

# *A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal*

D. JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ\*

Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Alfonso X el Sabio

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. BREVE REPASO DEL PROCESO SEGUIDO DESDE EL 19 DE MAYO HASTA EL 4 DE NOVIEMBRE DE 2009. III. LA NUEVA REDACCIÓN DEFINITIVA DEL ARTÍCULO 23.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. III.1) Examen de los motivos alegados para justificar la reforma. III.2) Consideraciones finales: De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal en España.

---

\* Doctor (Premio Extraordinario) y licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid, y ha iniciado estudios en Historia en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Ha sido miembro del Sector Jurídico de la Unidad Territorial de Madrid de Amnistía Internacional España, profesor de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, investigador FPI del Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, becario de Cooperación Interuniversitaria de la AEI en Argentina y Guatemala, conferenciante invitado en diversos Seminarios y Congresos, e investigador-visitante del Instituto y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del *Center for Human Rights and Global Justice*, del *International Center For Transitional Justice*, e investigador en la *The Hague Academy of International Law*. También ha participado en calidad de Observador Electoral de Corta Duración (OCP/STO) en diversas Misiones Internacionales de Observación Electoral, tanto de la Unión Europea como de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Además de colaborar habitualmente con el diario *Público*, así como con otros medios de comunicación, es autor de cerca de cuarenta trabajos académicos en su ámbito de especialización, destacando sus publicaciones sobre Justicia Transicional. En la actualidad, es Director del Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, profesor en diversas universidades españolas, y miembro/consultor de distintos organismos españoles e iberoamericanos.

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En apenas cinco meses hemos asistido a un súbito, y muy probablemente inopinado, proceso legislativo cuyo saldo no ha sido otro que la aprobación definitiva de una reforma de amplio calado del artículo 23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>1</sup> (LOPJ, en adelante). Por el camino, se han esgrimido las más diversas razones que vendrían a justificar esta modificación, algunas de tanto peso y trascendencia para el interés general y el compromiso de España en la lucha contra la impunidad, como “que evidentemente (...) había que poner coto a determinados «juececitos» de la Audiencia Nacional que se dedicaban, con apoyo en un texto determinado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a hacer lo que no debían hacer”<sup>2</sup>. Con todo, no mucho se ha dicho acerca del porqué de la necesidad e indudable celeridad que ha caracterizado a este proceso de reforma; como tampoco, sobre su mismo origen, que formalmente habría de encuadrarse en el seno de un debate parlamentario en el que nada se discutió acerca del principio de jurisdicción universal<sup>3</sup>.

De este modo, para mediados del mes de octubre del año en curso nos encontramos ya ante una completa y definitiva formulación del antiguo artículo 23.4 de la LOPJ, cuyos motivos últimos, o no han sido expuestos con la claridad precisa, o simplemente han sido hurtados del escrutinio público. Y lo que resulta más preocupante, cuyas consecuencias, no menores, a nuestro entender no han sido valoradas con el sosiego y seriedad necesarios.

A lo largo de los meses pasados, ya hemos tenido ocasión de analizar la serie de propuestas de reforma que fueron presentándose durante este atropellado proceso de modificación, y muy especialmente de examinarlas desde la perspectiva del Derecho internacional público<sup>4</sup>. Con lo que en esta oportunidad nos concentraremos en lo propio del texto definitivamente aprobada el día 15 de octubre; y sobre esta base, principalmente en los motivos que formalmente se han expuesto en o para su defensa, pero también en las potenciales consecuencias que tendrá en el futuro. Para ello, y como fundamental escenario de fondo, comenzaremos por resumir con la brevedad

<sup>1</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en B.O.E. núm. 157, de 2 de julio de 1985.

<sup>2</sup> Vid. Diario de Sesiones del Senado, Año 2009, IX Legislatura, Comisiones Núm. 202, Comisión de Justicia, celebrada el lunes, 5 de octubre de 2009, página 9. Para más datos, consúltese el apartado III de este trabajo.

<sup>3</sup> Para más datos, consúltese el apartado siguiente.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, 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`”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, año XXX, núm. 7211, en especial páginas 2-4 (*La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2009, tomo 4); así como, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J.: “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: Una conquista bajo amenaza”, en GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J. (dir.): *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, en especial páginas 889-903.

precisa lo acontecido desde finales de mayo hasta el momento de redacción de este trabajo.

## II. BREVE REPASO DEL PROCESO SEGUIDO DESDE EL 19 DE MAYO HASTA EL 4 DE NOVIEMBRE DE 2009

Como consideración previa, convendría recordar que no estamos ante la vez primera en que la regulación del principio de jurisdicción universal se ha visto modificada en España. Desde que este principio viera confirmada su vigencia en el ordenamiento jurídico español<sup>5</sup>, se han sucedido varias reformas destacables, pero cuyo punto en común ha sido que a través de las mismas lo que se pretendió fue, en esencia, la inclusión de nuevas figuras criminales sujetas a persecución universal, como la corrupción de menores, la mutilación genital o el tráfico ilegal de personas<sup>6</sup>. En consecuencia, durante estas dos décadas largas, los tribunales de justicia españoles vinieron aplicando pacíficamente este principio, en estricto cumplimiento del literal del artículo de referencia; es decir, dando debido cumplimiento a la siguiente disposición:

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

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”<sup>7</sup>.

