

# EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN LOS CASOS DE ARGENTINA Y CHILE

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid

No cabe duda alguna que la que cuestión de la jurisdicción es, ante todo, una cuestión política, pues si en algún lugar se han atrincherado tradicionalmente las prerrogativas de la soberanía del Estado, ese lugar ha sido justamente el Derecho penal. Es más, y aunque no proceda ahora una reconstrucción histórica, el Estado moderno se forja, como es sabido, a partir de la expropiación de las competencias de los poderes universales —la Iglesia y el Imperio— y de los poderes particulares —el feudalismo—, y la primera y quizás fundamental competencia expropiada será precisamente el monopolio del «ius puniendi», esto es, del derecho a castigar; en otras palabras, en la actualidad resulta inconcebible un concepto de Estado que no se encuentre asociado a una atribución exclusiva y excluyente de la facultad penal.

Desde esta concepción, la vigencia de la ley penal se extiende entonces a todo el espacio del Estado y es expresión de su soberanía, rige, como regla general en todos los países, el denominado principio de territorialidad: la ley penal del Estado se aplica a todos los delitos cometidos dentro de su territorio y a todas las personas que han cometido dichos delitos ya sean nacionales o extranjeras como consagran en nuestra legislación los artículos 8 del Código Civil y 23,1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, el principio general de territorialidad cuenta, también de modo tradicional, con múltiples excepciones que permiten extender la competencia del Estado para el enjuiciamiento de los delitos más allá

de su territorio y así, en primer lugar, como heredero del antiguo 'ius sanguini' medieval, se presenta el llamado principio de personalidad basado en la idea de que la ley del Estado debe seguir a todos sus ciudadanos; en la cita clásica de BECCARÍA, la ley penal sigue al ciudadano «como la sombra al cuerpo». Este criterio, sometido a determinados requisitos según nuestra legislación vigente —art. 23,2.º de la LOPJ—, permite así, por ejemplo, resolver aquellos casos en que el delincuente se refugia en su propio país que no podría conceder la extradición al lugar donde se cometió el delito en virtud del denominado principio de la no entrega de nacionales.

El interés del Estado en la persecución de los hechos delictivos que atentan directamente contra sus intereses y que son cometidos fuera de su territorio es, por su parte, el que inspira el denominado principio real o de protección. Recogido en el art. 23,3.º de la LOPJ ampara la persecución y enjuiciamiento tanto de nacionales como extranjeros que hayan realizado determinados delitos que tienen, fundamentalmente, un carácter político —delitos contra la Corona, de traición o rebelión, etc.— así como los cometidos por funcionarios públicos o de falsificación y expedición de moneda española.

Por último, al menos en nuestro Derecho vigente, el denominado principio de justicia universal permite asimismo y como en los casos anteriores ejercitar la jurisdicción del Estado más allá del lugar donde se extiende su soberanía y ello tanto si el delito ha sido cometido por nacionales como por extranjeros. La jurisdicción universal se encuentra también limitada a determinados supuestos delictivos, previstos en nuestro caso en el art. 23,4.º de la LOPJ, pero, a diferencia del principio de protección, la fundamentación en este caso no reside en el interés individual que pueda tener el Estado que ejerce su jurisdicción sino en un interés supranacional, esto es, de toda la comunidad internacional, en el enjuiciamiento de determinados hechos delictivos, los considerados en principio más graves e intolerables.

Pero si históricamente el principio de justicia universal se explicaba en términos fundamentalmente iusnaturalistas — y así señalaba GRO-CIO que hay determinados delitos que violan la ley natural y ofenden los sentimientos de toda la humanidad por lo que el Estado debe «aut dedere aut punire», es decir entregar al delincuente o castigarlo— en la actualidad su formulación, junto a la entidad de los bienes jurídicos protegidos, responde sobre todo a que los hechos delictivos son susceptibles de afectar a los intereses de todos los Estados pudiendo constatare además que en los últimos años ha venido cobrando una mayor relevancia con el objeto de hacer frente a la criminalidad internacionalmente organizada. De este modo, los Estados, mediante la firma de los correspondientes Tratados, se comprometen a la persecución de de-

litos como los relativos a la prostitución, el tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, la falsificación de moneda extranjera o el terrorismo. Se trata pues de un principio de solidaridad universal en materia de enjuiciamiento penal que constituye asimismo la base para la creación de tribunales penales internacionales y en un sentido similar se inspira la idea del espacio judicial común europeo previsto por las disposiciones del Tratado de Maastricht que permite que un Estado miembro pueda juzgar hechos delictivos cometidos en otro Estado miembro, con independencia de la nacionalidad del autor.

