

EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL¹
(Mercedes García Arán).

1. Principio de justicia universal y evolución de la comunidad internacional.

La evolución de las relaciones internacionales y el desarrollo de los acuerdos interestatales relativos a la persecución de la delincuencia ha ido sentando progresivamente las bases para la demanda internacional de responsabilidad penal a los individuos, superando la vieja concepción por la que sólo los Estados eran acreedores de responsabilidad en el plano del derecho internacional. En ello ha resultado decisiva la progresiva conformación de un bloque de valores o intereses que los Estados han venido reconociendo como pertenecientes a un orden público supranacional, en cuya conservación se encuentran todos interesados y, por tanto, comprometidos. En orden lógico, la consolidación de ese conjunto de intereses comunes debe conducir a la progresiva delimitación de delitos contrarios al orden internacional y permitir el planteamiento de la responsabilidad individual de quien los lesiona, lo que, por último, conduce al tema clave de los instrumentos jurídicos para su persecución y enjuiciamiento.

Lógicamente, ello se enmarca en el proceso de consolidación de la comunidad internacional como sujeto supraestatal que ha venido favorecido desde el fin de la primera guerra mundial por una serie de factores entre los que destaca la aparición de una serie de valores relativos al bienestar, la dignidad, los derechos humanos etc., para cuya protección resulta cada vez más insuficiente la intervención aislada de los Estados². El desarrollo del concepto de comunidad internacional como sujeto activo en la protección de intereses que le son propios, requiere, paralelamente, la consolidación de instrumentos jurídicos de exigencia de responsabilidad que, como el propio concepto de comunidad internacional, también suponen un avance respecto de los conceptos tradicionales de soberanía estatal y territorialidad.

Este es el marco de partida en que se inscribe el llamado principio de justicia (o jurisdicción) universal, que supone un paso más respecto de la mera cooperación entre Estados para la persecución de delitos. En efecto, los instrumentos de cooperación mediante los cuales los Estados se prestan asistencia mutua para la persecución de hechos delictivos

¹ Este artículo constituye un capítulo del libro *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. García Arán/López Garrido (coords). Valencia, Tirant lo Blanch 2000, pp.63, ss

²Con amplio desarrollo de los factores incidentes, GONZALEZ CAMPOS-SANCHEZ RODRIGUEZ-SAENZ DE SANTA MARIA, Curso de Derecho Internacional público, Madrid, 1998, pp.66-67

suponen ya un grado de reconocimiento de interés supranacional en la represión de la delincuencia y se concretan, básicamente, en los acuerdos sobre extradición, cooperación procesal y policial o reconocimiento de sentencias extranjeras etc., destinados a compensar los límites de la actuación territorial de los Estados, pero no tienen necesariamente su razón de ser en el reconocimiento de unos bienes jurídicos asumidos como propios por la comunidad internacional ³.

En cambio, es ese reconocimiento de intereses necesitados de protección internacional el que proporciona la principal fuente de legitimación al principio de justicia universal. Mediante el mismo los Estados se declaran competentes para perseguir determinados delitos cometidos fuera de sus fronteras y con independencia de la nacionalidad de sus autores o sus víctimas.⁴ Con el principio de justicia universal, por tanto, se establece una importante excepción al principio básico de territorialidad de la ley penal, con arreglo al cual los Estados son competentes para enjuiciar los hechos cometidos dentro de sus fronteras, lo que no es sino expresión de la indiscutible vinculación entre ley penal y ejercicio de soberanía, concepto, a su vez vinculado al de ámbito territorial del Estado. En todo caso, se trata de una excepción a la territorialidad porque supone la aplicación extraterritorial de la ley, pero en realidad, se destina a complementar la aplicación territorial en el sentido de que pretende compensar sus limitaciones, interviniendo cuando éstas dificultan o impiden la persecución del delito.

El principio de justicia universal no es el único caso de extraterritorialidad de la ley penal que se admite, pero en cambio presenta algunas características diferenciales respecto de otros igualmente admitidos. Así, en virtud del principio personal los Estados se atribuyen competencia para perseguir hechos cometidos por sus nacionales (personalidad activa) o contra sus nacionales fuera de su territorio (personalidad pasiva), o bien, con arreglo al llamado principio real o de protección pueden declararse competentes para la persecución de delitos contra intereses estatales cometidos en otro país.

Desde un punto de vista formal, las declaraciones de extraterritorialidad de la ley penal formuladas por un Estado no plantean problemas de interferencia con la soberanía de otros. Los Estados no pueden realizar actos de soberanía en el

³Al respecto, PIGRAU SOLE, A. "Elementos de Derecho Internacional Penal", en Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 147 ss.

⁴Entre otros, MIAJA DE LA MUELA, Derecho internacional privado, II, Parte especial, Madrid, 1987, pp. 631 ss. ESPINAR VICENTE-RUIZ ENRIQUEZ, Derecho internacional privado español. Derecho penal internacional español, Granada, 1988, p. 118., DIEZ SANCHEZ, El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal), Madrid, 1990, p. 174 ss.

territorio de otro, pero son soberanos para decidir el ámbito de su propio poder punitivo⁵. El grado de eficacia de tales declaraciones dependerá, a su vez, del grado de legitimación internacional que se les reconozca, especialmente si el sujeto perseguido se encuentra en el territorio de otro Estado al que debe solicitarse la extradición.