Éste es el estado de cosas que se ha visto sustancialmente alterado a partir de finales del mes de mayo de 2009. Y ello porque entonces, y sin previo aviso oficial<sup>8</sup>, transcurrió la intención de realizar una nueva

<sup>5</sup> Para una visión sobre los antecedentes relevantes el ordenamiento jurídico español, consúltese OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, en especial páginas 355-359.

<sup>6</sup> Véanse Ley Orgánica 11/1990, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en B.O.E. núm. 104, de 1 de mayo de 1999; Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, en B.O.E. núm. 163, de 9 de julio de 2005; Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, en B.O.E. núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

<sup>7</sup> *Vid.*, artículo 23.4 de la LOPJ.

<sup>8</sup> Sobre este particular, consúltese los aparatos siguientes.

modificación del contenido de este artículo, que aunque formalmente se presentó al comienzo como un “mero ajuste”, después como una “reafirmación del compromiso de España con el principio de jurisdicción universal”<sup>9</sup>, cuando no, como se dijo en sede parlamentaria, como un intento de “solventar la problemática (...) que afectaba a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos”<sup>10</sup>, en realidad no supone otra cosa que una total reformulación, una sustancial negación, de su misma esencia.

Como ya avanzamos, la secuencia seguida hasta llegar al 15 de octubre de 2009 ha sido tan veloz como insólita, pero también significativa. El primer paso en sentido oficial fue la aprobación, el 19 de mayo, de una Resolución tras el Debate de Política General sobre el Estado de la Nación, que versó exclusivamente sobre lo propio de la situación económica del país, presentada en origen por el Partido Popular<sup>11</sup>. Apenas un día después, se siguió la misma línea de escoger un momento y cauce poco visibles o llamativos; y así fue como el contenido de la Resolución referida fue incorporado como una enmienda más a un texto legislativo cuya relación formal con la jurisdicción universal resulta, cuanto menos, inextricable: El Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Oficina Judicial<sup>12</sup>. De este modo, y sin mayores consideraciones, se introdujo una

nueva redacción del artículo 23.4 de la LOPJ en los siguientes términos:

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

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

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentren en España o que existen víctimas de nacionalidad españolas, y, en todo caso, que en el país del lugar donde se cometieron los

<sup>9</sup> Para más datos, véase el apartado III.1) de este trabajo.

<sup>10</sup> Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 95, Sesión plenaria núm. 90, celebrada el jueves, 25 de junio de 2009, página 45.

<sup>11</sup> Propuesta de Resolución Número 72 del Partido Popular; original en poder del autor.

<sup>12</sup> Enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina Judicial; original en poder del autor.

hechos delictivos o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior<sup>13</sup>.

Tras ello, y una vez oportunamente desglosado el Proyecto de Ley<sup>14</sup>, el Congreso de los Diputados aprobaría el 25 de junio la modificación en marcha por abrumadora mayoría; introduciendo algunas modificaciones menores en relación a 1) la mención de la necesidad alternativa de “un vínculo de conexión relevante con España”; 2) la enunciación de los otros posibles tribunales estatales competentes; y 3) la inclusión de la figura de los “crímenes de guerra”. Así, el texto finalmente aprobado contendría la siguiente (nueva) redacción del artículo 23.4 de la LOPJ:

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

- a) Genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.
- b) Terrorismo.

c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.

e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

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

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Vid. *Ídem*.

<sup>14</sup> A este respecto, consúltese BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES-CONGRESO DE LOS DIPUTADOS-IX LEGISLATURA: “Serie A: PROYECTOS DE LEY”, 24 de junio de 2009, en especial páginas 1-2.

<sup>15</sup> Vid. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES-CONGRESO DE LOS DIPUTADOS-IX LEGISLATURA: “Serie A: PROYECTOS DE LEY”, 6 de julio de 2009.

De aquí pasamos al Senado, que por su parte aprobaría, el día 7 de octubre, el (ya último) Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esto es, quedaría aprobada la versión que tornaría en la final y definitiva (re)formulación del principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español<sup>16</sup>; finalmente ratificada por el Congreso de los Diputados el día 15 de octubre de 2009. Sin separarse sustancialmente de lo acordado allá por el mes de mayo, llegaríamos ya entonces al nuevo y definitivo enunciado del artículo 23.4 de la LOPJ, que sería publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de noviembre de 2009:

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

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delito relativo a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.

e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

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

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreeserá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Véase Diario de Sesiones del Senado, Año 2009, IX Legislatura, Comisiones Núm. 202, Comisión de Justicia, celebrada el lunes, 5 de octubre de 2009, página 14; así como BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES-SENADO-IX LEGISLATURA: “Series II: PROYECTOS DE LEY”, 15 de octubre de 2009.

<sup>17</sup> Vid. *Ídem.*, así como Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 113, Sesión plenaria núm. 105, celebrada el jueves, 15 de octubre de 2009, páginas 15 y ss. Igualmente, véase B.O.E. núm. 266, de 4 de noviembre de 2009, páginas 92091-92092.

### III. LA NUEVA REDACCIÓN DEFINITIVA DEL ARTÍCULO 23.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL: MOTIVOS Y CONSECUENCIAS

#### III.1) Examen de los motivos alegados para justificar la reforma

Tras todo lo que hemos visto, llega el momento de profundizar en los motivos que nos han llevado al texto definitivamente aprobado, y publicado en el Boletín Oficial del Estado. A este respecto, resultará especialmente pertinente comenzar atendiendo al Preámbulo del vehículo legislativo finalmente escogido; esto es, como ya dijimos, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el que se indica lo que sigue:

“En cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate del estado de la Nación, se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de deli-

tos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”<sup>18</sup>.

