

..ReCrim2009..

LA REFORMA DEL ARTÍCULO 23.4 DE LA L.O.P.J.: ¿DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL A JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL?

Javier Guardiola García
Universitat de València

competencia penal extraterritorial – jurisdicción – justicia universal –
ley orgánica del poder judicial

Breve comentario a la reciente reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 1/2009.

Recibido: 05/11/09

Publicado: 06/11/09

© 2009 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de I. en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *on line* en <http://www.uv.es/recrim>

Veinte días han transcurrido desde la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados, el 15 del pasado mes¹, del 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’, hasta la publicación en el Boletín Oficial del Estado de esta Ley Orgánica 1/2009². La entrada en vigor, eso sí, se ha producido al día siguiente de la publicación en el B.O.E³.

Muchas y diversas son las cuestiones que en esta regulación se contienen, y merecerían sin duda análisis detallado; pero el objeto de esta simple nota es tan solo dar cuenta de una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por el artículo primero de esta Ley Orgánica 1/2009 que poco o nada tiene que ver con la Oficina Judicial. En efecto, aprovechando la tramitación de esta iniciativa legislativa se introdujo aquí una modificación del artículo 23 de la L.O.P.J., con la declarada intención de recortar el alcance del denominado ‘principio de justicia universal’ o ‘de justicia mundial’ para evitar que los órganos jurisdiccionales españoles pudieran declararse competentes para investigar y enjuiciar determinados delitos cuando ni se han cometido en España, ni están en territorio nacional sus posibles responsables, ni existen víctimas españolas o intereses españoles comprometidos en su comisión. Y es un secreto a voces (puede leerse en las actas de los debates recogidos en la tramitación parlamentaria⁴) que el impulso de esta reforma se debió más a la insistencia del Ministerio de Asuntos Exteriores que a la iniciativa del Ministerio de Justicia.

No es la primera vez que se reforma este apartado del famoso artículo 23, concebido inicialmente para garantizar que no puedan quedar en la impunidad crímenes especialmente graves y rechazables para la comunidad internacional, extendiendo la

jurisdicción española para enjuiciarlos con independencia del lugar de comisión, de la nacionalidad de los autores y de que se hayan visto afectados o no intereses españoles. Pero, a diferencia de las tres reformas anteriores,⁵ que –con criterio, por otra parte, discutible⁶– se limitaron a añadir nuevos delitos al listado de los que se enjuiciarían con independencia del lugar de comisión y la nacionalidad de los responsables, la que ahora nos ocupa ha pretendido no extender, sino limitar los supuestos en que puede afirmarse la competencia de los tribunales españoles.

En efecto, el ya vigente texto queda con la siguiente redacción:

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

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

5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo.”

Y la Exposición de Motivos justifica la reforma en los siguientes términos:

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 delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De 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.

Aparte de apuntar la curiosidad de que se argumente la inclusión de los ‘crímenes de guerra’, que durante los avatares de la tramitación parlamentaria aparecieron en el texto del artículo pero fueron finalmente eliminados del mismo, es preciso subrayar algunos extremos.

En efecto, dos son las supresiones del texto del apartado cuarto de las que nada dice la Exposición de Motivos: por una parte, donde antes decía ‘según la ley penal española’ dice ahora ‘según la ley española’ (podría ser un intento de recoger las

previsiones extrapenales que alguno de los delitos en cuestión obligan a considerar para afirmar la tipicidad, aunque considerando el absoluto silencio al respecto de la tramitación del precepto más probable me parece que sea sencillamente una omisión por inadvertencia); por otra parte, se ha eliminado del listado de infracciones la ‘falsificación de moneda extranjera’.

Más importantes, sin duda, son los diversos añadidos:

1) En la letra a), junto al genocidio, aparecen ahora los crímenes de lesa humanidad (aunque, como queda dicho y pese al tenor de la Exposición de Motivos, no los crímenes de guerra, sin que los motivos de esta exclusión –que lo fue en puridad, porque se consideró incluirlos y se rechazó la propuesta– se hayan explicitado en la tramitación de la reforma).

2) En la letra h), se añade una particular referencia a ‘los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos’; referencia no excluyente y razonablemente adecuada al espíritu de este criterio competencial, por lo que a mi juicio no merece reparo.

3) En párrafo aparte, y tras salvar las previsiones de los tratados y convenios internacionales (que quizá puedan vaciar los requisitos que seguidamente se enumeran) se requiere para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos listados que no estén siendo perseguidos efectivamente ya ‘en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional’ y que se de al menos uno de estos requisitos:

- a) quede acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España;⁷ esto es, que no va a ser preciso instar la extradición de los mismos; o
- b) quede acreditado que existen víctimas de nacionalidad española; o
- c) se constate ‘algún vínculo de conexión relevante con España’.