Y ahí es donde se encuentra una de las principales diferencias entre el principio de justicia universal y otros casos de extraterritorialidad. En efecto, el principio personal y el principio real o de protección, son supuestos en los que el Estado extiende sus propias competencias más allá de sus fronteras por motivos distintos a los que inspiran el principio de justicia universal; así, cuando el art. 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española (LOPJ) declara competente al Estado español para perseguir delitos cometidos por españoles en el extranjero (principio personal) pretende, entre otras cosas, juzgar a los autores cuando se hayan refugiado en España después de delinquir en otro país que resultaría competente por el principio de territorialidad y ello porque, de ser solicitada la extradición para ser juzgados en el país de comisión, España debería denegarla en aplicación del principio de no entrega de los nacionales que recoge la Ley de Extradición Pasiva⁶. El principio aut dedere, aut iudicare (o se entrega o se juzga), obliga a juzgar el hecho en España y para ello los Tribunales españoles deben considerarse competentes aunque el hecho se haya cometido en otro país. Por otra parte, el principio de protección (art. 23.3 LOPJ) se basa en la pretensión de extender la autoprotección del Estado más allá de los límites territoriales y se trata, por tanto, de una extensión de soberanía sólo ejercitable si resulta reconocida por el país competente por el principio de territorialidad, lo que plantea innumerables problemas si el autor se encuentra en otro país y éste deniega la extradición por considerar los hechos como delito político.

En cambio, el principio de justicia universal constituye el punto de conexión entre la soberanía estatal y las normas de derecho internacional -normalmente convencionales- que establecen las bases para la demanda de responsabilidad por atentados a intereses supranacionales de diferente importancia. No se trata por tanto, de una mera extensión de la propia competencia para proteger a los propios nacionales o los propios intereses, sino del ejercicio de la soberanía propia, en cierta forma como delegación de un grado de soberanía supranacional admitido en torno a determinados bienes jurídicos o como órgano de la comunidad internacional que es el primer titular de los

⁵Así, JESCHECK, HH. Tratado de Derecho penal. Parte General. I, (Trad. Mir Puig-Muñoz Conde), Barcelona, 1981, p.223. ESPINAR VICENTE-RUIZ ENRIQUEZ, Derecho..cit., p.128, remitiéndose a la doctrina mayoritaria.

⁶MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN, Derecho Penal. Parte general. 3ª ed. Valencia, 1998, p.173 ss.

mismos.⁷

En virtud del principio de justicia universal el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada. Desde este punto de vista, el reconocimiento de este principio por los Estados supone no sólo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesionados por formas de delincuencia internacional. Por tanto, se trata de un instrumento que posibilita la persecución por cualquier Estado que lo asuma, de hechos cometidos fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentra interesado como miembro de la comunidad internacional.⁸

Es este carácter internacional de los intereses protegidos el que proporciona una especial fuente de legitimación al principio de justicia universal y el que debería también proporcionarle un mayor grado de reconocimiento y eficacia interestatal. Por todo ello decíamos que el principio de justicia universal va más allá de la mera cooperación procesal o policial en la persecución de cualquier clase de delincuencia para tender hacia la configuración de un espacio universal de jurisdicción compartida y destinada a la persecución de determinados comportamientos delictivos⁹.

Puede decirse que los bienes jurídicos normalmente acogidos por el principio de justicia universal son heterogéneos y difícilmente reconducibles a un único denominador común, pero ello no invalida su carácter eminentemente internacional. En efecto, el art. 23.4 de la LOPJ española, acogedor del principio de justicia universal, autoriza a la persecución extraterritorial de los siguientes delitos:

- a) Genocidio
- b) Terrorismo
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves
- d) Falsificación de moneda extranjera
- e) Los relativos a la prostitución
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes

⁷BARQUIN SANZ, J. "Universalidad de jurisdicción por delitos de carácter internacional". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 14, 1987, p. 29. ESPINAR-RUIZ ENRIQUEZ, Derecho..cit., p. 118

⁸QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado de derecho penal internacional e internacional penal, T. II, Madrid, 1957, p. 95

⁹PIGRAU, "Elementos..", cit. p. 148 recogiendo el antecedente doctrinal tradicionalmente situado en Grocio.

g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España.

Es cierto que en esta enumeración de delitos pueden apreciarse distintos grados de implicación de la comunidad internacional. En la persecución de la falsificación de moneda o del tráfico de drogas existe un interés común en evitar su internacionalización y la transferencia de efectos de unos a otros países, posibilitada por las formas de comisión de estos hechos, pero, al fin y al cabo, cuando se cometen, lesionan bienes jurídicos que podríamos denominar "internos". En cambio en el genocidio o el terrorismo se afecta a los contenidos básicos de los derechos humanos que se aspira a consolidar como parte de una cultura internacional. En este sentido, puede hablarse de bienes jurídicos consagrados desde las declaraciones de organismos o Tratados internacionales y, por tanto, emanados de la comunidad internacional. Ello es especialmente claro en muchas de las materias que penetran en el principio de justicia universal por la vía de la letra g) del art. 23.4 de la LOPJ y su referencia a los delitos que deban ser perseguidos en España en virtud de los tratados o convenios internacionales, vía por la que se incluye, como tendremos ocasión de mencionar, el delito de tortura (Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984. BOE 9.11.87).

La vinculación con intereses internacionales se encuentra presente en todos los delitos que la LOPJ incluye en el principio de justicia universal porque todos ellos se apoyan en la suscripción de convenios o tratados, lo que por otra parte, explica la referencia genérica a los Tratados de la letra g) del art. 23.4 LOPJ que se constituye así en cláusula de recogida de todos los supuestos no contenidos en apartados anteriores y consagra un fundamento común a todos ellos: el compromiso internacional en la persecución de delitos.

2. Principio de justicia universal, derechos humanos y crimen contra la humanidad.

Aunque los instrumentos de protección supranacional (asistencia, cooperación, jurisdicción universal) se hayan establecido en torno a diversos intereses de la comunidad internacional, la protección de todos los derechos humanos se considera una prioridad de la comunidad internacional lo que determina el proceso de universalización de los mismos¹⁰, que tiene su hito más importante en la Declaración Universal de los Derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, seguida del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966.

