

Genocidio. Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de subsidiariedad y de jurisdicción universal. Hechos de Guatemala de los años 1979 y 1980.

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 veinticinco de Febrero de dos mil tres.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid, Rigoberta Menchú Tum y otros, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Asociación Libre de Abogados, Asociación contra la Tortura, D'Amistiada Amb el Poble de Guatemala, Asociación Centro de Documentación y Solidaridad con América Latina y Africa, Comité Solidaridad Internacional de Zaragoza y Asociación Pro-Derechos Humanos de España, contra auto dictado por la Audiencia Nacional, Pleno de la Sala de lo Penal, con fecha trece de Diciembre de dos mil, que resolvía el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra el auto que acordó declarar la competencia del Juzgado Central de Instrucción número uno para conocer de un presunto delito de genocidio contra distintos cargos del Gobierno de Guatemala, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Vista bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo partes recurrentes las anteriormente mencionadas representadas por las Procuradoras Sras. Cañedo Vega, Rincón Mayoral, Calvo Villoria y Gutiérrez Carrillo.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Central de Instrucción número 5 dictó Auto de fecha veintisiete de Marzo de dos mil por el que se declaraba la competencia de éste Juzgado para el conocimiento de los hechos objeto de las Diligencias número 331/99 con desestimación de la solicitud de archivo de las actuaciones que le había sido formulada respecto de las denuncias y querellas presentadas. El Ministerio Fiscal presentó recurso de reforma contra dicho auto. Posteriormente el Juzgado Central de Instrucción número 5 dicta auto de fecha veintisiete de Abril de dos mil por el que desestima el recurso de reforma interpuesto y en fecha trece de Diciembre de dos mil el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó auto por el que se estimaba el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, declarando no procedente el ejercicio de la jurisdicción penal española para la persecución de los hechos. Éste auto contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"EL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL: ACUERDA.- 1º.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra el auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de fecha 27.04.2000 desestimatorio del recurso de reforma contra el auto de 27.03.2000 que acordó declarar la competencia del Juzgado Central de Instrucción nº 1 para el conocimiento de los hechos objeto de la denuncia y querellas, y en consecuencia declaramos que no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el

Instructor archivar las Diligencias Previas por el expresado motivo de falta de jurisdicción. Se declaran de oficio las costas." (sic)

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y precepto Constitucional, por las representaciones de La Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid, Rigoberta Menchú Tum y otros, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Asociación Libre de Abogados, Asociación contra la Tortura, D'Amistiada Amb el Poble de Guatemala, Asociación Centro de Documentación y Solidaridad con América Latina y África, Comité Solidaridad Internacional de Zaragoza y Asociación Pro-Derechos Humanos de España, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- El recurso interpuesto por la representación de Rigoberta Menchu Tum, Silvia Solórzano Foppa, Silvia Julieta Solórzano Foppa, Santiago Sólorzano Ureta, Julio Alfonso Solórzano Foppa, Lorenzo Villanueva Villanueva, Juliana Villanueva Villanueva, Lorenzo Jesús Villanueva Imizocz, Ana María Gran Cirera, Montserrat Gibert Gran, Ana María Gran Cirera, Jose Narciso Picas Vila, Aura Elena Farfan, Adriana Portillo, Rosario Pu Gómez, Julio Arango Escobar, Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, Arcadio Alonso Fernández, Conavigua, Famdegua y Ana Lucrecia Molina Theissen se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, considerando la inaplicación de los artículos 23.2 en relación con los artículos 23.4 y 23.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, considerando la inaplicación de los artículos 23.2 en relación con los artículos 23.4 y 23.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.- Al amparo del artículo 849.1, infracción de Ley, por inaplicación de los artículos 23.2.c en relación con los artículos 23.4 y 23.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.- Al amparo del artículo 849.2 por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos.

5.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haberse vulnerado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión, conforme al artículo 24.1 de la Constitución Española.

Quinto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Se articula al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se funda en violación por inaplicación del artículo 23.4 a) y b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con lo dispuesto en los artículos 23.5 y 23.2.c) del mismo texto legal, y al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto dicha violación produce la del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

Sexto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Confederación Sindical de Comisiones Obreras se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Con amparo en lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por haberse vulnerado el derecho a obtener tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse (artículo 24.1 de la Constitución Española).

2.- Con amparo en lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Error en la apreciación de la prueba.

3.- Al amparo del artículo 849.1 de la L.J.C.R. por infracción de Ley, se considera la inaplicación de los artículos 23.2 en relación con los artículos 23.4 y 23.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.985.

4.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, se considera la inaplicación de los artículos 23.2 en relación con los artículos 23.4 y 23.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se basa este motivo en la aplicación indebida del artículo 6 de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio en relación con el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Derecho Internacional Consuetudinario.

5.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, considerando la inaplicación de los artículos 23.2 en relación con los artículos 23.4 y 23.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se basa este motivo en la aplicación indebida del artículo 17 y siguientes del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, todo ello en relación con el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Derecho internacional consuetudinario.

6.- Al amparo del artículo 849.1, por infracción de Ley, por inaplicación de los artículos 23.2 c) en relación con los artículos 23.4 y 23.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Séptimo.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Asociación Libre de Abogados se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española.

2.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 23.2.c de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 23.4 y 23.5 del mismo texto legal.

Octavo.- El recurso interpuesto por la representación de los recurrentes: La Asociación contra la Tortura, Associació D'Amistada el Poble de Guatemala, Asociación Centro de Documentación y Solidaridad con América Latina y África y Comité de Solidaridad Internacionalista de Zaragoza, además de adherirse a los motivos de los otros recurrentes, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, error en la apreciación de la prueba.

2.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Noveno.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Asociación Pro Derechos Humanos de España se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Al amparo del apartado 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de una norma de carácter sustantivo que debe ser observada en la

aplicación de una ley penal, como es el precepto del artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en relación con el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referido a la obligación de actividad sancionadora.

2.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24.1 de la Constitución, por vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que produce indefensión.

Décimo.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos de casación interpuesto, los impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Decimoprimer.- Hecho el señalamiento para Vista, dicho acto se celebró el día quince de Julio de dos mil dos.

Decimosegundo.- Por Auto de fecha diecisiete de Julio de dos mil dos se acordó establecer una prórroga indefinida en el término para dictar sentencia, lo que se notificó a las partes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo debemos responder a la alegación inicial del Ministerio Fiscal, que sostiene que contra la resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no cabe recurso de casación. El examen de los antecedentes permite comprobar que, presentada la denuncia inicial e incoadas Diligencias Previas, el Juzgado de instrucción confirió traslado al Ministerio Fiscal para que dictaminara sobre la competencia. El Ministerio Fiscal emitió el correspondiente informe y sostuvo la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de los hechos denunciados, ocurridos fuera del territorio nacional, por las razones que en el citado escrito se adujeron, y el Juzgado resolvió a favor de la existencia de jurisdicción. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma, que fue desestimado, interponiendo entonces recurso de apelación, que fue resuelto por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el sentido de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles, al no cumplirse, en este momento, los requisitos que entendió exigibles. Contra esta resolución se interpuso recurso de casación.

Es preciso, en primer lugar, identificar correctamente la cuestión planteada. Los hechos inicialmente denunciados han tenido lugar en Guatemala en fechas comprendidas entre 1978 y 1990, y han sido calificados por los denunciantes como constitutivos de delitos de genocidio, terrorismo y torturas. El Auto impugnado afirma que "no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el Instructor archivar las Diligencias Previas por el expresado motivo de falta de jurisdicción". No se trata, pues, de una inadmisión de querrela propiamente dicha por falta de competencia del Juez ante el que se presenta. No se trata tampoco de un auto de sobreseimiento, libre o provisional. El archivo de las diligencias que ordena la resolución impugnada no se produce por ninguna de las causas previstas en los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino como consecuencia de la afirmación de la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles. Lo que se ha planteado versa sobre el alcance e interpretación de las disposiciones aplicables para determinar si en España pueden ser juzgados hechos que han ocurrido en territorio de otro país, sujeto 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.

La jurisdicción es una de las expresiones 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, uno de los poderes del Estado, sometiénolas, en el caso del derecho penal, al ius puniendi 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.

La ley regula expresamente algunos supuestos de conflictos sobre la jurisdicción. Pueden plantearse entre órganos de diversos órdenes jurisdiccionales; entre órganos de la jurisdicción ordinaria y de la militar, y entre órganos jurisdiccionales y la Administración. Los primeros, llamados conflictos de competencia en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son resueltos por una Sala especial del Tribunal Supremo. Los mencionados en segundo lugar son resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción presidida por el Presidente del Tribunal Supremo e integrada por Magistrados de este alto Tribunal (artículo 39 de la LOPJ). Y los citados en tercer lugar se resuelven por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo e integrado por Magistrados de ese Tribunal y por Consejeros Permanentes de Estado (artículo 38 de la LOPJ y Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales).

La regulación que determina el órgano competente para la resolución de estas cuestiones, sintéticamente mencionada, permite resaltar que cuando se trata de determinar el alcance de la jurisdicción, bien entre distintos órdenes jurisdiccionales, bien entre la jurisdicción ordinaria y la militar o bien entre los Tribunales y la Administración, la decisión se sitúa al máximo nivel.

El problema que se resuelve en el Auto impugnado no se suscita entre los distintos órganos citados antes, sino que se trata de una cuestión que se ha planteado al amparo del artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este precepto, luego de afirmar el carácter improrrogable de la jurisdicción, ya consignado respecto de la jurisdicción criminal en el artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ordena a los órganos judiciales el examen de oficio de la falta de jurisdicción, resolviendo sobre la misma con audiencia previa del Ministerio Fiscal y de las partes, dictando resolución fundada e indicando el orden jurisdiccional que se estime competente.

