



**José Francisco Etxeberria Guridi** (director)  
**Goizeder Otazua Zabala** (coordinadora)  
**Katixa Etxebarria Estankona** (coordinadora)  
**Eneko Etxeberria Bereziartua**  
**Enara Garro Carrera**  
**Jon Mirena Landa Gorostiza**  
**Dunia Marinas Suárez**  
**Maite Zelaia Garagarza**

# La mujer víctima de violencia

Análisis multidisciplinar del  
ordenamiento jurídico  
español y europeo a la luz  
del Convenio de Estambul

Oñati, 2022



© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi  
Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa

Edita: Instituto Vasco de Administración Pública  
Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea

ISBN: 978-84-7777-649-9

Depósito legal: D-00278-2022

Fotocomposición e impresión: Grafo, S.A., Avda. Cervantes, 51-edificio 21 – 48970 Basauri (Bizkaia)

# Capítulo V

## La extraterritorialidad jurisdiccional frente a los resquicios de impunidad

José Francisco Etxeberria Guridi  
*Catedrático de Derecho Procesal UPV/EHU*

### I. INTRODUCCIÓN

No resulta extraño que textos internacionales adoptados con la pretensión de prevenir y, sobre todo, sancionar penalmente conductas graves que afectan y lesionan bienes jurídicos compartidos por la comunidad internacional, contengan referencias a la extensión de la jurisdicción de los tribunales nacionales de los Estados firmantes de los mismos. Por regla general, estas previsiones se orientan a la extensión de la jurisdicción de los Tribunales de un determinado Estado más allá del territorio en el que ejerce dicho Estado su soberanía. Este fenómeno de la extraterritorialidad está relacionado con la evitación de la impunidad.

Constituye en sí un evidente avance en la lucha contra la criminalidad con incidencia internacional el hecho de que los Estados que integran dicha comunidad internacional, o algunos, se comprometan a tipificar como delitos en su ordenamiento jurídico interno determinadas conductas que, por lo ge-

neral, repercuten gravemente en la convivencia<sup>1</sup>. El objetivo del Capítulo V del Convenio de Estambul es precisamente el de armonizar en los ordenamientos internos de los Estados firmantes la tipificación penal de determinadas conductas contra las mujeres contempladas en dicho Convenio (violencia psicológica, acoso, violencia física, violencia sexual, etc.). Tal y como se afirma en el Informe Explicativo del Convenio de Estambul, esta armonización del Derecho Penal interno facilita la actuación contra esta forma de criminalidad, tanto en el ámbito interno, como en el plano internacional<sup>2</sup>. Es más, puede afirmarse que el traslado al ordenamiento interno de los tipos penales recogidos en el Convenio actúa como condición del ejercicio de la jurisdicción con carácter extraterritorial en virtud del principio de legalidad<sup>3</sup>.

Otro tanto cabe sostener acerca de la previsión en los textos internacionales de concretos preceptos relativos a la extensión de la jurisdicción de los Tribunales de los Estados firmantes de los mismos. Por lo general, las disposiciones contenidas tienden a ampliar la jurisdicción de los Tribunales de un determinado Estado al conocimiento de hechos punibles cometidos más allá de los límites de las fronteras geográficas de su territorio, en el cual se extiende el ejercicio de su soberanía. Esta extensión de la jurisdicción de los Tribunales de un Estado más allá del territorio del mismo (extraterritorialidad), tiene que ver con el propósito evidente de evitar en la medida de lo posible todo resquicio a la impunidad derivada de la circunstancia de que la conducta criminal en un determinado Estado no lo sea en otro y se aproveche dicha circunstancia. O también que en el Estado de comisión se carezca de la voluntad o de los medios de perseguir esa conducta<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> La coordinación legislativa en los distintos países constituye un mecanismo de lucha más eficaz contra algunas formas de criminalidad, *vid.* PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 7.<sup>a</sup> ed., Mateu Cromo Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1988, p. 101. Además, asegura la doble incriminación, lo que constituye un presupuesto elemental e imprescindible para la cooperación internacional, *vid.* VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. «Cohecho (arts. 419 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1154.

<sup>2</sup> Ocurre con frecuencia que las medidas nacionales para combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica no se adoptan de forma sistemática o resultan incompletas con motivo de deficiencias en su legislación, «Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence», *Council of Europe Treaty Series - No. 210*, p. 28.

<sup>3</sup> Con carácter general, al margen del Convenio de Estambul, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial», en *Curso de Derecho y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2000, pp. 214-215, <https://www.ehu.eus/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/cooperacion-internacional-contra-la-impunidad-llenando-los-vacios-de-la-jurisdiccion-territorial> [última consulta: 19/07/2021].

