

RECURSO DE CASACIÓN Nº: 1395/2005

Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Bacigalupo Zapater

Vista: 20/12/2004

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 645/2006

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Enrique Bacigalupo Zapater
D. Joaquín Delgado García
D. Siro Francisco García Pérez
D. José Antonio Martín Pallín
D. Carlos Granados Pérez
D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Junio de dos mil seis.

En el recurso de casación por **quebrantamiento de forma e infracción de Ley** que ante Nos pende interpuesto por **ZHIZHEN DAI, MING ZAO, VICTOR MANUEL FERNÁNDEZ SÁNCHEZ y otros**, contra auto de la **Audiencia Nacional**, que acordó desestimar el recurso de apelación interpuesto contra auto de 8 de octubre de 2004 por el Juzgado Central de Instrucción nº 2, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la **vista y fallo** bajo la Presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, quien expresa el parecer de la Sala. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal y los recurrentes han estado representados por la Procuradora Sra. Cendrero Mijara.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción número 2 instruyó sumario con el número de DP 275/04 y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional que con fecha **29 de abril de 2005** dictó auto que contiene los siguientes **antecedentes**:

"PRIMERO.- La Procuradora D^a Pilar Cendrero Mijarra, en representación de los querellantes Zhizhen Dai y 14 más que se indican en el apartado 2º de la querrela, mediante escrito presentado el 22-10-04 interpuso recurso de apelación contra el auto de JCI-2 de fecha 16-9-04 que dispuso no haber lugar a admitir a trámite la querrela formulada contra Lia Oinglin por delitos de genocidio y torturas.

El recurso peticiona se declare la procedencia del ejercicio de la jurisdicción española para la persecución de los hechos objeto de querrela y se ordene al Instructor continuar en su labor de instruir.

El JCI-2 por auto de 25-10-04 admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto y elevó las actuaciones a esta Sección 2ª para resolución.

SEGUNDO.- *El JCI-2 ha remitido también a esta Sección 2ª escrito de ampliación de querrela, presentado el 30-11-04, contra cuatro presuntos responsables y de los que se dice llegaron a Barcelona los días 30-11 y 1-12, ambos de 2004, para asistir al II Foro Hispano-Chino y que se alojaron en el Hotel Juan Carlos I de Barcelona, siendo los nombres de los querrelados Zhang Xiaoguang, Zang Sianlin, Dong Zongfong y Gao Kuixian.*

Esta ampliación de querrela tiene por destinatario esta Sección 2ª de la Sala de lo Penal y en ella se peticiona, la admisión de la querrela, práctica de diligencias y aplicación del art. 273 de la LECr.

El JCI-1 en funciones de guardia, ante quien se presentó la ampliación de querrela, acordó incoar DP 395/04 y en auto de fecha 30-11-04 denegó la aplicación del art. 273 de la L.E.Criminal y se inhibió a favor del JCI-2.

Recibida la ampliación de querrela en el JCI-2 por providencia de 10-12-04 se acordó pedir informe al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de remisión a la Sala Penal, el Ministerio Fiscal informó favorablemente sobre la acumulación por providencia de 16-12-04 el JCI-2 acordó la remisión a esta Sección 2ª de la ampliación".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"LA SALA ACUERDA:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del querellante Zhizhen Dai y 14 más contra el auto de JCI-2 de fecha 8-10-04 desestimatorio del recurso de reforma contra el auto de 6-9-04 que inadmitió a trámite la querrela formulada contra Lia Oinglin por delitos de genocidio y terrorismo.

2.- No se hace pronunciamiento sobre la ampliación de querrela a que se refiere el antecedente 2º de esta resolución, debiendo el Instructor resolver lo procedente.

3.- Notifíquese la presente resolución a todas las partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme y que cabe recurso de casación ante esta Sala en el término de cinco días a contar a partir de la última de las notificaciones practicadas.

4.- Remítanse las actuaciones nuevamente al JCI-2 con testimonio de este auto para resolver".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley por **ZHIZNEN DAI, MING ZAO, VICTOR MANUEL FERNÁNDEZ SÁNCHEZ** y otros, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de los recurrentes basa su recurso en los siguientes **motivos de casación:**

PRIMERO.- De acuerdo a lo dispuesto en el art. 852 LECr., por infracción del art. 24.1 CE por vulneración del principio de tutela judicial efectiva.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley, según establece el art. 849.1 LECr., por vulneración de los arts. 273 LECr. y 23.4 apartados a) y g) LOPJ, en consonancia con los arts. 607 y 609 CP. español y con la Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 y de la Convención contra la tortura y otros actos crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984.

TERCERO.- Por quebrantamiento de forma, de acuerdo con lo establecido en el art. 851.3 en consonancia con el art. 855 párrafo 3º LECr.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la deliberación, ésta se celebró el día 20.4.06, acordando el pleno jurisdiccional de la Sala señalar nuevamente con vista, que se celebró el día **6 de junio de 2006**.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegan los recurrentes en el segundo motivo -que debemos tratar en primer lugar por razones sistemáticas- que en la tramitación de la causa se ha infringido el art. 273 LECr., dado que, en su momento, se puso en conocimiento del Juez de Instrucción y de la Audiencia la presencia en territorio español de alguno de los querellados, sin que se haya tomado ninguna medida.

El motivo debe ser **desestimado**.

Los recurrentes presentaron la querrela el 3.9.2004 poniendo en conocimiento del Juzgado de Instrucción Central que uno de los querellados estaría en Madrid entre el 3 y el 7 de septiembre. El día 6 de septiembre se comunicó al Juzgado que Jia Qinglin - Presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino- se encontraba alojado en el Hotel Palace de Madrid. Posteriormente, al ampliar la querrela el 30.11.2004, informaron que cuatro querellados estaban tomando parte en II Foro Hispano-Chino en Barcelona y alojados en el Hotel Juan Carlos I y que se encontrarían en España hasta el día siguiente, 1.12.2004.

Ciertamente, la inactividad del Juzgado de Instrucción y de la Sala a quo ha vulnerado el art. 273 LECr., dado que la presencia en el territorio nacional hubiera justificado sin más, y por aplicación de nuestra jurisprudencia (ver STS 327/2003), la jurisdicción de nuestros tribunales, toda vez que la presencia en el territorio de los querellados hubiera tenido un punto de conexión idóneo que hubiera permitido la intervención en el caso. Sin embargo, actualmente esas personas ya se encontrarían fuera de España, lo que determina la pérdida del objeto del presente motivo, dado que

carece de practicabilidad que esta Sala ordene dar cumplimiento a una medida que no puede ser ejecutada por razones materiales.

SEGUNDO.- Los motivos primero y segundo del recurso tienen apoyo en el art. 849,1º LECr. Se denuncia en ellos la vulneración del art. 24.1 CE, que sería consecuencia de que la Audiencia Nacional no consideró los argumentos de los recurrentes referentes a que China no ha suscrito el Estatuto de Roma de 1998 del Tribunal Penal Internacional y que, por lo tanto, no puede formularse ante éste la denuncia correspondiente; que el derecho chino no sanciona el delito de genocidio y que, siendo China miembro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, vetaría seguramente una propuesta de iniciar una causa por los hechos que aquí se denuncian. Asimismo se sostiene en el recurso que el art. 23.4 LOPJ ha sido aplicado sobre la base de una interpretación *contra legem*, dado que su texto no contiene ninguna limitación de la jurisdicción universal allí reconocida. La mayor parte de la argumentación reitera la omisión de diligencias en el sentido del art. 273 LECr.

