



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

**INFORME SOBRE LA
*PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA
DE MODIFICACIÓN DE LA LEY
ORGÁNICA 6/85, DE 1 DE JULIO,
DEL PODER JUDICIAL, RELATIVA
A LA JUSTICIA UNIVERSAL***

**INFORME ELABORADO POR LA SECCION DE DERECHO HUMANOS DEL
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, PRESIDIDA POR LA
DECANA D^a SONIA GUMPert MELGOSA**



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

I. EL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL CONFORME AL DERECHO VIGENTE.

Conforme al art 23.4 LOPJ vigente -reformado por la *L.O. 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 L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*- se faculta a los tribunales españoles para conocer de determinados delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, siempre que el presunto responsable se encuentre en España, o haya víctimas de nacionalidad española, o se constate algún vínculo de conexión relevante con España. En todo caso, la apertura de un procedimiento está condicionado a que el sujeto no esté siendo objeto de investigación efectiva por parte de un tribunal internacional o por los tribunales de un tercer Estado, en cuyo caso se procedería al sobreseimiento provisional de la causa (art. 23.4 in fine LOPJ vigente).

Los delitos perseguibles bajo esa modalidad, conocida como *jurisdicción universal*, son: *el genocidio y crímenes de lesa humanidad, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces, tráfico de drogas, tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España, y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.*

Los delitos enumerados en el párrafo anterior responden, a su vez, a dos tipologías que deben ser convenientemente diferenciadas. Por un lado, la norma del art. 23.4 LOPJ hace referencia a los denominados *delitos transfronterizos*, en cuya persecución todos los Estados tienen intereses comunes y por ello articulan mecanismos de cooperación y colaboración judicial (por ejemplo, terrorismo o tráfico de drogas); por otra parte, el citado precepto recoge los *delitos de Derecho penal internacional* entre los que se encuentran el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Estos últimos presentan una problemática específica que abordamos a continuación.

La comisión de un delito de Derecho penal internacional requiere la intervención de una pluralidad de personas que con altísima frecuencia están vinculadas a un aparato de poder estatal o paraestatal, como, por ejemplo, guerrillas, tropas de milicias irregulares o fuerzas paramilitares. El supuesto más problemático en relación con el ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a estos delitos se manifiesta en



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

aquellos casos en los que un Estado auspicia o promueve su comisión. Por ello, y con carácter general, no facilitará a sus tribunales el ejercicio de la jurisdicción para depurar la responsabilidad penal de los supuestos responsables.

Ante la dinámica comisiva de estos delitos de Derecho penal internacional es necesario articular un cauce procesal alternativo que permita a las víctimas acceder a la jurisdicción, cuando pueda deducirse una incapacidad del Estado territorial para juzgar el delito o concurra una falta de interés real para hacerlo. En este punto puede plantearse la posibilidad de que lo haga un tribunal internacional, algo que en muchas ocasiones no será factible por carecer éste de jurisdicción para ello. Ante esta situación la única vía existente para que las víctimas puedan obtener la tutela judicial efectiva es permitir que un tercer Estado, aplicando el principio de jurisdicción universal, inicie un procedimiento para tratar de lograr la extradición de los presuntos responsables. Éste es el motivo fundamental que justifica la existencia del principio de jurisdicción universal en la actualidad.

Al margen de ello, los arts 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra (1949), respectivamente, establecen que *«cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes»*. De dichas normas internacionales cabe deducir una obligación clara de los Estados Parte de instar la apertura de procedimientos penales, con independencia del lugar de comisión del hecho y la nacionalidad de los presuntos autores o de las víctimas. Así, por ejemplo la obligación que tiene nuestro país, que autorizó la ratificación de estos convenios el 4 de agosto de 1952.