¹⁰GONZALEZ CAMPOS-SANCHEZ RODRIGUEZ-SAENZ DE SANTA MARIA, Curso, p. 718. DIEZ DE VELASCO, Instituciones de Derecho internacional público, Madrid, 1997, pp. 525 ss.

El carácter prioritario y universal de la protección de los derechos humanos determina que éstos puedan considerarse el núcleo duro del compromiso en la persecución de delitos. Los atentados a los derechos humanos como bienes jurídicos emanados del orden internacional son así identificados como los auténticos crímenes contra la comunidad internacional.

A partir de la segunda guerra mundial se observa internacionalmente la necesidad de normas imperativas para los Estados en materia de violación de derechos humanos tras los masivos atentados cometidos durante el período nazi. En ello supone un hito significativo en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg (confirmado por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 95 (II) de 11 de diciembre de 1946), cuyos principios básicos son acogidos en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional al elaborar un Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad por encargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947¹¹. Entre los principios del Estatuto de Nüremberg cabe destacar:

Principio II: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional, no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

Principio IV: El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de su superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

Principio VI c): son delitos contra la humanidad: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o en relación con él.

Posteriormente, las cuatro Convenciones de Ginebra ratificadas por España (BOE 5 septiembre 1952) recogen los hechos considerados como crímenes contra la humanidad (art. 147 Convención IV: asesinato, tortura o tratos inhumanos, deportación ilegal etc.) y la persecución internacional de los mismos (Convención I, art.49; Convención II, art.50; Convención III, art.129; Convención IV, art. 146).

A lo largo de esta obra tendremos ocasión de referirnos frecuentemente al concepto de crimen contra la humanidad, pero de los principios del Estatuto de Nüremberg se desprenden unas características del concepto que pueden sintetizarse como sigue:

¹¹Ampliamente, PIGRAU, "Elementos..", cit.pp.142 ss.

1. Persecución de la disidencia política o ideológica
2. Violación generalizada de los derechos humanos y exterminio físico de personas disidentes
3. Irrelevancia de que se cometan obedeciendo órdenes de la autoridad, lo que supone reconocer que el Estado o sus autoridades pueden ser responsables de los mismos.

La apertura de los conceptos utilizados permite encajar en ellos hechos de determinadas características con independencia de cuál sea el "nomen iuris" que reciban en los derechos internos de los países e incluso, con independencia de que el ordenamiento del país donde se cometen los haya tipificado o no expresamente (Principio II del Estatuto de Núremberg). Por tanto, es perfectamente posible referir al concepto de crimen contra la humanidad hechos que con arreglo al derecho interno sean calificables como genocidio, terrorismo o tortura¹² ; y, por otra parte, la nota por la que se admite la comisión de los delitos "desde" el Estado o con su anuencia proporciona una especial dimensión a su inclusión en el principio de justicia universal.

En efecto, aquellos delitos que, en su realización concreta revisten las características del crimen contra la humanidad y se cometen utilizando la autoridad del Estado afectan a lo que aquí hemos considerado como núcleo duro del principio de justicia universal y le dotan de especial operatividad : lesionan bienes jurídicos pertenecientes al orden internacional como son los derechos humanos cuando se lesionan por el Estado y precisamente por ello, necesitan de la intervención de la comunidad internacional porque el Estado del territorio en que se han cometido no los persigue o no puede perseguirlos.

La vinculación entre los derechos humanos y el crimen internacional puede sintetizarse en torno a los siguientes puntos: 1) cuando el derecho internacional incorpora los derechos humanos a sus instituciones reconoce supranacionalmente la dignidad de la persona, a quien se atribuye la calidad de sujeto de derecho internacional y, lo que es más importante, se le reconocen derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por los Estados. 2) En consecuencia, la violación de los derechos humanos no es una cuestión de derecho interno sino un problema internacional pues se ve afectado el orden internacional. 3) Ello está en la base de ese núcleo duro del principio de justicia universal que parte de la consideración de la persona como sujeto de derecho internacional. Por tanto, dicho principio es una norma de derecho internacional incorporada a la legislación interna española.

Todo ello, por otra parte, coincide perfectamente con la naturaleza excepcional del principio de justicia universal como

¹²Respecto del genocidio, resulta evidente su consideración criminológica como delito del Estado o cometido con el apoyo de órganos del Estado: FEIJOO SANCHEZ, "Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 CP)", La Ley, num.4693,1998,p.1

caso de extraterritorialidad de la ley penal: precisamente porque no se aplica la ley del territorio que en principio resultaría aplicable, la justicia universal permite la intervención supletoria de las normas internacionales concretadas en las leyes de los países que las asumen.

Esta dimensión del principio de justicia universal se expresa claramente en la regulación del art. 23.4 de la LOPJ interpretada sistemáticamente en el siguiente sentido: en este caso no rige la exigencia de doble incriminación que se mantiene, en cambio, para el principio personal del num. 2 del mismo art. 23 LOPJ. Con la doble incriminación se exige que los hechos cuya competencia reclama la jurisdicción española sean también delictivos en el país donde se han cometido (art. 23.2,a) LOPJ); ello resulta comprensible porque el principio personal es un complemento del principio básico de territorialidad, destinado a evitar impunidades que la territorialidad estricta podría provocar; recuérdese el ejemplo apuntado anteriormente del español que delinque en el extranjero refugiándose en España y que no podría ser extraditado al país donde delinquirió en virtud del principio de no entrega de los nacionales, lo que obliga a que pueda ser juzgado en España aplicándose extraterritorialmente la ley española. Pero precisamente porque el principio personal complementa la territorialidad y no puede contradecirla, no puede aplicarse a hechos no previstos como delito en el territorio de comisión, puesto que ello supondría una intromisión en la soberanía extranjera que el principio personal no permite porque no se dirige a proteger bienes jurídicos internacionales.

