fue ignorada o despreciada por el TS. En esta línea vid. por todas la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 26-7-2006 (TOL999.442)
- 35 La referencia hecha al apartado h) del art. 23.4 LOPJ hay que entenderla hecha en la actualidad al apartado i) de dicho precepto.

persecución del tráfico ilícito de migrantes, si quiera sea porque dicha convención tiene un objeto de regulación distinto.³⁶

Del mismo modo la cita de preceptos de esta convención relativos al castigo del transporte de esclavos (art. 99), a la represión de la piratería y el apresamiento de buques que la practiquen y la represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 108) y al derecho de persecución en las aguas contiguas (arts. 33 y 111) para terminar afirmando que “cualquiera cuales fuesen las condiciones en que se produjo la prestación de auxilio, seguida de la comprobación de un delito grave contra la integridad de las personas la intervención estaba autorizada por la Convención”, creo que supone una afrenta al sentido común y a la inteligencia, pues nada tienen que ver con nuestro objeto de controversia, por lo que no merecen más comentario.

Aunque el éxtasis lo alcanza el TS en el párrafo siguiente de tan lamentable sentencia cuando, refiriéndose a las deplorables condiciones en el traslado de los inmigrantes, señala que “constituye, sin duda, un tráfico ilícito y guarda cierta similitud con el esclavismo por lo que no existe obstáculo alguno para aplicar analógicamente en el campo procesal y no en el punitivo las normas a las que hemos hecho referencia”. Afirma, en definitiva, que en base a los preceptos citados de la Convención sobre el Derecho del Mar el Estado español es competente para enjuiciar tales hechos; aunque a costa de hacer uso de la analogía en contra del reo, lo que está vedado en el ámbito penal sustantivo, pero también en el procesal penal, pues es la aplicación analógica de la ley procesal penal la que permite aplicar la ley sustantiva penal que, de otro modo resultaría inaplicable, debido al vacío legal existente. Y con ello qué duda cabe que se está perjudicando al reo, sometiéndolo bajo la jurisdicción penal española porque resulta similar al esclavismo cuando, además, ni en este caso se atribuye competencia a la jurisdicción penal española. De este

36 En sentido crítico se expresa también el voto particular a la STS de 3-1-2008. Del mismo modo, vid. REBOLLO VARGAS, R.: “El delito de tráfico ilegal de personas...”, p. 5.

modo se vulnera el principio de legalidad y además el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando se impone una jurisdicción que legalmente no corresponde.

b) En cuanto a la segunda línea jurisprudencial que fundamenta la existencia de jurisdicción en el lugar de comisión del delito también adolece de escasa consistencia argumentativa y ningún soporte legal para afirmar que el delito se ha cometido en territorio español, salvo que se recurra a la prestidigitación dogmática. Ahora, se nos quiere hacer ver que los hechos realizados fuera de las aguas territoriales españolas a 20, 55 u 80 millas de las costas de Las Palmas o a 42, millas de la costa de Granada, pues las embarcaciones interceptadas están en alta mar, más allá de las 12 millas náuticas del litoral de la costa española, en realidad, es como si se hubieran cometido dentro de nuestro territorio, en nuestro mar territorial que alcanza las 12 marinas tal y como establece el art. 3 de la Convención sobre el Derecho del Mar y los arts. 1 y 3 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre el mar territorial.³⁷

Como es sabido, la determinación del lugar de comisión del delito permite resolver dos cuestiones fundamentalmente: el ámbito de validez de la ley penal española y el ámbito de la jurisdicción penal española.³⁸ Por lo que de aceptar una tal conclusión como la que propone el TS supondría tanto como afirmar que el CP español y la jurisdicción penal española rigen en aguas internacionales, fuera del territorio del Estado Español, cuando lo sensato es pensar que las leyes penales españolas se aplican solo al ámbito territorial donde el Estado español ejerce su soberanía (art. 8.1 CC; art. 23.1 LOPJ; art. 1 Ley 10/1977), salvo que se establezca expresamente alguna excepción a la regla general de la territorialidad.

37 Sobre el concepto de territorio, vid. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Límites a la ley penal...*, pp. 29 y ss.; ANDRÉS DOMINGUEZ, A.: *Derecho Penal Internacional...*, pp. 108 y ss.

38 Vid. por todos, LUZÓN PEÑA, D.: *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Ed. Universitas. Madrid. 1996; p. 209; GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Límites a la ley penal...*, pp. 60 y ss.

Pero, como señalamos, la STS de 23-1-2008 considera que el objeto de la polémica judicial de estos casos no es tanto la falta de jurisdicción por no otorgar la legislación internacional tantas veces referida competencia extraterritorial para conocer de estos asuntos, sino que en realidad el problema se ciñe a determinar el lugar de comisión del delito, que es previo a la jurisdicción. Cuestión que debe ser resuelta conforme a la teoría de la ubicuidad tal y como ha establecido el TS en el pleno no jurisdiccional de 3-2-2005, ante el silencio legal de nuestro Código Penal al respecto, teniendo en cuenta además que este es el criterio legal de los países de nuestro entorno europeo, al que le otorga por ello eficacia constitutiva del Derecho Penal internacional de los Estados europeos. De donde deriva como consecuencia lógica que “la premisa básica de la teoría de la ubicuidad justifica su aplicación como criterio interpretativo de nuestro derecho vigente, dado que nuestra ley guarda silencio sobre un presupuesto conceptual esencial para la aplicación del principio territorial”. Lo que le permite llegar a la conclusión de que “el derecho europeo citado establece, por lo tanto, que en estos casos no corresponde aplicar otro principio que el territorial, dado que el delito debe reputarse cometido en el territorio nacional”.

Todo este discurso sobre el derecho comparado europeo sin duda resulta interesante tomarlo en cuenta como criterio interpretativo complementario, pero de ahí a otorgarle efecto constitutivo de un supuesto Derecho penal internacional de los Estados europeos, o que ante el silencio de la ley española se utilice como criterio interpretativo de la misma o que llegue, incluso, a tener aplicación en nuestro país, parece un salto arriesgado al vacío, al vacío de la ley, que nuevamente se quiere colmar a costa del principio de legalidad penal y haciendo uso de la analogía en contra del reo.³⁹

Pese al ingenio creativo mostrado en esta sentencia, analicemos, no obstante, la aplicación que se hace de la teoría de la

39 En este mismo sentido crítico, se expresa REBOLLO VARGAS, R.: “El delito de tráfico ilegal de personas...”, pp. 18 y 19.

ubicuidad al caso enjuiciado, pues aún resulta más criticable su realización práctica que viene claramente predeterminada por la idea de convertir en territorial lo que es extraterritorial. El acuerdo del pleno no jurisdiccional del TS de 3 de febrero de 2005, al que se refiere la sentencia comentada y que sirve de base a su resolución, adopta la teoría de la ubicuidad, señalando que “el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”.

Ya de entrada, no parece correcto acudir al lugar de comisión del delito para resolver el problema judicial de la interceptación de embarcaciones en alta mar, pues normalmente plantea problemas la determinación del lugar del delito en los delitos a distancia, es decir, en aquellos en los que la acción y el resultado no se producen en el mismo lugar, existiendo un conflicto de jurisdicciones entre los Estados soberanos de los territorios implicados.⁴⁰ Y en el caso en cuestión no ocurre ni una cosa ni la otra.