Sin perjuicio de apuntar el carácter abierto y potencialmente expansivo de esta última previsión, conviene advertir que tanto ésta como la precedente condicionan la atribución de competencia a un vínculo con intereses españoles que se corresponde con la lógica de las previsiones del apartado tercero del artículo 23, pero es totalmente ajeno al sentido originario de este apartado cuarto. Si no concurren intereses españoles, se limita la ‘justicia universal’ (poco digna ya de tan ampuloso nombre) al enjuiciamiento de quienes sean hallados en territorio nacional...

4) Y finalmente se pergeña una regla de subsidiariedad en términos discutibles. En efecto, se dice que ‘[e]l 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’; pues bien, con independencia de que los tribunales internacionales suelen plantear asimismo su competencia en términos de subsidiariedad, lo que puede dar lugar a concurrencias de subsidiariedades que no será fácil resolver, debe advertirse que el tenor de este párrafo exige que exista ‘otro proceso’ (sin requerir literalmente que sea penal; ¿bastaría con una reclamación civil o administrativa?), sin exigir que su inicio sea anterior al del incoado ante la jurisdicción española ni que se trate de un estado con mejor derecho para conocer del asunto –el párrafo precedente habla de ‘otro país competente’, sin diferenciar en virtud de qué criterios de atribución competencial–.

El resultado final de esta maniobra legislativa –y de las precedentes– puede ser la desvirtuación del principio de justicia universal, que primero se amplía a supuestos

ajenos a su naturaleza (por execrables que puedan resultar, determinadas conductas no son comparables a un genocidio) y después se restringe en virtud de criterios de conexión que responden a una lógica muy distinta de la que inspiró la creación de esta regla de atribución competencial. Si lo primero puede habernos llevado a un exceso de asunción de competencias jurisdiccionales, lo segundo puede haber reducido un sistema de justicia universal a una mera extensión extraterritorial de la jurisdicción cuando existen puntos de conexión con intereses españoles... pero para eso teníamos ya el apartado tercero del artículo 23.

La idea de la justicia universal era otra...

Para un análisis de la reforma, desde una perspectiva interdisciplinar, remito a las distintas sesiones de las jornadas '*Justicia o impunidad: la jurisdicción universal a debate*' celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia los días 21 y 22 de octubre, a cuya grabación en soporte audiovisual puede accederse en el servidor multimedia de la Universidad.⁸

¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 113, de 15 de octubre de 2009.

² B.O.E. núm. 266, de 4 de noviembre.

³ De acuerdo con la previsión de la Disposición Final de esta Ley Orgánica. Parece discutido, sin embargo, qué alcance efectivo inmediato deba tener esta entrada en vigor sobre las causas ya incoadas ante la Audiencia Nacional y admitidas a trámite que, de acuerdo con la nueva redacción del precepto, no podrían serlo.

⁴ Por demás, ni demasiado extensos ni muy enjundiosos en cuanto se refiere a la cuestión que nos ocupa. Puede accederse fácilmente a ellos a través del buscador de iniciativas disponible en <http://www.congreso.es>

⁵ Operadas, respectivamente, por la L.O. 11/1999, que incluyó en el listado los delitos de corrupción de menores; por la L.O. 3/2005, que incluyó la referencia 'a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España'; y por la L.O. 13/2007, que añadió los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas.

⁶ Véase al respecto *v.gr.* Guardiola García, J.: "La reforma de los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: ¿de la impunidad por falta de jurisdicción al exceso de atribución competencial?", en *Revista General de Derecho Penal* nº 9, Iustel, mayo de 2008.

⁷ Obvio es decirlo, el tenor literal de la letra g) hace este requisito indispensable en los delitos de mutilación genital femenina.

⁸ <http://mmedia.uv.es> En el momento de cerrar estas líneas aún no están todas las sesiones disponibles (espero lo estén en breve), pero pueden verse ya la intervención del Prof. Valentín Bou y la de quien suscribe, respectivamente en:

http://mmedia.uv.es/buildhtml?user=innodret@post.uv.es&path=/2009_10_21_justicia_impunidad/&name=d_21_valentin_bou.mp4

http://mmedia.uv.es/buildhtml?lang=es_ES&user=innodret@post.uv.es&name=d_21_javier_guardiola.mp4&path=/2009_10_21_justicia_impunidad/&id=7120