



Roj: **AAN 216/2014 - ECLI: ES:AN:2014:216A**

Id Cendoj: **28079229912014200002**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **02/07/2014**

Nº de Recurso: **15/2014**

Nº de Resolución: **38/2014**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JULIO DE DIEGO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

PLENO

EXPEDIENTE GUBERNATIVO: 15/2014

ROLLO DE SALA: SECCION SEGUNDA 92/2008

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN SUMARIO: (PRC. ORDINARIO) 63/2008

ORGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 2

ILMOS. SRES/AS

PRESIDENTE

D. FERNANDO GRANDE MARLASKA GÓMEZ

MAGISTRADOS

D^a. ANGELA MURILLO BORDALLO

D^a CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA

D. GUILLERMO RUIZ POLANCO

D. ANGEL HURTADO ADRIAN

D^a. TERESA PALACIOS CRIADO

D^a. MANUELA FERNÁNDEZ PRADO

D^a. CARMEN PALOMA GONZALEZ PASTOR

D.^a M^a DE LOS ANGELES BARREIRO AVELLANEDA

D. JAVIER MARTINEZ LAZARO

D. JULIO DE DIEGO LOPEZ (Ponente)

D. JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA

D. ANTONIO DÍAZ DELGADO

D. NICOLAS POVEDA PEÑAS

D. RAMON SAEZ VARCARCEL

D^a. CLARA E. BAYARRI GARCÍA

A U T O nº 38/2014



En Madrid, a dos de julio de dos mil catorce,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO .- El procedimiento se inicia en virtud de querrela interpuesta con fecha 28.05.2005 por la representación procesal del COMITÉ DE APOYO AL TIBET y LA FUNDACION CASA DEL TIBET ejercitando la acción popular del artículo 25 de la Constitución española, y de Carlos Jesús (ciudadano de nacionalidad española víctima de torturas tras su detención en el Tibet) como acusación particular por delitos de genocidio, torturas, terrorismo y de lesa humanidad contra **Pedro Francisco**, anterior Presidente de la República popular china y secretario del Partido comunista chino; **Aquilino**, antiguo Primer Ministro durante la represión tibetana y de finales de los 80 y principios de los 90; Domingo, Secretario del Partido en el Tibet, durante el periodo de 1971-1980 y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tibet; **Gabriel**, Secretario del Partido en el Tibet durante el periodo 1980-1985 y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tibet; Leoncio, Jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los 80; **Prudencio**, Secretario del Partido en la Región Autónoma del Tibet durante el periodo 1992-2001, y **Victorino**, Ministro de Planificación Familiar en los años 90.

Los hechos relatados en la querrela se ciñen a los supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la dominación de la República Popular de China en el Tibet, y su ocupación militar, entre el período comprendido entre 1950 y 1979.

La querrela fue admitida a trámite por auto de fecha 10 de enero del 2006 de la Sección Cuarta por el delito de *Genocidio*, practicándose las diligencias pertinentes para la investigación y esclarecimiento de los hechos, acordándose por comisión rogatoria de 17-12-2008 tomar declaración a los querrelados, en tal calidad, por presuntos delitos de *torturas, genocidio y lesa humanidad*.

Se acordó la ampliación de la querrela respecto del expresidente de la República Popular China **Alvaro** por auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9-10-2013.

Los querrelados Pedro Francisco, Aquilino, Leoncio, Prudencio Y Victorino se encuentran en busca y captura a tenor de OID acordada por auto de 10-02-2014 del Juzgado instructor, en virtud de auto de 18-11-2013 de la Sección Cuarta, por delitos de genocidio, torturas y lesa humanidad.

SEGUNDO .- Por auto de 25-03-2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 2 se acordó a instancia del Ministerio Fiscal, la conclusión del presente sumario y la elevación del mismo a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a fin de que se pronuncie sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado a) del Art. 23.4 de la Ley Orgánica del poder judicial a los efectos de cumplir con el mandato previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o bien, adopte la decisión que estime pertinente.

TERCERO .- Con fecha 16-04-2014, la representación procesal del INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AUROBINDO y D. Demetrio formuló querrela - en los mismos términos que la denuncia de 26-03-2014 - por delitos de tortura y de lesa humanidad, ejercitando la acción popular contra los miembros del gobierno chino desde 2009 hasta nuestros días como los responsables, presuntos, de los hechos objeto de la querrela, persecución, tortura y posterior inmolación de numerosos monjes budistas tibetanos, en los monasterios del Tibet; querrela remitida por el instructor, unida al rollo, estando al traslado de los autos a las partes para acordar lo procedente.

CUARTO .- El *Ministerio Público* en su informe de 12-05-2014 en tramite de instrucción dijo que deberá acordarse el sobreseimiento de la causa conforme lo previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

QUINTO .- Los querellantes (acusaciones popular y particular), en igual trámite, estimaron la *obligada aplicación del derecho internacional* por parte de los tribunales españoles; en consecuencia:

Planteamiento de cuestión de constitucionalidad contra la disposición transitoria única de la L.O. 1/2014, de 13-03 y subsidiariamente cuestión de constitucionalidad contra toda la citada Ley Orgánica (*acusación popular, Instituto Derechos Humanos Sri Aurobindo/ Demetrio*).

Revocar el auto de conclusión del sumario

Subsidiariamente, se acuerde la apertura del juicio oral.



Subsidiariamente, respecto de las dos anteriores peticiones, la Sala debería, en ese caso, *plantear cuestión de constitucionalidad* .(*acusación popular* , Comité de Apoyo Tibet y Función Casa Tibet./ *acusación particular* Carlos Jesús .