Con respecto a la existencia de tribunales internacionales, debe recordarse que el 17 de julio de 1998 se creó, a través del *Estatuto de la Corte Penal Internacional* (ECPI), la **Corte Penal Internacional** (CPI). Dicho Estatuto, que entró en vigor el 1 de julio de 2002 al alcanzar las ratificaciones requeridas para ello, establece el carácter subsidiario del tribunal internacional con respecto a los tribunales de los Estados Parte. Así lo reconoció España cuando, a través de la *LO 6/2000, de 4 de octubre*, autorizó la ratificación del ECPI. El Preámbulo de dicha Ley Orgánica establece que:

«Conforme al principio de complementariedad, la Corte no sustituye a las jurisdicciones penales nacionales. La jurisdicción de la Corte sólo se ejercerá de manera subsidiaria, cuando el Estado competente no esté dispuesto a enjuiciar unos determinados hechos o no pueda hacerlo efectivamente».

A todo ello hay que añadir la existencia de una serie de **límites de diversa índole a la jurisdicción de la CPI. Estos límites, que se analizan en el apartado 4 de**



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

este informe, deben tenerse en cuenta para entender la problemática subyacente al ejercicio de la jurisdicción universal. La consecuencia de esas limitaciones es la creación de espacios de impunidad ante la comisión de delitos de Derecho penal internacional, que sólo pueden paliarse mediante la aplicación del **principio de jurisdicción universal en su formulación pura** por parte de los Estados. La reforma planteada por el Grupo Parlamentario Popular introduce elementos que desvirtúan esa formulación pura y, por ello, contribuye a incrementar espacios de impunidad y privar a las víctimas del derecho a la tutela judicial efectiva.

II. PLANTEAMIENTO DE LA REFORMA.

El Grupo Parlamentario Popular presentó el 24 de enero de 2014 una Proposición de Ley Orgánica (en adelante PPLO) de modificación de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*, utilizando un trámite de urgencia, excepcional y poco adecuado, en la medida en que se prescinde casi completamente del necesario debate parlamentario, así como de las aportaciones que pudieran efectuar otras instituciones del Estado (Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado y Consejo de Estado).

En la Exposición de Motivos de la mencionada PPLO se justifica la limitación del principio de jurisdicción universal en la existencia obligaciones contenidas en determinados acuerdos internacionales suscritos por España. Así, se afirma que *«la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras (...) debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos»*. De esta forma, la aplicación del principio de jurisdicción universal que, como su propio nombre indica, supone la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles, *«debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o lo autorice el consenso de la Comunidad internacional»*.

Partiendo de esa justificación, la PPLO procede a incorporar múltiples criterios de resolución de conflictos de jurisdicción que tienen como resultado una evidente limitación del ejercicio de la jurisdicción universal, especialmente grave y significativa en los delitos de Derecho penal internacional, algo que no hace sino poner de manifiesto la marcada intencionalidad política de la reforma.

Veamos en detalle alguno de los aspectos problemáticos de la PPLO:

1) Desde el punto de vista del concepto de la jurisdicción universal.

Desde finales del siglo XIX el principio de jurisdicción universal ha constituido uno de los instrumentos fundamentales de colaboración entre los Estados



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

para la persecución de delitos con trascendencia internacional. Asimismo, y desde mediados del siglo XX, su uso por los tribunales estatales sirve para iniciar procedimientos penales e incentivar a los Estados «reticentes» a ejercitar su jurisdicción sobre los autores de crímenes de trascendencia internacional (genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad) cometidos en su territorio. En los casos en que el Estado territorial no inicia un procedimiento judicial por la comisión de esos delitos y que el presunto responsable tampoco pueda ser juzgado en un tercer Estado por no estar presente, la aplicación del principio de jurisdicción universal manda un mensaje esencial desde el punto de vista preventivo-general. Su uso permite, gracias a la adopción de órdenes de arresto internacionales, restringir los movimientos de los presuntos responsables de graves violaciones de los Derechos Humanos. Por ello, es de extraordinaria importancia mantener su vigencia y no preconizar su eliminación como hace la reforma planteada.

2) Desde el punto de vista de los delitos perseguibles.