Pues bien, lo importante no es si los hechos calificables como genocidio, terrorismo o tortura son o no punibles en el lugar donde se cometen. Lo importante es que, al incluirse en el principio de justicia universal del art. 23.4 LOPJ, no se les impone el requisito de la doble incriminación, precisamente porque el principio de justicia universal opera respecto de bienes jurídicos internacionales y, por esa misma razón, admite la intervención supranacional incluso aunque los hechos no fueran delictivos en el lugar donde se cometieron.

En la misma línea, debe citarse el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en New York el 19 de diciembre de 1966, en el que se resume el predominio de los principios internacionales sobre el derecho interno cuando se trata de responsabilidad internacional. En efecto, tras recogerse las principales consecuencias del principio de legalidad penal para los derechos internos y, concretamente, la irretroactividad de las leyes penales, se establece que:

"Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

Con ello se establece un principio de legalidad

internacional en virtud del cual, aunque los hechos no sean delictivos en el lugar de comisión, son perseguibles internacionalmente si en el momento de cometerse constituyen delitos contra los principios reconocidos por la comunidad internacional. Podría decirse, desde luego, que dichos principios no siempre gozan de la necesaria concreción, pero ésta resulta suficiente cuando se trata de delitos respecto de los cuales existen tratados que acuerdan su persecución supranacional, como en el caso del genocidio o la tortura. Y sobre todo, no pueden albergarse dudas sobre la afectación al orden internacional de aquellos comportamientos que pueden incluirse en el concepto de crimen contra la humanidad.

En suma, los delitos que la comunidad internacional está interesada en perseguir como tal, están sometidos al principio de legalidad en su dimensión supranacional, esto es: basta con que sean considerados hechos delictivos para las normas internacionales aunque no lo sean en el país en que se cometen.

La forma habitual de asunción de compromiso en la persecución internacional de determinados delitos es la de los Tratados. Por lo que respecta al objeto de este trabajo, los principales acuerdos que fundamentan el compromiso del Estado español son la ya citada Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984 y el Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 (BOE de 8 de febrero de 1969). Pero el ordenamiento español, al igual que el alemán o el italiano (arts. 6 y 7 de sus respectivos Códigos Penales) ha incorporado expresamente el principio de justicia universal a una ley emanada del Parlamento propio, como es el art. 23.4 de la LOPJ. Prima facie, con tal declaración resulta suficiente para el establecimiento de la competencia, porque, como se ha dicho más arriba, los Estados son soberanos para establecer el ámbito de su propio poder punitivo y éste puede ser ejercido sin mayor fundamentación si los sujetos imputados por los delitos en cuestión se encuentran a disposición de las autoridades españolas. Sin embargo, cuando se encuentran en otro país y es necesario instar la extradición, o, en general, cualquier mecanismo policial o procesal de cooperación, cobra pleno sentido la auténtica fundamentación del principio de justicia universal en la existencia de acuerdos internacionales que proporcionan legitimidad material a la competencia para que ésta resulte reconocida por otros.

A partir de aquí, abordaremos los principales puntos objeto de controversia en relación al principio de justicia universal tal como han aparecido en la persecución de los delitos cometidos durante la dictadura imperante en Chile a partir de 1973 e imputados al general Pinochet. Básicamente, se han centrado en los siguientes: 1) el carácter internacional de los intereses protegidos; 2) el grado de incorporación del principio de justicia universal a los ordenamientos internos y 3) el principio de justicia universal y la cosa juzgada.

3. La controversia sobre el carácter internacional de los intereses protegidos.

En el momento de redactar estas páginas, la evolución de los acontecimientos en el asunto Pinochet ha permitido superar en gran parte la discusión sobre el fundamento de la intervención extraterritorial en aplicación del principio de justicia universal. Declaraciones de organismos como el Parlamento europeo, peticiones de extradición formuladas por otros países¹³ y el implícito reconocimiento de la competencia española por el Reino Unido al proceder contra Pinochet mediante su detención, han puesto de manifiesto que el principio de justicia universal alegado por España se basa en el carácter internacional de los intereses a que se refiere.

Sin embargo, en los momentos iniciales de la actuación judicial española contra Pinochet, los términos de la controversia expresaban una todavía muy escasa asunción del fundamento internacional del principio, lo que, por otra parte, permite en estos momentos evaluar la evolución de la cultura de la justicia universal.

Lógicamente, uno de los primeros textos en que aparece la apelación al fundamento del principio de justicia universal es la denuncia formulada por la Unión Progresista de Fiscales (Escrito de 28 de abril de 1996 ampliando los argumentos de la denuncia). En efecto, ahí se destaca que en virtud de dicho principio "el Estado se compromete a perseguir aquellos atentados que afectan a los intereses solidarios de todos los Estados" así como el carácter residual de la jurisdicción española respecto de la del Estado en cuyo territorio se hayan cometido los delitos. Dicho carácter residual -que en el apartado anterior hemos identificado como supletorio -, es el que permite a los denunciantes relacionar la jurisdicción española con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el plano internacional. En efecto, el derecho a la tutela judicial se concreta en el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, esto es, en el enjuiciamiento. Si se trata de bienes jurídicos protegidos internacionalmente cuya lesión no encuentra respuesta jurisdiccional por parte del Estado originariamente competente en aplicación de la lex fori, el principio de justicia universal permite la intervención de otros Estados como parte de la comunidad internacional en la resolución de controversias originadas por la afectación a bienes jurídicos asumidos por ésta.