A pesar de contar con un sólido fundamento y del auge experimentado en los últimos tiempos, el principio de justicia universal no está sin embargo exento de polémica o, al menos, no lo está la pretensión de una aplicación generalizada del mismo. En este sentido, cabe recordar las palabras pronunciadas por BECCARÍA, y que hoy podríamos suscribir plenamente, cuando señalaba que «seguramente que la persuasión de no encontrar lugar sobre la tierra en el que el crimen haya de quedar impune, sería una medida eficaz de prevenirlo; más no osaría decidir esta cuestión hasta que las leyes hallan llegado a ser más conformes a los sentimientos naturales del hombre, las penas más suaves y el arbitrio de los jueces y de la opinión aseguren a la inocencia las garantías precisas, y hasta que la tiranía, confinada al Oriente, haya dejado a Europa bajo el dulce imperio de la razón, esta razón eterna que une indisolublemente los intereses de los soberanos a los de los pueblos». Porque, ciertamente, es la idea de que los crímenes, al menos los crímenes más graves, no queden en la impunidad la que guía al principio de justicia universal y garantizar esa falta de impunidad, esto es evitar que el reo pueda encontrar refugio en algún país, tendría sin duda alguna un gran efecto preventivo; quizás por ello GARRAUD cita como precedente remoto de aplicación de este principio ese pasaje de la Biblia donde se condena a Caín a vagar eternamente sin encontrar asilo. Pero no es menos cierto que una absoluta generalización del principio de justicia universal, en cuya virtud todos los Estados estarían legitimados para el enjuiciamiento de cualquier hecho delictivo con independencia del lugar donde haya sido cometido, presenta también muchos inconvenientes y dificultades.

En primer lugar, esta generalización podría suponer la negación del derecho de asilo —no de modo absoluto porque el país de refugio puede juzgar al asilado— derecho que tiene hondas raíces históricas y que junto a criterios de carácter humanitario responde en muchas ocasiones a la diversidad de legislaciones. Resulta evidente que, como señalaba Beccaría, si se quieren colmar esas loables aspiraciones de justicia se requiere una mayor homogeneidad de los diversos ordenamientos jurídicos —piénsese que ni siquiera en los países de nuestro entorno

cultural existe total acuerdo a la hora de decidir qué tipo de acciones han de ser contempladas por la legislación penal y así siguen existiendo temas polémicos como, por ejemplo, el aborto o la eutanasia— pero también de los sistemas de ejecución de las penas y de las garantías procesales; como puso de manifiesto Antón Oneca, el criterio de la territorialidad no sólo responde a puros intereses de soberanía del Estado, pues, sin duda alguna, en ocasiones resultará muy difícil reunir con todas las garantías las pruebas necesarias para el enjuiciamiento si éste se realiza en un lugar distinto de donde se cometió el hecho delictivo.

El principio de justicia universal debe operar pues con carácter supletorio para aquellos casos graves donde existe un peligro cierto de que los crímenes queden en la más absoluta impunidad, pero ante este tipo de supuestos no cabe sin embargo desconocer la importancia que para la comunidad internacional tiene su efectiva vigencia. A falta de un criterio como el denominado principio de justicia supletoria, en virtud del cual puede el Estado ejercitar su jurisdicción si en el lugar donde correspondería castigar el delito no se puede o no se está interesado en hacerlo, el principio de justicia universal es el único instrumento que puede evitar la impunidad de determinados hechos delictivos, es más, la paulatina generalización de este principio superando los inconvenientes que antes hemos mencionado, supondría una consolidación y avance en el proceso de cooperación interestatal, basado en la mutua confianza que genera compartir un mismo sistema de valores jurídicos nacido del ejercicio de la democracia y del respeto a los derechos fundamentales. Por lo demás, en su dimensión práctica, y como es sabido, este es el principio que ha permitido iniciar los procesos que se tramitan ante la Audiencia Nacional por los hechos delictivos realizados durante las Dictaduras argentina y chilena.