Debe resaltarse además que, habida cuenta de las características de la cuestión concreta planteada, no llegará a producirse una auténtica controversia entre órganos jurisdiccionales acerca de la capacidad de conocer de los hechos denunciados, pues como de alguna forma ya vinimos a reconocer en el Auto de esta Sala nº 260/1998, de 21 de enero, hoy en día no es viable jurídicamente plantear una cuestión de competencia con un Tribunal extranjero pues no existe ningún mecanismo o instancia supranacional para la resolución del eventual conflicto positivo o negativo que pudiera plantearse. De esta manera, ante la negativa del Auto que se recurre a estimar la jurisdicción de los Tribunales españoles no puede esperarse el planteamiento de un conflicto negativo con otro Tribunal, por lo que la resolución adoptada resolvería definitivamente la cuestión.

Se trata, pues, de un supuesto excepcional, no regulado expresamente por el legislador, que trasciende de una cuestión de competencia entre órganos jurisdiccionales internos y que se diferencia de los conflictos antes expuestos en cuanto que consiste en la determinación del alcance de un poder del Estado español, el Poder Judicial, sobre hechos cometidos en territorios sometidos a la soberanía de otro

Estado, teniendo la decisión carácter definitivo al no ser posible el planteamiento de un conflicto negativo de jurisdicción.

El artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que solo procederá recurso de casación contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias Provinciales y únicamente por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso. En el segundo párrafo de este mismo artículo se dispone que los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

Ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen específicamente los recursos que caben contra la decisión adoptada en el ámbito del artículo 9.6 de la primera, ni concretamente si cabe recurso de casación. La excepcionalidad y especial importancia de la cuestión en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español harían razonable que la decisión final correspondiera al Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución).

Sin embargo, podemos decir que en tanto que se trata de la posición de un Tribunal de instancia que resuelve definitivamente apreciando la falta de jurisdicción, sin que exista la posibilidad del planteamiento posterior de un conflicto negativo que permitiera una decisión definitiva por otro órgano superior, la decisión adoptada es equiparable a la resolución estimatoria de la declinatoria prevista en el artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que esta Sala ha interpretado desde el acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de 8 de mayo de 1998, aplicado entre otras en la STS de 6 de julio de 1998, en el sentido de estimar procedente el recurso de casación salvo en las causas tramitadas con arreglo a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Por las razones expuestas debemos desestimar la alegación inicial del Ministerio Fiscal y entrar en el fondo del asunto.

SEGUNDO.- Examinamos los recursos en atención al contenido de los distintos motivos prescindiendo en el orden de la identidad de los recurrentes. Versan los recursos sobre tres aspectos fundamentales: infracción del derecho a la tutela judicial efectiva; error de hecho en la apreciación de la prueba; y, finalmente, infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, planteando distintas cuestiones.

Varios recurrentes denuncian la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual, según entienden, ha dado lugar a la indefensión prohibida por el artículo 24.2 de la Constitución. La representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras sostiene que tal infracción se ha producido al estimar la Audiencia Nacional el recurso del Ministerio Fiscal atendiendo a consideraciones o argumentaciones no planteadas por el recurrente. También sostiene que al rechazar la competencia de la jurisdicción española se niega el derecho a la tutela judicial. Afirma que se exige a las acusaciones la prueba de aspectos abstractos o inconcretos, como la inactividad de la justicia guatemalteca actual y de futuro, sin que, por otro lado se explicita cuándo se considerará acreditada la necesidad de que la jurisdicción penal española acuda al criterio subsidiario de persecución universal.

También se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial el motivo quinto del recurso de Rigoberta Menchú y otros, basando asimismo su afirmación en el hecho de que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no ha tenido en cuenta los

argumentos del Ministerio Fiscal en su recurso, sino que ha basado su decisión en un argumento nuevo, pues en ningún momento de la causa se ha alegado la inactividad de la justicia de Guatemala, cuya utilización les ha producido indefensión. Tal inactividad, por otra parte, la considera acreditada por los informes que cita.

La representación de la Asociación Libre de Abogados se limita en su motivo primero a adherirse a lo argumentado por las demás acusaciones. La representación de la Asociación contra la Tortura, en su motivo segundo, sostiene la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial al emplear la Sala en su razonamiento un argumento nuevo. Y la representación de la Asociación Pro Derechos Humanos de España, en su motivo segundo, argumenta la vulneración del citado derecho fundamental sobre la base de que la interpretación que hace el Pleno de la Sala del artículo 6 del Convenio para la represión del Genocidio conduce a la denegación de la tutela judicial como derecho de acceso a la jurisdicción y analiza en este motivo lo que considera una argumentación errónea.

En lo que se refiere a la tutela judicial efectiva, lo que tal derecho fundamental comporta, en su complejo contenido, es el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a obtener una resolución fundada -motivación- que dé respuesta a la pretensión que se plantea y el derecho a que, una vez pronunciada sentencia, se obtenga la plena efectividad de sus pronunciamientos (Cfr. Sentencias del TC 32/1982; 26/1.983, de 13 de abril; 90/1.983, de 7 de noviembre; 89/1.985, de 19 de julio; 93/1.990 de 23 de mayo; 96/1.991, de 9 de mayo; 7/1.992, de 30 de marzo, entre otras).

Así, se dice en la STS 14/05/98 que, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución debidamente motivada (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 abril 1995) como ha recordado también el Tribunal Constitucional (Sentencias 36/1989, de 14 febrero; 14/1991, de 28 enero; 122/1991, de 3 junio; 13/1987, de 5 febrero), motivación que evita la arbitrariedad de la resolución, mostrando a las partes cuál es el fundamento racional, fáctico y jurídico, de la decisión judicial, y posibilitando su impugnación razonada, mediante los recursos procedentes. Las resoluciones judiciales no son meras expresiones de voluntad sino aplicación razonable y razonada de las normas jurídicas, por lo que requieren una motivación que, aunque sea sucinta, proporcione una respuesta adecuada en Derecho a la cuestión planteada y resuelta. Ello no supone, sin embargo, el derecho a obtener una resolución favorable a la pretensión deducida ante el órgano jurisdiccional, pues es habitual que los Tribunales hayan de resolver entre pretensiones contrarias entre sí.

El Auto impugnado contiene una argumentación que puede no ser compartida pero que, solo en base a esa razón, no puede ser tachada de inexistente o arbitraria. Su corrección interna puede ser discutida a través de los motivos por infracción de ley, pero la aceptación de criterios sobre el fondo que conducen al archivo del procedimiento penal no supone una denegación prohibida de la tutela judicial, pues a la pretensión de los denunciados sobre la actuación de los Tribunales en orden a la persecución y enjuiciamiento de unos determinados hechos, se ha respondido motivadamente que tal actuación no procede.

Coinciden los recurrentes en afirmar que la utilización de una argumentación no empleada por las partes conduce a la indefensión. Tal planteamiento no puede ser acogido favorablemente. Los planteamientos de las partes, unidos en algunos aspectos a la actividad del órgano jurisdiccional, delimitan el objeto del proceso, de modo que la decisión judicial debe producirse dentro de los límites establecidos o señalados de esa forma. Así, la vigencia del principio acusatorio impone que nadie pueda ser condenado

por algo de lo que no haya sido acusado y haya tenido posibilidad de defenderse, lo que implica una vinculación del Tribunal a los hechos y a su calificación jurídica, de modo que se produzca una correlación entre acusación y sentencia. Es una vinculación que tiene carácter relativo, pues el Tribunal puede prescindir de hechos que no considere suficientemente acreditados, puede añadir otros beneficiosos para el acusado aun cuando no hayan sido alegados, y puede condenar por delito distinto siempre que sea homogéneo y no más grave que el que fue objeto de acusación.

Esta vinculación en orden a las pretensiones de las partes, no afecta, sin embargo, a las argumentaciones jurídicas empleadas para defenderlas. La precisión de la ley aplicable y la determinación de los criterios pertinentes para su interpretación y aplicación al caso concreto, es tarea que corresponde al órgano jurisdiccional con carácter exclusivo y excluyente, artículo 117.3 de la Constitución, que no puede quedar constreñido en ese aspecto a la opinión de las partes, de manera que la exclusión por éstas de una determinada argumentación jurídica viniera a impedir al Tribunal optar por el criterio jurídico que considerase correcto.

En la interpretación y aplicación de la Ley, el Tribunal no viene de ninguna forma condicionado por el elenco de argumentaciones utilizado por las partes, pues ello podría conducir al absurdo de obligar al órgano encargado constitucionalmente de la función de juzgar, que solo está sometido al imperio de la Ley, a sostener la pertinencia de argumentaciones o interpretaciones que considera incorrectas, lo que produciría un desplazamiento no constitucional hacia las partes del contenido esencial de la función de juzgar.

Además, en algunas ocasiones, como aquí sucede, la índole de la cuestión planteada permite al Tribunal superar incluso los planteamientos de las partes. En la determinación de los límites de la de la jurisdicción, el Tribunal no está vinculado rígidamente por las distintas opciones defendidas, sino que debe aplicar la ley estableciendo la solución que entienda correcta.

En cuanto a la alegada denegación de justicia que, según se sostiene por los recurrentes, se produce como consecuencia de la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se trata de una argumentación que no puede admitirse pues, de hacerlo, significaría sentar la necesidad de responder afirmativamente a las pretensiones deducidas por la parte, precisamente consistentes en la existencia en este caso concreto del derecho a la intervención de los Tribunales españoles, lo que, como ya se expuso, no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva que se satisface íntegramente con una decisión fundada aunque sea de sentido contrario a lo pretendido por la parte.

Los motivos se desestiman.