En la vista señalada para el trámite de este recurso los **recurrentes** sostuvieron el recurso, alegando nuevamente la imposibilidad de la persecución de los hechos en China y sostuvo que la aplicación al caso de la doctrina de la STC 237/2005, dado que los querellantes no tendrían otra posibilidad de perseguir el delito.

Por su parte el **Ministerio Fiscal** solicitó la desestimación del recurso sosteniendo que no es claro que las víctimas que se señalan en la querrela sean miembros de una religión, sin perjuicio naturalmente del respeto que merecen sus convicciones, cualquiera sea la caracterización conceptual que se haga de ellas. Asimismo alegó razones de practicabilidad cuya aplicabilidad no estaría excluida por la STC 237/2005, dado que surgen de una norma constitucional, como es el art. 117 CE, que define la jurisdicción, sobre todo, como el poder de hacer ejecutar lo juzgado. El Fiscal ha considerado que en un caso como el presente este aspecto de la jurisdicción carecería de practicabilidad. Todo ello sin perjuicio de subrayar que los tribunales españoles no se deberían convertir, basándose en el principio de universalidad, en los competentes para hacer justicia en el resto del mundo.

Ambos motivos deben ser **estimados**.

1. La jurisprudencia de esta Sala sobre el principio de la justicia universal se ha alineado con quienes piensan que, dentro del orden de la comunidad internacional, este

principio permite y refuerza una protección deseable de los derechos fundamentales frente a los abusos de poder que los desconocen masivamente. Desde este punto de vista estimamos que el principio de la justicia universal de nuestro derecho no debe ser neutralizado por la instauración de la Corte Penal Internacional, pues la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados favorecerá, mediante una acción descentralizada de persecución de los delitos contra la humanidad, la cobertura de los espacios que el Estatuto de Roma podría dejar desprotegidos y el aumento de la protección de valores básicos de la comunidad internacional.

Ello no nos ha impedido, como tampoco se lo ha impedido a quienes propugnan con energía este punto de vista, que hayamos considerado, en consonancia con una difundida opinión y una notoria práctica europea en esta materia, el peligro de conflictos provenientes de este principio cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación.

En este sentido, la STS 327/2003 (tanto en el voto de la mayoría como el de la minoría) interpretó el alcance del principio de la jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ reflejando una consistente línea de la jurisprudencia de otros Estados de la Unión Europea es decir, armonizando la extensión de esa disposición con otros principios de no menor jerarquía del derecho internacional público, tanto convencional como consuetudinario.

2. Ciertamente es que -como lo resaltó el Ministerio Fiscal- no es posible por ahora establecer si en los hechos relatados en la querrela se dan todos los elementos del tipo del art. 607 CP, pues ello requeriría un pronunciamiento sobre los elementos normativos del tipo que caracterizan a los grupos sobre los que debe recaer la acción del delito de genocidio. Pero, el objeto del presente recurso se limita a la cuestión de si la jurisdicción española es competente para entender en estos hechos. La constatación de la concurrencia de los elementos del delito, por el contrario, es de la competencia del Juzgado de Instrucción, según lo establece el art. 313 LECr. y tiene un régimen de recursos que nos impide pronunciarnos ahora sobre tales elementos sin privar al los recurrentes de la posibilidad de apelación que al respecto les acuerda la ley procesal.

3. En consecuencia, reducido el objeto del recurso a la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, siendo esta una materia regida, al menos en parte, por el art. 24. 1 CE, la Sala estima que, de acuerdo con lo que prescribe el art. 5.1 LOPJ, el art.

23.4 LOPJ debe ser interpretado sin tomar en consideración ninguna articulación posible de este principio con otros del ordenamiento jurídico. Esta decisión no nos impide mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquél a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha decidido en la STC 237/2005 -anulando la STS 327/2003- que el art. 23.4 LOPJ no contiene ninguna limitación del principio de la jurisdicción universal y que una interpretación que redujera teleológicamente la extensión literal del texto, exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, es incompatible con el art. 24.1 CE por ser "en extremo rigorista" y "abiertamente restrictiva". El Tribunal Constitucional se apoyó en sus precedentes de las SSTC 321/1993 y 357/1999.

Por su parte, la STS 327/2003 había decidido que el art. 23.4 LOPJ, que establece el principio de la jurisdicción universal respecto de los delitos de genocidio, debe ser interpretado de tal manera que no elimine otros principios vigentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional, en particular el principio de no intervención previsto en la Carta de Naciones Unidas. De ello se dedujo que la extensión de la jurisdicción española a hechos extraterritoriales de genocidio se justificaba, aunque implicara una intervención en asuntos de otro Estado, cuando exista un punto de contacto o referencia entre los hechos cometidos fuera del territorio e intereses españoles. En particular se entendió que tales intereses, en el supuesto allí resuelto, debían ser apreciados, dada la existencia de víctimas españolas y, en todo caso, cuando los inculpados se encontraran en territorio nacional.

El mismo punto de vista fue sostenido en el voto particular de siete Magistrados de la Sala, que no discrepó de esta interpretación del art. 23.4 LOPJ, sino que consideró que, en el caso de Guatemala, debía ser aceptada la existencia de la conexión con intereses españoles. Dijeron en este sentido los Magistrados discrepantes que "la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción (...) si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho (...). Se trata -continúan los Magistrados que suscribieron el voto particular- de una restricción que no aparece estrictamente establecida en la ley, pero puede ser asumida como emanación de los principios del derecho internacional, y aplicada como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial". Se sostiene además en el voto particular

que "esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula".

Queda claro entonces que la sentencia y el voto particular no discreparon en cuanto a la técnica interpretativa del texto del art. 23.4 LOPJ. Respecto de la exigencia de una conexión deducida del contexto conformado por el derecho nacional y por principios del derecho internacional el acuerdo fue unánime. La discrepancia se refirió tan sólo a si esta conexión debía ser apreciada ya cuando fueran comprobados "vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos y de toda clase que unen a Guatemala y a su población indígena con España". En el voto particular se dijo, además, en ese mismo sentido que "el asalto a la Embajada española no puede constituir un ejemplo más claro de afectación a los intereses de nuestro país y constituye un caso manifiesto de conexión, pues se produjo en el ámbito de las acciones genocidas, como supuesta represalia de la protección que se ofrecía a la etnia agredida". En otras palabras el objeto de la discrepancia entre la mayoría y la minoría de la Sala se refería a la apreciación de los hechos del caso, es decir, sobre una materia ajena a la jurisdicción constitucional.

En suma, es difícil saber, una vez comprobada la unánime concepción interpretativa del art. 23.4 LOPJ que informa la sentencia de esta Sala y el voto particular, qué quiso decir el Tribunal Constitucional cuando atribuye al voto particular una "trascendencia [que] no puede dejar de resaltarse". El voto particular, interpretó el art. 23. 4. LOPJ básicamente en el mismo sentido en el que lo hizo que la mayoría de la Sala, discrepando sólo en lo concerniente a la existencia en el caso del punto de conexión que debería haber condicionado la jurisdicción extraterritorial española.