SEXTO .- Por providencia de 30.05.2014, se acordó remitir los autos al Pleno de la Sala de lo Penal, como venía acordado, para su tratamiento y deliberación, resolución recurrida por la querellante y confirmada por auto de 17.06.2014.

SEPTIMO .- El día 23-06-2014 se celebró la sesión del Pleno de la Sala Penal acordando por mayoría el sobreseimiento y archivo de la causa sin planteamiento de cuestión de constitucionalidad frente a la L.O. 1/2014, de 13-03, emitiendo la presente resolución, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JULIO DE DIEGO LOPEZ, quien expresa el parecer de la mayoría de la Sala.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

UNICO .- Los querellantes centran sus argumentos en contra del sobreseimiento de la causa en la *primacía de las convenciones internacionales* en la materia sobre el derecho interno y, por tanto, obligada aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales españoles de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23.05.1969, estableciendo la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, una vez que aquél es incorporado por un Estado, tratados cuyas disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional, existiendo, por tanto, la obligación de la jurisdicción española de impedir la impunidad de estos crímenes y de juzgar a los culpables de los mismos.

Asimismo, los querellantes alegaron ser los hechos constitutivos de terrorismo y existir víctima española, no afectando la L.O. 1/2014, de 13 de marzo a este procedimiento, así como la necesidad de plantear cuestión de constitucionalidad frente a la citada normativa.

Las alegaciones no pueden prosperar

En primer termino, la cuestión se plantea respecto a la afirmación o negación de la jurisdicción española, de la que derivaría la competencia para conocer del asunto, a tenor de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, versando dicha cuestión sobre el alcance e interpretación de las disposiciones aplicables -fundamentalmente tratados internacionales firmados por España- para determinar si en España pueden ser juzgados hechos que han ocurrido en territorio de otro país, sujetos a la soberanía de otro Estado, y que, por lo tanto, no quedan bajo los efectos del principio general de territorialidad de la Ley penal española.

En este sentido, según doctrina del TS, la **jurisdicción como expresión de la soberanía del Estado, es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos, sometiéndolas, en el caso del derecho penal, al ius puniendo que la ley le atribuye; en este sentido tiene carácter previo a la competencia y no puede ser confundida con ella.**

La determinación de la competencia supone atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de una determinada clase de asuntos de forma prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción; así se afirma en el art. 117.3 de la CE : *" El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan"*.

Llegados a este punto, en cuanto a los hechos investigados, el art. 10.2 CE establece que *" Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados , y acuerdos internacionales, sobre las mismas materias ratificados por España "*; en esta materia la Sala 2ª del TS, en un caso análogo, establecía que *" esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión relativa a la interpretación de los Tratados internacionales y la atribución de jurisdicción a un Estado para perseguir hechos cometidos en otro Estado. Así, las SSTS 327/2003, de 25 de febrero , y 319/2004, de 8 de marzo , establecen los principios generales siguientes:*

Que hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien *hace falta un punto de conexión* que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción.

Que, en el artículo VIII del Convenio contra el *genocidio* , se establece que cada parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.



Que el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional; y, a este respecto, se cita expresamente lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Que, en los *Tratados Internacionales* relativos a estas materias, se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el *territorio o en la personalidad activa o pasiva*, y a ellos se añade el *compromiso de cada Estado para perseguir los hechos*, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero *no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogándose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado.*

Ambas sentencias se refieren a los Tratados siguientes: el Convenio de Ginebra sobre Prevención y Sanción del Genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención contra la tortura, de 10 de diciembre de 1984; la Convención sobre la prevención del castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, de 14 de diciembre de 1973; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970; el convenio para la re presión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de septiembre de 1971; la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979; el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hechos en Nueva York el 9 de diciembre de de 1999; y la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988" (ATS/25.10.2012).

Llegados a este punto, *no existe* ninguna norma internacional que obligue a los Estados a incorporar el principio de la jurisdicción universal; *los límites* de la jurisdicción universal es una cuestión de *política criminal* que compete al legislador, obligación asumida por el legislador español en orden al cumplimiento de los tratados internacionales firmados por España relativos a los delitos de genocidio, torturas y de lesa humanidad, al establecer en el art. 23.4. a) y b) de la LOPJ modificada por LO 1/2014, de 13 de marzo, que *"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 cuando se cumplan las condiciones expresadas:*

Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

Ninguno de los supuestos descritos concurren en este caso; los querellados no se encuentran en las categorías citadas o reúnen esas características; *ninguno ostenta la nacionalidad española, ni reside en España ni se encuentra en territorio nacional.*

Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que impute la comisión del delito se encuentre en territorio español."

Tampoco en este caso se dan las condiciones exigidas; así, la nacionalidad española del querellante Carlos Jesús no determina por sí sola la asunción de la competencia para el conocimiento de la causa. El citado precepto legal declara la jurisdicción de los tribunales españoles cuando la víctima tuviera la nacionalidad española en el momento de los hechos y la persona a quien se impute el hecho delictivo se encuentre en territorio español; *este segundo requisito no se ha acreditado en esta causa al ser los querellados nacionales de la República Popular China y no constar que se encuentren en territorio español.*

En este sentido, España, como Estado soberano y como expresión de su soberanía ha *instituido su jurisdicción* sobre estos delitos en los casos señalados, precisando los límites positivos y negativos de la posible extensión de la Jurisdicción española determinando, *de un modo ajustado a los tratados internacionales*, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en que casos y condiciones, teniendo además la persecución de delitos cometidos fuera de España carácter *excepcional*, constituyendo las circunstancias que deben darse en cada caso requisitos de procedibilidad para su investigación y conocimiento; requisitos que deberán estar acreditados, dado que en caso contrario, a tenor de la D.T. única de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo *"Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren*



en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella".