Pues bien, como es conocido, con base en el art. 23,4.º de nuestra LOPJ, es decir, en aplicación del principio de justicia universal, en nuestro país se han abierto dos procesos por los terribles hechos delictivos realizados en Argentina y Chile durante los periodos de dictadura militar, pero precisamente el mayor escollo que presentó la iniciación de estos procesos fué la impugnación del Ministerio Fiscal sobre la competencia de la jurisdicción española. Muy sucintamente los argumentos del Ministerio Público eran los siguientes: de un lado, señalaba que cuando se realizaron los hechos que se pretenden enjuiciar no estaba aún vigente la actual LOPJ de 1985 que autoriza expresamente la persecución de los delitos de Genocidio y Terrorismo y la que resultaba entonces de aplicación, la de 1870, no contemplaba estos supuestos; se alegaba, por tanto, la excepción de prohibición constitucional de irretroactividad de las normas aplicables. De otro lado, el Ministerio Fiscal

defendía que, en todo caso, no se cometieron los mencionados delitos de genocidio o terrorismo sino los de homicidio, asesinato, tortura, detención ilegal, etc., cuya persecución sólo puede realizarse por el Estado donde tuvieron lugar los hechos.

En primer lugar, y en lo que respecta al reconocimiento por nuestra legislación del principio de justicia universal, hay que señalar que tanto en la vigente LOPJ de 1985 como en la normativa precedente, se acoge este principio pero, ciertamente, en la Ley de 1870 los delitos de genocidio o terrorismo no estaban expresamente contemplados. Sin embargo, cabe señalar que aplicar la legislación de 1985, que sí recoge estos supuestos, a hechos realizados con anterioridad no supone, a nuestro juicio, una vulneración del principio de irretroactividad de las normas prohibido por el art. 9 de la Constitución por cuanto la mencionada disposición sólo afecta a las normas sancionadoras y no a las de carácter procesal como es el caso que nos ocupa. Junto a este criterio debe además tenerse en cuenta que la ampliación del elenco de supuestos delictivos para cuya persecución resulta competente la jurisdicción española en aplicación del criterio de la justicia universal, ahora recogidos en la vigente LOPJ de 1985, se ha realizado en virtud de los Acuerdos o Tratados internacionales firmados por nuestro país cuyo contenido resultaba en realidad vinculante desde el mismo momento en fueron debidamente ratificados por cuanto ello supone su plena incorporación a nuestro Derecho interno.

Este último criterio resulta claramente aplicable en el caso del delito de Genocidio por cuanto la ratificación por España del Convenio de 1948 se produce en septiembre de 1968; pero, en realidad, en este supuesto no resulta necesario acudir para su persecución a una aplicación retroactiva de la LOPJ de 1985, pues, en la legislación vigente al momento de realizarse los hechos objeto de estos procesos, se reconocía, en su art. 336 y en base al denominado principio real o de protección de intereses, la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar los delitos contra la seguridad exterior del Estado entre los que en aquél momento se hallaba comprendido el delito de genocidio —art. 137 bis del Código Penal recientemente derogado—. Cabe pues concluir, al menos con respecto al delito de genocidio, que no existe ningún obstáculo en nuestra legislación para que la jurisdicción española resulte competente en la investigación y enjuiciamiento de los hechos que puedan constituir este tipo delictivo; simplemente, si se trata de hechos acaecidos con anterioridad a 1985 la competencia resulta por aplicación del principio de protección de intereses y a partir de esa fecha, y con mejor criterio, por aplicación del principio de justicia universal.