CUARTO.- En el motivo segundo del recurso de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras; en el cuarto del recurso de Rigoberta Menchú y otros; en el segundo de la Asociación Libre de Abogados, y en el primero de la Asociación contra la Tortura y otros, se sostiene la existencia de error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran fehacientemente la falta de actividad de la justicia guatemalteca. Entienden que dicha inactividad viene evidenciada por los documentos designados y que la prueba de que las autoridades judiciales de Guatemala no han actuado para esclarecer los hechos debe ser suficiente para mantener la vigencia del principio de justicia universal. Los documentos designados son las propias Diligencias Previas en cuanto se refieren a determinadas desapariciones o muertes no seguidas de actuaciones judiciales; la documentación obrante en la causa sobre los hechos ocurridos en la Embajada de España, que dieron

lugar a diligencias que fueron archivadas 36 días más tarde, sin que se practicara ninguna actividad encaminada a esclarecer los hechos y juzgar a los responsables; los informes de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) y el informe sobre Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI) en cuanto al papel jugado por la justicia guatemalteca, debiendo tomarse en cuenta la fecha de comisión de los hechos y no la de la publicación del informe de la CEH. En este informe, según resalta la representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, se concluye que "durante los años del enfrentamiento armado, la incapacidad del Estado guatemalteco para aportar respuestas a las legítimas demandas y reivindicaciones sociales desembocó en la conformación de una intrincada red de aparatos paralelos de represión que suplantaron la acción judicial de los Tribunales, usurpando sus funciones y prerrogativas. Se instauró de hecho un sistema punitivo ilegal y subterráneo, orquestado y dirigido por las estructuras de la Inteligencia Militar". "El sistema judicial del país, por su ineficacia provocada o deliberada, no garantizó el cumplimiento de la ley, tolerando y hasta propiciando la violencia. Por omisión o acción, el poder judicial contribuyó al agravamiento de los conflictos sociales en distintos momentos de la historia de Guatemala. La impunidad caló hasta el punto de apoderarse de la estructura misma del Estado, y se convirtió tanto en un medio como en un fin. Como medio, cobijó y protegió las actuaciones represivas del Estado así como las de particulares afines a sus propósitos, mientras que, como fin, fue consecuencia de los métodos aplicados para reprimir y eliminar a los adversarios políticos y sociales". Otros documentos designados son el informe de MINUGUA n° 11 de setiembre de 2000, referido al periodo entre el 1 de enero de 1999 y 30 de junio de 2000 y otros informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Además se cita la legislación de Guatemala que impone al Ministerio Público la obligación de perseguir de oficio esta clase de hechos delictivos.

Hemos señalado, entre otras muchas, en la STS n° 675/2001, de 20 de abril que, para que este motivo pueda prosperar, los documentos designados "...deben tratarse de verdaderas pruebas documentales y no de otra clase, aunque estén documentadas en la causa; normalmente de procedencia extrínseca a ésta; que dichos documentos acrediten directamente sin la necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, lo que se denomina "literosuficiencia" de tales documentos; que el error afecte a extremos jurídicamente relevantes; y que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio (STS, entre muchas, 5-10-2000)". A ello habría de añadirse la relevancia que para el fallo ha de tener el error que se denuncia.

La aplicación de esta doctrina conduce directamente, en primer lugar, a negar carácter de documento a las propias Diligencias Previas tal como han sido designadas, pues además de tratarse de la documentación del proceso penal en sí mismo y no de documentos de origen externo a él, no puede considerarse suficiente, en ningún caso, a efectos de acreditar un error del Tribunal, una designación general de la documentación, cuando el artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige la designación de particulares concretos que evidencien el error, pues precisamente son esos particulares y no otros los que han de contraponerse con el relato de hechos contenido en la resolución judicial.

El resto de los documentos designados acreditan que quienes los suscriben realizaron determinadas afirmaciones, pero no tienen en realidad este carácter en cuanto a la realidad de lo que en ellos se afirma, pues en ese aspecto se trata de la plasmación de la opinión, sin duda documentadísima, de sus autores respecto a hechos concretos, como resultado de la investigación efectuada sobre los mismos. Como además expone

el Ministerio Fiscal, su contenido viene referido a un momento histórico anterior, mientras que las afirmaciones contenidas en el Auto recurrido se refieren a la situación de la justicia de Guatemala en la actualidad, con lo que no se evidenciaría error alguno al tratarse de situaciones diferentes.

En cualquier caso, aun cuando el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a la posibilidad de recurrir en casación los autos solo por infracción de Ley y el artículo 849.2º incluye en esta clase de recurso el motivo por error en la apreciación de la prueba, en realidad la referencia se debe entender solamente a la corriente infracción de ley.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, la resolución que se impugna es un auto, el cual carece de declaración de hechos probados, por lo que no es viable la alegación de error de hecho en la apreciación de la prueba cuando tal prueba no ha sido realmente practicada, con arreglo a las reglas que disciplinan su práctica, y por lo tanto no ha podido ser sometida a una valoración que haya podido conducir a una declaración de hechos probados.

Esta razón para desestimar estos motivos, lo que ya se anticipa, no impide, sin embargo, que las argumentaciones de las partes recurrentes puedan ser valoradas en cuanto incidan en la existencia de actividad o inactividad de la justicia guatemalteca en relación con los hechos denunciados, lo cual ha de ponerse en relación con la exigencia de un principio de prueba suficiente para poder afirmar la alegada inactividad, principio de prueba cuya inexistencia ha llevado al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a afirmar que "no hay constancia de rechazo en el Estado del territorio (...) de la denuncia y querellas adheridas que se han formulado ante el Juzgado Central de instrucción nº 1".

Los motivos se desestiman.

QUINTO.- En los distintos motivos por infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal formalizados por las partes recurrentes se plantean, sintéticamente expuestas, tres cuestiones diferentes, aunque todas ellas relacionadas con la indebida aplicación del principio de subsidiariedad, lo que deriva, en su opinión, en una infracción de lo dispuesto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En primer lugar, consideran que se ha efectuado una indebida interpretación del artículo 6 del Convenio para la Represión del Genocidio, dando lugar al principio de subsidiariedad de jurisdicciones distintas a la del lugar de ocurrencia de los hechos o a la de un Tribunal Penal Internacional. En segundo lugar, sostienen que la Audiencia Nacional ha realizado una indebida interpretación del artículo 17 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, lo que le ha conducido a una similar solución. Y en tercer lugar sostienen que, en caso de ser procedente el principio de subsidiariedad, existe un impedimento legislativo en la legislación guatemalteca que impediría la actuación de la justicia de ese país en orden a los hechos denunciados, justificando la actuación de la justicia española.

En definitiva sostienen que el Convenio para la represión y sanción del genocidio no establece un principio de subsidiariedad, sino el principio de jurisdicción universal, lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determina la jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de los hechos denunciados en cuanto constituyen un delito de genocidio.

Es indudable que los hechos, tal y como vienen descritos en las denuncias y querellas unidas a las presentes actuaciones, constituyen auténticas atrocidades cometidas por unos seres humanos contra otros, que, como se dice muy expresivamente en el

Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad, lo cual nos impulsa a afirmar, una vez más, que la Comunidad Internacional, como conjunto de Estados, no debe permanecer impasible ante sucesos de esta clase que constituyen crímenes de derecho internacional, y que debe plantearse, a través de sus órganos, en la forma, medida y momento en que sea procedente, la adopción de las decisiones oportunas tendentes a evitar la impunidad, sin perjuicio de las actuaciones que, según las leyes y los Tratados, correspondan a cada Estado en particular.

Conviene aclarar que el objeto de nuestra resolución es determinar la existencia de jurisdicción extraterritorial de los Tribunales españoles sobre los hechos denunciados, y no solo valorar la corrección del criterio empleado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto recurrido.

En esta materia, la decisión del Tribunal no está condicionada por los planteamientos de las partes recurrentes, a las que no asiste un derecho subjetivo a que no se resuelva de forma que pueda resultar más restrictiva que la establecida en la resolución impugnada. Ni tampoco por los límites derivados de los criterios utilizados por el órgano jurisdiccional cuya resolución se recurre. La extensión de la jurisdicción depende solo de la ley y, una vez planteada la cuestión, el Tribunal debe aplicar sus disposiciones, sin que sea procedente conceder a las partes una jurisdicción de la que carece ni renunciar a la que la ley le atribuye. Por lo tanto no es trasladable a esta materia la doctrina de la prohibición de la *reformatio in peius*.

SEXTO.- En el auto impugnado se acepta como límite al principio de persecución universal el criterio de la subsidiariedad, de forma que la intervención de la jurisdicción española en materia de persecución del genocidio cometido en país extranjero solamente estaría justificada en defecto de las jurisdicciones inicialmente competentes según el Convenio, es decir, los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o una corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción, corte penal que, respecto de los hechos denunciados ocurridos en Guatemala no ha sido constituida, sin que la Corte Penal Internacional tenga competencia dados los términos del artículo 11 del Estatuto de Roma.

Los recurrentes alegan que se ha realizado una interpretación errónea del artículo 6 del Convenio y del artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues de ellos no se puede deducir la subsidiariedad de la jurisdicción española.

El Convenio no establece la jurisdicción universal, pero tampoco la excluye. Tampoco excluye otros criterios. Si se reconoce la posibilidad de que intervenga más de una jurisdicción nacional, al ser varios los criterios de atribución jurisdiccional, habrá de aceptarse algún criterio de prioridad, orientado a resolver los supuestos de concurrencia efectiva y real de jurisdicciones activas, de manera que ha considerarse natural que la actuación de los Tribunales del lugar de comisión excluya, en principio, la de los Tribunales de otro Estado.