No obstante, volvamos a la formulación de la teoría de la ubicuidad hecha por el TS, en donde considera cometido el delito en “todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo”. Habrá que entender por tanto que en primer término será competente la jurisdicción del Estado desde donde partieron las embarcaciones. Pero, claro, lo más probable será, como advierte REBOLLO VARGAS,⁴¹ que dicho país africano no tenga previsto en su legislación penal como delito el tráfico ilícito de migrantes, ni que forme parte de las Convenciones internacionales que regulan esta materia,⁴² por lo que no tendrá jurisdicción, ni interés alguno en enjuiciar estos hechos, por lo que difícilmente puede plantearse un conflicto de jurisdicciones

40 Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Límites a la ley penal...*, p. 61; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y otros autores: *Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 170.

41 Vid. REBOLLO VARGAS, R.: “El delito de tráfico ilegal de personas...”, pp. 17 y 18.

42 Así también, el Informe del Consejo General del Poder Judicial..., p. 32.

en estos casos. Si seguimos el trayecto de la travesía, llegados ya a alta mar no hay país alguno que tenga jurisdicción, pues estamos en aguas internacionales, ni convenio internacional que atribuya dicha jurisdicción en esta materia, por lo que sigue sin aparecer el conflicto de jurisdicciones. Y ahí son interceptados por la autoridad de salvamento marítimo española, que los traslada a nuestro territorio y, entonces, surge de nuevo la pregunta inicial ¿es competente la jurisdicción penal española?, ¿se ha cometido el delito en España?

El TS entiende que sí, que como el delito se ha cometido en España, nuestra jurisdicción penal es la competente. Y, cómo cabe argumentar entonces que la cadena del tráfico ilegal iniciada en el continente africano e interceptada en aguas internacionales supone la comisión de un delito en territorio español. Para resolver esta enigmática cuestión el TS echa mano del ilusionismo dogmático que supone considerar que para determinar el lugar de comisión del delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, al tratarse de un delito de mera actividad, hay que considerarlo como un caso de tentativa de delito. Así, conforme a la teoría de la ubicuidad, en caso de tentativa de delito o preparación –señala la sentencia- “el lugar de comisión será tanto el lugar donde se realiza la preparación o donde se de comienzo a la ejecución, como el lugar en el que, según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado (no acaecido)”. A lo que añade, en la misma línea, que “el lugar de comisión debe estar determinado no sólo por la ejecución de la acción o el de la producción del resultado, sino también por el lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico nacional”, es decir, donde el autor piensa delinquir (!!).

Por tanto, el TS se ha empeñado en que el delito tenía que ser cometido en España y al final lo consigue aplicando criterios propios de un Derecho Penal de autor, pues termina castigando al patrón de la embarcación porque “*piensa* atacar el orden jurídico nacional”. Ante un argumento de tanto peso dogmático, solo cabe responder con un aforismo latino ya muy antiguo del Digesto

justiniano que conviene no olvidar nunca: “cogitationis poenam nemo patitur”, es decir, “los pensamientos no delinquen”. Aunque cabe citar otro viejo aforismo, en este caso germánico, que parece más apropiado para la ocasión: “Gedanken sind zollfrei”, es decir, “los pensamientos no pagan aduanas”. Al final de todo tendremos que dar la razón al TS sobre la importancia que tiene el derecho comparado europeo, y cómo las viejas tradiciones jurídicas europeas deben estar vigentes siempre para apartarnos de la tentación del Derecho Penal de autor que, según parece, siempre nos atenaza también.

El truco dogmático de la transformación de la naturaleza del delito en cuestión para aplicarle el criterio de determinación del lugar del delito de la tentativa de delito no tiene cabida en un Estado de Derecho. En todo caso, por qué no establece la analogía con los delitos de omisión en vez de con la tentativa de delito, dado que el tráfico ilegal de inmigrantes es un delito de mera actividad que ciertamente guarda más similitud estructural con los delitos propios de omisión.⁴³ En la sentencia comentada se afirma que “en los delitos de omisión el lugar de comisión se considerará, en principio, aquél en el que el omitente debía ser realizada la acción”; lo que traducido al caso nos llevaría a afirmar que el lugar de comisión sería aquel donde se lleve a cabo la acción, es decir, en el país de origen y no en el de destino, donde la acción no llega a tener lugar.

Pero, realmente no hace falta establecer la equivalencia con la omisión, pues lo lógico y razonable, si se apuesta por la teoría de la ubicuidad para resolver el problema en cuestión, es aplicar dicha teoría con corrección dogmática, es decir, partir de su premisa básica y aplicar el criterio específico que resulte adecuado a la naturaleza del delito correspondiente, en este caso, el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina previsto en

43 Como es sabido, es opinión unánime en la doctrina la equivalencia estructural entre los delitos propios de omisión y los delitos de mera actividad. Vid. por todos, PÉREZ ALONSO, E.J. y otros autores: *Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 475.

el art. 318 bis CP. La jurisprudencia del TS viene considerando constantemente que este precepto tipifica un delito de mera actividad y de consumación instantánea y anticipada, por lo que basta con la realización de cualquier actividad de favorecimiento de la inmigración, ya sea directo o indirecto, para que el delito se haya consumado, sin que sea preciso incluso que el iter migratorio haya tenido lugar.

Sirva de ejemplo bastante expresivo de lo que esta discutible posición unánime del TS significa el caso que podríamos denominar del “ciudadano chino invisible o fantasma”, enjuiciado por la STS de 11-4-2009. En este caso se castiga como autora de un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del art. 318 bis CP a una señora de nacionalidad china residente en Barcelona que solicita la reagrupación familiar de un falso pariente que está en China. Se castiga por el delito consumado de inmigración clandestina de un chino invisible o fantasma, que nunca salió de China y que, por tanto, nunca llegó a España.

Claro que, si aplicamos este criterio a las interceptaciones de pateras y cayucos en alta mar cargados de inmigrantes con destino a España, el delito se comete y se consume en el propio país africano de origen o en todo caso en alta mar, que es donde se ha llevado a cabo la actividad delictiva, pero nunca en España. No olvidemos, como sin embargo hace el TS, que una aplicación correcta de la teoría de la ubicuidad a los delitos de mera actividad conlleva a considerar que el lugar de comisión del delito viene dado exclusivamente por la acción típica y no por otro, bastando con que parte de esta se realice en territorio nacional,⁴⁴ en definitiva, aquel donde se realiza algún elemento del tipo. Pero en España, no se lleva a cabo la acción típica, ni en todo ni en parte, ni ningún otro elemento del tipo, por lo que no

44 Vid. JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. Manzanera Samaniego. Comares. Granada. 1993; p. 161; JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid. 1995; pp. 142 y ss.

es posible considerar cometido el delito en nuestro país conforme a la mayoritaria y adecuada teoría de la ubicuidad.