<sup>4</sup> Con remisión al principio de justicia universal, una modalidad de extraterritorialidad jurisdiccional, se refiere RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, a «la reducción de *paraísos policiales* y *judiciales* por cuanto con su actuación tiene que suplir la incapacidad o falta de voluntad de

Mediante la extraterritorialidad jurisdiccional, en general, y el principio de justicia universal, en particular, se posibilita, pues, un mayor estrechamiento del margen de impunidad frente a conductas criminales como las que nos ocupan, pero, sobre todo, y directamente relacionado con lo anterior, se hace más efectiva la protección de los derechos humanos, entendida en su dimensión genérica (protección integral de la humanidad y de la sociedad en su conjunto), y especialmente, descendiendo al terreno singular, se hace más amplia la protección de las víctimas<sup>5</sup>.

Como muy bien apunta ORIHUELA CALATAYUD, siendo varias las circunstancias que propician y favorecen la impunidad, la mayoría de ellas se encuentran en íntima conexión con las deficiencias que presenta el ejercicio de la jurisdicción penal. Y la posibilidad de que el autor del hecho criminal eluda la acción de la justicia y que por ello la comisión del delito no sea sancionada, constituye un «fenómeno esencialmente injusto y de consecuencias negativas para la defensa de los valores pretendida con la tipificación de tales conductas»<sup>6</sup>. Resulta procedente, por lo tanto, establecer mecanismos de cooperación internacional que permitan superar los estrechos márgenes derivados del principio de territorialidad, con frecuencia insuficientes para hacer frente de forma eficaz a determinados comportamientos delictivos. Entre estos mecanismos se encuentra, fuera de toda duda, la posibilidad de que un Estado extienda su jurisdicción más allá de su territorio, garantizando de esa manera estrechar los posibles márgenes de impunidad<sup>7</sup>.

---

los Estados que tienen mayores vínculos de conexión con los delitos», «De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos jurisdiccionales penales», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 151. En similares términos y también acerca de la justicia universal, afirmaba la STC 140/2018, de 20 de diciembre, que se trata de «una fórmula garante de un espacio universal de jurisdicción con el objetivo de erradicar la inmunidad respecto de la comisión de determinados crímenes, particularmente odiosos para la humanidad por ser agresiones muy graves de los derechos humanos».

<sup>5</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 3, 2015, p. 12; JIMENA QUESADA, Luis. *Dignidad humana y justicia universal en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 174-184 y 208 y ss.

<sup>6</sup> ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 163. SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, se refiere a la existencia de «un enorme agujero negro», una «zona negra» por los que se desvanecen las legítimas aspiraciones de lucha contra la impunidad y en los que ha tenido un papel relevante la jurisdicción universal, «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 27, 2014, p. 39.

<sup>7</sup> En palabras de ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «Llenar los vacíos que plantea el ejercicio de la jurisdicción penal sobre la base del principio de territorialidad», «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 167. Evitando la elección por razones de conveniencia de la jurisdicción del Estado que resulte menos perjudicial para el autor de hechos criminales («el mejor postor»), vid., FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Edersa, Madrid, 1986, p. 69.

## II. EXTRATERRITORIALIDAD EN EL CONVENIO DE ESTAMBUL

Partiendo de estas premisas, el Convenio de Estambul contiene importantes previsiones sobre la extensión de la jurisdicción<sup>8</sup> para conocer de los delitos previstos en el mismo, más allá de la aplicación del principio de territorialidad, lo que contribuirá, sin ningún género de dudas, a una mayor efectividad en la persecución y castigo de dichas conductas delictivas y a una consecuente disminución de la impunidad. Dichas previsiones están recogidas en el art. 44 del Convenio de Estambul. Sin embargo, hay que tener presente que, si bien la formulación de reservas a las disposiciones del Convenio de Estambul tiene carácter excepcional<sup>9</sup>, esa posibilidad excepcional existe limitada a determinadas disposiciones en materia de jurisdicción extraterritorial. En todo caso, adelantamos ya que, junto a las posibles reservas de carácter excepcional, los principios que permiten extender la jurisdicción penal de los Estados firmantes más allá de su propio territorio, están planteados con diferencias notables en cuanto al carácter imperativo o vinculante de las disposiciones que los recogen. También adelantamos que los principios relativos a la extensión de la jurisdicción que recoge el Convenio de Estambul no son de aplicación uniforme a todos los tipos penales que dicho Convenio quiere que se adopten en las legislaciones de los Estados firmantes. En efecto, como tendremos ocasión de comprobar, determinados principios relativos a la jurisdicción son de aplicación general, pero otros, sobre todo los que implican una extensión territorial de aquella, son de aplicación respecto de determinados tipos penales, pero no respecto de otros.