En segundo término, manifiestan igualmente los querellantes la necesidad de acudir al Tribunal Constitucional a los efectos de *plantear cuestión de inconstitucionalidad* frente a la L.O. 1/2014, de 13 de marzo.

Los argumentos expuestos con anterioridad y la claridad con la que el legislador español ha decidido delimitar, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía, hacen innecesarias nuevas razones en contra de la necesidad planteada, por cuanto no existe ninguna norma convencional que obligue a la adopción del principio de jurisdicción universal en los términos que los querellantes pretenden ni la mayoría de la Sala tiene duda que justifique su planteamiento.

Por último, aunque los querellantes manifiesten haber calificado en su escrito de querrela los hechos como crímenes de terrorismo de Estado -además de genocidio, torturas y de lesa humanidad- dicha calificación no es vinculante, máxime cuando se admitió la querrela - auto de 10.01.2006 de la *Sección Cuarta* de esta Audiencia - únicamente por delito de *genocidio* desarrollándose en tal sentido la investigación, *quedando formalizada la imputación* al acordarse por comisión rogatoria de 17.12.2008 tomar declaración a los querrelados, en tal calidad, por presuntos delitos de *torturas*, *genocidio* y *lesa humanidad*, así como ordenar la citada sección cuarta (auto de 18.11.2013) la busca y captura de los querrelados **Pedro Francisco**, **Aquilino**, **Leoncio**, **Prudencio Y Victorino** por OID acordada por auto de 10-02-2014 del Juzgado instructor, por delitos de *genocidio*, *torturas* y *lesa humanidad*.

Por todo ello, procede el sobreseimiento y archivo de la causa de conformidad con lo establecido en la D.T. única de la L.O. 1/2014, de 13-03.

En virtud de lo expuesto;

PARTE DISPOSITIVA

EL PLENO DE LA SALA PENAL ACUERDA:

EL SOBRESEIMIENTO Y ARCHIVO de la presente causa, con alzamiento de cuantas medidas cautelares existieren contra los querrelados que constan en el antecedente primero de esta resolución **Pedro Francisco**, **Aquilino**, **Leoncio**, **Prudencio Y Victorino**.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de los penados haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación a interponer en la forma y plazos legales,

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.

VOTO PARTICULAR

AL AUTO 38 / 2014 que emite el Magistrado ANTONIO DÍAZ DELGADO adhesivo y concurrente al formulado por los Magistrados Ramón Sáez Valcárcel, y JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA.

El presente voto particular, se refiere a lo que manifesté en la deliberación ante el pleno de la Sala de lo Penal en cuanto a que considero que debió plantearse la cuestión de inconstitucionalidad de la actual redacción del artículo 23 de la vigente LOPJ, por vulnerar los derechos fundamentales a la igualdad (art. 14 CE), y en lógica consecuencia por lo que expondré a continuación, el derecho a la Tutela Judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Estoy totalmente de acuerdo con lo que expresa el voto particular en cuanto a la inconstitucionalidad de la norma, pero creo que debe añadirse y resaltarse un aspecto que para mi es fundamental, cual es el distinto tratamiento del principio de personalidad pasiva en la regulación contenida en el artículo 23 LOPJ, omitido no se sabe porqué en la persecución de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, respecto a los delitos de terrorismo, libertad e indemnidad sexual; tortura, delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica; Trata de seres humanos y delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28/10/2011, sobre falsificación de productos médicos, lo que vulnera el derecho fundamental a la igualdad. (art. 14.1 CE).- " Los Españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, ...o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Voy a partir del propio auto del que discrepo cuando dice literalmente:



"4) Que, en los *Tratados Internacionales* relativos a estas materias, se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el *territorio o en la personalidad activa o pasiva*, y a ellos se añade el *compromiso de cada Estado para perseguir los hechos*, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero *no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados, que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado.*"

Y delitos que supongan una amenaza para la salud pública.

Pues bien de la lectura del artículo 23 de la LOPJ, en su actual redacción, como dice el voto particular, en los gravísimos delitos que atacan a la fibra más sensible de cualquier persona como el genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, el Estado Español se desentiende si las víctimas son españolas, lo cual es de una dejación inadmisibles cuando el ciudadano Español víctima de tan graves delitos no vea protegidos sus derechos e intereses por el estado español, cuando ningún Tribunal internacional, o la jurisdicción territorial correspondiente del lugar en que hayan cometido los hechos, no actúe; y sin embargo, en los supuestos de Terrorismo y los otros delitos referenciados anteriormente, el criterio de personalidad pasiva si se tiene en consideración en orden a la atribución de jurisdicción universal a los Tribunales Españoles, lo que siendo plenamente lógico y congruente con la defensa por un estado de los derechos de sus nacionales, respecto a los gravísimos delitos anteriormente citados, de genocidio, crimen de guerra y contra la humanidad, la condición de nacionalidad Española es totalmente irrelevante, lo cual es incomprensible y no tiene justificación alguna, privando a las víctimas españolas de estos delitos cuando no haya otra jurisdicción que actúe, bien internacional, o territorial, de cualquier tutela judicial que repare los daños que hayan sufrido, con vulneración del derecho fundamental a la Tutela Judicial efectiva (art. 24.1 CE), dado el supuesto que puede producirse de total indefensión, piénsese que ya el propio texto del art. 32 de la LOPJ prevé la posibilidad de que el estado territorialmente competente, según su jurisdicción, no esté dispuesto a llevarla a cabo, unido a que el Estatuto de la C. Penal Internacional establece que su actuación siempre será complementaria (art. 1), ya que conforme al art. 12 del Estatuto referido, la competencia de la Corte sólo se establece respecto a los Estados que sean parte.