Tanto el genocidio como la tortura ofrecen pocas dudas acerca del carácter internacional de los intereses afectados. El genocidio es clasificado por el propio Código Penal español como delito contra la comunidad internacional (art. 607 del Tit. XXIV del Libro II) y, como se ha dicho, la competencia sobre la tortura se asienta en la mención a los Tratados internacionales que formula el art. 23.4 LOPJ. Por ello no es de extrañar que la

¹³Sobre los principios fundadores de la extraterritorialidad en otros ordenamientos, AMBOS, K. "El caso Pinochet y el derecho aplicable". Revista penal, 4, 1999, pp.6-7

mayor discrepancia en torno a la naturaleza -interna o internacional- de los bienes acogidos en el principio de justicia universal se haya producido en torno del delito de terrorismo, igualmente incluido en éste.

El problema aparece en relación a este delito, porque la LOPJ exige que los hechos sean calificables como terrorismo "según la ley española" y, según ésta, el terrorismo es un delito contra intereses españoles: la seguridad interior del Estado según el CP anterior y el orden público en el actualmente vigente. Al respecto, no deja de sorprender que, pese a resultar indiscutida la referencia al interés supranacional que domina en todos los delitos mencionados por el art. 23.4 LOPJ, aparezca el argumento de que el terrorismo es sólo un delito contra intereses españoles a estos efectos, argumento que, en realidad, haría incomprensible su inclusión en el ámbito del principio de justicia universal. La respuesta cabe buscarla en el hecho de que, en los inicios del proceso, el compromiso internacional que constituye el denominador común de la justicia universal todavía se encontraba muy escasamente asumido, lo que, por otra parte, coincide con lo sentido por un sector de la opinión pública, extrañada ante la necesidad de intervenir penalmente en hechos cometidos fuera de las fronteras españolas.

Los escritos provinientes del ámbito de la Fiscalía fueron, en un inicio, matizados respecto de la competencia española, para decantarse posteriormente en contra de la misma, pero uno de los puntos de inflexión se produce, precisamente en la conexión entre principio de justicia universal e intereses de la comunidad internacional.

Así, el Informe de la Secretaría General Técnica de la Fiscalía General del Estado mantiene que el terrorismo es un delito contra el orden constitucional español por lo que no resulta aplicable a hechos cometidos contra otros órdenes constitucionales, lo que conduce a negar que la LOPJ permita la competencia española frente al terrorismo supuestamente realizado en Chile. Pese a ello, reconoce que su inclusión en el principio de justicia universal obedece a principios distintos del conocido como real o de protección (dirigido a intereses estatales españoles y recogido en el núm 3 del art. 23 LOPJ), afirmando: "Este matiz, abonaría la idea de que los delitos de terrorismo son perseguibles por la jurisdicción española aunque no atenten contra bienes nacionales".

En ese "matiz" se encuentra la clave de la cuestión: en efecto, en la ley española, el terrorismo es delito contra el orden español, pero cuando en la LOPJ se establece la competencia extraterritorial para perseguirlo junto a otros delitos internacionales, se está superando ese plano interno y se está dando cumplimiento al compromiso internacional en la persecución de determinados hechos. Con ello, la Secretaría General Técnica de la Fiscalía General del Estado está proponiendo ya la interpretación integrada de las normas internas y aquellas que tratan estos delitos como delitos internacionales, criterio crucial en toda esta materia.

Pese a todo, posteriores escritos provinientes de la Fiscalía de la Audiencia Nacional insistieron de nuevo en que, siendo el terrorismo "según la ley española" un delito contra intereses españoles, no podían calificarse como tales hechos contra el orden chileno. Tal es la opción mantenida en el escrito de la Fiscalía de 20 de enero de 1998 presentando cuestión de jurisdicción, apelando a que en el momento de los hechos el terrorismo era un delito contra la seguridad del Estado (español), no contra el derecho a la vida o las libertades públicas. Sobre la relación entre los atentados a bienes personales y terrorismo volveremos al analizar esta última calificación.

En el informe emitido por el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional (conocido como "Informe Fungairiño") no se esgrime la necesidad de que el terrorismo atente contra el orden español para ser objeto de persecución extraterritorial sino que se mantiene una especial interpretación política de los hechos cometidos por las Juntas Militares como conservadores del orden constitucional previo; sin embargo, la incomprensión del alcance del principio de justicia universal y de la dimensión internacional de los intereses que protege queda patente en la formulación de ciertos interrogantes contenidos en dicho escrito: "¿puede un Juez de Paris entender de un delito de prostitución de menores en Sao Paulo (Brasil) porque una asociación internacional haya entendido a dicho juez competente frente a otros?".

Lo cierto es que no es necesario que la hipotética asociación considere al hipotético juez competente "frente a otros", porque con ello se estaría manteniendo una concepción territorial y excluyente, que resulta ajena al principio de justicia universal. Con arreglo a éste, bastaría con que a ese hipotético juez se le considere "competente" y para serlo, basta con que la legislación francesa reconozca la protección universal frente a los delitos relativos a la prostitución. A partir de ahí, quedaría establecida la competencia jurisdiccional que, para poder ejercerse si los imputados no se encuentran en el territorio del país que se considera competente, necesitará de otros mecanismos legales o policiales de cooperación dirigidos a colocarlos realmente bajo su jurisdicción. Pero, en primer lugar, si los hechos se persiguen en Brasil, no será necesario que se ponga en funcionamiento el mecanismo internacional y, sobre todo, la hipotética dificultad de hacer efectiva la competencia internacional no puede llevar a vaciar de contenido el principio de justicia universal.

Como ha quedado apuntado al inicio de este apartado, el desarrollo posterior de los acontecimientos hizo que ganara fuerza la única interpretación posible del principio de justicia universal como destinado a la protección de bienes jurídicos internacionales. Este es el sentido del Auto de prisión dictado contra Pinochet por el Juzgado de Instrucción num. 5 de la Audiencia Nacional (18 de octubre de 1998. vid. anexo num.) que apoya la calificación jurídico penal de los hechos en

distintas normas de carácter internacional (Estatuto de Núremberg de 1945, Convenio contra el genocidio, Pacto de New York, Convención contra la Tortura, entre otros).