<sup>8</sup> La versión española del Convenio de Estambul publicada en el *BOE* n.º 137, de 6 de junio de 2014, utiliza la expresión «competencia» en su art. 44. También la versión francesa del texto, idioma oficial, al referirse a «*compétence*». Hubiera sido más correcto, sin embargo, utilizar el término «*jurisdiction*» tal como aparece en la versión inglesa, también oficial, pues estamos refiriéndonos a la extensión y límites de la jurisdicción de un Estado, en este caso de la jurisdicción española. Aunque no resulte infrecuente encontrar en España referencias en esta materia a la «competencia penal internacional de los jueces españoles» [*vid.*, por ejemplo, LESMES SERRANO, Carlos (dir.). *Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 147], compartimos con GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, que estas y similares expresiones generan confusión, pues no se trata de la distribución de una potestad jurisdiccional internacional, sino fijar en qué casos la jurisdicción española se extiende a una pretensión y en qué casos no, en MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 27.ª ed., 2019, pp. 187-188. En análogo sentido RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. «De la extensión y límites de la jurisdicción...», cit., p. 145.

<sup>9</sup> En términos del art. 78.1 del Convenio, «no podrá formularse ninguna reserva a las disposiciones del presente Convenio, a excepción de...».

## 1. Principio de territorialidad

Dicho principio, estrechamente vinculado al ejercicio de la soberanía del Estado, se encuentra recogido lógicamente en el Convenio de Estambul con un innegable protagonismo y viene a significar que los Estados firmantes han de extender su jurisdicción a los delitos contemplados en dicho Convenio cuando sean cometidos en su propio territorio. También constituyen una manifestación de ese mismo principio de territorialidad las referencias a que la jurisdicción de las Partes firmantes se extienda a los delitos cometidos «a bordo de un buque que enarbole (el) pabellón» del Estado Parte firmante y a los delitos cometidos «a bordo de una aeronave matriculada de conformidad con (las) leyes internas» de dicho Estado Parte. En efecto, la extensión de la jurisdicción a los delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves con pabellón o matrícula del Estado implicado (principio del pabellón) no es más que una variante del principio de territorialidad. Extensión, no obstante, de gran relevancia para poder sancionar penalmente los delitos que se cometen en los mencionados espacios cuando el buque o aeronave se encuentra fuera del territorio de pertenencia, evitando así la ausencia de jurisdicción y la inevitable impunidad<sup>10</sup>.

El fundamento de este principio de territorialidad estaría relacionado con la soberanía del Estado y el mantenimiento del orden público, pues el territorio constituye el ámbito espacial en el que se ejerce dicha soberanía<sup>11</sup>. Aunque también cabe mencionar razones de carácter práctico; así, desde el punto de vista procesal, la facilidad que supone la proximidad del lugar del delito y del lugar del juicio para la recogida de fuentes de prueba y por razones de economía y celeridad en la persecución<sup>12</sup>. En todo caso, la delimitación del territorio en el que el Estado ejerce su soberanía y jurisdicción plantea en no pocas ocasiones serios problemas cuando se trata de las aguas jurisdiccionales<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Como muy bien indica el «Explanatory Report...», cit., p. 37.

<sup>11</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 58. ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., pp. 167 y 176. PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 102; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. «De la extensión y límites de la jurisdicción...», cit., p. 146.

<sup>12</sup> REUS MARTÍNEZ, Natalia. «La Ley Penal y Territorialidad», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 16, 2003, pp. 2-3, [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168497099&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491172&language=es&pag=4&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\\_RJU&siteName=RevistaJuridica](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168497099&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491172&language=es&pag=4&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica) [última consulta: 19/07/2021]. PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 103.

<sup>13</sup> *Vid.* La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 30 de abril de 1982, y sus previsiones sobre el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclu-

Como se ha comentado, el Convenio de Estambul recoge este principio de territorialidad con sus variantes (buques y aeronaves de pabellón o matrícula) en su art. 44.1, letras a), b) y c). Los Estados firmantes, España entre ellos, tienen con carácter vinculante la obligación ejercer su jurisdicción conforme a dicho principio. Obligación derivada del carácter imperativo de los términos empleados en tal sentido («Las Partes *adoptarán* las medidas legislativas...»). Ahora nos interesa destacar, en todo caso, que la aplicación de dicho principio de territorialidad en cuanto al ejercicio de la jurisdicción del Estado firmante se ha de hacer efectivo con respecto «a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio»<sup>14</sup>. Esta matización no es baladí, pues la aplicación del resto de principios de ejercicio jurisdiccional que exceden del territorial no siempre se extienden a todos los tipos penales.