Una aplicación bastante correcta de este criterio la podemos encontrar en un caso parecido, aunque no idéntico, donde se produce la detención ilegal de capitán y jefe de máquinas de un barco de pesca realizada en alta mar por parte de otros tripulantes. En este caso, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 5-5-2005 (TOL888.634) señala que “el delito de detención ilegal ciertamente se comete cuando el capitán y jefe de máquinas son encerrados y amordazados, privándoles de su libertad, y ello acaece en alta mar, más como se trata de un delito permanente dicha infracción siguió cometiéndose una vez que el barco entró en territorio español, o lo que es lo mismo, en nuestras doce millas de aguas territoriales. *A partir de ese momento*, el conocimiento del delito pasó a ser competencia de nuestros tribunales pues no estamos ni ante un buque de guerra ni ante un buque de estado, estamos ante un barco de pesca, de forma que dado que una vez encallado el barco las víctimas seguían encerrados, con independencia de su nacionalidad y bandera, el delito cometido entra dentro de los límites que para nuestra jurisdicción penal contempla el art. 23.1 de la LOPJ pues se trata de un delito cometido dentro del territorio español”.

c) En cuanto a la tercera línea jurisprudencial que parece pretender fundamentar la existencia de jurisdicción en el principio de justicia supletoria es, sin duda, la más imaginativa y creativa de todas, puesto que el TS se inventa un criterio de competencia que no está establecido en la LOPJ.⁴⁵ Pese a la conveniencia político criminal de incluir dicho precepto en nuestra legislación, para evitar lamentables vacíos de punibilidad, en la línea en que lo tienen establecido en otros países, como Alemania,⁴⁶ creo que la actuación del TS adolece de una ilegalidad extrema, pues debe

45 En este sentido también, REBOLLO VARGAS, R.: “El delito de tráfico ilegal de personas...”, pp. 20 y ss.

46 Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: Límites a la ley penal..., pp. 157 y ss.

ser el parlamento español quien determine si se introduce o no legalmente dicho principio de justicia supletoria, pero no el TS.

4. La reforma de la LO 13/de 2007: legalización posterior.

Ante la situación descrita, presidida por la debilidad argumentativa, la ausencia de apoyo legal, el ilusionismo dogmático y la creatividad extrema del TS, el parlamento español en el ejercicio de su función constitucionalmente asignada tomó la decisión de modificar la LOPJ para resolver el problema judicial provocado por el vacío legal de los casos sometidos a debate. Dicha modificación se llevó a cabo a través de la LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, que ha venido a legalizar a posteriori la jurisprudencia “creativa” del TS.

En efecto, nada más que el título de la ley de reforma ya desacredita la línea jurisprudencial segunda, que basa la jurisdicción en el lugar de comisión del delito, en el principio de territorialidad, pues el título de la ley habla ya de persecución *extraterritorial* del delito en cuestión. Pero, por si queda alguna duda, la propia Exposición de Motivos de la ley de reforma de 2007 no se anda con rodeos y describe la situación con bastante claridad, cuando señala que conforme a los criterios de determinación de la extensión y límites de la jurisdicción penal española establecidos en el art. 23.4 LOPJ, “en la actualidad, en el supuesto de que una embarcación sea rescatada fuera del mar territorial por un buque español, con personas que, presuntamente, perseguían entrar en España, al margen de los puestos fronterizos habilitados al efecto y careciendo de la documentación oportuna para ello, no será posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos, salvo si el tráfico de seres humanos detectado en aguas internacionales está orientado a la explotación sexual de los mismos, a la vista de la expresa previsión contenida en el artículo 23.4 e de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Es claro, por tanto, que no se podía fundamentar la jurisdicción en la legislación internacional relacionada con el art. 23.4.i) de la LOPJ, pues no había un mandato expreso en dicha legislación para la persecución del tráfico ilícito de migrantes en base al principio de justicia universal. Ni tampoco se podía fundamentar en el lugar de comisión del delito, sencillamente porque no jugaba aquí el principio de territorialidad cuando la interceptación de las embarcaciones se llevaba a cabo en aguas internacionales, salvo que recurramos a ilusiones ópticas. Y qué duda cabe que tampoco se podía aplicar un principio inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de justicia supletoria.

Por ello, con buen criterio el legislador ha entendido que el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, en su art. 15.2,c, “faculta a los Estados parte para que puedan establecer su jurisdicción respecto de estos delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina, aun cuando se cometan fuera de su territorio. Este sería el supuesto concreto de la patera o los cayucos interceptados antes de llegar a las costas españolas, en definitiva, delitos que se consuman con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido, siendo irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial”.

Sin embargo, la competencia extraterritorial en el caso del tráfico ilegal o inmigración clandestina debería fundamentarse sobre la base del principio real o de protección de intereses del Estado español y no en el de justicia universal, pues este delito no reúne las condiciones básicas que permitan afirmar que con el mismo se afectan intereses de la comunidad internacional,⁴⁷

47 Vid. al respecto, GARCÍA ARÁN, M.: “El principio de Justicia Universal en la LO del Poder Judicial Español”. En, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. M. García Arán y D. López Garrido. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000; pp. 63 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción*

pues en este extremo los intereses de los distintos Estados están enfrentados, entre otros motivos, por falta de solidaridad entre ellos, además de que los bienes jurídicos lesionados no pertenecen a la comunidad internacional. Además, este principio que contiene una excepción a la regla general de la territorialidad y que permite la intromisión jurisdiccional en territorio de otros Estados debe ser interpretado de forma restrictiva y referirlo a casos en los que realmente concorra su fundamento.⁴⁸ Por eso, hubiera sido mejor plantearlo como una excepción a la regla general basada en la protección de los propios intereses del Estado español o, en todo caso, de la Unión Europea en mantener el control de los flujos migratorios dentro de su territorio.⁴⁹

Pero, finalmente, hay que destacar que mediante esta reforma se legaliza la jurisprudencia “creativa” del TS, permitiéndole hacer ahora legalmente, tras la reforma, lo que antes hacía de forma ilegal, aplicando analógicamente en contra del reo principios que venía a colmar una laguna legal, haciendo juegos de ilusión dogmática al margen de la ley o directamente inventando derecho sin precepto legal que le dé cobertura alguna.

No obstante, lo más lamentable de todo sea, como advirtió REBOLLO VARGAS,⁵⁰ que tras la entrada en vigor de la reforma de la LOPJ operada a través de la LO 13/2007, se sigan dictando sentencias en la misma línea que siguen afirmando la competencia española en base a los distintos argumentos ya expuestos, cuando la Exposición de Motivos de la ley de reforma señalaba claramente que hasta la entrada en vigor de la misma “no será posible considerar que los tribunales españoles tengan

universal penal y derecho internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004; pp. 118 y ss.; OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal...*, pp. 184 y ss.

48 Vid. JAÉN VALLEJO, M.: *Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal internacional*. Barcelona. 2006; pp. 94 y ss.

49 En este sentido, vid. también el Informe del Consejo General del Poder Judicial..., pp. 28 y ss.; REBOLLO VARGAS, R.: “El delito de tráfico ilegal de personas...”, pp. 19 y 20.

50 Vid. REBOLLO VARGAS, R.: “El delito de tráfico ilegal de personas...”, p. 3.

jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos”. Esto ha sucedido con las sentencias que defendían la existencia de jurisdicción en base al lugar de comisión del delito,⁵¹ lo que todavía podía tener alguna justificación, pues operaban sobre la base del principio de territorialidad, que no había sido modificado. Pero lo más grave sin duda es que ha habido dos sentencias,⁵² que permitían al TS conocer por segunda vez de hechos ya sentenciados antes de la reforma siguiendo la línea jurisprudencial que afirmaba la jurisdicción española en base a la legislación internacional, reiterando dicha legislación ya criticada por no atribuir tal jurisdicción y operando, en consecuencia, como si la reforma legal de la LOPJ de 2007 no hubiera tenido lugar o no fuese con dicho tribunal tal reforma que, ahora sí, le otorga claramente la codiciada jurisdicción.