En los próximos párrafos apuntaremos brevemente algunos aspectos acerca de lo que aquí se denomina como “la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”<sup>19</sup>; pero antes de ello, en este punto se impone iniciar el análisis destacando dos cuestiones clave:

Primero, resulta paradigmática la mención que se hace a la expresa inclusión de los “crímenes de guerra”, pues a nuestro juicio denota singularmente lo que ya expusimos al comienzo de este trabajo: lo apresurado e inopinado de la modificación protagonizada por nuestro legislador. Y ello porque como hemos recogido en el apartado anterior, tal inclusión si bien figuraba en el texto aprobado el 25 de junio, fue eliminada como tal en la versión finalmente sancionada, primero por el Senado el 7 de octubre, y después por el Parlamento el día 15; aunque bien parece que, o nuestro legislador no se ha percatado de este hecho, o no ha tenido tiempo de ajustar el Preámbulo de la Ley

<sup>18</sup> Vid. B.O.E. núm. 266, de 4 de noviembre de 2009, página 92090.

<sup>19</sup> Para más datos sobre este particular, puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal...”, *op. cit.*, páginas 4-5; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J.: “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español...”, *op. cit.*, páginas 903-906; así como a la abundante bibliografía que se recoge en ambos trabajos. Igualmente, véase nota 23.

Orgánica 1/2009, a lo que el propio texto legal contiene. De este modo, y como consecuencia directa, uno de los motivos formales que el mismo legislador nos comparte como justificación de la reforma aprobada, “incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional”, parcialmente no existe, en tanto que él mismo lo descartó expresamente en la tramitación que hemos resumido *supra*.

En segundo lugar, pese a que todo lo que se deriva de la jurisdicción universal no sólo afecta a lo que suele denominarse como “crímenes internacionales”, o “crímenes de derecho internacional”, la lectura del párrafo recogido nos conduce irremediablemente a concluir que el objetivo esencial de la reforma aprobada se circunscribe a éstos; y en este sentido, resulta entonces muy oportuno recordar lo que ya nos advertía y subrayaba el profesor Ollé Sesé, esto es, que “los tribunales españoles, hasta el inicio de los “Juicios de Madrid”, aplicaban, y lo siguen haciendo, el principio de jurisdicción universal de forma pacífica, y sin controversia alguna adicional a la propia de cualquier procedimiento judicial, cuando se trataba de alguno de delitos (...) como, por ejemplo, los delitos de falsificación de moneda o los delitos de tráfico ilegal de

drogas (...). Los problemas surgen cuando nuestros tribunales comienzan a aplicar el principio de jurisdicción universal respecto (del) genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la tortura o el terrorismo (...) que (...) están impregnados de importantes connotaciones políticas y en los que se debate constantemente el ejercicio de la soberanía de los Estados y el principio de no injerencia”<sup>20</sup>. A lo que nosotros añadiremos que, a nuestro juicio y tal y como expondremos a continuación, en realidad los problemas definitivos han surgido cuando nuestros tribunales han comenzando a aplicar este principio respecto a crímenes que *afectaban* a Estados como Israel, Estados Unidos, China o Marruecos.

Ahora bien, antes de adentrarnos en lo que acabamos de apuntar, conviene prestar atención brevemente a la referencia hecha de la “doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”; letanía también común entre varios de nuestros representantes tanto en el Parlamento como en el Senado<sup>21</sup>. Este ejercicio es doblemente interesante, pues además de permitirnos cierta profundización jurídica general, en lo que ahora es nuestro empeño básico pone de manifiesto que, bien gran parte de nuestros legisladores desconocen aquello que elevaban y presentan como motivo o justificación adicional de la reforma aprobada, esto es, la

<sup>20</sup> Vid. OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*, op. cit., página 202.

<sup>21</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 95, Sesión plenaria núm. 90, celebrada el jueves, 25 de junio de 2009; Diario de Sesiones del Senado, Año 2009, IX Legislatura, Comisiones Núm. 202, Comisión de Justicia, celebrada el lunes, 5 de octubre de 2009; Diario de Sesiones del Senado, Año 2009, IX Legislatura, Número 54, Sesión del Pleno, celebrada el miércoles, 7 de octubre de 2009; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 113, Sesión plenaria núm. 105, celebrada el jueves, 15 de octubre de 2009.

jurisprudencia de nuestros Altos Tribunales, bien aprovechan tal invocación nominal para sancionar justamente lo contrario de lo que en ella se concluyó.

En este sentido, baste recordar en este momento el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005<sup>22</sup>, que vino a corregir el criterio defendido por el Tribunal Supremo en su decisión de 25 de febrero de 2003<sup>23</sup>, y que fue oportunamente acatada, aunque bien pudiera decirse que casi a regañadientes<sup>24</sup>, por esta misma instancia en su posterior sentencia de 20 de junio de 2006<sup>25</sup>. Según entonces nuestro Tribunal Constitucional, y en relación a

uno de los aspectos clave de la reforma, es decir, la necesidad de que deberá “quedar acreditado que (los) presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España”, la “doctrina del Tribunal Constitucional” es la que sigue:

Empezando por la presencia del presunto autor en el territorio español, para el Tribunal Constitucional, “es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena (...). Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia

<sup>22</sup> Cfr. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, Sentencia N.º. 237/2005.