La traslación de la aplicación del principio de territorialidad jurisdiccional previsto en el Convenio de Estambul al ordenamiento español no plantea, obviamente, ningún inconveniente. Como hemos indicado con anterioridad, aquel principio está vinculado con el concepto de soberanía estatal, concepto de naturaleza territorial en su esencia, y con el carácter territorial de los ordenamientos internos<sup>15</sup>. Sobre todo, del ordenamiento penal<sup>16</sup>. Este principio de territorialidad jurisdiccional se encuentra muy extendido y, además, necesariamente cuando las conductas delictivas lo sean por su incorporación al ordenamiento penal del Estado afectado<sup>17</sup>.

---

siva, etc. pues el contenido de la jurisdicción estatal no es siempre el mismo. La extensión de la jurisdicción española a determinados delitos relacionados con el narcotráfico cometidos en aguas internacionales ha sido, en este contexto, también fuente de problemas entre nuestros propios tribunales. *Vid.* al respecto PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., pp. 33 y 39.

<sup>14</sup> Esto es, en relación a los delitos comprendidos entre los arts. 33 y 40 del Convenio de Estambul (violencia psicológica, acoso, violencia física, violencia sexual, matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzados y acoso sexual) con inclusión de la complicidad y tentativa (art. 41). Se complementa de este modo la también obligatoria incorporación a la legislación interna de los tipos penales indicados.

<sup>15</sup> ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 167.

<sup>16</sup> En relación al ámbito de validez espacial de la ley penal, señalan QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, que la aplicación del Derecho Penal en el territorio del Estado a todas las personas que se encuentran en el mismo aparece como una expresión esencial de la soberanía, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 123. También MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 64.

<sup>17</sup> No podría ser de otra forma, apunta DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena, «teniendo en cuenta que el territorio, junto con la población y la organización política es uno de los elementos constitutivos del propio Estado, lo que naturalmente significa que la jurisdicción estatal presente una proyección circunscrita al propio territorio como norma general», *La justicia universal como herramienta contra la impunidad de los crímenes internacionales: análisis histórico y comparado con especial referencia a la situación española*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III, 2017, p. 106.

Este principio de territorialidad se encuentra, por los motivos arriba indicados, recogido como principio preferente<sup>18</sup> en el art. 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ— al disponer, en términos muy similares a los preceptos correspondientes del Convenio de Estambul, que «en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte». Se trata de un reflejo natural del principio de territorialidad jurisdiccional, pues las manifestaciones extraterritoriales de la jurisdicción española conforme al Convenio de Estambul se encuentran recogidas de forma expresa en otro apartado del mismo precepto al que nos referiremos<sup>19</sup>.

## 2. Principio de personalidad activa

### A) SU REFLEJO EN EL CONVENIO DE ESTAMBUL

La aplicación exclusiva y excluyente del principio de territorialidad puede dar ocasión a que se amplíen las posibilidades de que la conducta criminal no pueda perseguirse y sancionarse y, por ende, a que se amplíen los márgenes de la impunidad como venimos reiterando. Este es el principal argumento que justifica la superación del principio de territorialidad y la posibilidad de que la jurisdicción de un Estado se extienda más allá de los márgenes fijados por su territorio<sup>20</sup>. En el caso que nos ocupa —esto es, principio de personalidad— el espacio territorial en el que se comete el hecho delictivo pasa a un segundo plano y adquiere protagonismo la persona. En su vertiente activa el principio de personalidad hunde sus raíces en la persona del autor de los hechos. Es decir, dejando al margen el criterio predominante de la territorialidad, en este supuesto la extensión de la jurisdicción viene motivada por la nacionalidad del autor de los hechos<sup>21</sup>, de tal

<sup>18</sup> La clara primacía en el reconocimiento de este principio deriva de su condición de manifestación de la soberanía, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. «De la extensión y límites de la jurisdicción...», cit., p. 146. Carácter prioritario, fundamental y esencial de dicho principio, en palabras de ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 179.

<sup>19</sup> En concreto, el art. 23.4 letra l) LOPJ.