4. Cuando se dictó la STS 237/2003, el Tribunal Constitucional no se había pronunciado sobre la interpretación del art. 23.4 LOPJ. La sentencia del Tribunal Supremo, por lo tanto, no se apartó ni siquiera de consideraciones implícitas en decisiones anteriores del Tribunal Constitucional. Por más que se diga en la mencionada STC 237/2005, al hacer referencia a las SSTC 21/1997 y 87/2000, que de éstas surgen ya implicaciones respecto de la interpretación del art. 23.4 LOPJ, lo cierto es que nada se dice en ellas sobre la eventual infracción del art. 24. 1 CE en el caso en

el que aquél sea entendido dentro del sistema del conjunto de normas nacionales e internacionales que configuran el ordenamiento jurídico español. Esto resulta tan evidente que el propio Tribunal Constitucional tampoco extrajo de las sentencias citadas ninguna conclusión aplicable al presente caso. En efecto, en la STC 21/1997 se dice solamente que en el art. 23.4 LOPJ "el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos delitos concretos", lo que coincide con lo sostenido por esta Sala en la STS 327/2003, que hizo expresa aplicación del principio de la justicia universal respecto de hechos cometidos en territorio guatemalteco. La STC 87/2000, por su parte, sólo se había referido a una obvia consecuencia del principio de la justicia universal, es decir, a la posible concurrencia de jurisdicciones de Estados intervinientes. En ninguna de estas sentencias había abordado el Tribunal Constitucional las razones que impondrían un determinado método interpretativo del art. 23. 4 LOPJ, ni su relación con el art. 24.1 CE.

5. En la STC 237/2005 el Tribunal Constitucional entendió equivocadamente nuestra sentencia y le atribuyó como *ratio decisionis* un argumento no decisivo utilizado en ella. En efecto: la sentencia no estimó parcialmente el recurso basándose en que "sólo cuando viniera expresamente autorizado en el derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre derecho de los tratados" (F.J. 5 de la STC). La sentencia del Tribunal Supremo sólo sostiene que la jurisdicción universal en materia de delitos de genocidio "no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio" (F. J. 11º de la STS), cuestión que era pertinente dada la cláusula de cierre del art. 24 LOPJ, referida a las obligaciones internacionales asumidas por España respecto de la persecución de ciertos delitos. Si la ausencia de una norma convencional hubiera sido la razón de la decisión de nuestra sentencia, no se hubiera justificado la estimación parcial por el Tribunal Supremo del recurso basada en el principio de la jurisdicción universal (art. 23. 4 LOPJ) y en la comprobación de un interés emergente de la nacionalidad de las víctimas.

En el Fundamento Jurídico 8º de nuestra sentencia ya se había establecido que el genocidio aparecía entre los delitos que fundamentan la jurisdicción universal según la ley española, aclarando, sin embargo, que ese artículo "no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere [el art. 23.4 LOPJ]". La sentencia concretó luego su tesis afirmando que "una parte importante de la doctrina y algunos tribunales nacionales se

han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos [la extensión universal de la jurisdicción nacional] pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto del principio de no intervención" (Fundamento Jurídico 10º). La STS 327/2003 concluye afirmando que esta interpretación "une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con el interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes" (Fundamento Jurídico 10º).

6. El Tribunal Constitucional estimó que esta interpretación consistía en una "reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico" y que ello sería contradictorio con el art. 23.4 LOPJ porque "la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de reglas de atribución competencial" (F. J. 3.). El carácter absoluto del principio sólo se ha deducido de la circunstancia de que el texto no menciona ningún límite expreso. Sin embargo, afirma el Tribunal Constitucional, contradiciendo abiertamente lo anteriormente transcrito, que éste "no es el único canon de aplicación del precepto, [ni significa] que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación". Dicho con otras palabras, se trataría de un principio universal "absoluto", que, no obstante, toleraría ser relativizado para "restringir su ámbito de aplicación".

a) La reducción teleológica del alcance meramente gramatical del texto de una norma legal no constituye ninguna prohibición interpretativa. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional la ha admitido no sólo para limitar el alcance de ciertos tipos penales, sino incluso en la interpretación de normas constitucionales que literalmente otorgan derechos fundamentales. Tal es el caso, por ejemplo, cuando sostiene que el art. 25. 2 CE no contiene un derecho fundamental cuya infracción pueda fundamentar un recurso de amparo, reduciendo lo que el texto constitucional declara sin limitaciones como un derecho fundamental, a "un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de la libertad", introduciendo al mismo tiempo finalidades de la pena, no mencionadas en el art. 25.2 CE, para limitar el alcance de la norma constitucional (ver entre otras STC 120/2000). Si esta interpretación no tiene un fundamento histórico, ni gramatical, ni sistemático, su efecto reductivo sólo puede provenir de un método teleológico implícitamente empleado

para llegar a ese resultado, restrictivo de la finalidad de reinserción social, en beneficio de otros fines de la pena que no son compatibles con él.

La reducción teleológica del ámbito de aplicación literal de una norma es también expresamente admitida en la interpretación de los tipos penales y de las normas penales en general por la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional admitió una reducción teleológica del tipo, cuando entendió que el intrusismo del antiguo art. 321 CP 1973, cuyo texto se refería sin limitación alguna a "títulos oficiales", sólo se refiere a "títulos académicos", excluyendo de esa manera otros títulos profesionales alcanzados literalmente por el texto legal (STC 111/1993).

Asimismo, otras normas penales han sido entendidas por el Tribunal Constitucional reduciendo su alcance literal. Tal es el caso de la interpretación del art. 132.2 CP realizada en la STC 63/2005, que comporta una manifiesta reducción teleológica del alcance del texto legal, dado que la propia sentencia impone el método teleológico, que conduce a una reducción del alcance del texto, excluyendo posibilidades interpretativas que la letra de la ley también hubieran cubierto.

Es sabido, por otra parte, que la reducción teleológica del texto legal del delito de las coacciones es postulada en la doctrina para excluir del ámbito de las coacciones comportamientos que se consideran socialmente adecuados.

También es sabido que la materia en la que la reducción teleológica del texto es puesta en duda, aunque sólo por una parte de la doctrina, es la de los llamados "límites éticos de la legítima defensa", o en general de una causa de justificación, dado que una restricción del alcance de la justificación amplía correspondientemente la punibilidad de los hechos típicos, lo que es entendido como una infracción del principio de legalidad. Al parecer, el Tribunal Constitucional habría considerado que entre esta situación y la interpretación del art. 23.4 LOPJ realizada en nuestra STS 327/2003 existiría una cierta analogía. Pero, si así fuera, el error sería evidente, toda vez que el art. 23.4 LOPJ no tiene ninguna analogía con las causas de justificación y su extensión o limitación, por lo tanto, no tiene efecto alguno sobre los límites de la punibilidad. Las normas del derecho penal internacional español del art. 23. 4 LOPJ y las causas de justificación regulan materias distintas, regidas también por principios diversos. En efecto, la prohibición de la analogía, derivada del principio de legalidad (*lex stricta*), rige sólo para las normas que determinan el carácter punible de una acción (art. 25. 1 CE), pero no es aplicable a las meras reglas de atribución de competencia, que, por

definición, no afectan a la punibilidad. La norma que establece la jurisdicción en la que un hecho será enjuiciado ni amplía ni reduce su punibilidad.

b) El Tribunal Constitucional, de todos modos, parece haber estimado que los criterios reguladores que, según se vio, podrían restringir el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, no serían aplicables en el caso del genocidio y que sólo podrían operar en otros delitos como el tráfico de drogas, etc. La razón de este doble alcance del mismo texto legal no ha sido puesta de manifiesto y, en todo caso, es difícil de comprender. El carácter absoluto del art. 23.4 LOPJ en lo referente al genocidio ha sido fundamentado por el Tribunal Constitucional, además, en el espíritu del Convenio contra la comisión de este delito. Se argumenta, en este sentido, que una limitación como la establecida por el Tribunal Supremo "entra en franca colisión" con el "espíritu del Convenio".