Ahora bien, de no admitirse que la prohibición de irretroactividad no afecta a las normas procesales, mayores problemas plantea, sin du-

da, la persecución del delito de terrorismo. En todo caso, caben aún también en este supuesto dos interpretaciones que a nuestro juicio permitirían establecer la competencia de la jurisdicción española por las actividades terroristas realizada durante el periodo de Dictadura argentina y chilena.

En primer lugar, cabe plantear que lo existe, en realidad, no es propiamente una falta de jurisdicción de la Justicia española sino más bien un conflicto entre los principios que consagra nuestro texto constitucional y así, frente al principio general de seguridad jurídica previsto por el art. 9,3, que acoge como postulado del mismo la irretroactividad de las normas sancionadoras, cabe oponer para proceder al enjuiciamiento por estos hechos el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24. Como es doctrina reiterada de nuestro Tribunal Constitucional, cuando dos principios constitucionales entran en colisión no cabe obtener una respuesta categórica que resulte válida con carácter general sino que, por el contrario, debe realizarse una ponderación de los intereses en conflicto que, en este caso concreto, bien pudiera resolverse en favor del derecho a la tutela judicial efectiva pues, dada la imposibilidad de persecución de los hechos delictivos que dan origen a la causa en el lugar en que fueron cometidos (a la falta de interés de los Estados se une en el caso argentino la promulgación de las conocidas leyes de Obediencia debida y Punto final), cabe estimar como interés superior o prevalente que estos crímenes no queden en la más absoluta impunidad.

Pero si este criterio no prosperara, existe aún un segundo que, a mi juicio, resulta insoslayable. Al momento de cometerse los hechos delictivos que aquí se debaten el terrorismo estaba tipificado en nuestra legislación entonces vigente como un delito común —art. 260 y ss. del Código penal— y como un delito militar —arts. 294 bis a) y ss. del Código de Justicia Militar— y precisamente el propio Código de Justicia Militar establecía, en su art. 17, la competencia de los tribunales españoles para conocer, con carácter de jurisdicción universal, de los delitos militares que pudieran cometerse tanto en nuestro territorio como fuera del mismo entre los que, como acabamos de señalar, se encontraba el terrorismo.

Por todo ello, entendemos y así lo entendió también en su día el juez de instrucción de las causas argentina y chilena, que la jurisdicción española es competente para la persecución y enjuiciamiento de los delitos de genocidio y terrorismo; en el primer supuesto, el delito de genocidio, porque la LOPJ vigente al momento de cometerse los hechos lo autorizaba expresamente aunque ciertamente al amparo del principio de protección de intereses y no de la justicia universal; en el caso del delito de terrorismo, porque también en el tiempo de comisión de estos

hechos el terrorismo en nuestro país era un delito militar al que cabía, según el art. 17 CJM, aplicar el principio de justicia universal y, en todo caso, porque no existe propiamente una falta de jurisdicción para su enjuiciamiento sino un conflicto entre principios constitucionales cuya ponderación, al menos en este caso concreto, debe resolverse en favor del derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la segunda de las objeciones formuladas por el Ministerio Fiscal que afecta al Derecho penal sustantivo, esto es, la impugnación de la calificación de las conductas que dan origen a los procesos como delitos de genocidio o terrorismo, cabe también oponer las siguientes argumentaciones.

Como es sabido, el delito de GENOCIDIO sanciona las conductas de homicidio, agresión sexual, lesiones, desplazamientos forzosos, etc., realizadas con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, es decir, sanciona la comisión de determinados delitos cuando éstos se realizan sobre sujetos o colectivos que reúnen una común característica; de este modo, y como se ha llegado a decir, el genocidio representa el máximo exponente delictivo de la discriminación. Ahora bien, el Ministerio Fiscal en su informe rechazaba que los delitos cometidos tanto en la Argentina como en Chile puedan ser calificados como genocidio por cuanto, a su juicio, la nota común de las víctimas estaba constituida por su ideología, característica que no se recoge expresamente en el mencionado tipo delictivo.