IV. Jurisprudencia “creativa” y restrictiva de la jurisdicción extraterritorial española: la reforma de la LOPJ de 2009.

1. Problema judicial planteado: amplitud de jurisdicción

Ahora sucede justo lo contrario, nos referimos a los casos que se han planteado ante la Audiencia Nacional por violación de derechos humanos en diversas partes del mundo y que otorgarían la competencia extraterritorial a la jurisdicción penal española en base al principio de justicia universal plasmado en el art. 23.4. LOPJ.⁵³ Lo que se discute ahora es si nuestro Estado puede ex-

51 Vid. SSTS STS de 3-1-2008 (TOL1.245.309), de 23-1-2008 (TOL1.245.304), 31-1-2008 (TOL1.294.024) y 29-12-2008 (TOL1.432.480).

52 Vid. SSTS de 21-10-2010 (TOL2.008.783) y 21-12-2010 (TOL2.036.541).

53 Sobre este principio, vid. por todos, con carácter general, DÍEZ SÁNCHEZ, J.J.: *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*. Madrid, 1990; AAVV: *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. Coords. M. García Arán y D. López Garrido. Tirant lo Blanch. Valencia; 2000; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia; 2004; GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Límites a la ley penal en el espacio*. Atelier. Barcelona; 2004; JAÉN VALLEJO, M.: *Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal*

tender su jurisdicción extraterritorial al mundo entero cuando se presente una denuncia por alguno de los delitos incluidos en el catálogo que atribuyen la competencia por vía del principio de justicia universal o si, por el contrario, hay que establecer límites a dicha jurisdicción buscando puntos o criterios de conexión entre el delito en cuestión y el Estado español. ¿Puede, por tanto, la jurisdicción penal española reducir su competencia extraterritorial, derivada del principio de justicia universal, para dejar de conocer de estos hechos si no hay una conexión con un interés nacional?

Esta problemática se ha planteado fundamentalmente a partir del llamado “Caso Guatemala”,⁵⁴ que se inició judicialmente cuando Rigoberta Menchú, de nacionalidad guatemalteca y Premio Nobel de la Paz, el 2 de diciembre de 1999 presentó denuncia ante la Audiencia Nacional (AN, en adelante) por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal contra los ocho más altos responsables de los hechos que dan lugar a este caso y que, según los fundamentos de hecho del AAN de 27-3-2000, se circunscriben “al tiempo de “guerra que azotó

internacional. Barcelona. 2006; OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*. La ley. Madrid; 2008.

- 54 Sobre este caso, vid. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Límites a la ley penal...*, pp. 119 y ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y ECHARRI CASI, F.: “El Derecho de Acceso a la Denominada Jurisdicción Universal. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)”. *Diario La Ley*. Nº 6377. 2005; JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: “El genocidio maya ante el Tribunal Constitucional”. *Jueces para la Democracia*. Nº 56. 2006; SANTOS VARA, J.: “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 11; www.reei.org; 2006; pp. 13 y ss.; LLOBET ANGLÍ, M.: “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006”. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. www.indret.com. 378. Octubre de 2006; OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal...*, pp. 72 y ss.; del mismo autor: “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”. En, *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*. J. Tamarit Sumalla (coord.). Atelier. Barcelona. 2010; pp. 230 y 231; PÉREZ ALONSO, E.J.: “Caso Guatemala”. En, *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*. Coord. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. La Ley. Madrid. 2011; pp. 687 y ss.

durante treinta y seis años a Guatemala” y más concretamente, al período investigado por la “Comisión para el Esclarecimiento Histórico” (CEH), creada en el ámbito de los Acuerdos de Paz de Oslo en 1994, período que comprende los años 1962 a 1996.

En el relato de los hechos pretendidamente constitutivos de genocidio se incluyen otros que se califican de torturas, asesinatos, terrorismo, lesiones graves a la integridad física o mental de las personas y detenciones ilegales, describiéndose las matanzas, los desplazamientos forzosos de la población y otros actos encaminados a la destrucción del pueblo maya, en cuanto considerado por los denunciados como responsable de la insurgencia, de la guerrilla y del terrorismo revolucionario”.

En los hechos se incluyen también los asesinatos de cuatro sacerdotes españoles y de otros sacerdotes acaecidos entre los años 1978 y 1983 por significarse en contra de la política represiva contra el pueblo maya, así como los hechos ocurridos el 31 de enero de 1980 en la embajada española en Guatemala, cuando fue asaltada por las fuerzas de seguridad guatemaltecas por haberse refugiado en ella un grupo de campesinos mayas, originando el incendio y asesinato de treinta y nueve personas, entre las que se encontraba un diplomático español.

Pero, sobre todo, hay que incluir aquí el genocidio del pueblo maya, pues fueron asesinadas 200.000 personas y hubo 45.000 desapariciones forzadas, estimándose que el 83 % de las víctimas eran de etnia maya y que el 10 % de la población fue desplazada, llegando a erradicarse comunidades indígenas enteras. Por ello –señala el auto referido- “de la detenida lectura de la extensa e intensa documentación presentada por los denunciantes se infiere con total claridad que los hechos pretendidamente ejecutados por los denunciados se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social, en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor –y aún de originador- de la insurgencia o revolución en Guatemala, así como a la eliminación de todo obstáculo ideológico –encarnado en sujetos individuales o colectivos- que pudiese representar un riesgo de fracaso de la

prevalerte finalidad genocida, todo ello por medio de la muerte, la tortura y el terror como métodos de ejecución muchas veces indiscriminada en sus objetivos, cuyos eficaces resultados prácticos repugnan a la menos educada de las sensibilidades por razón de la sanguinaria crueldad y el absoluto desprecio a la vida, a la integridad física, mental y moral y a la dignidad de las víctimas y que permite advertir el escandaloso reverdecimiento del “homo homini lupus”.

A la denuncia inicial se adhirieron en concepto de acusación particular diversos familiares de las víctimas, entre los que hay españoles, así como algunas asociaciones defensoras de los derechos humanos que ejercieron la acción popular. El JCI nº 1 de la AN, mediante auto de 27 de marzo de 2000, se consideró competente para el conocimiento de los hechos denunciados y acaecidos en Guatemala en virtud de principio de justicia universal recogido en el art. 23.4 LOPJ. Pero, el ministerio fiscal interpuso recurso de reforma frente a dicha resolución, que fue desestimado por auto de 27 de abril de 2000 dictado por el mismo JCI. Contra dicho auto desestimatorio, el ministerio fiscal interpone recurso de apelación que fue aceptado por el pleno de la sala de lo penal de la AN, a través del auto de 13 de diciembre de 2000, en el que se declaraba que “no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el instructor archivar las diligencias previas por el expresado motivo de falta de jurisdicción”.

Ante la negativa de este auto de la AN las partes denunciadas interpusieron recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que fue resuelto por el pleno de la sala de lo penal a través de la STS de 25-2-2003 (TOL306.047), aunque contó con un voto particular. En esta sentencia se estimó parcialmente el recurso de casación contra el auto que denegó la competencia para conocer del presunto delito de genocidio cometido por distintos cargos guatemaltecos contra la población maya, “en el sentido siguiente: 1º.- Revocar parcialmente el Auto de la Audiencia Nacional de fecha 13 de diciembre de 2000. 2º.-

Declarar, con base en el artículo 23.4 g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las disposiciones de la Convención contra la Tortura, la jurisdicción de los Tribunales españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos cometidos contra ciudadanos españoles en la Embajada Española en Guatemala el día 30 de enero de 1980, y de los hechos cometidos en perjuicio de los ciudadanos españoles Faustino, José María, Juan y Carlos”.