Sin embargo, el art. VI del Convenio, que considera expresamente la cuestión de la jurisdicción, sólo se refiere al principio territorial y a la Corte Penal Internacional, por lo que no parece que el propósito de sus redactores haya sido instaurar el principio de la jurisdicción universal y, por lo tanto, que éste sea el "espíritu" del Convenio. Esta conclusión se ve además subrayada por el art. 8 del Convenio, que establece que "toda parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas, a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. 3". Es de suponer que, si el Convenio estuviera animado por el espíritu del principio de la jurisdicción universal hubiera establecido que cada Parte contratante quedaba autorizada a ejercer su propia jurisdicción o, por lo menos, no hubiera impuesto la obligación de acudir a la Naciones Unidas. Por lo demás el art. I del Convenio sólo obliga a los Estados que lo suscriben a sancionar el delito de genocidio en su propio territorio, pero no les impone adoptar en sus legislaciones el principio de la justicia universal, como lo reconoce la STC en su Fundamento Jurídico 5º.

Importante es también en este contexto, porque demuestra cuál es la tendencia de la comunidad internacional en la materia, que el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48º Período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996), antecedente inmediato del Estatuto de Roma, contenía una norma sobre "establecimiento de jurisdicción" en su art. 8, según la cual, "sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en los arts. 17 [genocidio], 18, 19 y 20, sean

cuales fueren el lugar de la comisión de esos crímenes y sus autores". Esta norma, que recoge el principio de la jurisdicción internacional, no tiene paralelo alguno en el Convenio contra el genocidio ni ha sido finalmente incorporada al Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998.

De todo lo anteriormente expuesto se deriva que el argumento basado en el supuesto espíritu del Convenio contra el genocidio es difícilmente defendible. Son más los elementos que apuntan en sentido contrario que los que, no sin un considerable esfuerzo, podrían apoyar la afirmación del Tribunal Constitucional. Por otra parte, el espíritu de una norma nunca puede ser deducido de un silencio consciente de quien la emite.

En todo caso, no se infiere del Convenio sobre el genocidio que el principio de la jurisdicción universal deba ser entendido como un principio absoluto, que no pueda ser limitado por otros principios del derecho internacional. Es preciso tener presente que la doctrina del derecho internacional público, en general, condiciona la jurisdicción de un Estado sobre hechos extraterritoriales a una determinada conexión de estos hechos con el Estado del que se trate. En este sentido se ha precisado que debe existir un "vínculo auténtico" o "sustancial" o "legítimo" o "un contacto legitimante" o un "contacto tan estrecho con los hechos que sea compatible con los principios de no-intervención y de proporcionalidad". A tales criterios se deberá atender con especial razón cuando se trate de la persecución de hechos ejecutados dentro del ámbito de la soberanía de otro Estado.

c) Al citar en apoyo de su decisión las SSTC 321/1993 y 35/1999, es evidente que el Tribunal Constitucional ha considerado que nuestra sentencia comporta un "rigor desproporcionado" en la aplicación del art. 23.4 LOPJ desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. Tal decisión se basa, probablemente, en la suposición de que la norma de habilitación de la jurisdicción universal debe ser entendida como "un requisito procesal esencial o la ausencia de un presupuesto u óbice procesal" cuyo cumplimiento dependería de la parte. Sólo de esta manera podría entenderse que la denegación de la pretensión de ejercicio de la jurisdicción española equivale a una sanción procesal en cuya imposición debe ser observado el principio de proporcionalidad. Dicho de otra manera: el principio de proporcionalidad es de aplicación ineludible siempre que pueda ser constatada una cierta colisión de pretensiones, en la que se deba dar preferencia a unas sacrificando las otras.

Parece claro que no es éste el caso de la interpretación de la norma que atribuye la jurisdicción penal extraterritorial a España, dado que la parte cuya pretensión es rechazada no sufre ninguna sanción procesal. Se trata de la aplicación de un principio cuya extensión y contenido no dependen de una ponderación. La cuestión de si España tiene o no jurisdicción no puede, en consecuencia, ser más o menos proporcionada, pues la proporción, en todo caso, requiere una comparación entre una acción y una consecuencia jurídica cuantificable. La decisión sobre la jurisdicción no se adopta dentro de un marco de estas características, sino dentro de una alternativa excluyente y no cuantitativa: la decisión debe ser afirmativa o negativa y viene determinada por normas nacionales e internacionales.

d) Tampoco es censurable la interpretación del Tribunal Supremo desde la perspectiva de otros criterios de enjuiciamiento que emplea el Tribunal Constitucional. La STC 237/2005, con cita de las SSTC 321/1993; 48/1998 y 35/1999, ha recordado que el examen de la interpretación de los tribunales en lo concerniente al derecho a la tutela judicial efectiva le "permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, que la interpretación sea arbitraria, infundada o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional".

Una interpretación, como la de nuestra STS 327/2003, apoyada en la articulación de dos principios jurídicos indiscutibles, como lo son el principio de no intervención (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas) y el de la jurisdicción universal, no puede ser nunca una interpretación arbitraria o infundada, sobre todo cuando tal articulación es aceptada en la doctrina y en la práctica de otros tribunales europeos que llegan a conclusiones similares, a partir de normas positivas análogas a las nuestras. La arbitrariedad o el carácter infundado de una decisión sólo deberían ser apreciados cuando el resultado de la interpretación en la que se apoya no sea sostenible sobre la base de ningún método de interpretación aceptable. Estas mismas razones impiden que la interpretación del Tribunal Supremo del art. 23.4 LOPJ pueda ser calificada de "metodológicamente extravagante" en el sentido de las SSTC 123/2001 (F. J. 13), 125/2001 (F. J. 5), 126/2001 (F. J. 6), 127/2001 (F. J. 6), pues su método de interpretación no está fuera de los métodos hermenéuticos conocidos y admisibles en la ciencia jurídica actual.

Mientras en la ciencia jurídica no exista una metateoría de la interpretación que permita decidir sobre cuál es el mejor método interpretativo, una interpretación basada en un método científicamente aceptable y compatible con los principios inspiradores del

texto legal no puede ser considerada ni arbitraria, ni infundada. Podrá no ser la mejor, según el punto de vista político-jurídico con el que se la juzgue, pero, como dicen las SSTC 16/1981; 89/1983; 105/1983; 111/1993 y 171/1997, no es función del Tribunal Constitucional "la tarea de sustituir a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la facultad de interpretación y aplicación de la ley", ni tampoco es posible inferir de tal manifestación que corresponda a la jurisdicción constitucional decidir cuál es la mejor interpretación de la ley. Es innecesario insistir en que el Tribunal Constitucional no ha objetado -sino todo lo contrario- la compatibilidad de métodos como el sistemático o el teleológico con una interpretación constitucionalmente no censurable.