En primer lugar hay que señalar que no todas las víctimas de la represión en los mencionados países tenían como denominador común su ideología; como consta en autos, la represión alcanzó a personas de reconocida militancia política, en formaciones políticas por cierto muy diversas, como comunistas, socialistas, peronistas, etc., pero alcanzó, asimismo, a personas que no tenían militancia política alguna y que no destacaron en ningún momento por defender postulados políticos o ideológicos. En todo caso, el denominador común de la ideología era sólo patrimonio de los represores de los que cabría decir que, sencillamente, se propusieron destruir a toda persona que se opusiera a sus intereses realizando un ejercicio exacerbadamente de demostración de poder. En realidad, este sometimiento al poder, político, social o económico, es la razón última que se encuentra siempre en los delitos de genocidio donde la persecución de la etnia o la religión no suele ser tanto en virtud de esa característica de la víctima sino de su rechazo al modelo que se pretende imponer o al poder mismo.

No debe pues, en nuestra opinión, postularse una interpretación formal de los términos utilizados en el delito de genocidio sino una más acorde con el sentido teleológico del mismo que no es otro que intentar

evitar el exterminio de colectivos o grupos contrarios al poder o al modelo mayoritario imperante. Una interpretación formal y estricta de los términos utilizados en el tipo penal de genocidio impediría no sólo la persecución de una discriminación basada en motivos políticos sino que características como el agnosticismo o ateísmo de las víctimas, por ejemplo, tampoco quedarían comprendidas y una rigurosa aplicación del concepto «nacional» que no alude en sentido estricto al origen, tampoco daría entrada a aquellos casos en que los sujetos han adquirido la nacionalidad del Estado donde son perseguidos.

Por todo ello, y de acuerdo con nuestras propias normas de interpretación, debe propiciarse otorgar a los términos que utiliza el tipo penal de genocidio un sentido acorde con la finalidad para la que fueron creados y acorde, asimismo, con la realidad social de nuestro tiempo. De este modo, y como el propio instructor de la causa señalaba, quizás sea el término «nacional», por tratarse de una expresión polisémica, el que permita agrupar colectivos que comparten características comunes, como la pertenencia a determinadas profesiones o clases sociales, etc., colectivos que precisamente por esa nota común sufrieron especialmente la represión que se enjuicia en esta causa (y, así, por ejemplo, obreros, estudiantes, etc.). Precisamente la común condición social de las víctimas es un criterio que queda amparado por nuestra legislación vigente al momento de cometerse los hechos delictivos pues el art. 137 bis, que recogía el delito de genocidio en el derogado CP, contemplaba, hasta la reforma de 1983, el supuesto de destrucción de un grupo «social» (término por cierto que fué sustituido por el de «racial» que en nuestra lengua es admitido como sinónimo de «étnico» por lo que ya estaba comprendido en el precepto).

En cuanto a la no existencia de un delito de TERRORISMO, según el Informe presentado por el Ministerio Fiscal no cabe su apreciación porque, de un lado, según la legislación vigente al realizarse los hechos éste era concebido en nuestro país como un delito contra la Seguridad Interior del Estado que limita las acciones a las dirigidas contra el Estado español y, de otro, por la no existencia de una banda armada u organización terrorista toda vez que los hechos delictivos tanto en Argentina como en Chile fueron cometidos por instituciones del propio Estado, el ejército, sin que quepa igualmente la imputación de los crímenes como delitos de terrorismo de Estado.

Pues bien, en cuanto al primero de los problemas planteados, la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos delictivos, hay que señalar que en nuestro país estuvieron en vigor sucesivas leyes reguladoras de la materia antiterrorista y que, en concreto, los arts. 260 y ss. del Código penal vigente en aquel momento calificaban como terrorismo la realización de asesinatos, homicidios, etc., con la finalidad,





bastante genérica, de «atentar contra la seguridad del Estado o el orden público» finalidad que, amén de otros contenidos, comprende claramente la no utilización de las vías legales para oponerse al Estado, promover su cambio o actuar en favor del mismo. Argumentar que tales delitos sólo resultan de aplicación cuando la acción se dirige contra el Estado español carecería de sentido pues piénsese, por ejemplo, en el acto de terrorismo perpetrado por un español en nuestro territorio contra el Estado francés, el principio de no entrega de los nacionales impediría su extradición a Francia —que puede además no reclamarlo— y el argumento del Ministerio Fiscal impediría el enjuiciamiento del hecho en nuestro país por lo que el acto resultaría absurdamente impune.