En Madrid, a diez de julio de dos mil catorce

Fdo.- ANTONIO DÍAZ DELGADO

VOTO PARTICULAR

al Auto 38/2014 que emiten los magistrados RAMON SAEZ VARCARCEL y JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA, al que se adhieren las magistradas ANGELA MURILLO BORDALLO y CLARA E. BAYARRI GARCÍA.

Expresamos nuestra discrepancia con la decisión de sobreseimiento y archivo del sumario.

Nos sorprende que la resolución no tenga en cuenta, para rebatirlos, los argumentos que expusimos en la deliberación. Defendimos nuestra posición con base en la obligación que el derecho internacional convencional impone a nuestro Estado de investigar y perseguir los crímenes de guerra; nada se dice al respecto, salvo en una nota al pie de página. Subsidiariamente, defendimos el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad contra la redacción del art. 23.4-a de la Ley orgánica del poder judicial (Lopj) por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de igualdad por tratamiento discriminatorio de las víctimas nacionales de delitos de derecho internacional (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra), no, por vulneración de un Tratado, como se mantiene en el auto, que no sería canon de control de constitucionalidad de la ley.

1.- La resolución del Pleno de la Sala se desentiende del objeto del proceso, posiblemente para no afrontar la cuestión sobre la obligación de los Estados parte de investigar y perseguir los crímenes de guerra. Porque se olvida, algo que recordamos en la deliberación, que por auto de fecha 30.3.2011 el juzgado Central de Instrucción amplió las conductas investigadas al traslado y asentamiento de población de la potencia ocupante (República China) al territorio ocupado del Tíbet. Es cierto, que el auto de conclusión del sumario no delimitaba cuál había sido el objeto fáctico, pero eso no autoriza al tribunal a seleccionar caprichosamente el hecho y su (provisional) calificación jurídica.

Porque tal conducta sería relevante, tal y como señalaba aquel auto, como infracción grave de las Convenciones de Ginebra (art. 49 de la IV Convención) previsto en el art. 611.5 de nuestro Código penal, que es un trasunto de la norma internacional.



Es en relación a dicha acción masiva de la que predicábamos el deber de España y de sus tribunales, por aplicación del tratado, de investigar y perseguir. Aunque la reforma del art. 23.4 Lopj operada por Ley orgánica 1/2014 limita la jurisdicción sobre los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado a muy estrictos vínculos de conexión relacionados con la personalidad activa, en su apartado p) establece, como no podía ser de otra manera, la cláusula de salvaguardia del derecho internacional convencional. No podía ser de otra manera porque las disposiciones de un tratado -compromiso internacional asumido por el Estado- solo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el tratado o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional, nunca por una ley, tal y como establece el art. 96.1 de la Constitución (Ce).

A pesar de dicha cláusula (cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente), la decisión de la que disintimos sostiene que no existe ninguna norma internacional que obligue a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal. Tajante afirmación que, no solo convierte esta previsión legal en absurda, sino que contradice algunos consensos aceptados en la interpretación del derecho internacional por la doctrina y la práctica.

2.- Los más graves crímenes internacionales.

Aceptando la delimitación que realizó el juez instructor, los hechos objeto de la investigación penal también serían constitutivos de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado previstos en los art. 608.3 y 611.5 del Código penal, además de genocidio y torturas. Por lo tanto, estaríamos en el ámbito de los delitos contra la Comunidad internacional, es decir los delitos más graves conforme al derecho internacional.

Es importante destacar la diferencia de trato que debe dispensarse a los distintos títulos de imputación que bajo el principio de jurisdicción universal acoge el art. 23.4 Lopj. No tienen la misma consideración el tráfico de drogas o el terrorismo que el crimen de guerra y de lesa humanidad y el genocidio. Porque estos están contemplados en el Estatuto de la Corte Penal internacional, donde se tipifican y establecen penas, lo que permite la aplicación directa del derecho internacional sin necesidad de recurrir a la legislación penal de los Estados. Son delitos de derecho internacional y su persecución penal se ha de realizar sin reparar en el lugar de comisión, algo que viene reconocido e, incluso, en algunos casos exigido, por tratados internacionales y por la costumbre internacional. Así, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/2005/102/Add.1, 8.2.2005) establece como delito grave, en primer lugar, a las graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977, junto al genocidio y los delitos de lesa humanidad. Son éstos y no otros los atribuidos a la competencia de la Corte Penal internacional por el art. 5 del Estatuto de Roma, que su art. 1 considera los crímenes más graves con trascendencia internacional. Por lo tanto, nos encontramos en el núcleo duro del derecho penal internacional, que atiende a los más atroces crímenes internacionales, aquellos que atacan a los bienes esenciales de la comunidad internacional, la paz, la seguridad y el bienestar de los pueblos. Precisamente, el preámbulo del Estatuto de Roma establece que " *es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales* " para asegurar que los autores no quedan sin castigo y son sometidos a la acción de la justicia.

3.- Obligación de investigar y perseguir los crímenes de guerra.