7. Aclarado que la interpretación del Tribunal Supremo no puede ser ni arbitraria, ni infundada, ni metodológicamente extravagante, es preciso analizar las consideraciones del Tribunal Constitucional respecto de los puntos de apoyo comparativos expresados en nuestra sentencia. En la STC 237/2005 se pone en duda que la interpretación del art. 23. 4 LOPJ realizada por esta Sala pueda ser apoyada en las referencias que nuestra sentencia contiene. El Tribunal Constitucional, dice, en este sentido en el F. J. 6 de dicha sentencia, que "la selección de referencias jurisprudenciales efectuada por el Tribunal Supremo no abona tal conclusión [la de requerir un interés nacional en el ejercicio de la jurisdicción universal], sino, antes bien, la contraria" y agrega que "las resoluciones alemanas citadas [por el Tribunal Supremo] no representan el *status questionis* en ese país (Alemania), en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales" (citándose a título de ejemplo la "sentencia" de 12.12.2000, que ratificó la condena por genocidio contra ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias, confirmada por el Tribunal Supremo alemán).

La apreciación del Tribunal Constitucional es en este punto manifiestamente errónea. En efecto, la llamada sentencia del 12.12.2000 del Tribunal Federal Constitucional alemán (BVerfG) nada dice al respecto. Se trata, en realidad, un auto de inadmisión a trámite para sentencia del recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde) contra la sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) de 30. 4.1999 (Colección de Sentencias [BGHSt] tomo 45, p.64 y stes.), en la que el Tribunal Supremo aplicó el criterio del "punto de conexión legitimante" (ver loc. cit. pág. 68). El auto del Tribunal Constitucional Federal sólo estableció que "no encuentra aplicación junto al art. VI del Convenio contra el genocidio, un derecho internacional consuetudinario que prohíba la extensión extraterritorial de imposición del derecho penal alemán, cuya existencia afirma

el recurrente" (III. 3. b. bb). Asimismo el auto trata, en relación al art. 103.2 de la Ley Fundamental, la cuestión de la interpretación del elemento subjetivo del genocidio del párrafo 220a del Código Penal alemán. Especialmente interesante es la afirmación del Tribunal Constitucional Federal en su punto III. 6. b. aa., donde afirma que los tribunales "han interpretado el art. I del Convenio según su sentido y su finalidad de impulsar una persecución penal eficaz, de tal manera que los Estados contratantes no tienen ningún deber de persecución, pero que probablemente están autorizados a la misma sobre esta base".

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional no tomó en consideración elementos del auto del BVerfG que hubieran permitido apoyar la tesis de nuestra sentencia. En efecto, en el punto cc. de dicho auto el Tribunal Constitucional Federal agrega: "De todos modos, la historia de las tratativas de la Convención contra el genocidio sugiere que el principio de universalidad no debe haber sido previsto [citando la opinión de *Jescheck*]. El art. VII de la llamada Comisión Dreier previó al respecto el principio de universalidad. El Proyecto del Comité *ad hoc*, sin embargo, ya no previó esta disposición, sino que se basó en el principio territorial (confr. UN Doc. E/794, pp. 32 y ss.). Consideraciones respecto de la soberanía y la aceptabilidad tuvieron en este sentido un papel".

Con posterioridad a esta sentencia y a dicho auto del BVerfG de 12.12.2000, el Tribunal Supremo alemán aplicó nuevamente en su sentencia del 21.2.2001 (ver: Colección de Sentencias [BGHSt, tomo 46. p. 292] el mismo criterio del "punto de conexión legitimante". Al referirse en esta sentencia al citado auto del Tribunal Constitucional de 12.12.2000, el Tribunal Supremo Federal señaló que la cuestión que concierne al punto de conexión legitimante no fue objeto de pronunciamiento alguno en el auto mencionado.

A la vista de estos antecedentes no parece acertado suponer que el legislador español haya tomado una decisión novedosa o de alcances especialmente amplios y de características más avanzadas que las normas vigentes en otros Estados europeos. Como ya lo hemos señalado, y lo reconoce el Tribunal Constitucional, el art. 23.4 LOPJ no es una excepción en el derecho penal internacional europeo. En realidad sólo reitera en su texto conceptos análogos a los que ya habían sido incorporados a derechos entrados en vigor con anterioridad a 1985. Para simplificar compárese solamente con el párrafo 6. 1. y 9 del Código Penal alemán de 1975, cuya indudable analogía conceptual con el art. 23. 4 LOPJ es total y que en modo alguno ha sido considerado en la jurisprudencia como el prototipo de un principio de la jurisdicción universal sin ningún

límite, como la postulada por nuestro Tribunal Constitucional. Por el contrario, como acabamos de ver, ha sido interpretado en el mismo sentido en el que nuestra sentencia del caso Guatemala interpretó dicho art. 23. 4 LOPJ.

8. La STC 237/2005 reprocha también a la del Tribunal Supremo que "omita mencionar que, frente a lo que pudiera desprenderse de su lectura, la ley española no es la única legislación que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 de su Código penal), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, Estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales".

Este reproche también es injustificado, porque el problema es otro, tal como lo demuestra la jurisprudencia y una parte importante de la doctrina alemanas. No se trata de los textos, sino de su interpretación en el contexto de otras normas del derecho internacional. La experiencia actual de la aplicación de estas normas es la que ha obligado a reflexionar sobre la interpretación de las normas nacionales que regulan el principio de la jurisdicción universal en relación al sistema normativo del derecho internacional, dado el justificado reclamo de respuesta penal a los brutales ataques a la humanidad y a la paz que han conmovido muy especialmente la conciencia jurídica en los últimos decenios. Los tribunales se han visto recientemente ante situaciones hasta ahora desconocidas. Las disposiciones nacionales citadas en la STC 237/2005 no fueron aplicadas a casos concretos hasta hace relativamente poco tiempo. No todos los tribunales de los países europeos han tenido oportunidad de confrontarse con casos relevantes en estas materias. La Justicia de Alemania y de Bélgica debieron resolver casos en los que la cuestión de los límites del principio de la jurisdicción universal estuvo en primera línea. Estas circunstancias explican, no obstante que la lista de textos legales que no prevén límites expresos al ejercicio de la jurisdicción universal pudiera incluso ser acrecentada, sin que tal dato tenga ninguna significación para la solución del problema aquí planteado.

Precisamente por lo que se refiere al caso de Alemania y Bélgica la apreciación del Tribunal Constitucional no ha considerado ni el estado actual de la legislación belga, ni tampoco todas las normas del Código penal internacional alemán, con las que ha

ilustrado su decisión . El tratamiento de la cuestión es relevante para esclarecer si el principio de la jurisdicción universal es visto internacionalmente como un principio sin excepciones.

La Ley belga de 16 de junio de 1993, citada en la sentencia 237/2005, ya había sido modificada en su art. 7 por la ley la ley de 23 de abril de 2003, que impuso límites al principio de la jurisdicción universal. La redacción de la Ley belga de 2003 se refiere, en primer término, a los casos en los que el autor no se encuentre en el territorio del Reino. Establece, además, que el Procurador Federal, único que en adelante podrá instar la acción, no requerirá al Juez de Instrucción para que asuma la causa, si "de las circunstancias concretas del caso resulta que en el interés de una buena administración de justicia y en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Bélgica, aquella debe ser enjuiciada por las jurisdicciones internacionales o por la jurisdicción donde los hechos han sido cometidos, o por la jurisdicción del Estado de la nacionalidad del autor o del lugar en el que éste pueda ser encontrado y en el que esta jurisdicción sea competente, imparcial y equitativa". Por lo tanto, en la aplicación del principio de justicia universal, la ley da cabida a consideraciones basadas en el interés de la buena administración de justicia y en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Bélgica que tienen una notoria cercanía conceptual con el principio de oportunidad en lo concerniente al ejercicio de la acción penal.