Como se afirmó al inicio de este escrito, el principio de jurisdicción universal abarca en nuestra legislación dos tipos de delitos que deben ser adecuadamente diferenciados. Por un lado, los delitos transfronterizos cuya persecución requiere la colaboración de los Estados para su efectiva investigación y ulterior enjuiciamiento, y por otro los delitos de Derecho penal internacional.

La PPLO incorpora expresamente nuevos delitos perseguibles mediante el principio de jurisdicción universal como, por ejemplo, los regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; los delitos contra la falsificación de productos médicos y otros que supongan una amenaza para la salud pública, y también los de corrupción entre particulares o los cometidos en las transacciones económicas internacionales. Todos estos delitos, por muy reprochable que resulte su comisión, no han sido tradicionalmente perseguidos mediante la aplicación del principio de jurisdicción universal. Los Convenios internacionales que los regulan apuestan por la incorporación de los principios de *territorialidad* y de *personalidad activa*. Por ejemplo, el Convenio de la OECD de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales determina, en su art. 4, que los Estados deberán ejercer su jurisdicción sobre los delitos cometidos en todo o en parte en su territorio (apartado 1) **y que además, extenderán la jurisdicción de sus tribunales nacionales para perseguir los delitos cometidos por sus nacionales en el extranjero** (apartado 2). Para nada se menciona la aplicación del principio de jurisdicción universal; por ello, y con la adopción de esta normativa, España se aleja de la que es la común en otros países lo que ocasionará los lógicos problemas.

Pero quizás uno de los aspectos más sorprendentes de la PPLO es que efectúa un régimen diferenciado de cada uno de los delitos a efectos de establecer la competencia



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

de los tribunales españoles. No existe, por tanto, uniformidad de tratamiento entre los delitos incluidos en el art 23.4 PPLO (como, sin embargo, sucede con el actual art. 23.4 de la LOPJ), sin entenderse las razones para dicha legislación exceptuada en cada supuesto. Lo que favorece, pues, la PPLO es un régimen *ad hoc* en función de la naturaleza del delito y no un tratamiento uniforme de todos ellos. Obviamente lo que subyace a esta propuesta es un planteamiento puramente oportunista de promover la investigación de ciertos ilícitos y dejar fuera de nuestra jurisdicción otros que pudieran resultar incómodos desde el punto de vista diplomático, debido al componente político-estatal que presentan. Éste es, sin lugar a dudas, el caso de los delitos de Derecho penal internacional.

3) Desde el punto de vista de las condiciones del respeto al principio de subsidiariedad.

Uno de los elementos más significativos de la justificación de la PPLO es la alegada necesidad de ajustar el alcance del principio de jurisdicción universal a “*los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos*”. Así lo recoge la propia Exposición de Motivos de la PPLO:

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

Al igual que ya ocurriera con la reforma operada por la *LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de una nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, la actual **vuelve a interpretar incorrectamente el principio subsidiariedad que informa la relación entre la CPI y los tribunales de los Estados Parte. Es la CPI quien ejerce su jurisdicción de forma subsidiaria a los Estados Parte (incluidos España) y no al revés.**

Así lo recogen expresamente el Preámbulo del ECPI y su art 1:

PREÁMBULO: «Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

....

Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales».

ART 1: (...) «
..., está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales».

Esta **subsidiariedad de la CPI** en la investigación de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión con respecto a las jurisdicciones estatales la reconoce también el propio Legislador español en la Exposición de Motivos de la *LO 6/2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional*. En ella se afirma -como se ha visto anteriormente-, que:

«Conforme al principio de complementariedad, la Corte no sustituye a las jurisdicciones penales nacionales. **La jurisdicción de la Corte sólo se ejercerá de manera subsidiaria, cuando el Estado competente no esté dispuesto a enjuiciar unos determinados hechos o no pueda hacerlo efectivamente».**

Igualmente, el Consejo de Estado, en su Dictamen (1374/1999, de 22 de julio) sobre la citada Ley reconoce que:

“Dado el principio de complementariedad sobre el que se asienta la competencia de la Corte, el Estatuto no viene a derogar ni a sustituir el ejercicio de la potestad jurisdiccional soberana del Estado que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes”.