Sostenemos que el derecho internacional obliga a todos los Estados a perseguir los crímenes de guerra. En concreto para los delitos contra personas civiles protegidas en conflictos armados, el Cuarto Convenio de Ginebra establece en su art. 146 que cada Estado parte " *tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad* " (redacción común que aparece en los cuatro convenios de 1949, por ello resultan idénticos con éste los artículos 49, 50 y 129 de los otros tres tratados, y en el art. 85 del Primer Protocolo adicional de 1977). La obligación de perseguir y, en su caso, castigar -así como su correlato deber de incorporar el principio de jurisdicción universal, sin limitaciones- está reconocida de manera unánime en el derecho internacional en relación a los crímenes de guerra en conflictos armados de carácter internacional (opinión autorizada que mantiene el profesor Werle, *Tratado de derecho penal internacional*, p. 132). Esos convenios tienen una aceptación universal, ya que han sido suscritos por la inmensa mayoría de los Estados.

Es un dato ineludible, que diferencia de manera clara el caso que nos ocupa de otros supuestos que hemos analizado recientemente en la Sala, como es el tráfico de drogas.

Según el art. 96 de la Constitución, la cláusula del Convenio forma parte del ordenamiento y no puede admitirse que una ley interna derogue esta obligación de investigar los hechos y de perseguir a los responsables.



En virtud del principio de justicia universal cualquier Estado puede ejercer la jurisdicción ante ofensas graves a los intereses de la Comunidad internacional al margen del lugar de ejecución del crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima (así lo decía la exposición de motivos de la Lo 13/2007, que introdujo la inmigración clandestina en el catálogo del art. 23.4 Lopj , y el art. 5.1 del Estatuto de la Corte Penal internacional). El fundamento de la jurisdicción universal de los Estados es evitar la (inmensa) impunidad de esos crímenes, impunidad que en buena medida se debe a la posición que el autor ocupa en la estructura de poder del Estado; el caso presente, la causa del Tíbet, es ejemplar en cuanto a la significación de los crímenes de derecho internacional como crímenes de estado: los imputados ocuparon altos cargos en el aparato del Estado (entre ellos un ex presidente). La jurisdicción universal encuentra su mejor justificación en la necesidad de mantener la vigencia de la prohibición del genocidio, de los crímenes de guerra y contra la humanidad.

La interpretación literal de esta norma convencional, que no establece limitación alguna, junto a la comparación de esa cláusula con la de otros tratados, permite afirmar con rigor la existencia del deber de investigar y perseguir. La diferencia con otras normas convencionales es relevante: la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes obliga en su art. 5 a los Estados a establecer la jurisdicción cuando el delito se cometa en espacios sometidos a su soberanía, el agresor o la víctima fueren nacionales, o aquel se halle en su territorio, sin excluir otra jurisdicción (es decir la competencia universal) ejercida conforme a la legislación nacional; la Convención de represión y castigo del crimen de apartheid prevé en su art. V el enjuiciamiento por cualquier Estado parte que tuviere jurisdicción sobre los autores o por un tribunal internacional; el art. 6 del tratado sobre genocidio que concreta la obligación del Estado del territorio y preveía una jurisdicción internacional. Porque, aunque ninguno de ellos limitaba territorialmente la aplicación por los Estados partes del convenio -y así lo estableció la jurisprudencia internacional-, no han sido redactados en los términos de la obligación inexcusable para los Estados en materia de crímenes de guerra de *buscar a los autores cualquiera que fuere su nacionalidad y hacerlos comparecer ante sus tribunales* .

De modo contrario se dice en el auto: " *Los límites de la jurisdicción universal es una cuestión de política criminal* " (sic)... " *España, como Estado soberano y como expresión de su soberanía ha instituido su jurisdicción sobre esos delitos en los casos señalados* ". Algo con lo que no podemos estar de acuerdo, ya que hablamos de crímenes de derecho internacional -no de delitos de relevancia doméstica, ni siquiera de trascendencia regional, transnacional o transfronteriza- los Estados tienen unos deberes con la Comunidad internacional, están obligados por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario. La soberanía de los Estados ha quedado sometida desde la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948 al imperativo de la paz y al respeto de los derechos fundamentales; véanse todos los tratados sobre la materia para hacer insostenible e inconveniente esa reivindicación de la soberanía. Soberanía sí, pero limitada.

Para motivar la decisión la mayoría transcribe el auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 25.10.2012 (Roj ATS 10803/2012 , que desestimaba el incidente de nulidad planteado frente al auto de inadmisión del recurso de casación contra el archivo de la otra causa relacionada con supuestos crímenes internacionales en el Tíbet, al no haber víctimas nacionales, después de la reforma del art. 23.4 que llevó a cabo la Lo 1/2009). Sin dar razón de ello, se acota la resolución del Alto Tribunal con una nota al pie en la que se dice que el informe del Secretario General de Naciones Unidas " *sostiene que el art. 146 del IV Convenio de Ginebra no establece un criterio de persecución universal obligatoria del que se derive la jurisdicción de un Estado para conocer de cualquier crimen de guerra cometido fuera de su territorio* ", citando de modo descontextualizado un pasaje del documento que tergiversa su sentido (" *en los Convenios no se manifiesta expresamente que esa jurisdicción puede hacerse valer independientemente del lugar de comisión* "). Advertimos en la deliberación que el texto no decía eso e invitamos a acudir, como está obligado a hacer un tribunal, a la fuente original y no fiarse de lo que se alegaba en un escrito de parte. Hay que corregir tal error. El informe del Secretario General (A/66/93, de 20.6.2011) al recoger, no su propia opinión, sino la del Comité Internacional de la Cruz Roja, sienta en su parágrafo 121: " *La base de la jurisdicción universal respecto de graves violaciones del derecho internacional humanitario se encuentra en el derecho de los tratados y en el derecho internacional humanitario consuetudinario* ". Y en el 123: " *Los Convenios de Ginebra constituyen uno de los primeros ejemplos de la jurisdicción universal en el marco del derecho de los tratados. Aunque en los Convenios no se manifiesta expresamente que esa jurisdicción puede hacerse valer independientemente del lugar de la comisión del delito, en general se ha interpretado que en tales instrumentos se prevé la jurisdicción universal* ". Cosa bien distinta de lo que la Sala afirma en esta nuestra resolución. Sigamos leyendo, por si hubiera alguna duda acerca del criterio del Comité: " *124. En los Convenios de Ginebra se establece la jurisdicción universal obligatoria, dado que obligan a los Estados partes a procesar a quienes presuntamente hayan cometido infracciones graves o a realizar las gestiones necesarias para extraditar a tales personas. Los Estados pueden llevar a cabo investigaciones o actuaciones judiciales incluso contra personas que se encuentren fuera de su territorio. Habida cuenta de que la extradición a otro Estado tal vez no sea posible, los Estados han de contar en cualquier caso con legislación*