<sup>20</sup> Entre estos principios de extraterritorialidad de la jurisdicción alternativos no existe un orden de prelación. *Vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. «De la extensión y límites de la jurisdicción...», cit., p. 147. Respecto, concretamente, del principio de jurisdicción universal ha expresado el TC que no existe «ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial» (STC 227/2007, de 22 de octubre).

<sup>21</sup> Por este motivo, el Informe Explicativo del Convenio se refiere en este caso al «principio de nacionalidad», «Explanatory Report», cit., p. 38.

modo que la jurisdicción de un Estado se extenderá al conocimiento de los hechos delictivos cometidos fuera del territorio de dicho Estado, siempre que fueran cometidos por persona de la nacionalidad de aquel.

En estos momentos nos interesa destacar que, de esta manera, extendiendo la jurisdicción de los tribunales de un Estado a hechos cometidos por un nacional fuera de su territorio, se reduce de forma considerable el margen de impunidad de esos hechos delictivos. En efecto, el reconocimiento de esta capacidad de actuar por parte de los tribunales de los Estados con carácter general, viene a poner el contrapunto a la generalizada negativa que mantienen dichos Estados a la extradición de los propios nacionales, pues de no admitirse tal posibilidad, los delincuentes tendrían asegurada su impunidad con la entrada en el territorio del Estado del que son nacionales<sup>22</sup>. Pero sin ánimo de profundizar en este preciso instante en los fundamentos que subyacen en el principio de personalidad activa<sup>23</sup>.

Este principio de personalidad activa se encuentra reflejado en el Convenio de Estambul en los mismos términos y con las mismas condiciones que el principio de territorialidad con sus variantes derivadas del principio de pabellón de los buques y aeronaves. En concreto, dispone el art. 44.1 letras d) y e) del Convenio que los Estados Partes extenderán su jurisdicción a los delitos cometidos por «uno de sus nacionales» o bien por «una persona que tenga su residencia habitual en su territorio». Destacamos nuevamente en este supuesto el carácter imperativo de dicha extensión jurisdiccional extraterritorial («Las Partes *adoptarán* las medidas legislativas...») y el ámbito de aplicación de la misma, pues el Convenio de Estambul se refiere en el precepto mencionado a que abarcará «cualesquiera de los delitos previstos» en el mismo<sup>24</sup>.

Afirma el Informe Explicativo del Convenio que este principio que denomina «de nacionalidad», y que resulta de aplicación más frecuente en los países con tradición de *civil law*, obliga a los nacionales de un determinado país a cumplir y respetar la ley vigente en el mismo aunque se hallaren fuera de su territorio. También se deja constancia de que fue considerado por los re-

<sup>22</sup> ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 180.

<sup>23</sup> Añadir, simplemente, que suele entenderse que se trata en el fondo de una manifestación de la relación de obediencia o dependencia entre el ciudadano y el Estado, entendido como afectación de los miembros de una comunidad al orden jurídico mayoritariamente aceptado, *vid.*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 128-129. También se alude a la especial relación de fidelidad que debe mantener el individuo respecto del Estado que le concede su nacionalidad y de su ordenamiento jurídico, *vid.* ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., pp. 180-181.

<sup>24</sup> Nos remitimos a lo dicho en relación al principio de territorialidad.

dadores del Convenio como disposición relevante al objeto de combatir determinadas formas de violencia contra las mujeres<sup>25</sup>. En efecto, es de sobra conocido que la comisión de determinadas conductas delictivas como las mutilaciones genitales femeninas presenta un *iter* característico y repetido consistente en el desplazamiento de nacionales o residentes desde un Estado a otro del que son originales y en los que esas prácticas están culturalmente extendidas o no están incriminadas o no son perseguidas de forma eficaz<sup>26</sup>. La aplicación de este principio de extraterritorialidad jurisdiccional de personalidad activa puede constituir, pues, un revulsivo contra la impunidad en el marco de los delitos previstos en el Convenio de Estambul<sup>27</sup>.

Conforme a los términos del Convenio de Estambul, la jurisdicción de los Estados Parte del mismo puede extenderse a los delitos cometidos por sus nacionales fuera de su territorio (art. 44.1.d), pero igualmente los delitos cometidos fuera de su territorio por personas que sin ser nacionales, sí tengan su «residencia habitual» en el territorio de aquel (art. 44.1.e). Esta extensión extraterritorial de la jurisdicción no solo a los nacionales, sino también a los residentes por los delitos cometidos fuera del territorio de soberanía del Estado supone una nueva oportunidad de persecución y castigo penal de los delitos previstos en el Convenio y cometidos en el extranjero. Reduciendo así, insistimos, el margen de impunidad<sup>28</sup>. Nótese igualmente

<sup>25</sup> «Explanatory Report...», cit., p. 38.