Desde la perspectiva del derecho vigente en Guatemala, no apreciamos la existencia de un impedimento u obstáculo legislativo para la persecución de los hechos denunciados. Los recurrentes lo deducen de la interpretación que hacen de la legislación guatemalteca que consideran aplicable al caso. Su planteamiento, con independencia de otras razones que se derivan de esta Sentencia, no podría ser acogido, pues no nos consta que esa interpretación sea precisamente la que hacen los Tribunales de Guatemala competentes para el enjuiciamiento de los hechos. Por el contrario aparece documentalmente acreditado que la Ley de Reconciliación Nacional

de 1996, aprobada en Guatemala después de los acuerdos de paz, excluye expresamente de la amnistía los delitos de genocidio, de modo que, lo que los recurrentes sostienen, no es otra cosa que su interpretación particular de la legalidad vigente en aquel país, interpretación que no puede sustituir a la que corresponde hacer a los órganos jurisdiccionales correspondientes ante un problema interpretativo planteado por la legislación de su propio país, y cuyo sentido en este momento no consta acreditado.

En cualquier caso, el criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano.

En primer lugar, en este caso, de un Estado soberano con el que España mantiene relaciones diplomáticas normalizadas. Una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado. El artículo 97 de la Constitución española dispone que el Gobierno dirige la política exterior, y no puede ignorarse la repercusión que en ese ámbito puede provocar una tal declaración.

Por otro lado, el artículo VIII del Convenio para la represión y la sanción del delito de genocidio determina el procedimiento que deben seguir las partes contratantes en estos casos. Dispone este artículo que "Toda 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 la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III", actuación que no correspondería hacer efectiva a los órganos de la jurisdicción española. Sin embargo, esta previsión, que obliga a España como parte del Convenio, permite una reacción en el ámbito internacional tendente a evitar la impunidad de esta clase de conductas.

Ello sin perjuicio de las resoluciones que la Comunidad Internacional pudiera adoptar por propia iniciativa. En este sentido, constan en las actuaciones varios informes de la Misión de Naciones Unidas (MINUGUA), que actúa en verificación del proceso guatemalteco en cuanto se refiere al respeto y protección de los Derechos Humanos, en los que se hace referencia a las dificultades actuales en ese país, lo que pone de relieve el conocimiento que tienen los órganos de Naciones Unidas de aquella situación. No puede dejar de valorarse que esos informes no han provocado una respuesta de las Naciones Unidas semejante a la ofrecida en los casos de Ruanda y la ex Yugoslavia.

SÉPTIMO.- Los recurrentes sostienen que los hechos denunciados son constitutivos de un delito de genocidio. Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique perjuicio alguno respecto al fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico.

El Convenio para la prevención y sanción del genocidio, de 9 de diciembre de 1948, al que se adhirió España el 13 de setiembre de 1968, fue publicado en el BOE de 8 de febrero de 1969. En este Convenio, las partes contratantes confirman que el genocidio es un delito de derecho internacional que se comprometen a prevenir y a sancionar.

Esta disposición, aunque supone la concreción normativa del sentimiento internacional acerca del delito de genocidio, no puede interpretarse en el sentido pretendido por los recurrentes, según los cuales significa la consagración de la jurisdicción universal. Tal entendimiento sería contradictorio con lo establecido posteriormente en el artículo 6, que dispone que será competente para el enjuiciamiento la jurisdicción del territorio o una corte penal internacional. (Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción).

Esta determinación de la jurisdicción no tendría sentido si se entendiera que el artículo I ya había consagrado el compromiso de las partes contratantes de proceder a su persecución y sanción sea cual fuere el lugar de comisión. Además, el artículo VIII del Convenio, antes transcrito, no autoriza a cada Estado a instituir su jurisdicción bajo aquel principio de jurisdicción universal, sino que contempla otra forma distinta de reaccionar ante la comisión de este delito fuera de su territorio, estableciendo expresamente el recurso a los órganos competentes de la ONU con la finalidad de que adopten las medidas pertinentes en cada caso.

En ejecución del Convenio, España incorporó el delito de genocidio a su legislación penal, mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que lo incluyó en el Código Penal entonces vigente, entre los delitos contra el derecho de gentes. Pero no modificó las normas que regulaban los supuestos de extraterritorialidad para incluir en ellas de modo expreso el principio de jurisdicción universal respecto del delito de genocidio.

OCTAVO.- Sin embargo, como ya hemos indicado, aunque el Convenio no establece expresamente la jurisdicción universal, tampoco la prohíbe. No sería correcto interpretar sus disposiciones de modo que impidieran la persecución internacional de este delito con arreglo a otros criterios o principios distintos del territorial.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que derogó a la anterior ley de 1870, en su artículo 23.4 establece que 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 penal española, como delito de genocidio, entre otros. [Terrorismo; piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; falsificación de moneda extranjera; delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces (estos últimos desde la Ley Orgánica 11/1999); tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España]. Sin perjuicio de las diferencias apreciables entre unos y otros delitos, no establece particularidad alguna respecto al régimen de su persecución extraterritorial.

Una previsión tan general como la contenida en este precepto suscita ciertos interrogantes.

En el ámbito del funcionamiento de los Tribunales nacionales españoles, este 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, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia.

Desde otra perspectiva, de mayor amplitud, se debe analizar, especialmente, si el principio de jurisdicción universal puede ser aplicado sin tener en consideración otros principios del derecho internacional público. Como principio, y con carácter general, la previsión de la ley española ha de hacerse compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, tal como es entendido por los Estados.

La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que le corresponden a aquella, que en muchos aspectos viene delimitada por la de otros Estados. En este sentido, no son absolutamente equiparables los supuestos referidos a lugares no sometidos a ninguna soberanía estatal y aquellos otros en los que la intervención jurisdiccional afecta a hechos ejecutados en el territorio de otro Estado soberano.

La extensión extraterritorial de la ley penal, en consecuencia, se justifica por la existencia de intereses particulares de cada Estado, lo que explica que actualmente resulte indiscutible el reconocimiento internacional de la facultad de perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sobre la base del principio real o de defensa o de protección de intereses y del de personalidad activa o pasiva. En estos casos el establecimiento unilateral de la jurisdicción tiene su sentido y apoyo fundamental, aunque no exclusivo, en la necesidad de proveer a la protección de esos intereses por el Estado nacional.

Cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público.

A este respecto, es preciso tener en cuenta que en la doctrina del derecho penal internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte de un Tratado. En tales casos se admite que el principio tiene una justificación indudable. Por el contrario, cuando solo ha sido reconocido en el derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional. En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede -como ha quedado dicho- contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales. Ambas limitaciones han sido expresamente aceptadas por los Tribunales alemanes (confr. Tribunal Supremo Federal Alemán, BGHSt 27,30: 34,340; auto de 13.2.1994 [1 BGs 100/94]).

Por su parte, la Corte de Casación Belga, en su decisión sobre la causa "Sharon, Ariel; Yaron, Amos, y otros", aunque sin duda ha atendido a las particularidades de su legislación interna (artículos 12 y 12 bis de la Ley Procesal de 17 de abril de 1878), después de reconocer que la costumbre internacional se opone a que los Jefes de Estado y de Gobierno en ejercicio sean juzgados por Tribunales extranjeros, en ausencia de disposiciones internacionales que obliguen a los Estados concernidos, ha resuelto que la exclusión de la inmunidad establecida en el artículo IV del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, [Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera otro de los actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares], solo es aplicable respecto de los procesos seguidos ante los Tribunales competentes según el propio Convenio, no alcanzando a los supuestos en que el procedimiento se siga ante un Tribunal cuya competencia no esté establecida por derecho internacional convencional.

Anteriormente la Corte Internacional de Justicia en decisión de 14 de febrero de 2002, había declarado, sobre la base de la violación del estatuto de inmunidad diplomática, la nulidad de una orden de arresto de la justicia belga contra un ex ministro del Congo, expedida en el ejercicio de la jurisdicción universal prevista en el derecho belga.

NOVENO.- Como antes indicábamos, 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. Sin duda existe un consenso internacional respecto a la necesidad de perseguir esta clase de hechos, pero los acuerdos entre Estados no han establecido la jurisdicción ilimitada de cualquiera de ellos sobre hechos ocurridos en el territorio de otro Estado, habiendo recurrido, por el contrario, a otras soluciones.

La cuestión se plantea en ocasiones con especiales particularidades, pues no puede descartarse que, en determinadas circunstancias, se hayan cometido crímenes de derecho internacional con el consentimiento o, incluso la participación directiva, de las autoridades del Estado, lo que podría impedir su efectiva persecución. En estos supuestos, los crímenes se cometen en el marco de lo que en la doctrina moderna se ha identificado como estructuras o maquinarias de poder organizadas, que, situadas extramuros del Estado de Derecho, presentan características propias muy específicas, que repercuten especialmente sobre las reglas de la autoría y la participación.

En estas ocasiones, la especial gravedad de los hechos, unida a la ausencia de normas internacionales expresas, o a la inexistencia de una organización internacional de los Estados, podría explicar la actuación individual de cualquiera de ellos orientada a la protección de los bienes jurídicos afectados.

Sin embargo, no es posible afirmar que se trate de una materia en la que no rija ningún criterio. Ya antes hacíamos referencia al artículo VIII del Convenio contra el genocidio, que reiteramos ahora, en cuanto que prevé, en esta materia, que cada parte contratante pueda "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 la represión de actos de genocidio", lo que, por otra parte, ya ha ocurrido, al menos en relación con la creación de Tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Esta previsión obliga indudablemente a España como parte en el Convenio.

Por otra parte, no cabe duda alguna que el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 2.7 Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones solo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional, y en especial por las Naciones Unidas como su órgano representativo, de forma que una tal decisión no debería ser adoptada unilateralmente por un Estado o por los jueces de un Estado, apreciando por sí la necesidad o conveniencia de la intervención.