penal que les permita procesar a los presuntos culpables independientemente de su nacionalidad y del lugar de la comisión del delito. 125. En el artículo 85 del Protocolo adicional I (1977) de los Convenios de Ginebra, el principio de la jurisdicción universal se hace extensivo a las infracciones graves, entre otras cosas, de las normas relacionadas con el desarrollo de las hostilidades. Además, califica de infracciones graves a los crímenes de guerra ". El Comité Internacional de la Cruz Roja es una organización intergubernamental con personalidad jurídica internacional, a la que el Derecho internacional encomienda la misión de proteger y asistir a las víctimas de los conflictos armados (presta asistencia técnica a los Estados sobre el contenido del Derecho internacional humanitario, puede intervenir confidencialmente, transmite quejas y recibe denuncias, en los términos del art. 126 del III Convenio, para los prisioneros de guerra, y del art. 143 del IV Convenio, respecto a las personas civiles protegidas).

4.- Justicia universal.

Cuando se habla jurisdicción universal de los crímenes de guerra, como hemos visto en las fuentes convencionales, hay que reparar en que dicho principio implica la extensión de la jurisdicción del Estado en atención al único criterio de la naturaleza del delito. Por ello, cuando se exigen vínculos de conexión relacionados con la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima o los intereses del Estado, se aplica otros mecanismos de atribución de la jurisdicción (principio de personalidad activa o pasiva y principio de protección o de defensa).

Así lo estableció nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 237/2005, en el caso Guatemala . "... De la finalidad que inspira el Convenio sobre genocidio se desprendería antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención. En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens* según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él. En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición ." Fj 5. Respecto a la introducción de pautas de conexión por vía de interpretación judicial, no solo era entonces contrario al 23.4 Lopj que recogía un principio de justicia universal puro, también significaría desnaturalizar la institución: " de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución " Fj 7. Porque la exigencia de dichos criterios de " personalidad pasiva, haciendo depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes, que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real, de protección o de defensa...se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional " (Fj 8). " La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo , FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales...a Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como "la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional " (Fj 8).

Tampoco puede confundirse la persecución universal con el principio de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut iudicare*) que tiene su fundamento no en el interés de la Comunidad internacional en su conjunto sino en el interés de un Estado conectado con el crimen, ya por la nacionalidad o residencia del autor o de la



víctima, ya por otras razones de protección o defensa, y que localiza al autor en el territorio de otro Estado al que reclama la entrega. La extensión universal de la jurisdicción se hace al margen de dichos intereses particulares específicos, en nombre de la Comunidad internacional para garantizar la vigencia, obligatoriedad y universalidad de la prohibición del genocidio y de los crímenes de guerra y contra la humanidad.

Al establecer para la persecución de los de los genocidas y de los criminales de guerra y de lesa humanidad exigencias en relación a la nacionalidad del perpetrador, su residencia habitual o estancia en España más denegación de solicitud de extradición, el legislador ha querido dejar sin vigencia la jurisdicción universal asociada a los mismos.

Si el derecho internacional humanitario es un límite a la libertad del legislador, máxime cuando las normas proceden de un Convenio -como los de Ginebra- es porque goza de prioridad por su mayor rango.

5.- Conflicto de normas: aplicación del tratado.

Como aceptamos el deber inexcusable de España, como Estado parte en las Convenciones de Ginebra, de investigar y perseguir los crímenes de guerra, en el caso se produce un conflicto de normas con el actual 23.4-a LOPJ, conflicto que ha de resolverse aplicando la ley que goza de prioridad por tener mayor rango normativo, es decir la derivada del tratado internacional. El tratado una vez publicado se integra en el ordenamiento jurídico, según disciplina las fuentes del derecho el art. 96 de la Constitución, y no puede ser derogado, modificado ni suspendido por una ley. La contradicción entre un tratado y una ley es un problema de selección del derecho aplicable al caso que deben resolver los tribunales y no un problema de constitucionalidad (STc 49/1988, Fj 14, STc 28/1991, Fj 5). El tratado desplaza a la ley orgánica, por lo que podría entenderse que este tribunal retiene la jurisdicción para indagar y perseguir los delitos objeto de la presenta causa.