<sup>23</sup> Cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, Sentencia N.º. 327/2003. Para una posición distinta dentro del seno del mismo Tribunal, véase el voto particular de los Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Maraño Chavarri, D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez. Para más datos sobre estas dos decisiones, puede verse BLANCO CORDERO, I.: “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo (I)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 2, 2004, en especial páginas 1642-1650; BOLLO AROCENA, M.ª. D.: *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, páginas 356-357; JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: “El genocidio maya ante el Tribunal Constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 56, 2006; OLLÉ SESÉ, M.: “Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal”, en *Revista La Ley Penal*, n.º. 25, año III, 2006; así como, *Justicia universal para crímenes internacionales*, op. cit., páginas 347 y ss.; PIGRAU SOLÉ, A.: “A propósito de la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional”, en *REDI*, vol. LVII-2, 2005; SANTOS VARA, J.: “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, en *REEI*, N.º. 11, 2006.

<sup>24</sup> Para una posición que directamente se resiste a aceptar la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, véase el voto particular de los Magistrados D. Juan Saavedra Ruiz, D. Siro Francisco García, D. Carlos Granados Pérez, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Julián Sánchez Melgar en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, Sentencia N.º. 645/2006.

<sup>25</sup> Cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, Sentencia N.º. 645/2006. En el texto de esta decisión aparece una mención especialmente significativa, que bien pudiera decirse que ha sido finalmente atendida por nuestro legislador a través de la reforma aprobada, esto es, que el Tribunal Supremo deseaba entonces “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”. Vid. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, Sentencia N.º. 645/2006, Fundamento de Derecho Segundo, párrafo 3.

judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución”<sup>26</sup>.

Respecto a los otros dos aspectos señalados, y también presentes en la sentencia del Tribunal Supremo citada, esto es, la introducción de “otros dos vínculos de conexión: el de personalidad pasiva, haciendo depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes, que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real, de protección o de defensa”<sup>27</sup>; el Tribunal Constitucional afirmó que “tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, (...) más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (...), 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”<sup>28</sup>.

Hasta aquí, no parece posible otra conclusión que la evidente; a saber, que se diga lo que se diga, o se invoque formalmente lo que se quiera invocar, el texto aprobado por nuestro legislador, no sólo es que no se sostiene en “la doctrina emanada del Tribunal Constitucional”, sino que no hace otra cosa que contradecir frontalmente lo establecido por éste; precisamente en una sentencia que corregía la posición adoptada por el Tribunal Supremo, y que fue oportunamente acatada por esta misma instancia con posterioridad<sup>29</sup>.

A lo anterior convendrá añadir que en lo relativo a la concurrencia o subsidiariedad, también dijo el Tribunal Constitucional que:

“... para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes. No obstante el Auto de diciembre de 2003, acogiendo una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad que la misma Audiencia Nacional

<sup>26</sup> Vid. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, Sentencia N.º. 237/2005, Fundamento Jurídico Séptimo.

<sup>27</sup> Vid. *Ibid.*, Fundamento Jurídico Octavo.

<sup>28</sup> Vid. *Ídem*.

<sup>29</sup> A este respecto, véase nota 25.

había delimitado, va más allá y requiere de los denunciantes una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos. Tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional de los Tribunales españoles establecida en el art. 23.4 LOPJ conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte, (...) con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio* diabólica. De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal (...), por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica *pro actione*, se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE<sup>30</sup>.

Todo lo que hemos referido venía sustentado en la ajustada caracterización que expuso y

defendió el Tribunal Constitucional acerca del principio de jurisdicción universal, es decir, que:

“La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (...) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (...), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales (...). Frente a ello, la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal (...) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que, como ya habíamos afirmado, da lugar a una práctica abrogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ<sup>31</sup>.

La pregunta inmediata entonces debería ser: ¿por qué nuestro legislador ha optado por separarse radicalmente de la esencia de este principio tal y como ha sido definido por el mismo Tribunal Constitucional? ¿Por qué se ha decidido a pasar de la “abrogación de facto” a la “derogación de iure”, como ya

<sup>30</sup> Vid. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, Sentencia N.º. 237/2005, Fundamento Jurídico Cuatro. Consúltese también el Fundamento Jurídico Quinto.

<sup>31</sup> Vid. *Ibid.*, Fundamento Jurídico Noveno.

denuncié en otra ocasión?<sup>32</sup> Interrogantes ambos, para cuya respuesta, lamentablemente no pueden sernos de ayuda las razones formalmente esgrimidas en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2009; pues como hemos visto, sencillamente no se compadecen con la realidad.

La verdad es que resulta muy complejo discutir racionalmente el sentido último de esta reforma; mejor dicho, qué es lo que aquéllos que la han ideado querían lograr con ella, y qué les ha movido a hacerlo. Pues antes del debate en el Congreso, conocíamos muy poco de la razón o razones oficiales que la habrían de justificar, precisa y no casualmente, por la forma escogida para llevarla adelante —que apúntese al menos, ha sido caracterizada como una modificación “de tapadillo”<sup>33</sup>, o un procedimiento presidido por el “oscurantismo”, vehiculado en “una reforma exprés”<sup>34</sup>. Y a ello debe añadirse que tras la serie de debates realizados, como ya hemos ido deslizado, el escenario no se ha clarificado sustancialmente, ya que mucho de lo allí defendido, en realidad resulta difícilmente sostenible, más allá de la retórica al uso.