En este mismo sentido, el derecho escrito de la Comunidad Internacional, que representa el nivel de acuerdo alcanzado por un número importante de países, no permite a la Corte Penal Internacional declarar su competencia más que en aquellos casos en que, bien el Estado del lugar de comisión o bien el de la nacionalidad del autor, sean parte en el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, y hayan reconocido así la competencia de la Corte. En otro caso sería necesaria una actuación concreta del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en orden a la persecución de los hechos, exigencia que sitúa la posible reacción internacional muy alejada de la

actuación unilateral e individualizada de cualquiera de los Estados, por muy justificada que pudiera estar desde el punto de vista moral.

En los tratados internacionales suscritos en orden a la persecución de delitos que afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, 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 acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución.

DECIMO.- España ha suscrito varios tratados internacionales en relación a la persecución de delitos que protegen bienes jurídicos cuya protección interesa en general a la Comunidad internacional.

El recurso a lo dispuesto en los tratados se justifica por varias vías. En primer lugar, el artículo 23.4, apartado g), de la Ley de 1985, contiene una remisión general a los supuestos de delitos que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España. Es congruente con las finalidades que se pretende satisfacer que la persecución de crímenes de derecho internacional presente la homogeneidad que se aprecia en la regulación establecida en los referidos acuerdos internacionales. En segundo lugar, porque en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, lo acordado en los tratados se incorpora al ordenamiento interno y, además, en cumplimiento del artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado.

Entre esos tratados y convenios puede hacerse referencia, no exhaustiva, a los que se mencionan a continuación.

La Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973, publicada en el BOE de 7 de febrero de 1986. En esta Convención se dispone que cada Estado dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos previstos en la misma, en los siguientes casos: 1, cuando se haya cometido en territorio del Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado; 2, cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado; 3, cuando el delito se haya cometido contra una persona internacionalmente protegida que disfrute de esa condición en virtud de las funciones que ejerza en nombre de ese Estado. Además de estos supuestos, cada Estado dispondrá lo necesario para instituir su jurisdicción sobre esos delitos en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que dicho Estado no conceda su extradición a ninguno de los Estados mencionados antes. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970, publicado en el BOE de 15 de enero de 1973. En el artículo 4 dispone que cada Estado tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito, en los casos siguientes: 1, si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal

Estado; 2, si la aeronave a bordo de la cual se comete el delito aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; 3, si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o en otro caso su residencia permanente. Además, deberá instituir su jurisdicción sobre el delito en el caso en que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados mencionados antes. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

Las mismas previsiones se contienen en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de setiembre de 1971, publicado en el BOE de 10 de enero de 1974.

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, publicada en el BOE de 9 de noviembre de 1987. Dispone de modo similar a los anteriores convenios que todo Estado parte dispondrá lo necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a los que la Convención se refiere en los siguientes casos: 1, cuando se cometan en territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; 2, cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y 3, cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado. Además, todo Estado tomará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en los que el presunto delincuente se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no conceda la extradición a ninguno de los Estados antes mencionados. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

La Convención de 17 de diciembre de 1979, contra la toma de rehenes, que entró en vigor para España el 25 de abril de 1984, publicada en el BOE de 7 de julio de ese año, dispone en su artículo 5, que: 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan: a) En su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado. b) Por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso ese Estado lo considera apropiado. c) Con el fin de obligar a ese Estado a una acción u omisión; o d) Respecto de un rehén que sea nacional de ese Estado, si este último lo considera apropiado. Y, 2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 1 en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no acceda a conceder su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo. No excluye ninguna jurisdicción criminal ejercida de conformidad con el derecho interno.

En materia de terrorismo ya el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 21 de enero de 1977, publicado en el BOE de 28 de octubre de 1980, establecía en el artículo 6.1 que cada Estado contratante adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia a fin de conocer de los delitos enunciados en su artículo 1 en el caso de que el presunto autor se encuentre en su territorio y que no lleve a cabo la extradición después de haber recibido una solicitud de extradición de un Estado contratante cuya jurisdicción esté fundada sobre una norma de competencia que exista igualmente en la legislación del Estado requerido.

El Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, ratificado por Instrumento publicado en el BOE de 23 de mayo de 2002, dispone en el artículo 7, que cada Estado parte adoptará las

medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos a los que se refiere, (artículo 2) cuando sean cometidos: 1, en el territorio de ese Estado; 2, a bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito; y 3, por un nacional de ese Estado. Se faculta a los Estados parte para instituir su jurisdicción cuando tales delitos sean cometidos con el propósito de perpetrar un delito de los contemplados en el artículo 2, apartados a) o b): 1, en el territorio de ese Estado o contra uno de sus nacionales o haya tenido ese resultado; 2, contra una instalación gubernamental o pública de ese Estado en el extranjero, incluso un local diplomático o consular o haya tenido ese resultado; 3, en un intento de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto; 4, por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado; y 5, a bordo de una aeronave que sea explotada por el Gobierno de ese Estado. Además, establece que cada Estado parte tomará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción respecto de los delitos del artículo 2 en los casos en que el presunto culpable se encuentre en su territorio y no conceda su extradición a ninguno de los Estados parte que hayan establecido su jurisdicción conforme a las anteriores reglas. Sin perjuicio de las normas generales de Derecho Internacional, no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

Disposiciones de contenido muy similar se contienen en el artículo 4 de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, publicada en el BOE de 10 de noviembre de 1990.

Aunque los criterios de atribución utilizados presentan ciertas variaciones en función de las características y naturaleza del delito, en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal.

Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción. Ello responde, según entiende un sector importante de la doctrina, al llamado principio de justicia supletoria o de derecho penal de representación, al menos en un sentido amplio. Entendido de esta forma o bien, como sostiene otro sector doctrinal, como un elemento de conexión en el ámbito del principio de jurisdicción universal, el Estado donde se encuentre el presunto culpable está legitimado para actuar contra él, cuando se trate de alguno de estos delitos.

Por otro lado, una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos 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 al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal. Se une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes.

Esta conexión deberá apreciarse en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él, pues solo así se justifica dicha atribución jurisdiccional. En este sentido, la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados, no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes, en los que tal conexión no se aprecie.

UNDECIMO.- En aplicación de lo expuesto, respecto al delito de genocidio, la jurisdicción de los Tribunales españoles, sobre la base del principio de justicia universal, no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio, ni de las de ningún otro convenio o tratado suscrito por España.

Por otra parte, no consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición. El ejercicio de la jurisdicción respecto de los hechos denunciados no podría basarse en estos datos.

No se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes. Aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico.

A similares conclusiones se llega respecto a la posible comisión de un delito de terrorismo. El Convenio europeo de 27 de enero de 1977 para la represión del terrorismo ya preveía la presencia del presunto culpable en el territorio nacional como elemento o criterio de atribución jurisdiccional para aquellos casos en que se denegare la extradición solicitada. Ello sin perjuicio de las cuestiones que pudiera suscitar la tipicidad de los hechos con arreglo a las leyes españolas vigentes en el momento de su comisión.

DUODÉCIMO.- En cuanto a la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de torturas, puede constatarse la existencia de un consenso internacional muy amplio en orden a su prohibición y sanción como delito de derecho internacional, manifestado, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5; en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo 3; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7; e incluso, para su ámbito, en los Convenios de Ginebra, en los cuales también se establece la obligación de cada Estado parte de buscar [en su territorio] a los culpables y someterlos a la jurisdicción de sus Tribunales. La prohibición aparece también en la Constitución Española, artículo 15. Este consenso internacional cristaliza en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, de la que tanto España como Guatemala son parte, en la que, como más arriba hemos señalado, además de la obligación de enjuiciar al presunto autor cuando se encuentre en territorio del Estado y no se acceda a la extradición, se incorporan otros criterios de atribución jurisdiccional, entre ellos, el de personalidad pasiva, que permite perseguir los hechos cuando la víctima sea de la nacionalidad de ese Estado y éste lo considere apropiado.

En las denuncias se contienen hechos que afectan a personas de nacionalidad española. Respecto de los hechos ocurridos en la Embajada de España el 31 de enero de 1980, entre ellos la muerte de varios ciudadanos españoles, el Gobierno español y el guatemalteco emitieron en el día 22 de setiembre de 1984, un comunicado conjunto en el que acordaron restablecer sus relaciones diplomáticas, reconociendo

expresamente el Gobierno de Guatemala que lo sucedido constituyó una violación de los artículos 22 y 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y por tanto aceptando, en relación con España, los efectos y consecuencias jurídicas que de ello pudiera derivarse. También constan en las denuncias las muertes de los sacerdotes españoles Faustino Villanueva, José María Gran Cirera, Juan Alonzo Fernández y Carlos Pérez Alonzo. La comisión de estos hechos que afectan a ciudadanos españoles se atribuye por los denunciantes a funcionarios públicos o a otras personas en el ejercicio de funciones públicas, o instigados por ellas o con su consentimiento, lo que autoriza a mantener inicialmente la jurisdicción de los Tribunales españoles, con base en el artículo 23.4.g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las disposiciones de la Convención contra la Tortura, sin perjuicio de las cuestiones de tipicidad u otras que pudieran plantearse y que deberán ser resueltas en el momento procesal oportuno, tras oír debidamente al Ministerio Fiscal y a las partes.

La Sala estima, por tanto, que en los casos del asesinato de los sacerdotes españoles antes citados, así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables.