De esa manera, creemos que era factible hacer una interpretación constitucional del conflicto planteado por el nuevo art. 23.4 LOPJ, aplicando la Convención de Ginebra que regula el derecho internacional humanitario y establece, como hemos intentado de justificar, el deber de investigar y perseguir los crímenes de guerra.

Por ello, se debió revocar el auto de conclusión del sumario y ordenar la continuación de la instrucción al no haber perdido la jurisdicción el juez Central.

6.- Inconstitucionalidad de la norma.

Subsidiariamente planteamos, con otro sector del Pleno, que debería trasladarse al Tribunal Constitucional las dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma de la Lo 1/2014 desde dos perspectivas que creemos íntimamente conectadas: 1) El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, que proscribiera todo trato discriminatorio, en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en concreto del legislador, que proclama el art. 9.2 Ce, y 2) El derecho a la tutela efectiva de los tribunales del art. 24.1 Ce. Todo ellos conectado con el derecho de acceso a la garantía jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de las víctimas nacionales al margen de la naturaleza del delito y de los intereses del Estado, de las relaciones internacionales o de los intercambios comerciales.

Por un lado, la ley discrimina y otorga un trato diferenciado a las víctimas en atención al tipo de delito, haciendo de peor condición a las víctimas de los crímenes más graves, los de derecho internacional (genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, aquellos que afectan a los valores esenciales de la Comunidad internacional, la paz, la seguridad y la prosperidad de los pueblos), requiriendo que el autor sea nacional o residente habitual en España o que se encuentre en nuestro territorio, se haya pedido su extradición por un tercer Estado y se hubiere denegado, carece de buenas razones, carece de justificación en derecho -sí en otro tipo de intereses ajenos a las razones del derecho y de los derechos fundamentales- y supone un acto arbitrario del legislador.

En relación a la vulneración del derecho a la tutela de jueces y tribunales, el Tribunal Constitucional en las STc 237/2005 (Pleno) y 227/2007 hace gravitar su posición en la características de los crímenes de derecho internacional, que interesan a la Comunidad Internacional en su conjunto ("*...[el criterio de atribución competencial]... de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución*"), y en la imposibilidad de su persecución penal a través de otros medios o tribunales ("*...debe empezarse afirmando la corrección del planteamiento de los recurrentes respecto a la imposibilidad de acceso a la Corte Penal Internacional por las razones que indican, lo que en consecuencia no deja otra salida, como sostienen, para el posible enjuiciamiento de los delitos denunciados que la que han elegido, situando así la clave de la decisión en el alcance del art. 23.4 LOPJ en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, que es precisamente la cuestión decidida en nuestra STC 237/2005*" (STc 227/2007, Fj. 5). A partir de esos parámetros fija un estándar o canon de protección del derecho a obtener tutela judicial efectiva por parte de las víctimas y perjudicados por medio del principio de jurisdicción universal según "*es concebido en Derecho Internacional*" y no desde una perspectiva puramente interna. Estima, que en estos casos, el derecho a la tutela judicial no puede ser limitado, por vía interpretativa de los tribunales, mediante la introducción de determinados criterios



correctores -vínculos de conexión, tales como que el autor del delito se halle en territorio español, las víctimas sean de nacionalidad española u otro punto de conexión directo con intereses españoles-, por considerar que estos criterios no están amparados por la costumbre internacional y llevarían además a una reducción *contra legem*, no solo del derecho a obtener tutela judicial (según estaba entonces legalmente regulado su ejercicio), sino del propio principio de jurisdicción universal. Aunque estas sentencias se refieren a la redacción original del art 23.4 de la Lopj, van más allá de la simple constatación de la inconstitucionalidad de la reducción del alcance del derecho de acceso al proceso realizada por vía interpretativa, pues contienen juicios de valor útiles sobre la racionalidad y ponderación de los vínculos de conexión: que "se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional" (STC 237/20005, Fj 8, ya citada).

El Tribunal Constitucional no se limita a establecer un criterio sobre la naturaleza y concepto de la justicia universal sino que consolida una concreta visión jurídica, social y ética frente a los más graves crímenes de derecho internacional, que afectan a la humanidad en su conjunto, como canon de protección de los derechos fundamentales implicados, doctrina que sigue plenamente vigente.

Por ello, estimamos que no resulta constitucionalmente admisible que lo que pudiera ser un interés legítimo del Estado para establecer un ejercicio razonable de la justicia universal se convierta, mediante la reforma legal, en un sistema de límites arbitrarios y desiguales para el acceso a la jurisdicción, que, además, operan automáticamente en todos los casos, por haber sido establecidos como condiciones a su ejercicio. Lo que va en contra del "principio de progresividad" en la protección de los derechos humanos. Una vez alcanzado un determinado nivel de protección, este principio impide cualquier retroceso o rebaja en el estándar de reconocimiento ya alcanzado, que ha sido fijado en la mencionada jurisprudencia constitucional.

Este nivel protección de los derechos fundamentales contra los ataques más graves constitutivos de crímenes internacionales, con independencia de donde se hubieran cometido, integra lo que la doctrina denomina el bloque de constitucionalidad (Rubio Llorente). Que designa el valor de ciertas normas y principios supranacionales que se encuentran incorporados en la Constitución y que, por lo tanto, son parámetros del control de constitucionalidad, vinculantes en la interpretación de los derechos fundamentales. Sin duda, la doctrina constitucional ha reconocido un valor especial al derecho a ejercer la justicia universal como garantía jurisdiccional. Se preocupa de deslindar la esencia de dicha institución e interpreta el derecho *pro actione* no de una manera formalista sino desde el contenido esencial del derecho a la jurisdicción. Porque los vínculos de conexión establecidos en la reforma, límites y condicionamientos al acceso a la jurisdicción, al margen de su previsión legal - entonces no estaban contemplados en el art. 23.4 Lopj -, implican una violación del derecho de acción y de la tutela judicial efectiva.