<sup>26</sup> Se refiere GARCÍA SEDANO, Tania, al «conflicto que surge entre lo dispuesto por la ley imperante en la sociedad de acogida y las creencias y concepciones religiosas, tradicionales o culturales de unos determinados grupos sociales migratorios», «El delito de mutilación genital femenina», *La Ley Penal*, n.º 125, 2017, en línea: [https://www-smarteca-es.ehu.idm.oclc.org/my-reader/SMTA5520\\_00000000\\_20170301000001250000? fileName=content%2FDT00000245632\\_20170414.HTML&location=pi-3938&publicationDetailsItem= SystematicIndex](https://www-smarteca-es.ehu.idm.oclc.org/my-reader/SMTA5520_00000000_20170301000001250000? fileName=content%2FDT00000245632_20170414.HTML&location=pi-3938&publicationDetailsItem= SystematicIndex) [última consulta: 19/07/2021].

<sup>27</sup> La Resolución del Parlamento Europeo 2019/2988 (RSP), de 12 de febrero de 2020, sobre una estrategia de la Unión para poner fin a la mutilación genital femenina en el mundo, es consciente de esta situación y, tras hacer un recordatorio en su apartado (7) al art. 38 del Convenio de Estambul, observa que, en muchos países de la Unión, también «es posible interponer una acción judicial por una mutilación genital femenina realizada en el extranjero, de conformidad con el principio de extraterritorialidad, que, por lo tanto, también prohíbe llevar a menores a terceros países para someterlas a mutilación genital femenina». La LO 3/2005, de modificación de la LOPJ, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, se refiere en su Exposición de Motivos a «un fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor». De forma similar, la LO 11/2003, pone de evidencia en su Exposición de Motivos que «En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes».

<sup>28</sup> Afirma ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, que resulta frecuente que en textos internacionales que apuestan por el principio de extraterritorialidad jurisdiccional se haga esa equivalencia entre nacional y residente, «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 181.

en el marco de este contexto de lucha contra la impunidad que el Convenio en ningún caso condiciona la perseguibilidad del hecho a que la residencia en el territorio del Estado actuante sea legal o administrativamente regular, bastando con el requisito de la habitualidad. Aunque el grado de diferencia no resulte tan evidente, también hay que hacer notar que tampoco se refiere el texto del Convenio a que la residencia sea «permanente».

Pese a que el Convenio de Estambul contempla la posibilidad de extender la jurisdicción de un Estado a hechos delictivos cometidos por un nacional o residente habitual fuera de su territorio, lo cierto es que no equipara ambos escenarios. La diferencia descansa en la eventualidad de que, respecto del segundo de los supuestos, esto es, el del residente habitual, los Estados firmantes pueden en el momento de hacerlo ejercer su derecho de reservarse la no aplicación, o a aplicar únicamente en casos o condiciones específicas lo previsto en el art. 44.1.e) del Convenio<sup>29</sup>. Afortunadamente el Reino de España no ha hecho uso de esta facultad y no ha planteado ninguna reserva a lo dispuesto en el Convenio de Estambul a los efectos de extensión extraterritorial de su jurisdicción<sup>30</sup>. Pero no por ello puede negarse que la concreción del significado de lo que ha de entenderse por residencia habitual no esté exenta de serias dificultades. Si nos atenemos a lo dispuesto en el CC acerca de lo que ha de entenderse por domicilio de las personas naturales a efectos civiles —«para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles»—, se equipara aquel al «lugar de su residencia habitual» (art. 40.I). Pero conviene tener en cuenta que dicha equiparación lo es a los efectos civiles, admitiéndose que existen otros conceptos de domicilio compatibles con aquel, por ejemplo, los regulados a los efectos procesales, fiscales o administrativos. Incluso el significado propio de domicilio a los efectos constitucionales de su in-

<sup>29</sup> Conforme al art. 78.1 del Convenio, no podrán formularse más reservas a las disposiciones del mismo, que las previstas en los apartados 2 y 3 de aquel precepto. En el apartado 2 se contempla, precisamente, la facultad de cualquier Estado o de la UE a precisar, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario General, su reserva en los términos indicados a la aplicación o la aplicación condicionada de una serie de disposiciones entre las que se incluye el art. 44.1.e).