III. FALLO

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE, el Recurso de Casación por infracción de Ley y precepto Constitucional interpuesto por las representaciones de la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid, Rigoberta Menchú Tum y otros, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Asociación Libre de Abogados, Asociación contra la Tortura, D'Amistiada Amb el Poble de Guatemala, Asociación Centro de Documentación y Solidaridad con América Latina y Africa, Comité Solidaridad Internacional de Zaragoza y Asociación Pro-Derechos Humanos de España, contra auto dictado por la Audiencia Nacional, Pleno de la Sala de lo Penal, con fecha trece de Diciembre de dos mil, que resolvía el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra el auto que acordó declarar la competencia del Juzgado Central de Instrucción número uno para conocer de un presunto delito de genocidio contra distintos cargos del Gobierno de Guatemala, en el sentido siguiente:

1º. Revocar parcialmente el Auto de la Audiencia Nacional de fecha 13 de diciembre de 2000.

2º. Declarar, con base en el artículo 23.4.g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las disposiciones de la Convención Contra la Tortura, la jurisdicción de los Tribunales españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos cometidos contra ciudadanos españoles en la Embajada Española en Guatemala el día 30 de enero de 1980, y de los hechos cometidos en perjuicio de los ciudadanos españoles Faustino Villanueva, José María Gran Cirera, Juan Alonzo Fernández y Carlos Pérez Alonzo.

Con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Luis-Román Puerta Luis
Enrique Bacigalupo Zapater
Joaquín Delgado García
José Antonio Martín Pallín
Carlos Granados Pérez
Cándido Conde-Pumpido Tourón
José Antonio Marañón Chávarri
Joaquín Giménez García
Andrés Martínez Arrieta
Juan Saavedra Ruiz
Julián Sánchez Melgar
Perfecto Andrés Ibáñez
José Ramón Soriano Soriano
Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
José Manuel Maza Martín

VER VOTO PARTICULAR que formulan los Excmos. Sres Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Marañón Chavarri, D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez.

Tribunal Supremo Español Genocidio.- Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de Subsidiariedad y de Jurisdicción Universal. Hechos de Guatemala de los años 1979 y 1980.

Voto particular

VOTO PARTICULAR que formulan los Excmos. Sres Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Marañón Chavarri, D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez en el Recurso de casación núm 803/2001 (Genocidio maya).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente Voto particular -que emitimos con el máximo respeto a la opinión de la mayoría - acepta en sus términos generales los fundamentos jurídicos uno al sexto de la resolución mayoritaria, que afirman el carácter recurrible del auto, desestiman los motivos de casación por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva así como por error de hecho en la valoración de la prueba, y estiman implícitamente el motivo de casación por infracción de ley que impugna el modo en que ha sido aplicado el principio de subsidiariedad por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Discrepamos, sin embargo, de la resolución dictada por estimar que mantiene una doctrina excesivamente restrictiva en la aplicación del relevante principio de Justicia Universal. Doctrina que no respeta lo establecido por el Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de Genocidio en el artículo 23.4º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Genocidio constituye un crimen universalmente reconocido y unánimemente condenado por la Comunidad Internacional. Sus autores son enemigos comunes de toda la humanidad pues atentan contra nuestros valores más profundos y, al negar el derecho a la existencia de un grupo humano, cometen la más grave violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal para evitar la impunidad en un caso de Genocidio étnico implica actuar en representación de la Comunidad Internacional.

Los rigurosos límites establecidos por la resolución mayoritaria para la aplicación de la Jurisdicción universal en materia de Genocidio son, a nuestro entender, incompatibles con el tratamiento de este grave crimen contra la humanidad en nuestra legislación interna y en el derecho internacional.

SEGUNDO.- Improcedente aplicación del principio de subsidiariedad en la resolución recurrida.

De lo afirmado en los fundamentos jurídicos uno al sexto de la resolución mayoritaria debe deducirse que esta Sala, en su conjunto, estima improcedente la aplicación del principio de subsidiariedad realizada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que constituye el único fundamento expuesto por la resolución impugnada para revocar el Auto dictado por el Instructor.

En primer lugar este principio no aparece recogido en nuestro ordenamiento positivo interno como limitación a la competencia de la Jurisdicción española en materia de delitos de Genocidio, que se establece con carácter general en el art 23.4º a) de la LOPJ. Este precepto se fundamenta en el principio de Justicia Universal, en sentido

propio, y en consecuencia la única limitación que establece es la de "cosa juzgada", acogida en la letra c) del apartado segundo del artículo ("que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero..."), pero no la subsidiariedad.

En segundo lugar, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, tampoco se refiere en absoluto al principio de subsidiariedad pues en el mismo únicamente se establece una jurisdicción obligatoria para el enjuiciamiento de estos delitos, que es la jurisdicción territorial (art.6º). Al no preverse expresamente otras jurisdicciones, salvo la Corte Penal Internacional, tampoco se establecen reglas de prioridad entre ellas.

TERCERO.- El Convenio de 1.948 impone la obligación de ejercicio de su propia competencia a la Jurisdicción de un determinado territorio sobre los actos de Genocidio ocurridos en el mismo, pero no excluye que otros Estados puedan establecer de modo concurrente su jurisdicción extraterritorial sobre este delito, como crimen de derecho internacional, a través de su legislación interna. En definitiva, el Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de genocidio, pero tampoco la impide.

En los supuestos en los que los actos de Genocidio se han realizado al amparo de las estructuras de poder del Estado en el que se cometen, la jurisdicción territorial se encuentra generalmente imposibilitada para actuar, por lo que la jurisdicción extraterritorial constituye el único modo de evitar la impunidad.

Es por ello por lo que buen número de países han asumido el compromiso pactado en el artículo primero del Convenio de 1948 de prevenir y sancionar el Genocidio, y han hecho uso de la facultad que se deriva del mismo, estableciendo para ello en su legislación interna el principio de jurisdicción universal por el que sus Tribunales pueden enjuiciar estos crímenes.

Así se ha hecho en la legislación española (art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial), y también en Alemania (parágrafo 6 del Código Penal y Ley especial que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002), Bélgica (art.7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999), Italia (art. 7.5 del Código Penal), Portugal (art.5 del Código Penal) o Francia (art. 689 del Código de Procedimiento Penal), entre los países más próximos.

Esta jurisdicción universal sobre los delitos de genocidio como crímenes de derecho internacional no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, es decir garantizar que el Genocidio será en cualquier caso sancionado.

CUARTO.- Ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de genocidio cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal.

La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal.

Ahora bien, este criterio no faculta para excluir la aplicación de lo prevenido en el art

23.4° a) de la LOPJ estableciendo como exigencia para admitir una querrela por Genocidio extraterritorial la acreditación plena de la inactividad o ineffectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial. Este requisito vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal del Genocidio, pues se trata de una acreditación prácticamente imposible, y determinaría la exigencia de una valoración extremadamente delicada en este prematuro momento procesal.

Para la admisión de la querrela resulta exigible, en esta materia, lo mismo que se exige en relación con los hechos supuestamente constitutivos del delito de Genocidio. La aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad "de facto".

Pues bien, en el caso actual, la documentación aportada por la querrela y valorada por el Instructor es manifiestamente significativa en el sentido de que transcurridos largos años desde que ocurrieron los hechos, por unas u otras razones, la jurisdicción territorial de Guatemala no ha podido ejercerse de un modo efectivo en relación con el Genocidio sobre la población maya objeto de la querrela.

En consecuencia el motivo de casación por infracción de ley que impugnaba el fundamento de la resolución impugnada, la aplicación del principio de subsidiariedad, debió ser estimado. Dada la naturaleza y efectos del recurso de casación esta estimación debió determinar, sin más trámites, la anulación del auto dictado en apelación por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmando el auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, que admitió a trámite la querrela, en sus propios términos, sin perjuicio de lo que pudiese resultar de la instrucción de la causa.

QUINTO.- *Reformatio in peius*.

La aplicación del principio de subsidiariedad constituye la única fundamentación por la que la Audiencia Nacional, a instancias del Ministerio Fiscal, revocó el auto del Instructor.

La propia resolución mayoritaria estima que dicha fundamentación no es correcta, por lo que lo consecuente sería, como se ha señalado, estimar el motivo de recurso por infracción de ley, y casar el auto de la Audiencia.

Al no hacerlo así, la resolución finalmente adoptada por la posición mayoritaria incurre en "*reformatio in peius*", pues los únicos recurrentes han sido los querellantes, y la sentencia perjudica su posición previa al recurso en lo referente a la base esencial de su pretensión, que es la querrela por delito de Genocidio supuestamente cometido en Guatemala contra la población de etnia maya.

El auto recurrido en casación admitía la jurisdicción española para el conocimiento del delito de Genocidio denunciado, criterio compartido tanto por el Instructor como por la Audiencia, y únicamente acordaba la improcedencia del ejercicio de dicha jurisdicción, "en este momento", por el escaso tiempo transcurrido desde que se concluyeron los trabajos de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (25 de febrero de 1.999) hasta que se formuló la primera denuncia ante la Audiencia Nacional (2 de diciembre de 1999). Estimaba la Sala de la Audiencia que dicho lapso de tiempo no permite apreciar si los órganos competentes guatemaltecos para la persecución del Genocidio van a actuar o no. Pero la resolución impugnada dejaba abierta la posibilidad de admisión de la querrela por Genocidio si se acreditase, con más tiempo, la impunidad. Y hay que tener en cuenta que ya han pasado tres años.

Por el contrario la resolución mayoritaria sigue en materia de Jurisdicción Universal la doctrina de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, más restrictiva que la de la Sala, estimando que la jurisdicción española solo es competente en delitos de Genocidio cometidos en el extranjero, cuando las víctimas del genocidio sean españolas (lo que ocurrirá raramente), o los culpables se encuentren en territorio español (Fundamento jurídico undécimo).

En consecuencia el fallo, aunque estima parcialmente el recurso, limita la admisión de la querrela exclusivamente al ámbito de los delitos de tortura y sólo contra ciudadanos españoles, por lo que en lo que se refiere al crimen internacional de genocidio contra la población maya, base de la querrela, la resolución del recurso desestima la posibilidad de aplicación de la jurisdicción española no sólo "por el momento", como decía el auto recurrido, sino de forma definitiva.