En definitiva, en el sistema diseñado por el ECPI, corresponde a los Estados, en primer lugar, el ejercicio de su jurisdicción en aplicación de los principios de territorialidad, personalidad activa y pasiva, principio de protección y jurisdicción universal. Sólo en el caso de que estos no lo hagan, podrá entrar a conocer la CPI. La única excepción que prevé el ECPI se produce con respecto a la persecución y enjuiciamiento de los *delitos contra la Administración de Justicia de la CPI* tipificados en el art. 70 (ECPI) como establece expresamente el art. 70.4 b) ECPI y como correctamente traspuso la Disposición Adicional Segunda de la *LO 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional*:

1. El Ministerio de Justicia remitirá a la Corte, a la petición de ésta, el informe que se le solicitare con carácter previo a la decisión de la Corte para ejercer o no su jurisdicción.
2. Sólo se podrá proceder en España en relación con estos delitos a solicitud de la Corte.



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

3. Si la Corte se inhibiere a favor de la jurisdicción española, el Ministerio de Justicia remitirá la solicitud a Fiscal de la Audiencia Nacional, si el delito hubiera sido cometido por un español en el extranjero, o al Fiscal General del Estado cuando el delito se hubiera cometido en España.
4. El Ministerio de Justicia informará a la Corte sobre el resultado del proceso.

4) Desde el punto de vista de la limitada jurisdicción de la CPI.

La jurisdicción de la CPI además de ser *subsidiaria y complementaria respecto de la de los Estados Parte*, es limitada desde un punto de vista espacial y temporal en relación con el enjuiciamiento del genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad y el crimen de agresión.

Desde el *punto de vista espacial*, la CPI sólo conocerá de los delitos cometidos en el territorio de los Estados Parte y no Parte cuando se activen cualesquiera de los mecanismos contenidos en los arts. 12.3 y 13 ECPI. Es decir:

- 1) cuando el CSNU remita a la Fiscalía una situación -lo que no ocurrirá con respecto a Estados miembros permanentes en el CSNU que no sean parte del ECPI (es decir: Rusia, China y EEUU), o cuando en relación con Estados no Parte tampoco haya consenso en el seno del CSNU para reenviar la situación conforme al art. 13 b) ECPI-
- 2) o, cuando el Estado no Parte acepte la competencia de la CPI para *un* caso en concreto (art 12.3 ECPI).

Desde el punto de vista de la *vigencia temporal*, la jurisdicción de la CPI se encuentra limitada a los delitos cometidos tras la entrada en vigor del ECPI:

- 1) con carácter general, cuando el Estado Parte lo firmó y ratificó antes de su entrada en vigor (1 de julio de 2002)
- 2) con carácter excepcional, a partir de la entrada en vigor de ECPI para el Estado Parte si su firma y ratificación se produjo después de esa fecha.

Ante estas limitaciones de la jurisdicción de la CPI, resulta de extraordinaria importancia que los Estados democráticos de Derecho, comprometidos con la investigación y enjuiciamiento de los crímenes más graves de trascendencia internacional, permitan a sus tribunales la aplicación de principio de jurisdicción universal puro. Proponer lo contrario argumentando que no es necesario porque ya existe la CPI, que es lo que hace la PPLO, significa ampliar los escenarios de impunidad frente a la comisión de estos delitos.

5) Desde el punto de vista de las condiciones de perseguibilidad.

Por lo que respecta a las condiciones de perseguibilidad, resulta importante resaltar la introducción de dos apartados nuevos (5 y 6) al artículo 23 de la LOPJ, de aplicación exclusiva a los delitos perseguibles mediante el *principio de jurisdicción*



universal (apartado 4).