La doctrina fue elaborada en supuestos en los que se trataba de actuar la jurisdicción sobre situaciones producidas fuera del territorio (genocidio en Guatemala y ocupación del Tíbet por una potencia extranjera). Es decir, casos de genuino ejercicio de justicia universal. Las normas que disciplinan la jurisdicción habilitan su ejercicio, pero el derecho a la acción es externo, no lo otorga el art. 23.4 de la Lopj. Es decir, las normas que atribuyen jurisdicción no sustentan el derecho de acceso al proceso, sólo permiten actuar aquella. Se trata, en todo caso, de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional concibe el derecho de acceso a la justicia por la vía del principio universal de manera incondicionada, en su esencia, sin contemplar intereses particulares del Estado, y no permite que los tribunales limiten su ejercicio por vía de interpretación. La doctrina constitucional podría haber considerado que era un derecho relativamente protegible y haber admitido limitaciones en su ejercicio. Las sentencias citadas no suponen pronunciamientos acerca de simples criterios procesales que dificultasen innecesaria o desproporcionadamente el ejercicio del derecho, sino de una reflexión sobre el propio derecho a la acción en la justicia universal, sobre su disponibilidad y la capacidad de configuración por parte del legislador. De esa manera, el Tribunal Constitucional se ha reservado el control sobre los límites que se pueden establecer al derecho a la acción en esta materia, y de la propia libertad del legislador.

Es importante distinguir entre el derecho *pro actione* -el derecho a la acción, el derecho a la justicia, al recurso que tienen las víctimas en caso de violación de sus derechos fundamentales a la vida, a la libertad, a la integridad física y moral- y el resto de manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir a obtener una respuesta a sus pretensiones fundada en derecho, con independencia de su resultado. En la jurisprudencia que motivó la doctrina constitucional no se estaba simplemente configurando por vía interpretativa una forma de (des)protección del derecho, sino que se estaba negando o limitando ilegítimamente, según estándares constitucionales, el ejercicio del derecho a la acción en la jurisdicción universal. La calidad de la tutela exigida debe relacionarse con la naturaleza y características del derecho. De lo que se está hablando es de reforma de la jurisdicción y de sus límites. La jurisdicción es, ante todo, facultad o posibilidad, pero no es el derecho a la tutela, ni el mecanismo para establecer obligaciones a su ejercicio.



Además, el derecho a la justicia, el derecho de acceso a los tribunales, está reconocido en la legalidad internacional, tanto en instrumentos de derecho estatutario como consuetudinario, e incluso respecto de algunas situaciones constituiría *ius cogens* internacional.

De todos estos principios se derivan concretos motivos de inconstitucionalidad relacionados con la tutela judicial efectiva y el derecho *pro actione*. Especialmente, en relación con el diferente e injustificado menor nivel de protección de las víctimas de violaciones de estos delitos de singulares características, precisamente por ser crímenes de derecho internacional, en relación con otros delitos que adolecen de estas características o que en derecho internacional tendrían un menor grado de protección. No nos referimos solo a la protección de nacionales españoles, que es un mero criterio de interés por la personalidad pasiva, sino a la garantía jurisdiccional mínima reconocida en el derecho internacional a las víctimas de estos graves crímenes, máxime cuando son ciudadanos del Estado. En la reforma del art.23.4 Lopj se establecen pautas, más que de atribución, de condicionamiento del ejercicio de la jurisdicción sobre bases arbitrarias, ajenas a cualquier planteamiento razonable y contrarias a los parámetros expresados por el Tribunal Constitucional, que van a originar gravísimas e inadmisibles exclusiones de la jurisdicción en los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra contra víctimas nacionales, incluso encontrándose su autor en territorio español. Lo que implicaría una denegación absoluta de tutela judicial efectiva y del derecho de acceso al proceso y de ejercicio de la acción penal, en relación con crímenes respecto de los que los tratados internacionales establecen la obligación de los Estados de investigar y perseguir.

Resulta especialmente cuestionable desde el punto de vista constitucional el carácter retroactivo de la norma, que retira la tutela judicial y priva del derecho *pro actione* a personas que ya tenían reconocido ese derecho en un proceso, y que gozaban de él según las normas que regulaban el derecho en el momento en que lo ejercitaron.

Concluimos señalando que el auto suscrito por la mayoría no acierta a despejar estas dudas de constitucionalidad, pues se limita a reiterar que " *no existe ninguna norma convencional que obligue a la adopción del principio de jurisdicción universal en los términos que los querellantes pretenden ni la mayoría de la Sala tiene duda que justifique su planteamiento* ", esto último como si se tratara de una cuestión de pura subjetividad colectiva. Al contrario de lo que parece sugerirse, el canon de constitucionalidad del art. 23.4-a Lopj no es el tratado internacional válidamente incorporado al ordenamiento jurídico, ya lo dijimos en la deliberación. Es la Constitución la medida por la que debemos juzgar la ley, los derechos fundamentales que limitan y condicionan la producción legislativa. Entendemos que la norma que ha desactivado el ejercicio de la jurisdicción universal para los crímenes de derecho internacional no supera el estándar de la prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad legislativa, al haber discriminado sin razón alguna en derecho a las víctimas nacionales de masacres y al haber suspendido su derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia.

En Madrid a 4 de julio de 2014.