Las declaraciones públicas a este respecto se han dirigido a afirmar que no se trata más que de una adaptación para que el principio de jurisdicción universal sea más “eficaz y tenga relación con los intereses españoles”<sup>35</sup>, lo cual habría de llevarnos a concluir que, o bien no se está hablando de un principio cuyo fundamento es la persecución de crímenes que atentan contra el interés común de la Comunidad Internacional en su conjunto, o bien, hacerlo simplemente no es del interés de España.

Inciendiando en esta misma idea, en el trámite ante el Senado, el representante del Partido Socialista desplegó un argumento que, tristemente, ya habíamos escuchado en múltiples ocasiones; entre ellas, cuando se intentó enjuiciar a criminales como el General Pinochet: “no inventemos una especie de neocolonialismo jurídico en virtud del cual los países desarrollados nos vamos a dedicar a decirles a un grupo de países lo que tienen que hacer (...). No vamos a decirle a todo el mundo mundial, *urbi et orbi*, poniéndonos a todo el universo en el cogote, qué es lo que tiene que hacer”<sup>36</sup>. Al margen del tono de estas palabras, lo llamativo es que el juicio y

<sup>32</sup> Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal...”, *op. cit.*,

<sup>33</sup> Cfr. GAREA MANUEL ALTOZANO, F: “El Congreso limita de tapadillo la justicia universal”, en *Diario El País*, 22 de mayo de 2009.

<sup>34</sup> Cfr. “Gaspar Llamazares critica el oscurantismo de PP y PSOE”, en *El Periódico de Aragón*, 24 de mayo de 2009. En la misma línea, véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 95, Sesión plenaria núm. 90, celebrada el jueves, 25 de junio de 2009, páginas 40-41.

<sup>35</sup> Véase la entrevista del Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación, Miguel Ángel Moratinos, en el *Diario Público* de 25 de mayo de 2009. En sentido similar, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 95, Sesión plenaria núm. 90, celebrada el jueves, 25 de junio de 2009, página 46; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 113, Sesión plenaria núm. 105, celebrada el jueves, 15 de octubre de 2009, página 21.

<sup>36</sup> Vid. Diario de Sesiones del Senado, Año 2009, IX Legislatura, Número 54, Sesión del Pleno, celebrada el miércoles, 7 de octubre de 2009, página 2574.

sanción de aquéllos que cometen crímenes de derecho internacional se asemeje a algo como inmiscuirse en asuntos que desde luego no nos competen, o que no suponen otra cosa que un “neocolonialismo jurídico” tendente a manipular maliciosamente la voluntad de cierto “grupo de países”. En definitiva, y sin perjuicio de los desvíos que puedan acaecer en el ejercicio de la jurisdicción universal, ésta es una lamentable interpretación que, puestos a defenderla, sería menester ofrecer a aquellas víctimas que acuden, o acudían, a la jurisdicción española cuando los órganos de justicia de sus Estados ignoraban, por activa o por pasiva, sus denuncias en casos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, etc.

Con todo, este muy necesario recuerdo de las víctimas, ciertamente sí ha sido realizado por el otro Grupo mayoritario que ha defendido esta reforma, el Partido Popular; por ejemplo en la intervención de la diputada Montserrat el día 15 de octubre. Uno hubiera podido esperar que tal ejercicio se hubiera concretado en términos similares a los usados por la profesora Capellà i Roig, es decir, en el seno de un “debate en torno a la necesidad de poner un nombre a las atrocidades que se cometen y de construir un mundo más justo donde ya no se toleren más crímenes contra la humanidad, porque éstos tienen nombre y apellidos, no sólo de las víctimas, sino también de sus responsables”<sup>37</sup>; pero lo cierto es que el que así hubiera esperado, habría sufrido una decepción arrolladora.

En aquella oportunidad, y reiterando casi literalmente un planteamiento ya vertido por el Senador Conde Bajén, la diputada referida expuso en los siguientes términos uno de los motivos principales que habían llevado al Grupo Popular a apoyar la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ: “La justicia española debe ser efectiva y no una mera declaración. ¿De qué nos sirve iniciar un procedimiento penal contra un genocida si no tenemos al responsable en nuestro territorio ni la posibilidad de hacerle comparecer ante los tribunales, de castigarle metiéndole en la cárcel, ni incluso de hacer una investigación adecuada porque el delito no ha sido cometido en nuestro territorio? Al Estado español no le sirve de nada. Probablemente a algún juez que se dedique a estas cosas le va a servir para cobrar cientos de miles de euros haciendo cursillos en alguna universidad americana (...). No se está pretendiendo escamotear la justicia ni crear espacios de impunidad para nadie. Se está pretendiendo que la justicia española se ocupe de lo que se tiene que ocupar”<sup>38</sup>.

Hasta aquí, y dejando de lado las incalificables faltas de respeto y los siempre detestables argumentos *ad hominem*, podría decirse que nos mantenemos en la misma (i)lógica argumental que referimos *supra*; pero desde este punto, la diputada en cuestión da un paso más: “La justicia no es una declaración de principios ni una declaración institucional. La justicia es mucho más que eso, porque lo que se dice se tiene que poder cumplir; de lo contrario, lo que estaríamos

<sup>37</sup> Vid. CAPELLÀ I ROIG, M.: *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 390.