Por lo que respecta al primero de ellos, establece la PPL que:

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

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

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

1º) a persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español

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

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

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

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

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

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

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

La introducción de este nuevo apartado 5 está dirigida a impedir la persecución de los delitos por parte de los tribunales españoles (“no serán perseguibles”) si existen procedimientos penales abiertos en otras jurisdicciones. Para ello, y haciendo uso de una redacción extremadamente confusa, la PPLO distingue entre procedimientos



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

abiertos por tribunales internacionales constituidos conforme a Tratados y Convenios, y aquéllos otros iniciados por el Estado en cuyo territorio se hubieren cometido los delitos o cuya nacionalidad ostentara «...*la persona a (sic) que se impute su comisión*».

En el caso de que el procedimiento se haya iniciado por un tribunal internacional, la PPLO no impone a los españoles ninguna obligación de verificar si ese procedimiento se ajusta o no a los estándares internacionalmente reconocidos. Mientras que la LO 1/2009 les obligaba a sobreseer provisionalmente cuando quedara constancia del comienzo de otro proceso por un tribunal internacional, la PPLO parece querer evitar esa situación al excluir *ab initio* la jurisdicción de los tribunales españoles.

Sin embargo, cuando ese procedimiento se haya iniciado por el *Estado del lugar en que se hubieren cometido los hechos* o por el *Estado de nacionalidad de la persona a (sic) que se impute su comisión*”, la PPLO establece un complicado *proceso verificador* si la persona a la que se imputa los hechos se encuentra en territorio español y se hubiere iniciado un procedimiento para su extradición al Estado territorial, al de la nacionalidad de las víctimas o para ponerlo a disposición de un tribunal internacional. Repárese en el hecho de que el procedimiento de extradición no contempla la entrega al país cuya nacionalidad ostenta el presunto autor si ésta es diferente de la del país en el que se han cometido los hechos o del país cuya nacionalidad ostenten las víctimas. Repárese también en que los tribunales españoles podrán perseguir si la extradición fuere denegada (art. 5 b), 2º *in fine*).

El *proceso verificador* que deben llevar a cabo los tribunales españoles y que establece la PPLO es una copia literal del que crean para la CPI los apartados 2. a), b), c) y 3. del art. 17 del ECPI. En el ámbito de este tribunal internacional, el proceso tiene como finalidad permitir a sus magistrados evaluar si los procedimientos abiertos por los Estados pretenden investigar y enjuiciar a los presuntos responsables de una forma transparente y ajustada a unos estándares internacionales mínimos, o si, por el contrario, se abren con la finalidad de impedir que la CPI entre a conocer del asunto por haber hecho el Estado formalmente uso de su jurisdicción preferente (*challenge of jurisdiction*). El mecanismo ha sido utilizado hasta la fecha por la CPI en procedimientos concretos abiertos por los tribunales de Uganda, Kenia y Libia. La puesta en marcha de este *proceso verificador* requiere medidas de carácter diplomático y político, así como importantes despliegues sobre el terreno de grupos y equipos de trabajo constituidos en el seno de la CPI. Todo ello se completa con la inestimable colaboración de organizaciones internacionales y no gubernamentales que facilitan información de carácter local y regional a los magistrados de la Corte durante todo el proceso.

En el caso concreto que nos ocupa, la PPLO crea este proceso verificador y se lo atribuye a la **Sala Segunda del Tribunal Supremo**, convirtiéndola en un **órgano fiscalizador de procesos judiciales abiertos por terceros Estados**. Y todo ello, con la finalidad de decidir si el Estado que reclama la entrega puede o quiere efectuar una



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

investigación seria o adecuada, o por el contrario pretende favorecer situaciones de impunidad con respecto a esos delitos. Por todo, y especialmente por la complejidad que entraña un mecanismo de esta naturaleza, se plantea lo inapropiado de la PPLO en este sentido. Este «trámite verificador de las intenciones» de un tercer Estado como requisito previo para conceder o denegar la extradición a otro, no parece adecuado que recaiga en los órganos jurisdiccionales españoles. Semejante medida casa mal con el pretendido (y ciertamente obsoleto si es absoluto) respeto a la «soberanía estatal» que propugna la PPLO.