La "reformatio in peius" se produce cuando la resolución del recurso determina una modificación perjudicial operada en fase de casación que no es consecuencia de ninguna de las pretensiones deducidas ante el Tribunal a través de ninguno de los recursos admitidos a trámite.

En el caso actual los recurrentes acudieron a esta Sala en casación porque la Audiencia Nacional no admitía la querrela por delito de genocidio, "por ahora". Alegaban la dificultad de acreditar la falta de efectividad de la jurisdicción nacional, e interesaban una resolución más favorable en cuanto a la interpretación de los requisitos de aplicación de la jurisdicción universal al Genocidio, como delito contra la comunidad internacional. El fallo del recurso contiene una resolución más restrictiva que niega la jurisdicción española de forma definitiva, actúe o no la jurisdicción territorial. La modificación peyorativa es manifiesta.

No puede alegarse, frente a ello, que se trata de una resolución que depende solo de la ley y que en tales supuestos no actúa el límite de la reformatio in peius, pues en todos los casos en que la resolución de un recurso incurre en esta modalidad de vulneración de la tutela judicial efectiva, lo hace precisamente por estimar que la resolución que se adopta es la procedente conforme a la ley. Lo relevante es que, una vez que ha apreciado que la fundamentación de la Audiencia para revocar el auto apelado es incorrecta, la resolución mayoritaria ni estima las pretensiones de los recurrentes ni sustituye dicha fundamentación por otra con iguales efectos, sino que aprovecha la oportunidad que le concede el recurso para sentar una nueva doctrina, más restrictiva en la aplicación de la Jurisdicción Universal que la sostenida en el auto recurrido. En consecuencia, se utiliza el recurso en perjuicio de los propios recurrentes.

SEXTO.- Interpretación "contra legem" del art 23 4 de la LOPJ.

El art 23.4. de la LOPJ, que expresa el criterio soberano del Legislador en esta materia, dispone: 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 penal española, como algunos de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

La única limitación que la Ley establece para la actuación de dicha jurisdicción extraterritorial es que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero.

Existe consenso doctrinal en que esta norma acoge el principio de Justicia Universal, en el sentido de que la jurisdicción española viene atribuida exclusivamente en consideración a la naturaleza del delito, sin tener en cuenta donde fue cometido, ni la nacionalidad de la víctima o la del autor.

La resolución mayoritaria considera que la generalidad de la norma suscita interrogantes, y sugiere la conveniencia de establecer criterios correctores a través de otros principios de derecho internacional, para evitar la apertura generalizada de procedimientos por estos delitos cualquiera que fuese el lugar de comisión. Entre estos criterios se encuentra la exigencia de algún nexo o vínculo de conexión con un interés nacional, criterio al que más adelante nos referiremos.

Pero la argumentación posterior de la propuesta no se limita a establecer criterios correctores sino que sigue una posición doctrinal manifiestamente antagónica a la acogida por el Legislador en el art 23.4 de la LOPJ., con lo cual se llega a una conclusión que modifica drásticamente dicha norma legal.

En efecto, en el fundamento jurídico undécimo, donde se concretan los criterios de atribución jurisdiccional sobre el delito de Genocidio, se prescinde de lo que establece el citado art 23.4, efectuando una interpretación, a nuestro entender, "contra legem".

El citado precepto dispone con claridad que 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 penal española, como delito de genocidio, entre otros.

En cambio en el fundamento undécimo de la resolución mayoritaria se descarta el ejercicio de la jurisdicción española en relación con el Genocidio denunciado porque ninguna de las víctimas es de nacionalidad española y ninguno de los culpables se encuentra en territorio español. Estima la sentencia mayoritaria que estos son los criterios de atribución de la jurisdicción española en estos casos. Pero lo cierto es que se trata de unos criterios que no aparecen en absoluto en el precepto legal.

SEPTIMO.- La necesidad de que las víctimas del Genocidio sean españolas como requisito para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por delito de Genocidio resulta manifiestamente antagónica con lo dispuesto en el art 23.4, pues es unánimemente reconocido que este precepto no se funda en absoluto en el principio de personalidad pasiva. Lo relevante es la naturaleza del Genocidio, como delito contra la comunidad internacional (así lo califica el Código Penal de 1.995 en el título XXIV de la parte especial), y no la nacionalidad de las víctimas. Por otra parte se trata de una exigencia que deja prácticamente sin contenido la persecución del Genocidio como delito extraterritorial.

El tipo penal del Genocidio, descrito en el art. 607 del Código Penal de 1995, sólo se perfecciona cuando cualquiera de las conductas tipificadas se realizan respecto de uno de los miembros del grupo étnico que se pretende destruir, total o parcialmente. No es posible calificar como delito de Genocidio conductas que afecten exclusivamente a víctimas de nacionalidad española, si son ajenas al grupo.

La afectación de víctimas o intereses españoles, en el ámbito de un supuesto Genocidio, puede actuar sin embargo como nexo de conexión con un interés nacional, que refuerce las razones que justifican que la Jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto. Pero, en todo caso, la jurisdicción se ejerce, conforme al art 23.4º a) de la LOPJ, en aplicación del principio de justicia universal, abarcando por tanto la actuación genocida en sentido propio.

Por ello, cuando se afirma que la jurisdicción española únicamente sería competente para el conocimiento de un delito de Genocidio si el Genocidio se realizase contra españoles, se está aplicando un principio de interés nacional que no tiene nada que ver con la consideración de delito contra la comunidad internacional que nuestra propia legislación interna atribuye al Genocidio (Título XXIV del libro II del Código Penal de 1.995).

OCTAVO.- La necesaria presencia de los responsables del delito en el territorio español es el otro criterio de atribución de Jurisdicción a los Tribunales españoles que reconoce la resolución mayoritaria, para el supuesto de que las víctimas del Genocidio no sean ciudadanos españoles.

Esta restricción la deduce la resolución mayoritaria del análisis de una serie de Convenios Internacionales, ajenos al supuesto del Genocidio, pero que considera que actúan como límite de lo prevenido en el art 23 4º de la LOPJ, dada la referencia a los Convenios que se contiene en el último apartado de dicho precepto.

Basta la lectura del art 23.4º, para apreciar que distingue entre dos grupos de delitos a efectos de la aplicación del principio de jurisdicción universal que consagra. En primer lugar los que son de inmediata y directa competencia extraterritorial, por imperativo del propio precepto legal interno [apartados a) a f)] y, en segundo lugar, los que pueden llegar a serlo por aplicación de la firma de algún tratado (apartado g).

Respecto de los primeros el Legislador español asume e incorpora a su ordenamiento interno el principio de jurisdicción universal, en función de la gravedad de estas infracciones contra bienes jurídicos esenciales de la Comunidad Internacional, acogiendo un principio de *ius cogens* que se considera fuera de discusión. Por el contrario el apartado g) abre la norma a lo que pudiese eventualmente resultar de nuevos instrumentos convencionales a los que España decidiese adherirse.

Por ello este apartado g) no puede interpretarse en el sentido de establecer límites genéricos respecto de la jurisdicción reconocida con anterioridad.

Por otra parte los Tratados establecen ordinariamente unas obligaciones internacionales de ejercicio de la propia jurisdicción en determinados supuestos, que constituyen un mínimo obligatorio y no un máximo. Por ello no puede deducirse de los mismos una prohibición genérica de ejercicio de la Jurisdicción Universal frente a responsables que no se encuentren en el territorio nacional.

De otro modo en ningún caso podría recurrirse a la solicitud de extradición, que tan eficaces resultados ha proporcionado para limitar la impunidad, y que expresamente preveía para estos supuestos la propia Ley Orgánica de 1870.

En consecuencia la apertura de un procedimiento para la persecución penal de un delito contra la comunidad internacional conforme a lo prevenido en el art 23.4º de la LOPJ no exige necesariamente la presencia de los responsables del delito en España. Esta presencia solo es necesaria para su enjuiciamiento, al no ser conforme al ordenamiento español el enjuiciamiento en rebeldía de estos crímenes.

En definitiva la presencia de los responsables en España no constituye una condición general para el ejercicio de la jurisdicción penal universal, sino un presupuesto de su practicabilidad, que puede alcanzarse mediante la extradición.

NOVENO.- Las referencias a resoluciones internacionales utilizadas por la sentencia mayoritaria para fundamentar su criterio restrictivo no resultan convincentes.

Las decisiones del Tribunal Supremo Federal alemán citadas, de 1.994, han sido superadas por las resoluciones posteriores del Tribunal Constitucional de la República Federal, que por ejemplo en sentencia de 12 de diciembre de 2000 (BverfG, 2 BvR 1290/99) ha ratificado la constitucionalidad de las condenas por delito de Genocidio realizadas por los Tribunales alemanes a ciudadanos serbios respecto de crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias, es decir en supuestos en que no se afectan directamente intereses alemanes.

La Ley especial alemana sobre esta materia, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2.002, no establece limitaciones significativas para la persecución extraterritorial del delito de Genocidio.

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de 14 de febrero de 2.002, que condenó a Bélgica por una orden de arresto internacional dictada contra el Ministro de Asuntos Exteriores en activo de la República Democrática del Congo, no puede constituir un precedente que limite el ejercicio de la jurisdicción universal en materia de Genocidio, pues la demanda formulada por el Congo interesó expresamente que la Corte Internacional no se pronunciase sobre la cuestión de determinar si el derecho internacional consuetudinario autoriza el ejercicio de la jurisdicción penal universal sobre los crímenes internacionales, limitándose a la cuestión de determinar la posible vulneración de las normas internacionales de inmunidad que amparan a los Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio.