Asimismo, el Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998 por el que se confirma la competencia española interpreta el principio de justicia universal como expresión de un compromiso en la persecución de delitos internacionales, con especial referencia al genocidio, calificación que el Pleno de la Audiencia Nacional consideró prevalente aunque inclusiva de las de terrorismo y tortura (Anexo num.) Similares argumentos pueden verse también en el Auto de solicitud de extradición de Pinochet de 3 de noviembre de 1998 (Anexo num.).

Con todo ello han quedado desvirtuados los argumentos por los que se exigía que el país reclamante tuviera un especial interés -derivado de intereses internos- o una especial conexión con los hechos cometidos fuera de sus fronteras. Exigir otra vinculación que no sea la derivada del principio de justicia universal conduce inevitablemente a negar dicho principio¹⁴. La vinculación del país reclamante con los hechos sometidos al principio de justicia universal es la pertenencia a la comunidad internacional que está interesada en perseguirlos, especialmente si el país donde se han cometido renuncia a hacerlo.

A partir de aquí cabe preguntarse por qué el art. 23.4 LOPJ exige que los hechos sean calificables como genocidio, terrorismo etc. "según la ley española" y la respuesta se encuentra en el mismo sentido del principio de justicia universal. España puede perseguir los hechos aunque no sean calificables de la misma forma en el lugar de comisión porque atentan contra intereses supranacionales y, precisamente por ello, no se exige aquí la doble incriminación. En este sentido, la referencia a la "ley española" tiene el significado de que basta con considerar las calificaciones de acuerdo a esta ley, sin ser necesario que la calificación se efectúe con las leyes del país en que se hayan cometido los hechos. En suma, se establece que la competencia extraterritorial se ejerce aplicando la ley española porque serán los Tribunales de este país los que deban aplicarla, pero ello no significa que opera sólo para proteger intereses españoles porque resultaría incomprensible el principio de justicia universal.¹⁵.

¹⁴ESPINAR VICENTE-RUIZ ENRIQUEZ, Derecho internacional.." cit.p.119. recuerdan que la competencia establecida en el art. 23.4 LOPJ existe incluso cuando España no tenga vinculación ni con el lugar de comisión, ni con la nacionalidad de los sujetos ni con el ataque a intereses estatales.

¹⁵SUAY, C., considera preferible que el principio de justicia universal permitiera juzgar los hechos según la ley del país de comisión o lex fori, excepto si ésta no protege el bien jurídico afectado o lo protege fragmentariamente. "El delito de genocidio y el principio de justicia universal". Simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos. Barcelona, 1998, p.102 ss.

Por tanto, el fundamento del principio de justicia universal impone una interpretación del art. 23.4 LOPJ integrada con los textos internacionales que constituyen su fuente de legitimación. Esta cuestión adquiere importancia al abordar el segundo de los temas objeto de controversia que se han enunciado: la incorporación del principio de justicia universal a los ordenamientos internos.

4. La incorporación del principio de justicia universal a los ordenamientos internos.

Como ha quedado enunciado más arriba, la forma más habitual de asunción del principio de justicia universal por parte de los Estados es la suscripción de los Tratados en los que se establece el compromiso de persecución de determinados delitos. A partir de ahí, la mayor o menor eficacia del principio para los firmantes de los Tratados depende, a su vez, del grado de incorporación a los ordenamientos internos que se produzca en cada uno de ellos.

En el caso español, el art. 96 de la Constitución establece la plena incorporación al ordenamiento interno de los tratados internacionales válidamente celebrados. Por tanto, desde la ratificación del Convenio contra el genocidio (art.5) o del Convenio contra la tortura (art.5), España se encuentra comprometida a prevenir y sancionar tales hechos. Sin embargo, en el caso español se ha producido, además, una decisión legislativa por la que dicho compromiso no se limita a lo dispuesto en los Tratados, sino que pasa a formar parte expresamente de las reglas sobre competencia de los Tribunales españoles y, concretamente, se establece la competencia extraterritorial en el tan repetido art. 23.4 de la LOPJ. Una disposición similar se encuentra en el art. 6 del Código Penal alemán.

Lo que se plantea al respecto es hasta qué punto los términos estrictos del Tratado condicionan los límites de la competencia asumida por la ley española, o si, por el contrario, el acuerdo contenido en el Tratado es un compromiso de mínimos que no impide que el Estado parte, en su legislación interna, amplíe el alcance de la persecución a la que se encuentra comprometido.

La cuestión se ha planteado ya en la controversia del proceso contra Pinochet, objeto de estas líneas y puede sintetizarse como sigue.

El art. 1 del Convenio contra el genocidio establece que "las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar". Tras la definición de los actos de genocidio, el art. 6 del Convenio establece que las personas acusadas serán juzgadas "por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fué cometido, o ante la corte penal

internacional que sea competente...". Por tanto, el Tratado obliga a España a sancionar el genocidio, pero, al establecerse que los genocidas serán juzgados por un Tribunal del territorio de comisión o por una corte internacional, no queda obligada a extender su jurisdicción a hechos cometidos en el extranjero.

Esta disposición fué alegada por el Ministerio Fiscal en su recurso ante el Pleno de la Audiencia Nacional contra el Auto que declaraba la competencia española. Según dicho recurso, la declaración del art. 6 del Convenio al establecer el enjuiciamiento del genocidio en el territorio de comisión o ante una corte internacional, excluye la competencia jurisdiccional española sobre actos de genocidio supuestamente cometidos en Chile o, a la inversa, la limita a los actos de genocidio cometidos en España. Por tanto, la incorporación del convenio al ordenamiento español en 1968 habría supuesto también una limitación para que el legislador estableciera la competencia extraterritorial sobre el genocidio cuando en 1985 promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁶.