6) Desde el punto de vista de la constitucionalidad de la PPLO.

La PPLO presenta ciertos extremos de dudosa constitucionalidad en relación a la igualdad en el acceso a la tutela judicial efectiva en relación a la víctima.

En primer lugar, la norma consagra un régimen dual en cuanto a la persecución de los delitos. En relación con algunos, se faculta a la jurisdicción española a conocer cuando existen víctimas españolas en el momento de la comisión de los hechos (así ocurre en el caso de la tortura, desaparición forzada, terrorismo, trata de seres humanos, delitos contra la indemnidad sexual, violencia contra las mujeres y doméstica). Sin embargo, con respecto a otros delitos muy graves como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y las infracciones contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no se contempla la posibilidad de que los tribunales españoles ejerzan su jurisdicción cuando pudiera haber víctimas de nacionalidad española. La diferenciación realizada por la PPLO con respecto a la existencia de víctimas españolas en relación con unos delitos y su exclusión con respecto a otros (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), tiene como consecuencia que las víctimas españolas de estos últimos verán lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva ante los tribunales españoles, sin que sea esperable que esa tutela se otorgue por los tribunales del Estado en que se hayan cometido los delitos. Como se puso de manifiesto al principio de este informe, esto es especialmente grave dada la naturaleza de estos crímenes y la frecuente implicación de aparatos estatales o paraestatales de poder en la comisión de los mismos.

En segundo lugar, y con respecto a determinados delitos perseguibles por los tribunales españoles por existir víctimas de nacionalidad española, también se realiza una discriminación no justificada. Para la investigación y enjuiciamiento de delitos como la tortura, la desaparición forzada y la violencia contra las mujeres se requieren víctimas de nacionalidad española y que la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español (*principio de estancia*). Por el contrario, en los casos de la comisión de delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre **falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública y de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad** los tribunales españoles podrán ejercer su jurisdicción si la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

comisión de los hechos, **sin requerir además que el presunto responsable se encuentre en territorio español.**

Este régimen diferente entre delitos comporta un trato normativo discriminatorio que para poder ser constitucional requiere una justificación objetiva y razonable de dicha diferencia de trato; justificación que no concurre.

Como establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *«no toda desigualdad de **trato normativo** respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una **justificación objetiva y razonable** para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que, a iguales supuestos de hecho, se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable»*. Por tanto, para que la diferencia de trato sea constitucional *«es necesario (...) que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean **proporcionadas a la finalidad perseguida**, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos»* (SSTC 61/2013 de 14 marzo, F. 4; 63/2011, de 16 de mayo, F 3; 117/2011, de 4 de julio, F. 4 y 79/2011, de 6 de junio, F. 3; cursiva y negrita añadida).

A las todas las limitaciones introducidas en el apartado anterior, hay que añadir las propias de un nuevo apartado 6 que exige que:

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

Con ello, no sólo se equiparan los principios de protección real y de jurisdicción universal contenidos en los apartados 3 y 4 de la nueva redacción del art. 23 LOPJ, sino que, además, se exige la interposición de querrela por parte del agraviado o del Ministerio Fiscal. Llegados a este punto es preciso recordar la posición renuente del Ministerio Fiscal en la práctica totalidad de los procedimientos por delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. La consecuencia inmediata es excluir su persecución de oficio por parte de los Jueces y Magistrados españoles pero, sobre todo, impedir irrazonablemente la actuación de la *acusación popular* consagrada en el art. 125 de Constitución Española.

7) Desde el punto de vista de la separación de poderes.