2. Solución del Tribunal Supremo: restricción de la jurisdicción

La STS de 25-2-2003 sienta la doctrina jurisprudencial sobre el principio de jurisdicción universal recogido en el art. 23.4 LOPJ y el principio de subsidiariedad en relación con los delitos de genocidio y de torturas y los tratados internacionales que pretenden prevenir y sancionar tales delitos. La “doctrina Guatemala”, aunque ha tenido repercusión en otros casos, ha sido bastante controvertida desde su inicio, como lo evidencia el hecho de la exigua mayoría que la apoyó, ocho magistrados del TS frente a siete que firmaron un voto particular, al tiempo que fue recurrida en amparo ante el TC y sometida a crítica por la doctrina. La controversia jurídica suscitada por esta nueva doctrina jurisprudencial se ciñe fundamentalmente a la limitación de la jurisdicción penal española que lleva a cabo sin tener la habilitación legal para ello, al establecer criterios de conexión nacional con el delito alegado en base al principio de justicia universal que no están establecidos en la LOPJ.

En efecto, en esta sentencia el TS entiende que el art. 23.4 LOPJ ofrece una previsión muy amplia del principio de justicia universal que suscita ciertos interrogantes que habrá que resolver teniendo en cuenta otros principios del Derecho Internacional Público. Considera que no puede interpretarse como una justicia universal absoluta, pese a su tenor literal, pues “hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión

que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción”.

No hay objeción al principio de justicia universal cuando proviene de una fuente de Derecho internacional, especialmente cuando ha sido aceptado contractualmente por los Estados parte de un Tratado. Por el contrario, “cuando sólo ha sido reconocido en el derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional”. Así, de un lado, no puede decirse que en esta materia no rija ningún criterio, sino que hay que tener en cuenta el artículo VII del Convenio para la prevención y sanción del genocidio, de 9 de diciembre de 1948, donde se “prevé, en esta materia, que cada parte contratante pueda «recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio», lo que, por otra parte, ya ha ocurrido, al menos en relación con la creación de Tribunales internacionales para la «ex» Yugoslavia y para Ruanda. Esta previsión obliga indudablemente a España como parte en el Convenio.

Por otra parte, no cabe duda alguna que el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 2.7 Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjectables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional, y en especial por las Naciones Unidas como su órgano representativo, de forma que una tal decisión no debería ser adoptada unilateralmente por un Estado”. En este sentido cita el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, que sólo acepta su competencia en aquellos casos en que, bien el Estado del lugar de comisión o bien el Estado de la nacionalidad del autor, sean parte del Estatuto y hayan reconocido así su competencia.

El TS termina su argumentación señalando que en los tratados internacionales relativos a estas materias “se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el

territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiendo solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución”.

Para apoyar esta argumentación enumera una serie de tratados internacionales que le permiten concluir que “aunque los criterios de atribución utilizados presentan ciertas variaciones en función de las características y naturaleza del delito, en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal.

Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción”. De este modo el TS establece como elemento de conexión con el principio de justicia universal que *el presunto culpable se encuentre en el Estado que lo pretende enjuiciar*.

Por otro lado, señala que una parte de “la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una

relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal”. De este modo el TS exige una conexión con un interés nacional, como *la nacionalidad de las víctimas u otro interés relevante*, para la aplicación del principio de justicia universal.

En aplicación de esta doctrina España no es competente para enjuiciar el genocidio contra la etnia maya, pues no consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición, ni tampoco existe una conexión directa con un interés nacional español, pues el genocidio no recayó sobre españoles, ni se afectaron intereses españoles relevantes.

Sin embargo, el TS consideró finalmente que el principio de justicia universal si alcanza a la jurisdicción española para enjuiciar por torturas y no por genocidio los hechos denunciados que tienen conexión personal con víctimas de nacionalidad española. Así, termina señalando que “la Sala estima, por tanto, que en los casos del asesinato de los sacerdotes españoles antes citados, así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables”. Por tanto, el TS termina afirmando la jurisdicción española para conocer por delito de torturas de los nacionales españoles, pero rechaza la jurisdicción para conocer del delito de genocidio contra el pueblo maya, que era realmente lo que pretendía la denuncia.

De este modo, a través de la STS de 25-3-2003, el TS sienta una nueva doctrina sobre el alcance del principio de justicia universal establecido en el art. 23.4 LOPJ, que se ha reiterado en otros supuestos similares como en: a) *el “caso Perú”*

resuelto por la STS de 20-5-2003 (TOL274.553), donde se niega la jurisdicción española en base al principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, dado que tras el cambio político en Perú ya se estaban iniciando procedimientos contra varios de los querellados. Por ello, “no puede aceptarse que concurra en el momento actual la necesidad de intervención de la jurisdicción española en virtud del principio de justicia universal”; b) *el “caso del general chileno Cornelio”* resuelto por la STS de 8-3-2004 (TOL365.514), que declaró la competencia de nuestros tribunales al resultar afectados por los hechos denunciados dos sacerdotes españoles y un diplomático también español; c) *el “caso Scilingo”* resuelto por la STS de 15-11-2004 (TOL514.607), donde se declaró la competencia de los tribunales españoles porque este sujeto se encontraba en nuestro territorio y había víctimas españolas y, además, no constaba que hubiera sido encausado por tales hechos en Argentina; y d) *el “caso Falun Gong”* que ha sido objeto de dos resoluciones del TS, debido a que se presentaron varias querellas en distintos momentos contra diversos cargos del gobierno y el partido comunista chino por la persecución del movimiento religioso Falun Gong. Interesa destacar ahora que la primera querella interpuesta por delitos de genocidio y torturas contra el ex presidente chino, Jiang Zemin, se resolvió mediante la STS de 18-3-2005 (TOL619.673), denegando la competencia de nuestros tribunales.

3. Valoración crítica

La problemática judicial que plantea la determinación del contenido y alcance extraterritorial de la jurisdicción penal española por vía del principio de justicia universal, según creo, viene provocada por la concepción pura que del mismo hace la ley española y que conlleva a otorgar la máxima extensión de la jurisdicción penal española, tal y como lo ha venido haciendo la AN en sus primeras resoluciones sobre esta materia. Sin embargo, el ministerio fiscal y el TS no contentos con esta situación de “exceso” de jurisdicción, de nuevo, pretenden hacer justicia

material y declarar la falta de jurisdicción creando derecho para limitar la amplitud del ámbito de aplicación del principio de justicia universal establecido de la LOPJ. Para ello, proceden a la invención de unos criterios de conexión de índole nacional legalmente inexistentes, que van en contra del tenor literal de la ley con el propósito de lograr su aplicación restrictiva y que, en la práctica, conduce a su derogación tácita por reducción infinitesimal del principio de justicia universal, al que ciertamente le sobraría el adjetivo y con él dejaría de tener sentido el sustantivo de tan importante principio. De nuevo el TS actúa en contra del Derecho, provocando una controversia judicial interna importante, pues dicha sentencia contó con un voto particular bastante serio y contundente, firmado por la mitad menos uno de los magistrados de la sala; controversia que ha llegado incluso al TC y, por supuesto, también a la doctrina, como se expone a continuación.