También el Código Penal Internacional alemán (VStGB) -que el Tribunal Constitucional en su sentencia F. J. 6 reprocha a nuestra sentencia no haber citado- avala el punto de vista de esta Sala. Una lectura íntegra del Código y de la Ley que lo introduce en orden jurídico de Alemania permite constatar que, efectivamente, el parágrafo 1 del Código Penal Internacional no menciona límite alguno al principio de universalidad. Pero, se incorpora a la ley procesal penal (StPO) un nuevo supuesto de aplicación del principio de oportunidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parágrafo 153 f), que somete la persecución de los delitos cometidos fuera del territorio alemán a la decisión del Fiscal.

9. Sería completamente equivocado concluir que estas limitaciones del principio de la jurisdicción universal lo comporta una "reformulación del principio real, de protección o de defensa", como se dice en la STC 237/2005. La doctrina ha definido el principio real, de defensa o de protección como aquél que autoriza que los hechos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos que se encuentran en el propio Estado sean sometidos a la jurisdicción de éste. Es evidente que la exigencia de un

punto de conexión legitimante no conlleva reducir el principio universal a los ataques contra bienes que se encuentran en el territorio del Estado. Nuestra propia sentencia es la mejor prueba de lo dicho, dado que hemos declarado la jurisdicción española respecto de ataques que afectaron a bienes jurídicos que se encontraban, en el momento de la agresión, en territorio extranjero.

10. En esta discusión es conveniente tener presente que incluso cualificados juristas que propugnan concepciones amplias de la jurisdicción universal en la doctrina, señalan que el principio de la jurisdicción universal encierra "ciertos peligros futuros que no pueden ser totalmente excluidos" y que "la apertura del ámbito jurídico estatal a la intervención de Estados terceros encierra un considerable potencial de arbitrariedades", reconociendo que estas consecuencias, particularmente las concernientes al *forum shopping*, no permiten pensar que el principio de la jurisdicción universal sea una "solución ideal". Estos peligros de abuso son los que actualmente inducen a la comunidad jurídica a reflexionar precisamente sobre la necesidad de requerir "puntos de contacto adicionales", que limiten el alcance del principio.

Especial relevancia revisten en esta línea los *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, elaborados en 2001 por profesores de la Universidad de Princeton (EE UU), Utrecht (Holanda), Cincinnati (EE UU), y otros juristas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Comisión Internacional de Juristas, prologados por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En el Principio 1 (2) de este texto se establece que: "*La jurisdicción universal puede ser ejercida por un cuerpo competente y ordinario de cada Estado en orden al enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido los graves crímenes del derecho internacional especificados en el principio 2(1), siempre y cuando la persona esté presente ante dicho órgano judicial*".

Es importante destacar que en el Comentario adicionado por sus redactores a los *Principios de Princeton* (pág. 43) también se señala el riesgo de abuso y se plantea la cuestión de si, además la exigencia de la presencia del acusado en el Estado que ejerce la jurisdicción universal, deben ser requeridas otras conexiones territoriales, cuestión que los redactores han dejado expresamente para una ocasión futura, "en parte para continuar la discusión, en parte evitar el cierre de la evolución de la jurisdicción universal y, en parte, como deferencia ante la pendiente legitimación de la Corte de Justicia" (con referencia a la cuestión del *Congo vs. Bélgica*, pendiente entonces de decisión ante la Corte Internacional de Justicia, y a la decisión de la Corte

de Casación de Senegal, que había rechazado la jurisdicción para enjuiciar a Hissène Habré, ex presidente de Chad, por torturas cometidas en este último país).

En el ámbito de la Unión Europea la Decisión del Consejo 2003/355/JAI, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, ratifica que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción contra los responsables de tales crímenes internacionales", pero no hace ninguna referencia al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. Tampoco contiene ninguna imposición en este sentido la Decisión del Consejo de 13 de junio de 2002, por la que se crea una red europea de puntos de contacto en relación a personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, que también realiza una idéntica ratificación. De ninguna de estas Decisiones es posible extraer algún punto de apoyo para una concepción absoluta del art. 23. 4 LOPJ.

11. En conclusión, parece claro que nada está más alejado del pensamiento jurídico internacional que la idea de un principio absoluto de la jurisdicción universal, que la STC 237/2005 ha establecido. Por el contrario, los conceptos expuestos por la sentencia del Tribunal Supremo, tanto por la mayoría del Tribunal como por los Magistrados que suscribieron el voto particular, reflejan rigurosamente las cuestiones actuales de la aplicación del principio de la justicia universal, reconocidos por otros Estados de la Unión Europea, que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por **infracción de Ley** interpuesto por **ZHIZNEN DAI, MING ZAO, VICTOR MANUEL FERNÁNDEZ SÁNCHEZ y otros**, contra auto dictado el día **29 de abril de 2005** por la **Audiencia Nacional**, en causa seguida por delitos de **genocidio y torturas**; casamos y anulamos dicho auto, declarando **de oficio las costas** ocasionadas en este recurso.

En su virtud declaramos la competencia de los Tribunales españoles para entender en la instrucción y juicio de los hechos contenidos en la querrela interpuesta por los recurrentes. -

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Juan Saavedra Ruiz

Enrique Bacigalupo Zapater

Joaquín Delgado García

Siro Francisco García

José

Antonio Martín Pallín

Carlos Granados Pérez

Joaquín Giménez García

Andrés

Martínez Arrieta

Julián Sánchez Melgar

Perfecto Andrés Ibáñez
Soriano Soriano

José Ramón

José Manuel Maza Martín

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la
Torre

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES:
D. JUAN SAAVEDRA RUIZ, D. SIRO GARCÍA PÉREZ, D. CARLOS GRANADOS
PÉREZ, D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA Y D. JULIAN SÁNCHEZ MELGAR.**

PRIMERO.- La discrepancia del presente voto particular se contrae a lo argumentado en la sentencia en el apartado tercero del fundamento de derecho segundo, cuando, con cita del artículo 5.1 LOPJ, sostiene que el art. 23.4 LOPJ *“debe ser interpretado sin tomar en consideración ninguna articulación posible de este principio (el relativo a la extensión extraterritorial de la jurisdicción española) con otros del ordenamiento jurídico”*, es decir, el Tribunal Supremo estaría vinculado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional emanada de la S.T.C. 237/2005, que anula nuestra sentencia precedente 327/2003 (caso Guatemala), sobre la base *“que el artículo 23.4 LOPJ no contiene ninguna limitación del principio de la jurisdicción universal y que una interpretación que redujera*

teleológicamente la extensión literal del texto, exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, es incompatible con el art. 24.1 CE por ser 'en extremo rigorista' y 'abiertamente restrictivo' ". Sin embargo, la sentencia argumenta a continuación a propósito de los errores en que incide la S.T.C. 237/2005, apuntando sus contradicciones, argumentación que compartimos en toda su extensión, y precisamente por ello creemos que la decisión debió ser contraria a la estimación del recurso, porque es un caso en el que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tiene necesariamente que vincular al Tribunal Supremo ex artículo 5.1 LOPJ.