La Disposición transitoria única de la PPLO impone el sobreseimiento de todas las causas en trámite hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella. Esta disposición resulta ilógica desde el punto de vista procesal pues los procedimientos deberían continuar y, en su caso, permitir que las partes



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

aleguen la concurrencia sobrevenida de los requisitos establecidos en la nueva redacción propuesta por la PPLO. Una vez hecho, el juez o magistrado debería poder evaluar caso a caso la suerte que deba correr cada procedimiento en trámite en virtud del ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida constitucionalmente (art. 117 CE). Lo contrario, como establece la PPLO, podría comportar una intromisión del Poder Legislativo en el Judicial, al imponer el sobreseimiento provisional de la causa tramitada.

III. CONCLUSIONES.

1. La reforma planteada parte de un presupuesto erróneo al confundir palmariamente los principios de atribución de la jurisdicción penal (territorio, personalidad activa, pasiva, protección y universal) con los criterios de resolución de conflictos jurisdiccionales (por ejemplo, que el autor se encuentre en el país o que ya se haya iniciado un procedimiento por un tribunal internacional). Estos operan para resolver conflictos de jurisdicciones, pero no para permitir la apertura de investigaciones. La principal consecuencia de la aplicación de este razonamiento erróneo es la completa desnaturalización del principio de **jurisdicción universal puro** consagrado en el art. 23. 4 de la LOPJ de 1985 y “matizado” en 2009.
2. La reforma planteada vuelve a equivocarse al ampliar la lista de delitos perseguibles mediante el principio de jurisdicción atendiendo al carácter transfronterizo de muchos de ellos. Lo que requieren los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España en la materia, es que los Estados Parte apliquen el principio de territorialidad cuando los actos se cometan en su territorio y el de personalidad activa para perseguir los delitos cometidos por sus nacionales fuera de él.
3. Al igual que hiciera la reforma operada por la LO 1/2009, la PPLO vuelve a confundir el papel de la CPI con respecto a la investigación de los delitos de Derecho penal internacional. Los Estados Parte del ECPI, incluida España, tienen jurisdicción *preferente* aplicando los principios de territorialidad, personalidad activa y pasiva, protección y jurisdicción universal. La subsidiariedad de la jurisdicción se predica de la CPI no de los tribunales españoles.
4. La PPLO introduce un nuevo obstáculo en materia de extradición, al atribuir a la Sala Segunda del Tribunal Supremo una facultad *verificadora* de las intenciones de los tribunales del Estado requirente que ha iniciado un procedimiento judicial por los mismos delitos. La fórmula, copiada literalmente del ECPI, confía en que el Tribunal Supremo pueda evaluar la actividad judicial de un tercer Estado sin tensiones diplomáticas y con los medios inciertos de los que dispone. Una



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

previsión así sólo puede tener como justificación la adopción una medida meramente cosmética o el más absoluto desconocimiento de este mecanismo a nivel internacional.

5. La PPLO presenta serias dudas de inconstitucionalidad al diferenciar entre víctimas en función de la naturaleza de los delitos, y al eliminar el papel otorgado constitucionalmente a la acusación popular en estos procedimientos. Sin perjuicio de las consecuencias que estas medidas pudieran tener en la persecución de los delitos transfronterizos, en los de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, supone la práctica imposibilidad de los tribunales españoles para conocer de los mismos cuando se cometan contra ciudadanos españoles en el extranjero. En definitiva, la constatación de que lo verdaderamente molesto en los delitos de Derecho penal internacional son las víctimas, nunca los verdugos.
6. Finalmente, el mandato contenido en la Disposición transitoria única, que declara el sobreseimiento de los procesos en curso hasta que no se acredite el cumplimiento de los nuevos requisitos establecido por la PPLO, dista mucho de respetar el principio de separación de poderes consagrado en cualquier Estado Democrático y de Derecho que se precie de serlo. El respeto al Poder Judicial y a la profesionalidad de las personas que lo integran, exige confiar en la aplicación que los mismos hacen del Derecho en el marco de las atribuciones que les confiere la Ley.

Fco. Javier Álvarez García (Dir.)

Abogado y Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III

Ana Garrocho Salcedo

Abogada y Prof. de Derecho Penal
Universidad Carlos III

Amparo Martínez Guerra

Abogada y Profesora de Derecho Penal IE
Universidad