A. El voto particular a la STS de 25-2-2003

Como se ha advertido, el voto particular a la STS de 25-2-2003 discrepa en esencia por la doctrina en exceso restrictiva que defiende la mayoría del pleno sobre la aplicación del principio de justicia universal para la persecución extraterritorial del delito de genocidio. Aunque, comienza considerando improcedente la aplicación *del principio de subsidiariedad* que realiza el AAN recurrido como único fundamento para anular la decisión del JCI, dado que la “jurisdicción universal sobre los delitos de genocidio como crímenes de derecho internacional no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, es decir, garantizar que el Genocidio será en cualquier caso sancionado”.

En esta línea, añade que la acreditación de la inactividad en la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial no puede ser plena, pues en tal caso vaciaría de contenido la justicia universal, pues se trataría de una acreditación prácticamente imposible y muy delicada procesal y políticamente. Habría que exigir, por ello, lo mismo que se requiere para los hechos supuestamente

constitutivos de genocidio, es decir, “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»”. En consecuencia, debió admitirse el motivo de casación por infracción de ley (indebida aplicación del principio de subsidiariedad), lo que hubiera llevado sin más trámites a la anulación del AAN, confirmando el del JCI.

Por otra parte, pese a que la resolución mayoritaria del pleno comparte esta improcedencia, al no estimar dicho motivo casacional, incurre en “*reformatio in peius*”, pues la sentencia perjudica la posición previa al recurso de los querellantes (únicos recurrentes) en cuanto a la base esencial de su pretensión, que es la querrela por delito de genocidio supuestamente cometido en Guatemala contra la población de etnia maya. “El fallo, aunque estima parcialmente el recurso, limita la admisión de la querrela exclusivamente al ámbito de los delitos de tortura y solamente contra ciudadanos españoles, por lo que en lo que se refiere al crimen internacional de genocidio contra la población maya, base de la querrela, la resolución del recurso desestima la posibilidad de aplicación de la jurisdicción española *no sólo «por el momento», como decía el auto recurrido, sino de forma definitiva*”. Por tanto, la sentencia “aprovecha la oportunidad que le concede el recurso para sentar una nueva doctrina, más restrictiva en la aplicación de la Jurisdicción Universal que la sostenida en el auto recurrido. En consecuencia, se utiliza el recurso en perjuicio de los propios recurrentes”.

Pero la discrepancia esencial reside en que la resolución mayoritaria lleva a cabo una *interpretación “contra legem” del art. 23.4 LOPJ* cuando añade requisitos no escritos en la ley para la aplicación del principio de justicia universal. Así, no está escrito que las víctimas hayan de ser españolas para perseguir universalmente el genocidio, pues lo relevante de tal jurisdicción es la naturaleza del delito, como delito contra la comunidad inter-

nacional, y no la nacionalidad de las víctimas, pues el principio de personalidad pasiva no es el que fundamenta la extraterritorialidad del delito. Todo lo más, la afección a víctimas o intereses españoles puede actuar como un nexo de conexión que refuerce las razones que justifican que la jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto.

Del mismo modo tampoco está escrito en la ley que los presuntos culpables han de encontrarse en territorio español para atribuir la jurisdicción a nuestros tribunales cuando las víctimas de genocidio no sean españolas. Dicha presencia solo es exigible para el enjuiciamiento, dado que no cabe el enjuiciamiento en rebeldía por estos crímenes. En definitiva, señala el voto discrepante, “la presencia de los responsables en España no constituye una condición general para el ejercicio de la jurisdicción universal, sino un presupuesto de su practicabilidad, que puede alcanzarse mediante la extradición”.

El voto particular discrepa también porque la doctrina sentada en la sentencia supone *en la práctica la derogación del principio de justicia universal*. En efecto, la resolución mayoritaria parece estimar que el criterio del legislador de no establecer ningún nexo de conexión nacional “no es razonable, y acudiendo a argumentaciones fundamentalmente de «lege ferenda», corrige lo establecido en el art. 23.4 a) exigiendo la concurrencia de este requisito adicional”. Esta exigencia “puede constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como el desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama.

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

Se trata de una restricción que no aparece expresamente establecida en la ley, pero que puede ser asumida como emanación de los principios del Derecho Penal Internacional, y aplicada como

criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial”.

En todo caso, si en algún supuesto concurren los criterios de conexión apuntados en la resolución es precisamente en el actual —como señala el voto particular—, donde hay vínculos culturales, históricos, jurídicos y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con España. Además la querella se refiere a un número relevante de víctimas españolas, que si no lo fueron de genocidio, sí resultaron agraviadas como represalia por su defensa de los indígenas o en el curso de las acciones genocidas. Y, además, el asalto a la embajada española es un claro ejemplo de afección a intereses españoles y constituye un caso manifiesto de conexión, pues se produjo en el ámbito de las acciones genocidas, como supuesta represalia de la protección que se ofrecía a la etnia agredida. “No se trata de apoyar la Jurisdicción española en el principio de defensa, sino de aplicar lo prevenido en el art. 23.4º LOPJ con el refuerzo añadido de la concurrencia de un nexo de conexión que justifica adicionalmente el ejercicio de la jurisdicción universal de España, con independencia de los acuerdos diplomáticos alcanzados, que no afectan al delito de genocidio objeto de la querella”.

De este modo, concluye el voto particular señalando que “si en un supuesto como el presente no se aprecia la concurrencia del nexo de conexión, entonces la exigencia de este criterio se transforma en mero pretexto para excluir o suprimir la jurisdicción universal en casos de Genocidio en sentido propio, pues difícilmente se volverá a repetir en la historia de la jurisdicción española un supuesto en el que existan tan plurales vínculos de conexión con un delito de Genocidio étnico, incluido el asalto a nuestra Embajada y el asesinato de sacerdotes españoles que trataban de proteger a la etnia amenazada”.

B. La STC 237/2005, de 26 de septiembre

La STS de 25-2-2003 fue recurrida en amparo ante el TC por parte de los querellantes alegando como motivo esencial la

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho y, sobre todo, de derecho de acceso a la jurisdicción.

El recurso se resuelve mediante la STC 237/2005, de 26 de septiembre, que reconoce la vulneración de tal derecho con la doctrina sentada por el TS en el “caso Guatemala”, al considerar el TC que “tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto que va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la Ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho Internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha quedado menoscabado en el presente caso porque una interpretación acorde con el telos del precepto conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio *pro actione*, y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguardia del derecho consagrado en el art. 24.1 CE. Por tanto, la forzada e infundada exégesis a que el Tribunal Supremo somete el precepto supone una restricción ilegítima del citado derecho fundamental, por cuanto vulnera la exigencia de que «los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales

legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad» (STC 220/2003, de 15 de diciembre), al constituir una «denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable» (STC 157/1999, de 14 de septiembre)”.

De este modo, el TC anula la STS de 25-2-2003 y con ello la doctrina del “caso Guatemala”, así como el AAN de 13-12-2000, por vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y ordena retrotraer las actuaciones para que se adopte una nueva resolución respetuosa con tal derecho, lo que al mismo tiempo supone reconocer la competencia de la jurisdicción penal española para este caso.