<sup>38</sup> Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 113, Sesión plenaria núm. 105, celebrada el jueves, 15 de octubre de 2009, página 21.

haciendo en algún caso sería dar un espectáculo bastante bochornoso y en otros crear muchas falsas expectativas ante víctimas de atrocidades que piensan que porque se ha puesto en marcha la maquinaria de la justicia van a poder obtener justicia, cuando eso resulta al final rotundamente falso”<sup>39</sup>. De este modo, y bajo la noble guía de no defraudar esas expectativas de las “víctimas de atrocidades”, la solución adoptada es simple: articular una reforma que sencillamente pretende impedir, en líneas generales, que puedan acudir a la justicia española. Así, no cabe duda de que no se verán defraudadas, aunque como ya dijimos, lo que verdaderamente causa bochorno y defrauda intelectualmente es la presentación de planteamientos de este cariz para justificar una modificación como la aprobada.

Conectada con esta pretendida justificación, se ha deslizado también que la Audiencia Nacional no puede asumir la investigación, juicio y sanción de un elevado número crímenes de derecho internacional por motivos materiales, en el entendimiento añadido, es de suponerse, de que el resto de tribunal estatales han renunciado, o se han visto obligados a renunciar, a llevar a cabo idénticas actuaciones; y en este contexto sería donde cabría incluir las diversas alegaciones a la necesidad de

“armonizar/homologar” nuestra legislación con la de otros países<sup>40</sup>. Frente a estos posicionamientos cabría responder que, de un lado, algunos datos disponibles indican que las causas abiertas en España en aplicación del principio de jurisdicción universal no suponen ni el 0,0005 por ciento del total de procesos pendientes ante la justicia española<sup>41</sup>, y en todo caso y si sólo nos restringiésemos a la Audiencia Nacional, la verdad es que no parece lo más defendible que ante el abandono de muchos Estados en lo que se refiere a la lucha contra la impunidad, a través del reconocimiento y aplicación de la jurisdicción universal, en vez de trabajar para que tal bochornosa actitud varíe, lo que decidan las autoridades españolas sea en definitiva sumarse a la dejación de funciones identificada. Y más aun, si recordamos que el actual Ejecutivo, en su reciente Plan de Derechos Humanos, se marcaba como objetivo prioritario “la lucha contra la impunidad”<sup>42</sup>; resultando difícilmente entendible que uno de los caminos para alcanzar tal fin sea precisamente suprimir en su esencia el principio de jurisdicción universal del ordenamiento jurídico español.

Desde una perspectiva más amplia se ha declarado expresamente que la reforma anunciada “no supondrá ningún retroceso, sino que será una mejora y reafirmará nuestro compromiso

<sup>39</sup> Vid. *Ídem*.

<sup>40</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 95, Sesión plenaria núm. 90, celebrada el jueves, 25 de junio de 2009, páginas 45-46.

<sup>41</sup> Cfr. JUNQUERA, Natalia. “Hemos pasado del no a la guerra al sí al crimen de guerra”. In: *Diario El País*, 2 de junio de 2009.

<sup>42</sup> Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA: “Plan Nacional de Derechos Humanos”, página 10; original en poder del autor. Puede consultarse una versión electrónica en [http://www.2.ohchr.org/english/issues/plan\\_actions/docs/Spain\\_NHRAP.pdf](http://www.2.ohchr.org/english/issues/plan_actions/docs/Spain_NHRAP.pdf). Para más datos sobre este particular, véanse páginas siguientes.

con ese principio<sup>43</sup>, lo cual sólo podría ser cierto si al utilizar el vocablo “principio” no se estuvieran refiriendo al “principio de jurisdicción universal” tal y como acertadamente lo ha configurado el Tribunal Constitucional. Sin embargo, nada o apenas nada se ha dicho oficialmente sobre dos cuestiones que están en la mente de muchos; en primer lugar, la potencial vinculación del proceso de reforma y las acciones judiciales iniciadas en España en relación con ciertos crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo<sup>44</sup>; y en segundo, y de manera más obvia, acerca de algo que ha dado título a artículos como los del Periódico *Le Monde*: “España busca restringir la norma que permitió la captura de Pinochet. El encausamiento de un ministro de Defensa israelí y varios militares en una investigación sobre Gaza ha provocado dificultades diplomáticas al Gobierno de Rodríguez Zapatero”<sup>45</sup>.

En este sentido, conviene recordar que aunque no hayan trascendido, por ejemplo, las más que posibles fuertes presiones de

estados como Marruecos, Estados Unidos, o singularmente China en relación con los casos Tibet o Falun Gong<sup>46</sup>, pero sin olvidar que en el mayor diario chino publicado en España se celebraba la noticia de la reforma anunciada prácticamente en el instante posterior de haberse hecho pública, lo cierto es que muchas de las alertas se encendieron ya a finales de enero de este año cuando la entonces Ministra de Asuntos Exteriores de Israel, Tzipi Livni, declaró que “el Ministro Moratinos me acaba de decir que España ha decidido cambiar su legislación relativa a la jurisdicción universal y que esto puede evitar los abusos del sistema legal español”<sup>47</sup>. Ciertamente, no se ha reconocido públicamente que este tipo de actuaciones o situaciones hayan sido el catalizador definitivo para lo que hoy se contiene en el nuevo artículo 23.4 de la LOPJ; aunque tristemente ésta no sería una historia nueva, pues ya tuvimos que presenciarla, sin ir más lejos, en el año 2003, cuando las presiones de Israel y Estados Unidos lograron doblegar a la legislación belga en el ámbito de la jurisdicción

<sup>43</sup> Vid. “De la Vega afirma que la limitación de la justicia internacional no será un retroceso”, en *Diario El País*, 23 de mayo de 2009.