Finalmente, tampoco comparto el criterio de que no existe delito de terrorismo por cuanto falta la organización armada que es elemento indispensable del mismo. En este sentido cabe decir, en primer lugar, que la aplicación de la legislación vigente en España, argumento tantas veces utilizado por el Ministerio Fiscal en este caso, no hace necesario para el enjuiciamiento por el delito de terrorismo la existencia del elemento banda armada pues los ya derogados arts. 260 y ss. permitían incluso el denominado terrorismo individual. La aparición del citado elemento organizativo, como es sabido, surge en el Código de Justicia Militar (Ley de 15 de noviembre de 1971) que posteriormente se anexiona al propio Código penal común para constituir, en la legislación dictada durante el llamado proceso de democratización, un elemento esencial en la definición del delito de terrorismo que pervive hasta nuestros días. Por tanto, hay que ser coherente, si se aplica la legislación vigente en el momento de iniciarse la comisión de los hechos el elemento banda armada no resulta en modo alguno necesario para dirigir la acción penal por el delito de terrorismo.

Pero en todo caso, ningún obstáculo existe a nuestro juicio para calificar a los grupos que actuaban en la Dictadura argentina o chilena como una auténtica banda armada donde los elementos de jerarquía, organización, disponibilidad de armamento y voluntad de la asociación por encima de los actos concretos de ejecución claramente existían. No es óbice para esta calificación que la organización estuviera compuesta precisamente por parte del ejército del propio Estado que, actuando al margen de la legalidad, no merece otro calificativo que el de banda armada. Por otra parte, no es óbice tampoco para la exigencia de responsabilidades penales que la expresión terrorismo de Estado tenga, en efecto, y en el ámbito del Derecho interno, un significado más pasional o periodístico que jurídico pues a quien se pretende juzgar, como no puede ser de otro modo, es a las personas físicas que ejecutaban las acciones delictivas, participaban en las mismas o inducían su realización,

sin que para ello sea obstáculo que ocuparan puestos de relevancia política o formaran parte del ejército del Estado como se ha demostrado en nuestro propio país tras el procesamiento y condena de personas que formaron parte incluso del propio Gobierno de la nación. De igual modo, no hay que olvidar que junto a las bandas de militares también cometieron estos hechos delictivos organizaciones paramilitares o civiles y que las acciones terroristas de desapariciones, asesinatos, torturas, etc., comenzaron en ambos países incluso antes de producirse el golpe militar por lo que ningún obstáculo habría tampoco para calificar los hechos como terrorismo subversivo o encaminado, como finalmente se produjo, a la toma del poder político.

Coinciden pues a nuestro juicio en estos procesos todos los elementos que, según doctrina y jurisprudencia, conforman el delito de terrorismo cuyo elemento subjetivo característico, la finalidad de subvertir el orden constitucional, supone la utilización de la violencia al margen de las reglas del Estado lo que puede realizarse tanto desde fuera como desde dentro del propio Estado como, fundamentalmente, fué este último el caso de las Dictaduras argentina y chilena.

Por todo ello entendemos que no existe ningún obstáculo para declarar la competencia de la jurisdicción española en los procesos que hoy se tramitan ante la Audiencia Nacional por los delitos de genocidio y terrorismo realizados en Argentina y Chile. A la espera de un Tribunal Internacional que sin dejarse llevar por los cantos de sirena de la llamada razón de Estado juzgue actos criminales como los sucedidos en estos países esta es la única vía, la del Derecho interno en virtud de la aplicación del principio de justicia universal, que hoy por hoy tenemos para hacer que el valor de la solidaridad, que tanta fuerza está cobrando en los últimos tiempos, alcance también al ámbito de la justicia.