Ante esta situación, el 3-11-2005 se adoptó el Acuerdo del pleno de la sala de lo penal de la AN “relativo a la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Guatemala”, con el propósito de unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial. Donde se toman como premisas de partida el principio pro actione, el de concurrencia de jurisdicciones y una interpretación conforme a criterios de razonabilidad, de tal modo que “constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la Comunidad Internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellantes interés directo o relación con ellos”.⁵⁵

55 Cuando se habla de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno, el Acuerdo señala que “el art. 23.4 LOPJ no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como algunos de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de comisión y

Con posterioridad, el AAN de 16-2-2006 da cumplimiento a lo dispuesto en la STC 237/2005 y unos meses más tarde el titular del JCI nº 1 de la AN dicta orden de captura internacional, embargo de bienes y bloqueo de cuentas de los imputados a través del auto de 12-7-2006. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca el 12 de diciembre de 2007 dicta una resolución por la que considera que España no es competente para el enjuiciamiento de tales hechos y deja sin efecto la solicitud de extradición de los imputados, contrariando el Tratado de Cooperación judicial firmado entre España y Guatemala. Ante ello, el titular del JCI nº 1 dicta un nuevo auto el 16 de enero de 2008 en el que señala que con tal actitud Guatemala se coloca entre “los países que violan sus obligaciones internacionales y desprecian la defensa de los derechos humanos”, al tiempo que procedió a anular todas las comisiones rogatorias libradas en Guatemala y difundió una nota en todos los medios de comunicación solicitando información relevante a toda persona que pueda prestarla para el desarrollo de la causa.

La doctrina del TC también se reproduce en la STC 227/2007, de 22 de octubre que resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la STS de 18-3-2005 referida a la primera sentencia del “caso Falun Gong”, donde el TS seguía la doctrina del “caso Guatemala”. En este caso, de nuevo, el TC en aplicación de su doctrina anula la referida STS y ordena dictar una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Con posterioridad a la línea jurisprudencial establecida por el TC sobre el principio de justicia universal, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente sobre este tema, aunque lo ha hecho de forma dispar. Así, en la primera oportunidad que se le presenta, en la STS de 20-6-2006, acata no sin descontento la resolución del TC y termina aceptando que la justicia española es competente para enjuiciar los presuntos delitos de genocidio

la nacionalidad del autor o víctima, pues no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo”.

y torturas denunciados en el “caso Falun Gong”, sin que exista en este caso ningún punto de conexión relevante con intereses nacionales.

Pero, el TS tras reconocer que queda vinculado, conforme al art. 5.1 LOPJ, por lo establecido por el TC, señala que “esta decisión no nos impide mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquél a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica”. Tras semejante declaración judicial, la STS se dedica a rebatir uno a uno los argumentos esgrimidos por el TC para conceder el amparo a los recurrentes de la STS 25-2-2003 y anular la doctrina sentada en la misma sobre el “caso Guatemala”, llegando a la conclusión de que esta doctrina es la correcta y que el TC estuvo desacertado en la resolución de este caso. Pero hubo cinco magistrados del TS que fueron todavía más lejos y firmaron un voto particular al pronunciamiento mayoritario considerando que “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tiene necesariamente que vincular al Tribunal Supremo “ex” artículo 5.1 LOPJ”.⁵⁶

Sin embargo, en la segunda ocasión que ha tenido el TS para pronunciarse sobre la aplicación extraterritorial de la ley penal española tras la STC, en el “caso Couso”, donde se denunciaba por delito de crimen de guerra la muerte de un periodista español víctima de los disparos efectuados por un carro de combate norteamericano en la guerra de Irak, en la STS 11-9-2006 se califica de “contundente” la doctrina sentada por el TC sobre la atribución de competencia jurisdiccional del art. 23.4 LOPJ y se

56 Sobre este conflicto institucional, vid. LLOBET ANGLÍ, M.: “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006”. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. www.indret.com. 378. Octubre de 2006. Barcelona. Vid. también, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y ECHARRI CASI, F.: “El Derecho de Acceso a la Denominada Jurisdicción Universal. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)”. *Diario La Ley*. Nº 6377. 2005.

siente vinculado por ella sin ningún tipo de reparo, atribuyendo la competencia de nuestros tribunales para el conocimiento de los hechos denunciados.

C. La doctrina española

La doctrina española ha venido realizando una interpretación del art. 23.4 LOPJ bastante pacífica y uniforme a lo largo del cuarto de siglo transcurrido desde su entrada en vigor, de tal forma que se ha venido considerando que el ordenamiento jurídico español plasma el *principio de jurisdicción universal absoluto* en atención exclusiva a la naturaleza del delito, que debe afectar a bienes jurídicos reconocidos y protegidos por toda la comunidad internacional, sin exigir ningún nexo de conexión jurisdiccional adicional con ningún tipo de interés nacional. Por ello, quizá, como caso más paradigmático, la doctrina consideró acertada la interpretación y aplicación que se hizo del tal precepto en los AAAN de 4 y 5-11-1998 sobre los “casos de Chile y Argentina”, donde se declaró lo competencia de los tribunales españoles para conocer de las violaciones de los derechos humanos cometidas durante las dictaduras chilena y argentina, lo que determinó la detención del dictador Pinochet en Londres y el procesamiento de los ex militares argentinos Caballo y Scilingo.⁵⁷

Esta opinión consolidada ha hecho que la doctrina reaccione en contra de la nueva línea jurisprudencial que inicia la

57 Vid. al respecto, por todos, REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*. Biblioteca Nueva. Madrid. 1999; AAVV: *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. Coords. M. García Arán y D. López Garrido. Tirant lo Blanch. Valencia; 2000; LAMARCA PÉREZ, C.: “El principio de jurisdicción universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época. Nº 1 extraordinario. 2000; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia; 2004; GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Límites a la ley penal en el espacio*. Atelier. Barcelona; 2004; OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal...*, pássim; del mismo autor: “El principio de justicia universal en España...”, pp. 225 y ss.

STS de 25-2-2003 para resolver el “caso Guatemala”, por suponer una interpretación muy restrictiva del principio de justicia universal mediante la exigencia de puntos de conexión directos con intereses nacionales que no están establecidos en la ley, lo que reduce el ejercicio de dicha justicia.⁵⁸ Por ello, la doctrina se muestra más favorable a los argumentos esgrimidos por los magistrados discrepantes a aquella sentencia —ya expuestos—, así como a la STC 237/2005, de 26 de septiembre que anula semejante interpretación jurisprudencial del art. 23.4 LOPJ por ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

4. La reforma de la LO 1/2009: legalización posterior

La doctrina sentada por la STS de 25-2-2003 en el “caso Guatemala” ha sido recogida, lamentablemente, por la reciente y sorpresiva iniciativa legislativa que se ha plasmado en la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Esta reforma arranca de una propuesta del PP en el debate del Estado de la nación de 19 de mayo de

58 Vid., GIL GIL, A.: “Informes nacionales. España”, En, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo. 2003; pp. 358 y ss.; de la misma autora: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”. RECPC. 2005, p. 11; CASTRESANA FERNÁNDEZ: “La jurisdicción universal en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. *Revista del Poder Judicial*. 2004; pp. 183 y ss.; CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo I: Introducción*. Tecnos. Madrid. 2004; p. 207; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, pp. 102 y ss. y 192 y ss.; GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Límites a la ley penal...*, 119 y ss.; LLOBET ANGLÍ, M.: “El alcance del principio de jurisdicción universal...”, pp. 9 y ss.; JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: “El genocidio maya ante el Tribunal Constitucional”. *Jueces para la Democracia*. Nº 56. 2006; JAÉN VALLEJO, M.: *Legalidad y extraterritorialidad...*, pp. 98 y ss.; SANTOS VARA, J.: “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 11; www.reei.org; 2006; pp. 13 y ss.; OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal...*, pp. 203, 363 y ss.; del mismo autor: “Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal”. *La Ley Penal*. Nº. 25. 2006; pp. 5 y ss.; del mismo autor: “El principio de justicia universal en España...”, pp. 230 y ss.; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007; p. 159.