SEGUNDO.- Esta cuestión ha sido sometida a la reciente Sala General que tuvo lugar el 25/04 pasado, llegándose al siguiente acuerdo: **"El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts. 117.1, 161.1b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE".**

Una primera lectura de este precepto (art. 5.1 LOPJ) podría llevarnos a entender que la doctrina del Tribunal Constitucional rebasa el alcance otorgado por el art. 1.6 CC a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque ésta complementa el ordenamiento jurídico mientras aquélla tiene un efecto vinculante. Sin embargo, ello no se deduce de nuestro texto constitucional. En efecto, el art. 164.1 CE establece que todas las sentencias del Tribunal Constitucional tienen el valor de cosa juzgada, y que, además, las sentencias que dicte tienen efectos frente a todos, con una excepción: las sentencias que se dicten al resolver recursos de amparo. Ninguna referencia se contiene a la vinculación a la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional.

La propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, art. 38.1, fija el concepto de vinculación para todos los poderes públicos en relación con las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, sin que se contemple ese efecto cuando el art. 55 determina el alcance de las sentencias dictadas al resolver los recursos de amparo. Combinando estos dos preceptos, con los artículos 38.3 y 40, todos ellos L.O.T.C., observamos que el esquema general diseñado por la misma sería el siguiente: todas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional tienen efecto de cosa juzgada; las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales; mientras que las sentencias dictadas al resolver recursos de amparo sólo vinculan al órgano jurisdiccional que conoce de

la causa respecto a la que se suscitó este recurso, sin perjuicio de su indudable valor doctrinal y jurisprudencial.

Posteriormente, el art. 5.1 LOPJ amplía el alcance de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Ello se produce en tres ámbitos: se establece el carácter vinculante de todas las resoluciones y no sólo de las sentencias; la vinculación se refiere a las resoluciones dictadas en todo tipo de procesos y no sólo en los procedimientos de inconstitucionalidad; y, por último, el alcance de la fuerza vinculante se predica de la interpretación de los preceptos y principios constitucionales efectuada por el Tribunal Constitucional, es decir, no sólo tiene carácter vinculante la parte dispositiva de la resolución, sino también los fundamentos que contengan consideraciones básicas para alcanzar su parte dispositiva.

Pues bien, la cuestión se centra en coherencia el contenido del artículo 5.1 LOPJ con el de los arts. 164.1 y 117.1, ambos CE. Puesto que el precepto orgánico mencionado recoge una vinculación que no se contiene en el art. 164.1 del texto constitucional y, por otro lado, el art. 117.1 establece el sometimiento de los órganos jurisdiccionales únicamente al imperio de la Ley, sin referencia alguna a la doctrina del Tribunal Constitucional, es preciso, por tanto, efectuar una relectura del precepto citado.

En primer lugar, los órganos jurisdiccionales están vinculados por la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en los procedimientos relativos al control de constitucionalidad de las leyes. Estas son las únicas sentencias a las que el art. 164.1 de la Constitución reconoce eficacia frente a todos.

En segundo término, se entiende que los órganos jurisdiccionales no están vinculados con lo establecido en las sentencias que resuelvan recursos de amparo, con una excepción, como es la necesaria vinculación del órgano jurisdiccional que conoce de la causa a lo establecido en dicha sentencia. Y ello porque, en este ámbito, debe primar el contenido del artículo 117.1 de la Constitución sobre el artículo 5.1 LOPJ.

En tercer lugar, no sólo los preceptos constitucionales citados ciñen el sentido del art. 5.1 LOPJ, sino que, además, debe interpretarse de acuerdo con el art. 123.1 del texto constitucional, que reconoce al Tribunal Supremo el carácter de órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales. Conforme a ello es

posible establecer las siguientes consecuencias: a) la ampliación que sobre los efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional recoge el artículo 5.1 LOPJ, es válida siempre que se enmarque en el ámbito constitucional, y, concretamente, en el reconocimiento de órgano jurisdiccional supremo y superior en todos los órdenes establecido para el Tribunal Supremo; b) en caso de conflicto entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los órganos jurisdiccionales no se encuentran vinculados por las resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas al resolver recursos de amparo; y c) en materia de legalidad ordinaria el órgano supremo y superior es el Tribunal Supremo, superioridad que se extiende sobre el mismo Tribunal Constitucional, debiendo prevalecer la interpretación y decisión que sobre dicha legalidad ordinaria haya establecido y adoptado el Tribunal Supremo.

TERCERO.- La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Guatemala, como se razona en la sentencia de la mayoría, no excluye la consideración de elementos de corrección del principio absoluto de la jurisdicción universal. Así, en el apartado sexto de su fundamento segundo, cuando cita al propio Tribunal Constitucional en el sentido de que admite que el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal *“no es el único canon de aplicación del precepto, [ni significa] que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación”*.

Este caso tiene diferencias notables con el de Guatemala y, por ello, no cabe trasponer sin más la doctrina aplicada en el segundo al primero. No es posible aceptar que el Tribunal Supremo, como admite la sentencia de la mayoría, vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva por ser arbitraria su decisión, caso en el que sí estaríamos vinculados a la doctrina del Tribunal Constitucional emanada directamente de la interpretación del artículo 24.1 CE. En el mismo apartado sexto del fundamento mencionado de la sentencia de cuya decisión discrepamos se sostiene que *“una interpretación, como la de nuestra STS 327/2003, apoyada en la articulación de dos principios jurídicos indiscutibles, como lo son el principio de no intervención (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas) y el de la jurisdicción universal, no puede ser nunca una interpretación arbitraria ni infundada, sobre todo cuando tal articulación es aceptada en la doctrina y en la práctica de otros tribunales europeos que llegan a conclusiones similares, a partir de normas positivas análogas a las nuestras”*. Siendo ello así, el alcance del art. 23.4 LOPJ corresponde fijarlo al Tribunal Supremo por ser la última instancia en materia de legalidad ordinaria.

En el caso presente no existe punto de conexión alguno que pueda ser aplicado. Además, con independencia del resultado ulterior del eventual trámite de instrucción, ni siquiera son diáfanas las evidencias acerca del supuesto de hecho delictivo incorporado a la querrela, como ha sostenido el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, teniendo en cuenta la imprecisión de su planteamiento a la hora de alcanzar una consideración segura sobre el carácter religioso y no meramente cívico del movimiento conocido como “Falum Gong”, lo que sirve de argumento para corroborar lo anterior.

CUARTO.- Es cierto que en materia de garantías constitucionales el Tribunal Constitucional tiene la última palabra, correspondiéndole realizar la exégesis de la norma (en este caso art. 23.4 LOPJ) para determinar cuántas de sus interpretaciones posibles no son respetuosas con la Constitución. Ahora bien, el Tribunal Constitucional no puede elegir la solución interpretativa conforme a la Constitución que le parezca adecuada, sino excluir aquéllas interpretaciones que no sean constitucionales, es decir, ante varias interpretaciones posibles, todas ellas constitucionales, el Tribunal Constitucional no puede excluir una e incluir otra. Si todas ellas son constitucionales, cualquiera que haya elegido el órgano jurisdiccional es válida. Y si ese órgano es el Tribunal Supremo, además de válida es eficaz e inalterable por parte del Tribunal Constitucional. Precisamente, porque la interpretación que ha otorgado el Tribunal Supremo forma parte de la decisión adoptada por el órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales.