En consecuencia la sentencia no se pronuncia en contra del principio de jurisdicción universal acogido con gran amplitud en la Ley belga de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, limitándose a imponer el respeto a los principios internacionales de inmunidad diplomática, en los que se fundamenta la decisión de la Corte para anular la orden internacional de arresto.

Es conveniente resaltar que en su voto particular conjunto, los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal llegan a declarar que en determinadas condiciones el derecho internacional consuetudinario autoriza el ejercicio de la competencia penal sobre los crímenes internacionales conforme al principio de universalidad "absoluta".

DECIMO.- El principio de jurisdicción universal en materia de genocidio se establece en otras resoluciones más relevantes.

Así, por ejemplo, la sentencia de 11 de julio de 1.996 del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya (caso Bosnia vs. República Federal de Yugoslavia) reconoció expresamente el derecho de los Estados a ejercer la jurisdicción universal en materia de genocidio.

La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania de 12 de diciembre de 2.000, ya citada, afirma que el Genocidio es, como violación más grave de los Derechos Humanos, el caso clásico para la aplicación del principio de universalidad, que tiene como función posibilitar la persecución, sin lagunas de

impunidad, de los crímenes contra los bienes jurídicos más importantes de la Comunidad Internacional.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de Bélgica (Cour de Cassation de Belgique) de 12 de febrero de 2003, citada en la resolución mayoritaria (caso Sharon y otros), ratifica el ejercicio de la jurisdicción universal sobre delitos de Genocidio, conforme a lo establecido en la Ley belga de 16 de julio de 1993, reformada por la de 10 de febrero de 1999, que establece una regulación similar a la prevenida en el art 23.4º de nuestra LOPJ. Califica el Genocidio como crimen de derecho internacional, y afirma la competencia de los Tribunales belgas para el enjuiciamiento de dichos crímenes, "cualquiera que sea el lugar donde se hubieran cometido", resaltando que su persecución penal "no exige la presencia del inculpado en territorio belga".

La sentencia del Tribunal Supremo francés (Cour de Cassation) en el caso Klaus Barbie estableció que los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles y pueden ser objeto de un procedimiento judicial en Francia cualquiera que haya sido la fecha o el lugar de comisión. Esta incriminación pertenece a un orden represivo internacional, al que Francia se ha adherido, y al que la noción de frontera le resulta ajena.

La sentencia del Tribunal de apelación de la Cámara de los Lores, del Reino Unido, dictada el 24 de marzo de 1999, en el caso Pinochet, recuerda que el derecho internacional estipula que los crímenes de "ius cogens", entre ellos el genocidio, pueden ser penados por cualquier Estado, porque los criminales son enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su aprehensión y persecución.

Es claro que nuestro entorno jurídico europeo reconoce la noción de jurisdicción universal acogida en el art 23.4º de la LOPJ como norma establecida para el delito de genocidio y los crímenes contra la humanidad por el derecho internacional consuetudinario. Por ello no cabe apreciar que el ejercicio de esta jurisdicción universal en los términos prevenidos en el citado art 23. 4º se encuentre en contradicción con otros principios de derecho internacional, sino que es plenamente conforme con dichos principios.

UNDECIMO.- Derogación del principio de jurisdicción universal.

La regulación del principio de jurisdicción universal establecida por el Legislador español en la LOPJ de 1985, no limita la aplicación de esta jurisdicción mediante la exigencia adicional de algún punto de conexión con un interés nacional. La resolución mayoritaria parece estimar que este criterio del Legislador no es razonable, y acudiendo a argumentaciones fundamentalmente de "lege ferenda", corrige lo establecido en el art 23.4 a) exigiendo la concurrencia de este requisito adicional.

La exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama.

Pero únicamente será así si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla.

Se trata de una restricción que no aparece expresamente establecida en la ley, pero que puede ser asumida como emanación de los principios del Derecho Penal Internacional, y aplicada como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial.

Ahora bien, este criterio no puede ser aplicado de tal modo que deje sin contenido con carácter general lo dispuesto en el art 23.4 de la LOPJ, es decir que sustituya la norma legal de atribución de la Jurisdicción exclusivamente en consideración a la naturaleza de determinados delitos, por el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en nuestro ordenamiento, o por el principio de defensa, que ya se recoge separadamente en el apartado tercero del citado art 23 de la LOPJ.

En particular en lo que se refiere al denominado núcleo fundamental de los delitos internacionales, como son el genocidio o los crímenes contra la humanidad, la suplantación del principio de jurisdicción universal por el de personalidad pasiva constituye un error manifiesto, pues se trata precisamente de delitos cuya sanción internacional se fundamenta en que constituyen una agresión contra valores comunes reconocidos como fundamentales para el conjunto de la Comunidad Internacional.

La aplicación del criterio de razonabilidad anteriormente enunciado puede permitir a un Tribunal nacional que tenga atribuida con carácter general competencia extraterritorial en estos supuestos, como sucede en nuestro país con la Audiencia Nacional, denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción en relación con supuestos hechos delictivos sucedidos en países que no tengan vínculo alguno de conexión, en sentido amplio, con España, con los ciudadanos españoles, con sus intereses y sus relaciones. 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.

Pero si interpretamos el nexo de conexión, como se hace en la sentencia mayoritaria, en sentido tan restringido que únicamente alcanza a los casos de víctimas de nacionalidad española, que, para acoger la competencia por genocidio, deben además formar parte de la etnia que es víctima de dicho delito, suprimimos en la práctica el principio de jurisdicción universal, derogando lo dispuesto en el art 23.4 de la LOPJ. En efecto el criterio de atribución de la jurisdicción en estos casos ya no sería la naturaleza del delito, como previene expresamente el precepto, sino la nacionalidad de la víctima.

Como hemos señalado la afectación de víctimas o intereses españoles, en el ámbito de un supuesto genocidio, puede reforzar, como nexo de conexión, las razones para que la Jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto, pero en todo caso debe hacerlo en aplicación del principio de justicia universal, abarcando el comportamiento genocida en sentido propio.

En consecuencia, no puede utilizarse la exigencia de vínculos de conexión como fórmula de excluir con carácter general la aplicación del art 23.4 a) de la LOPJ.

DUODÉCIMO.- En cualquier caso, ha de considerarse que si en algún supuesto concurren dichos criterios de conexión es precisamente en el actual.

En primer lugar ha de atenderse a los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con España, que no permiten utilizar la absoluta ajenidad del asunto como criterio

razonable de exclusión de la regla general contenida en el art 23.4º de la LOPJ, que atribuye a la jurisdicción española competencia expresa para enjuiciar delitos de genocidio.

Ha de tenerse en cuenta que una regla relevante en estos supuestos es la de la facilidad para el enjuiciamiento, y en el caso actual la comunidad jurídica y lingüística avalan la mayor efectividad de la intervención jurisdiccional, respecto de otros países que no pertenezcan a esta comunidad cultural.

Debe insistirse en que no es esta comunidad jurídica y lingüística la que determina la competencia, sino el principio de jurisdicción universal y la naturaleza del delito, pero resulta claro que la pertenencia a esta comunidad impide considerar ajeno y carente en absoluto de conexión con nuestro país lo ocurrido a la etnia maya.

Aunque prescindamos de este criterio de la comunidad cultural, que para algunos resulta polémico, hemos de atender en segundo lugar al hecho incontrovertible de que la querrela se refiere a un número relevante de víctimas de nacionalidad española, que si no son víctimas directas del delito genocida, pues no pertenecían a la etnia maya agredida, si resultaron asaltadas y agraviadas como represalia por su defensa de los indígenas o en el curso de las acciones supuestamente genocidas.

Y, en tercer lugar, ha de tomarse en consideración el asalto a la Embajada española, que 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.

No se trata de apoyar la Jurisdicción española en el principio de defensa, sino de aplicar lo prevenido en el art 23.4º de la LOPJ con el refuerzo añadido de la concurrencia de un nexo de conexión que justifica adicionalmente el ejercicio de la jurisdicción universal por España, con independencia de los acuerdos diplomáticos alcanzados, que no afectan al delito de genocidio objeto de la querrela.

DECIMOTERCERO.- Si en un supuesto como el presente no se aprecia la concurrencia del nexo de conexión, entonces la exigencia de este criterio se transforma en mero pretexto para excluir o suprimir la jurisdicción universal en casos de Genocidio en sentido propio, pues difícilmente se volverá a repetir en la historia de la jurisdicción española un supuesto en el que existan tan plurales vínculos de conexión con un delito de Genocidio étnico, incluido el asalto a nuestra Embajada y el asesinato de sacerdotes españoles que trataban de proteger a la etnia amenazada.

El ejercicio de la jurisdicción universal, al desterrar la impunidad por los grandes crímenes contra la humanidad, como lo es el Genocidio, contribuye a la paz y a la humanización de nuestra civilización. Es cierto que no devuelve la vida a las víctimas, ni puede conseguir que todos los responsables sean enjuiciados. Pero puede ayudar a prevenir algunos crímenes y a enjuiciar a algunos de sus responsables. Con ello contribuye a la consecución de un mundo más justo y seguro, y a consolidar el Derecho Internacional, en lugar de la violencia, como forma habitual de solucionar los conflictos.

Es por todo ello por lo que, en aplicación de lo establecido en el art 23.4 a) de la LOPJ, estimamos que debió dictarse el siguiente fallo.

FALLAMOS.

Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto, casando y anulando el auto impugnado, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en apelación, y confirmando con ello el auto apelado, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado Central Núm. 1, con fecha 27 de abril de 2000, en sus propios términos.

Joaquín Delgado García

José Antonio Martín Pallín

Cándido Conde-Pumpido Tourón

José Antonio Marañón Chavarri

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

Perfecto Andrés Ibáñez.

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