2009 —donde, curiosamente- no se debatió sobre el principio de jurisdicción universal—, y se articula a través de una enmienda presentada por los grupos parlamentarios del PSOE, PP, CUI y EAJ-PNV durante la tramitación de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial —ley que nada tiene que ver con aquel principio—, plasmándose en una profunda reforma del art. 23.4 LOPJ a través de la LO 1/2009, de 3 de noviembre. De este modo tan subrepticio se ha dado un nuevo contenido a dicho precepto, atribuyendo la competencia extraterritorial de los tribunales españoles en base al “principio de jurisdicción universal” cuando exista algún punto de conexión directo con intereses españoles, concretado de forma alternativa en la presencia del presunto responsable en España o en la existencia de víctimas españolas o en la constancia de algún otro vínculo de conexión relevante con España. A lo que se añade el principio de subsidiariedad de nuestra jurisdicción, pues se exige, en todo caso, que otro país competente o un tribunal internacional no haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de tales hechos punibles.⁵⁹

Con todo ello se desvirtúa la esencia misma del principio de justicia universal que, como es sabido,⁶⁰ encuentra el fundamento para la atribución de competencia extraterritorial a cualquier Estado en base a la naturaleza del delito, que debe afectar a bienes jurídicos de la comunidad internacional, ya se trate de delitos de primer grado o contra el Derecho Internacional humanitario, o ya se trate de delitos de segundo grado o contra

59 Vid. al respecto, críticamente, BLANCO CORDERO, I.: “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”. *Revista General de Derecho Penal*. 12. 2009; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»”. *Diario La Ley*. N° 7211 de 6-7-2009; DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”. *Diario La Ley*. N° 7307 de 21-12-2009; OLLÉ SESÉ, M.: “El principio de justicia universal...”, pp. 236 y ss.

60 Vid. GARCÍA ARÁN, M.: “El principio de Justicia Universal...”, pp. 63 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, pp. 118 y ss.; OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal...*, pp. 184 y ss.

los intereses transnacionales de los Estados. Por ello, condicionar la jurisdicción a la presencia del presunto culpable en territorio español es crear un obstáculo para la persecución de tales crímenes, pues cabe una “jurisdicción *in absentia*”, aunque no un “juicio en rebeldía”.⁶¹ Del mismo modo atender a “lo español” tampoco parece muy congruente con dicho principio, pues la españolidad de las víctimas supone una plasmación *sui generis* del principio de personalidad pasiva⁶² que hasta la fecha no había tenido reconocimiento en la legislación española, ni de forma autónoma, como han hecho otros países, ni vinculado a ningún otro principio. Y la cláusula de cierre nacionalista referida a “algún vínculo de conexión relevante con España” no deja de ser bastante indeterminada y problemática, pues habrá que entender que se refiere a vínculos nacionales distintos a los previstos en el principio real o de protección de intereses, como puedan ser la tutela judicial efectiva de víctimas no nacionales y residentes en nuestro territorio,⁶³ la denominada “comunidad cultural” a la que ya se hacía referencia en la sentencia del caso Guatemala, aunque esta exigencia puede tener una peligrosa deriva neocolonialista.⁶⁴ Pero, la experiencia judicial contra los crímenes atroces cometidos contra el pueblo español durante los regímenes dictatoriales a lo largo de la historia de España no nos permite dar lecciones a nadie.

Por tanto, a partir de la reforma de 2009 la convicción de acabar con la impunidad de los crímenes de Derecho Internacional, que es la última ratio del principio de justicia universal, queda muy debilitada y difuminada por la triple exigencia de españolidad

61 Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, pp. 268 y ss.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.: *Derecho Penal Internacional...*, pp. 137 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal...”, pp. 8 y ss.

62 Vid. Díez SÁNCHEZ, J.J.: *El Derecho Penal internacional...*, pp. 113 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal...*, pp. 32 y ss.

63 Así vid. BLANCO CORDERO, I.: “Sobre la muerte de la jurisdicción...”, pp. 10 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal...”, p. 17.

64 Vid. BLANCO CORDERO, I.: “Sobre la muerte de la jurisdicción...”, p. 11.

que alternativamente condiciona a nuestra jurisdicción para perseguir y enjuiciar la lesión de los bienes jurídicos internacionales. A lo que hay que añadir también la subsidiariedad de nuestra jurisdicción, cuando en materia de justicia universal rige el principio de concurrencia de jurisdicciones si lo que realmente se pretende es evitar la impunidad, tal y como estableció el TC cuando anuló la doctrina Guatemala, entre otros motivos, por apostar por el principio de subsidiariedad, lo que a la postre también afecta al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.⁶⁵

Al final, aquél “diálogo institucional y constructivo” entre el TS y el TC del que hablaba la STS de 20-6-2006 —en la primera ocasión que tuvo para pronunciarse sobre el asunto tras la anulación de la doctrina Guatemala por el TC— se ha tornado en una victoria del TS, por vía gubernamental y parlamentaria, y en una derrota del TC.⁶⁶ Ganan las relaciones internacionales del Estado español y la impunidad de los criminales poderosos y pierde la justicia universal, pues el gobierno español no ha sido capaz de soportar la presión internacional que ha supuesto la aplicación judicial de la doctrina sentada por la STC 237/2005 sobre el principio de jurisdicción universal. Según creo, los gobiernos españoles han venido mostrando su fortaleza con el mantenimiento del principio de jurisdicción universal absoluto que plasmaba el art. 23.4 LOPJ desde su aprobación, esencialmente frente a las dictaduras latinoamericanas. Pero, en los últimos años, tras la STC 237/2005, cuando ha tenido que enfrentarse a graves violaciones de los derechos humanos cometidas por países poderosos, como China, Israel y EEUU, el gobierno español y la mayoría de partidos políticos muestran su debilidad estableciendo

65 Vid. BLANCO CORDERO, I.: “Sobre la muerte de la jurisdicción...”, p. 14; DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal...”, pp. 18 y ss.

66 Así también, BLANCO CORDERO, I.: “Sobre la muerte de la jurisdicción...”, p. 7; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Análisis formal y material de la reforma...”, p. 10; OLLÉ SESÉ, M.: “El principio de justicia universal...”, p. 238.

tal cúmulo de requisitos que en la práctica supone la derogación tácita del principio de justicia universal.⁶⁷

De modo que podemos concluir afirmando que la reforma del art. 23.4 LOPJ operada a través de la LO 1/2009, de 3 de noviembre de 2009, es la crónica de la muerte del principio de jurisdicción universal anunciada por la STS de 25-2-2003 en el “caso Guatemala”. Ahora, mediante esta reforma se legaliza y se da carta de naturaleza a la jurisprudencia “creativa” del TS, a la denominada doctrina Guatemala, permitiéndole hacer legalmente, tras la reforma, aquello que antes hizo de forma contraria a la ley, inventando criterios no escritos en la ley que limitaban en exceso su aplicación, hasta el punto de hacerla prácticamente inaplicable; lo que provocó, entre otros motivos, que dicha doctrina jurisprudencial fuera anulada por el TC al declararla contraria a la Constitución.

67 Vid. DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal...”, pp. 2 y 3; OLLÉ SESÍ, M.: “El principio de justicia universal...”, p. 236.