La interpretación contraria de la Audiencia Nacional al resolver sobre este extremo del recurso es muy clara: el Convenio "no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional". El Convenio pretende un compromiso de las partes para evitar la impunidad del genocidio y sería contrario al mismo pretender que el citado art. 6 limita el ejercicio de la jurisdicción y excluye a todas las que no sean la del territorio o la de una corte internacional. En suma, "que las partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente...".

Como puede verse, la interpretación que se impone conduce a entender que el Tratado contiene un compromiso de mínimos (prevenir y sancionar) que no impide al legislador interno ir más allá en sus decisiones favorecedoras de la persecución y sanción del delito objeto del acuerdo, estableciendo la competencia extraterritorial en virtud del principio de justicia universal. En realidad, esta es una interpretación frecuente en la doctrina¹⁷: del convenio no se deriva la competencia universal, pero tampoco existe una prohibición de la misma, lo que, vinculado a la posibilidad de establecer unilateralmente la competencia (siempre que no se ejerzan actos de soberanía en el territorio de otro Estado), impide considerar que el Convenio

¹⁶Apunta el mismo argumento, RODRIGUEZ RAMOS, "La extradición de Pinochet: error jurídico, ¿error político?", La Ley, num. 4837, (12.7.1999).

¹⁷ESPINAR-RUIZ ENRIQUEZ, Derecho internacional..., cit.p.125-128

contra el genocidio suponga una limitación al principio de justicia universal en la LOPJ española.

La discusión puede reproducirse en torno al delito de tortura y de hecho ya ha sido planteada. Sus términos plantean alguna peculiaridad puesto que el art. 23.4 LOPJ no se refiere expresamente al delito de tortura sino que efectúa una remisión implícita a la Convención que regula su persecución. Por ello, esta cuestión será abordada en el apartado destinado a este delito (infra,4.4.)

5. Principio de justicia universal y cosa juzgada.

La existencia de leyes de amnistía o de "punto final" tanto en Chile como en Argentina ha motivado controversia sobre el tema que se acaba de enunciar. En efecto, la hipotética relevancia de estas decisiones se plantea en relación a la exigencia de la LOPJ española por la que el delincuente no debe haber "...sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido condena" (art. 23.5 en relación a los apartados 4 y 2.c) de la LOPJ.

El argumento de la cosa juzgada (res iudicata) como impedimento para ejercer la competencia española fué alegado por la Fiscalía de la Audiencia Nacional en los inicios del procedimiento y prontamente rebatido por el Pleno de la Audiencia Nacional. El escrito de la Fiscalía presentando cuestión de jurisdicción aludía a ello (anexo num..) aunque sin desarrollarlo por considerar suficientes los argumentos relativos a la calificación de los hechos y a la irretroactividad de la LOPJ, pero el argumento se mantenía más ampliamente en el informe del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Sr. Fungairiño. En él se alude a la legislación de punto final argentina como "equivalente a una amnistía o indulto" y a la "legislación de inmunidad" dictada por los militares chilenos, concluyendo que revisar por parte de un juez español la legislación adoptada por parlamentos extranjeros "supone una fase de judicialización internacional del control de las violaciones de los derechos humanos para la que la comunidad internacional no ha puesto todavía las bases jurídicas..." (vid anexo num....).

En este argumento puede apreciarse una equiparación entre hechos juzgados e indultados (que serían los afectados por el principio de cosa juzgada y excluidos de un nuevo juicio) y decisiones legislativas de países extranjeros para las que el informe considera que el derecho internacional todavía no ha previsto revisión supranacional. Sin embargo, ni se trata de situaciones equiparables, ni es cierto que la legislación interna de los Estados prevalezca sobre el derecho internacional cuando se trata de delitos como éstos.

El Auto de la Audiencia Nacional admitiendo la competencia no sólo afirma que el Decreto Ley de amnistía chileno (2.191 de 1978) pudiera ser contrario al ius cogens internacional, sino

que establece claramente la diferencia entre una decisión legislativa determinante de la impunidad y actos jurisdiccionales en los que se resuelve sobre la culpabilidad o inocencia de acusados concretos. Veamos con mayor detenimiento la problemática planteada, a partir de la distinción entre: a) aquellos responsables que fueron objeto de un procedimiento jurisdiccional y de un indulto y b) aquellos a quienes sólo afectarían las normas citadas en tanto que decisiones legislativas generales.

a) Respecto a quienes fueron juzgados, condenados y posteriormente indultados debe decirse, en primer lugar, que no lo fueron por los delitos que ahora se les imputan, lo que bastaría para mantener la competencia extraterritorial española.

Con todo, es imaginable un argumento opuesto que conviene, a su vez, contraargumentar. En efecto, podría alegarse que la referencia de la LOPJ a una anterior condena, absolución o indulto, se formula en relación a los hechos objeto de procedimiento judicial anterior con independencia de la calificación que hubieran recibido: aunque no se hubieran imputado delitos de genocidio o terrorismo, los hechos habrían sido objeto de una decisión jurisdiccional.

Sin embargo, con ello, nuevamente, se vaciaría de contenido el principio de justicia universal. Como se ha repetido, lo que pretende el art. 23.4 de la LOPJ es ejercer extraterritorialmente la jurisdicción frente a delitos que afectan a bienes jurídicos internacionalmente reconocidos, entre los que se encuentran los más elementales derechos humanos. La justicia universal opera cuando dichos intereses internacionales no se ven protegidos en el país donde se delinque, cuando éste renuncia a la jurisdicción sobre los mismos. El sentido del principio, como también se ha repetido, es evitar la impunidad de estos delitos al amparo de normas internas y por eso, puede prevalecer sobre ellas.