<sup>30</sup> No resulta infrecuente la formulación de reservas por los Estados firmantes a la extensión de la jurisdicción en los términos del art. 44.1.e) —residentes habituales—. A fecha de 9 de noviembre de 2020, los Estados que han formulado reserva al respecto son: Chipre, República Checa, Eslovenia, Francia, Grecia, Mónaco, Rumania, Serbia y Suiza. Alemania, por su parte, condiciona la aplicación de esta disposición a que se interprete en los términos del § 7 (2) 2 del Código Penal (StGB) —extranjero o apátrida en el momento de los hechos, que se halle en territorio alemán y siendo procedente la extradición, no haya sido entregado—. Información obtenida del enlace <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures> [última consulta: 19/07/2021].

violabilidad (art. 18.2 CE)<sup>31</sup>. Existe cierto consenso, eso sí, en relación a la «habitualidad» que adjetiva a la residencia en el sentido de que aquella se acredita «por medio de hechos objetivos externos, que, interpretados conforme al uso común, demuestran la permanencia o vocación de ella»<sup>32</sup>.

En cualquier caso, consideramos que a los efectos que nos ocupan, pudiera ser más útil el concepto que de domicilio y residencia habitual se utiliza don fines administrativos. Así, conforme a la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, «toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que *resida habitualmente*» (art. 15.l). Además, los datos que constan en el Padrón «constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo» (art. 16.1)<sup>33</sup>. Pueden resultar de ayuda igualmente las previsiones contenidas en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, acerca de las situaciones de estancia y de residencia y las modalidades de esta última (arts. 29 y ss.). Sin perder de vista lo dispuesto también acerca de la estancia y residencia de los ciudadanos de los Estados miembros de la UE<sup>34</sup>.

## B) RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVA

Hecha la afirmación de que el Reino de España no ha formulado reserva alguna a la aplicación del art. 44.1.e), procedamos a analizar a continuación si en el ordenamiento español se han adoptado las medidas legislativas necesarias al objeto de extender la jurisdicción de sus tribunales a hechos delictivos contemplados en el Convenio y cometidos en el extranjero por un nacional español o por una persona con residencia habitual en su territorio.

<sup>31</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, Juan José. «Del domicilio. Artículo 40», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.). *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch (Tirant Biblioteca Virtual), Valencia, 2013, pp. 621-623.

<sup>32</sup> MARÍN LÓPEZ, Juan José. «Del domicilio. Artículo 40», cit., p. 627.

<sup>33</sup> De ahí que sostengan algunos autores que, si bien el domicilio civil y el que consta en el padrón no tienen por qué coincidir, tampoco resulta tan descabellado conforme a los preceptos indicados entender que el «domicilio que consta inscrito en el padrón, en cuanto habitual de la persona, se presume que es el domicilio civil, salvo prueba en contrario»: MARÍN LÓPEZ, Juan José. «Del domicilio. Artículo 40», cit., p. 624.

<sup>34</sup> Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (arts. 6 y ss.). En palabras de ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, se ha producido una superación del tradicional binomio nacional/extranjero por vía de creación de un tercer *status* común constituido por la ciudadanía de la Unión en el marco de un espacio judicial europeo común, «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 203.

El principio de responsabilidad activa encuentra reflejo en dos apartados diferentes del art. 23 LOPJ. Con carácter general, en el art. 23.2 LOPJ y de forma específica, en la medida en que se hace una referencia expresa a los delitos regulados en el Convenio de Estambul, en el art. 23.4.l) LOPJ. En realidad el resultado final es idéntico si se analiza la transposición desde uno u otro precepto. Casi idéntico, debemos matizar, en la medida en que el segundo de los preceptos mencionados incluye como elemento de conexión al residente habitual, pues no lo hace el art. 23.2 LOPJ. Esta cuasi reiteración de tratamiento en ambos apartados solo se explica desde el análisis de la evolución que ha experimentado el criterio o principio de justicia universal en los últimos años en España, pues, precisamente, en el apartado 4 del precepto se recogía dicho principio pero en su diseño original, esto es, sin quedar condicionado a la concurrencia de otros elementos de conexión aparte de la naturaleza del delito cometido. Tras reformas se incorporan necesarios vínculos que desnaturalizan la justicia universal y la aproximan al régimen general del art. 23.2 LOPJ.