De aquí se deduce que sólo cuando el Tribunal Supremo haya adoptado una opción interpretativa que sea anticonstitucional, el Tribunal Constitucional puede y debe declararlo así y revocar la resolución dictada. Por el contrario, no procederá cuando la opción interpretativa sea constitucional, aún cuando pudiera existir otra que al Tribunal Constitucional le pareciera más adecuada.

En el presente caso, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación de la norma que es constitucional. Es una interpretación de las diversas posibles y no deja de ser constitucional por el hecho de que no sea la interpretación escogida por el Tribunal Constitucional. Pese a ello, éste órgano ha dicho que es contraria a la Constitución. Además, no se limita a declararlo así, sino que determina cuál de las hipotéticas interpretaciones aplicables de la norma es la adecuada al texto constitucional.

No es cuestión de discutir si nuestra opción o la del Tribunal Constitucional es más constitucional o no (difícilmente puede medirse el grado de mayor o menor constitucionalidad de interpretaciones que son acordes con la Constitución). La cuestión consiste en afirmar que nuestra opción es constitucional. Y lo es no porque simplemente lo digamos nosotros, sino porque: a) es la solución imperante en Europa (la sentencia de la mayoría, a título de ejemplo, se refiere detalladamente a los casos de Alemania y Bélgica); y b) también es la solución que se obtiene tras acudir al Convenio contra el genocidio como se desarrolla en el apartado sexto del fundamento segundo de la sentencia precedente. Luego, no puede sostenerse que la interpretación que hemos dado sea anticonstitucional, porque las soluciones alcanzadas en otros países europeos deberían también ser consideradas anticonstitucionales y contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que evidentemente no es así. Si una solución basada en la interpretación de convenios internacionales es anticonstitucional, debería plantearse cómo solucionar la discordancia entre dichos textos y nuestra Constitución.

Por todo ello, entendemos que la mayoría ha interpretado de forma excesivamente amplia la cláusula de vinculación del art. 5.1 LOPJ, pugnando ello con el papel constitucional que le corresponde al Tribunal Supremo, y por ello el recurso ha debido ser desestimado.

Juan Saavedra Ruiz

Siro Francisco García
Granados Pérez

Carlos

Andrés Martínez Arrieta

Julián Sánchez Melgar

Voto particular concurrente que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, a la sentencia nº 645/2006, de 20 de junio de 2006, que resuelve el

recurso de casación nº 1395/2005. Se adhiere el magistrado José Antonio Martín Pallín.

Se concuerda con el fallo, pero no con determinadas afirmaciones de la fundamentación de la sentencia que cuestionan el alcance que el Tribunal Constitucional da al art. 23,4 LOPJ en su sentencia nº 237/2005. Y es que tanto la sentencia nº 327/2003 de esta sala como el voto particular que la acompañaba (suscrito también por quienes firmamos éste), comportan –cierto que en muy distinta medida- una incorrecta reducción del sentido que, en rigor, ha de darse al precepto que atribuye a la jurisdicción española las competencias universales para conocer del delito de genocidio.

Al obrar así, el legislador español actuó de la forma más coherente y dio al genocidio el tratamiento más adecuado: el que reclama la norma consuetudinaria vigente en la materia, hoy universalmente vinculante para todos los sujetos internacionales. Ello hace que todos los Estados se encuentren, no sólo legitimados, sino obligados a asegurar el máximo de efectividad a la prohibición de conductas genocidas, persiguiéndolas allí donde quiera que puedan darse.

Tal es la línea en que se inscribe la decisión del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra, al subrayar que “el Estatuto de Roma recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de tales crímenes internacionales”.

En consecuencia, frente al imperativo de persecución universal del genocidio y para redimensionarlo a la baja, no cabe oponer el principio de no intervención. Porque en éste se expresa un paradigma de articulación de las relaciones internacionales anclado en el viejo concepto de soberanía (como *suprema potestas superiorem non recognoscens*), ahora abiertamente contradicho por las normas que proscriben las conductas integrantes de genocidio e imponen su persecución universal, que son de *ius cogens* y deben prevalecer. Es también por lo que constituye ya un tópico en la materia que actuaciones jurisdiccionales como la de que aquí se trata no son una injerencia en los asuntos internos; algo aceptado por el Comité de Ministros de Asuntos Exteriores de la Unión.

Cuando, tal como ocurre en la sentencia que motiva esta discrepancia, se opone de algún modo el principio de no intervención al de jurisdicción universal en tema de genocidio, cual si estuvieran en el mismo plano, se distorsiona el

sentido del vigente ordenamiento penal internacional pues se argumenta en términos de mero pragmatismo. Esto es, a partir del dato empírico de que los estados a los que incomode la iniciativa jurisdiccional pueden oponer *de facto* la *razón* de su fuerza a la fuerza de la razón jurídica.

Madrid, 4 de julio de 2006.

Perfecto Andrés Ibáñez

José Antonio Martín Pallín

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, respecto de la Sentencia recaída en el Recurso de Casación nº 1395/2005, interpuesto por ZHIZNEN DAI, MING ZAO, VICTOR MANUEL FERNÁNDEZ SÁNCHEZ y otros, contra el auto dictado por la Audiencia Nacional.

II- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No puedo estar de acuerdo con la afirmación que se contiene en el párrafo 3º de la sentencia de la mayoría cuando se afirma que la interpretación del art. 23-4º de la LOPJ, que establece el principio de jurisdicción universal entre otros, respecto del delito de genocidio deba ser interpretado de forma que no elimine otros principios vigentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional y **en particular el principio de no intervención previsto en la carta de Naciones Unidas.**

Precisamente, la persecución del delito de genocidio así como otros delitos internacionales que constituyen las más graves violaciones de derechos humanos, exigen la derogación del principio de no intervención. La Comunidad Internacional ya no acepta reservas ante la persecución de este tipo de delitos.

El Voto Particular, firmado por siete Magistrados de esta Sala, en el caso de Guatemala, no exigió un punto de conexión entre los hechos delictivos y el interés de España en la aplicación del principio de justicia universal, sino que verificó que en este caso concreto existían multitud de puntos de conexión, y en tal sentido, se pronunciaba el Voto Particular en clave de conveniencia y no de exigencia de punto de conexión *"...la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión....puede constituir un criterio razonable de autorestricción...."*, y asimismo se reconocía que la exigencia de puntos de conexión *"...no aparece expresamente establecida en la Ley pero puede ser asumida....y aplicada como criterio de razonabilidad...."*.

Tras la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional nº 237/2005 dando amparo a la impugnante, se declaró expresamente que el principio de justicia universal debe ser aplicado sin ninguna restricción y por lo tanto, sin que se exija ni sea conveniente la concurrencia de algún punto de conexión con el país que ejerce la jurisdicción universal.

Creo que debe de aceptarse dicha doctrina abiertamente y sin reserva alguna, que en definitiva no es sino la que se deriva expresamente del propio artículo 23-párrafo 4º de la LOPJ, en la que el legislador español introdujo dicho principio como norma de derecho interno y como tal vinculante para todos los poderes públicos y muy singularmente para el Poder Judicial.

Dado en Madrid, a 20 de Junio de 2006.

Fdo.: Joaquín Giménez García

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Enrique Bacigalupo Zapater, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.