<sup>44</sup> Sobre este particular, pueden verse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo”, en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2008, tomo 5; así como, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008”, en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2009, tomo 1.

<sup>45</sup> Vid. BOZONNET, J. J.: “España busca restringir la norma que permitió la captura de Pinochet. El encausamiento de un ministro de Defensa israelí y varios militares en una investigación sobre Gaza ha provocado dificultades diplomáticas al Gobierno de Rodríguez Zapatero”, en *Le Monde*, 28 de mayo de 2009.

<sup>46</sup> Para más datos sobre estas causas, OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*, op. cit., páginas 76-78.

<sup>47</sup> Vid. MUÑOZ, J. M. y GONZÁLEZ, M.: “Moratinos promete cambiar la ley para frenar al juez, según la ministra israelí”, en *Diario El País*, 31 de enero de 2009.

universal<sup>48</sup>. Lo que sí se ha dicho, quizás en un *lapsus*, es que como ya citamos al comienzo, una de las razones que justificarían la reforma aprobada es “solventar la problemática (...) que afectaba a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos”<sup>49</sup>; y a este respecto, baste recordar que el mismo día en que la modificación fue aprobada, el presidente de Israel, Simón Peres, declaró públicamente sus “gracias por las posiciones adoptadas en las últimas semanas, para que no se llevara a los tribunales a líderes israelíes civiles y militares que no han hecho sino defender las vidas de su pueblo”<sup>50</sup>. A la vista de todos estos datos, sería cuando adquiriría todo su sentido, y explicación concreta, una de las denuncias realizadas ya en el trámite ante el Senado, esto es, que “la respuesta del Grupo Popular y del Grupo Socialista es limitar la jurisdicción universal, subordinarla a una falsa *realpolitik*, justificada en la defensa de no se sabe qué intereses nunca explicados”<sup>51</sup>.

Lamentablemente, lo que acabamos de referir parece ser el motivo capital que ha movido a la veloz aprobación de la reforma que estamos comentando; pues el resto de razones oficiales que se han dado, son tan endebles como las que ya hemos ido recogiendo. Con todo, no podemos acabar sin hacer mención al menos a una última justificación adicional, afirmada públicamente en reiteradas ocasiones; que “cuando España introdujo el principio de jurisdicción universal no estaba diseñado aún el aparato de justicia internacional, como su Corte Penal. Hoy tenemos a esos tribunales (especialmente a la Corte Penal Internacional “como marco ideal”<sup>52</sup>) para juzgar ese tipo de casos”<sup>53</sup>. Postulado que no sólo carece de sentido a tenor de disposiciones como los artículos 7 a 10 de la Ley Orgánica 18/2003<sup>54</sup>, sino que sencillamente es insostenible si recordamos las reglas de competencia de la Corte Penal Internacional<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> A este respecto, véase por ejemplo, HUMAN RIGHTS WATCH: “Belgium: Universal Jurisdiction law repealed”, 1 de agosto de 2003, disponible en <http://www.hrw.org/fr/news/2003/08/01/belgium-universal-jurisdiction-law-repealed>.

<sup>49</sup> Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 95, Sesión plenaria núm. 90, celebrada el jueves, 25 de junio de 2009, página 45.

<sup>50</sup> Vid. MUÑOZ, J. M. y GONZÁLEZ, M.: “Peres agradece a Zapatero que haya impedido los juicios en España contra militares israelíes”, en *Diario El País*, 15 de octubre de 2009.

<sup>51</sup> Vid. Diario de Sesiones del Senado, Año 2009, IX Legislatura, Número 54, Sesión del Pleno, celebrada el miércoles, 7 de octubre de 2009, página 2573.

<sup>52</sup> Vid. EUROPA PRESS: “Moratinos cree que la Corte Internacional de Justicia es el “marco ideal” para la jurisdicción universal”, 28 de mayo de 2009.

<sup>53</sup> Vid., la entrevista del Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación, Miguel Ángel Moratinos, en *Diario Público* de 25 de mayo de 2009.

<sup>54</sup> Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, en B.O.E. núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

<sup>55</sup> Consúltense los artículos 11 a 13 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, en B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

### III.2) Consideraciones finales: De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal en España

Tras todo lo que hemos venido comentando, y la conclusión final alcanzada, llega el momento de cambiar el paso hacia el ámbito de las consecuencias; si bien, subrayaremos que éstas van a ser, en mucho, reflejo de lo que ya hemos destacado, y singularmente de la evidente precipitación de todo el proceso de reforma. De este modo, no ha de extrañar que el texto definitivamente aprobado contenga un nada desdeñable número de aspectos problemáticos de amplio calado. Valga terminar mencionando aquí algunos ejemplos clave, sin olvidar, como comienzo, lo ya indicado respecto al mismo Preámbulo de la Ley:

En primer lugar, como apuntamos *supra*, resulta obvio que la nueva redacción del artículo 23.4 de la LOPJ se sustenta en lograr aquello que fuere, pero siempre en relación a la persecución de hechos como los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, etc. No obstante, no debe pasarse por alto que los nuevos requisitos ahora impuestos para ellos, se habrán de considerar también cuando se trate de otros delitos como la piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, los relativos a la prostitución y los de corrupción de

menores e incapaces, el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, o el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; y en este punto, no está claro que los legisladores hayan valorado en profundidad las implicaciones que tendrá el nuevo texto para su eficaz persecución.