La cautela establecida en la LOPJ pretende, efectivamente, evitar dos decisiones jurisdiccionales sobre un mismo hecho. Pero estos hechos no se integran sólo por sus componentes fácticos sino también por la afectación a bienes jurídicos internacionales. Y las decisiones jurisdiccionales ya formuladas se basaron, en su caso, en la infracción de leyes internas que no reflejaban el desvalor de las calificaciones en que se basa la imputación internacional. Por estas razones, la calificación de los hechos ahora imputados no es irrelevante. Si puede decirse que lo contrario vaciaría de contenido al principio de justicia universal es, nuevamente, porque éste pretende evitar la impunidad de crímenes internacionales al amparo de normas internas. Y para burlarlo, bastaría con aplicar el derecho interno con cualquier calificación de los hechos ajena al contenido internacional de la infracción y, sencillamente, provocar su absolución o bien acudir al indulto.

b) En cuanto a quienes no hayan sido objeto de enjuiciamiento alguno (como el general Pinochet), la conclusión

es mas clara porque lo mantenido hasta aquí se refleja con mayor rotundidad.

El predominio del principio de justicia universal sobre los ordenamientos internos para evitar que éstos provoquen la impunidad de delitos como los que aquí interesan ha sido establecido expresamente respecto de las leyes de impunidad dictadas por las dictaduras argentina y chilena. Así, los organismos internacionales no les reconocen validez: el Comité de Derechos humanos de Naciones Unidas (CCPR/C/ 79/ Add.46) y la Comisión Interamericana de Derechos humanos de la OEA (OEA/Ser.L/V/II.82/ Doc.28/92) se han pronunciado en este sentido respecto de Argentina. La ley chilena de autoamnistía ha recibido idéntico pronunciamiento en Marzo de 1997.

Asimismo, la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados de 23 de mayo de 1969, ratificada por España, Argentina y Chile dispone en su art. 27 que las partes contratantes "no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificante del incumplimiento de un Tratado".

Pero, en todo caso, de lo que aquí se trata es de concretar si la amnistía chilena plantea problemas para la competencia española en tanto en cuanto ésta se encuentra limitada por el principio de cosa juzgada. La respuesta no puede sino ser negativa como ya estableció la Audiencia Nacional: obsérvese que ya no estamos planteando el vigor de decisiones jurisdiccionales territoriales frente a otras competencias jurisdiccionales derivadas del ordenamiento internacional (lo que sí se relacionaría con la cosa juzgada), sino la colisión de una decisión legislativa (la chilena) con normas internacionales o con el ordenamiento de otro país que se declara competente basándose en esas mismas normas internacionales. La conclusión no puede ser otra que la prevalencia de las segundas.

Es el propio art. 23.4 LOPJ el que, legitimado por los compromisos internacionales, permite establecer dicho predominio; como se ha dicho al exponer el principio de justicia universal, éste es operativo aunque los hechos no sean punibles en el lugar de comisión porque no se exige lo que conocemos como doble incriminación. Por eso, aunque una decisión legislativa del país de comisión declare impunes los hechos de terrorismo o genocidio concretamente cometidos, la competencia extraterritorial se mantiene. En otras palabras, la doble incriminación es un reconocimiento a la soberanía legislativa de otros Estados, pero no limita el principio de justicia universal porque éste se basa en el compromiso con normas internacionales y por tanto, decisiones legislativas de amnistía como las que ahora contemplamos no necesitan ser tenidas en cuenta a estos efectos.

Esta observación vale también para la ley de "obediencia debida". Además de que el ordenamiento español no la reconoce frente a órdenes manifiestamente ilegales, se trata de una decisión legislativa que, pese a utilizar la técnica de la causa de justificación, tenía los mismos efectos que una

destipificación legal: provocaba la imposibilidad de ejercer la jurisdicción frente a determinados comportamientos legalmente circunscritos personal, temporal y situacionalmente.

Con ello bastaría para zanjar la cuestión, pero resta una última consideración que se encadena con las anteriores y que también tiene su fundamento en la propia LOPJ.

En efecto, las leyes de amnistía son, obviamente, decisiones legislativas que poco tienen que ver con los indultos. Cuando se concede un indulto, se ha ejercido la jurisdicción y, posteriormente se condona la pena impuesta en ejercicio del derecho de gracia por el poder ejecutivo. En cambio, las leyes de amnistía contienen una renuncia a ejercer la jurisdicción, formulada por el poder legislativo. Por tanto, es ontológicamente imposible considerarlas como indultos generales dejando de lado que, incluso como tales, no serían reconocidos por el derecho español ya que nuestra Constitución los prohíbe.

Pero sobre todo, el principio de justicia universal es, por definición, supletorio respecto de la jurisdicción del país donde se han cometido los delitos y por ello opera especialmente cuando en éstos se renuncia a juzgarlos. No sólo se trata de una vía para la aplicación de las normas internacionales cuando el principio de territorialidad no lo permite, sino que se deduce claramente a sensu contrario del propio tenor del art. 23.4 LOPJ: se exige que el reo no haya sido "absuelto, condenado o indultado" anteriormente, es decir, la competencia extraterritorial española sólo se retira cuando la jurisdicción ya ha sido ejercida anteriormente.

En conclusión, las leyes de amnistía no sólo no son un obstáculo a la competencia extraterritorial española sino que, en tanto contienen renunciaciones a la jurisdicción proporcionan el genuino supuesto de hecho para que dicha competencia adquiera vigor y pueda ser ejercida. Ello confirma que el principio de justicia universal proporciona cauce para el ejercicio de la tutela judicial efectiva -como derecho a obtener una resolución judicial- en el plano internacional.