Si volvemos a concentrarnos en los crímenes de derecho internacional señalados, es importante subrayar la reiterada y poco acertada mención de la cláusula inicial: “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”, pues al igual que ocurre con la disposición del apartado 23.4 h), carece de toda lógica jurídica conferir tal potencialidad exclusivamente a las normas convencionales, si no fuese desde una perspectiva tan estrecha como desconocedora de los rudimentos básicos del Derecho internacional y de su relación con el o los ordenamientos jurídicos internos<sup>56</sup>. Descartando entonces la literalidad de esta disposición, en todo caso lo en ella previsto pone sobre la mesa un aspecto capital: ¿cómo ha de interpretarse esta mención? Los más optimistas de entre nosotros, abogamos por una senda que transcurriría en la siguiente dirección<sup>57</sup>: “el Ejecutivo español (...) no ha podido evitar el derecho internacional, reconociendo expresamente que las nuevas condiciones introducidas en la reforma legislativa (...)”

<sup>56</sup> Para una primera aproximación sobre esta cuestión y el derecho español, puede acudirse a GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, 8ª edición, Civitas, Madrid, 2003, páginas 267-296.

<sup>57</sup> En este mismo sentido, puede verse a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal...”, *op. cit.*, página 6; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J.: “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español...”, *op. cit.*, página 911. Sobre todo este particular, véase nota 4.

se aplicarán “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España” (...). Si estos instrumentos internacionales no recogen en su articulado las exigencias que ahora se incorporan en la legislación interna, el juez español podría sortearlas de conformidad con esta normativa...”<sup>58</sup>. A pesar de que todo lo que hemos venido refiriendo en las páginas anteriores más bien parece indicar que nuestro legislador no ha apostado, precisamente, por lo que implica esta línea interpretativa, en defensa de este posicionamiento, podría incluso acudir a algo de lo mantenido en el mismo Congreso de los Diputados, a saber: “Señorías, el Grupo Parlamentario Socialista no ha cambiado su forma de pensar ni su sensibilidad con respecto a la jurisdicción universal y a la defensa de los derechos humanos, aseveración que confirman los hechos y la historia. La enmienda del Senado al artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula la competencia de la jurisdicción española para conocer de una serie de delitos especialmente graves, establece en su apartado h): cualquiera otro que, según los tratados internacionales y convenios, en particular los convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España. No admite mucha duda. En definitiva, señorías, más allá del debate teórico, a veces acalorado, porque se trata de materia sensible, nuestra regulación de la jurisdicción universal sigue

permitiendo que estos delitos graves no queden impunes y puedan ser perseguidos y juzgados”<sup>59</sup>. De ser así, y aunque fuera una alegría para muchos de nosotros, la duda inmediata sería, ¿para qué entonces todo este apresurado proceso de reforma?

En tercer lugar, resulta problemática la formulación de la exigencia de que “en otro país competente (...) no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”; pues, de un lado, junto a la difusa mención a “otro país competente”, sin aclarar bajo qué principio de atribución de competencia debería estar operando éste, este requisito así explicitado bien pudiera colisionar directamente con lo que, como ya recogimos *supra*, dispuso el Tribunal Constitucional en relación al modo en que tal exigencia debe probarse<sup>60</sup>.

Pero si damos un paso más hasta el párrafo final del nuevo artículo 23.4, resultará difícil no sobresaltarse profundamente ante la lectura de que “el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”. Y ello porque, a no ser que esta disposición se interprete de conformidad con lo sostenido en el párrafo anterior, esto es, que sólo sea de aplicación siempre y cuando el proceso en cuestión suponga “una investigación y una

<sup>58</sup> Vid. SÁNCHEZ PATRÓN, J. M.: “¿Réquiem por la justicia universal?”, en *Diario Levante*, 23 de octubre de 2009.

<sup>59</sup> Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2009, IX Legislatura, Número 113, Sesión plenaria núm. 105, celebrada el jueves, 15 de octubre de 2009, página 22.

<sup>60</sup> Cfr. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, Sentencia N.º. 237/2005, Fundamento Jurídico Cuatro. Consúltese también el Fundamento Jurídico Quinto.

persecución efectiva” —lo que, de otro lado, volvería a traer aquí lo ya indicado en el punto anterior—, tal previsión habría de llevarnos al ciertamente descabellado escenario en el que la mera presentación de una denuncia en el país donde se cometieron los hechos, implicaría el automático sobreseimiento provisional en España. Posibilidad que no sólo parece poco menos que una invitación para que los acusados de los crímenes en cuestión bloqueen o paralicen constantemente los procesos en marcha en

nuestro país, sino que, como bien se ha apuntado, resulta también desacertada cuando la *litispendencia* sea tardíamente sobrevenida, ya que en tal caso “sería contrario tanto a los derechos del justiciable como a los de las víctimas (tutela judicial efectiva y proceso justo sin dilaciones indebidas) que, por ejemplo, se produjera ese sobreseimiento en España cuando la instrucción estuviera concluida y, en ese momento, se iniciara el procedimiento en el país de ejecución de los hechos”<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Vid. OLLÉ SESÉ, M.: “La limitación del principio de justicia universal, contraria al Derecho internacional”, en *Iuris*, julio-agosto de 2009, página 19.