#### **a) Aplicabilidad del principio de personalidad activa conforme al art. 23.2 LOPJ**

El primer presupuesto de carácter subjetivo exigido por el mencionado precepto para que la jurisdicción española se extienda al conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, consiste en que «los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho». De esta manera, se satisface el supuesto contemplado en el art. 44.1.d) del Convenio de Estambul que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción, esto es, que el delito sea cometido «por uno de sus nacionales». Sin embargo, este precepto de la LOPJ no sería suficiente, como se ha adelantado, para comprender el supuesto contemplado en la letra e) —«persona que tenga su residencia habitual en su territorio»—.

En todo caso, junto al criterio de la nacionalidad, el art. 23.2 LOPJ exige el cumplimiento de otros requisitos: a) que el hecho sea punible en el lugar de ejecución; b) que el agraviado o el MF interpongan querrela ante los Tribunales españoles; y c) que el delincuente no haya sido juzgado por ese mismo hecho en el extranjero.

#### **b) Doble tipicidad y la ausencia de reserva**

El primero de los requisitos es el relativo a la doble tipicidad o doble incriminación. Esto es, la extensión jurisdiccional extraterritorial española sería viable si el hecho estuviera tipificado como delito en los códigos de ambos Es-

tados, el de nacionalidad del autor y el del lugar de los hechos<sup>35</sup>. Ahora bien, este requisito presenta una excepción cuando «en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito». Tendríamos que acudir, por consiguiente, al texto del Convenio de Estambul por si en el mismo se previera alguna excepción a la doble incriminación que permitiera superar este primer requisito.

Afortunadamente para la aspiración de no dejar margen a la impunidad, el Convenio de Estambul contiene una previsión expresa orientada a eludir el requisito de la doble incriminación al disponer que las Partes «adoptarán» las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su jurisdicción «no esté subordinada a la condición de que los hechos también estén tipificados en el territorio en el que se han cometido» (art. 44.3)<sup>36</sup>. Siendo importante la supresión de este requisito de la doble incriminación, hay que precisar que la misma no es de aplicación general, sino limitada a determinadas infracciones penales recogidas en el Convenio. En concreto se refiere aquel apartado a la persecución de los delitos previstos en los arts. 36 a 39 del Convenio: violencia sexual, incluida la violación; matrimonios forzosos; mutilaciones genitales femeninas y aborto y esterilizaciones forzosos<sup>37</sup>. No les falta razón a las apreciaciones recogidas en el Informe Explicativo al Convenio en el sentido de que las afectadas por la supresión de la doble incriminación constituyen las infracciones penales más graves de dicho Convenio, pero sobre todo cuando se afirma que se trata de delitos que con mayor frecuencia se cometen en territorios de Estados que se encuentran al margen del ámbito de aplicación del Convenio de Estambul<sup>38</sup>.

Desafortunadamente para la aspiración contra la impunidad a que nos referimos de forma constante en dicho capítulo, se trata este de un precepto sujeto a la formulación de posibles reservas a su aplicación. A tenor de lo dispuesto en relación a las reservas que pueden formularse de forma excepcional, lo previsto en el apartado 3 del art. 44 constituye objeto de una posible reserva (art. 78.2). Es de congratularse que el Reino de España, a di-

<sup>35</sup> Esta exigencia no tendría mayores consecuencias si los delitos cometidos pudieran ser enjuiciados conforme a otros principios de extraterritorialidad jurisdiccional, pero esta posibilidad no existe en todo caso, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 214.

<sup>36</sup> En tal sentido, se recoge en el Informe Explicativo que dicho apartado representa un importante elemento de valor añadido en el Convenio y un importante paso adelante en la protección de la víctima, «Explanatory Report», cit., p. 38.

<sup>37</sup> Se excluyen los delitos de violencia psicológica, acoso y acoso sexual, es decir, en estos supuestos los Estados firmantes no están vinculados por el Convenio a suprimir el requisito de la doble incriminación.

<sup>38</sup> «Explanatory Report», cit., p. 38.

ferencia de otros Estados firmantes que sí lo han hecho<sup>39</sup>, no ha planteado reserva alguna al art. 44.3 del Convenio de Estambul.

¿Qué trascendencia tiene lo anterior de cara a la extensión jurisdiccional extraterritorial prevista en el art. 23.2 LOPJ? La consecuencia es muy relevante, pues en la aplicación del principio de personalidad activa para la persecución de los delitos cometidos por nacionales españoles fuera del territorio español no es necesario el requisito de la doble tipicidad o incriminación. Bien entendido que sí será necesario para la persecución de los delitos distintos a los de los arts. 36 a 39 del Convenio<sup>40</sup>, siempre desde la perspectiva del art. 23.2 LOPJ.

Junto a la doble tipicidad, se añade en la LOPJ el doble requisito de interposición de querrela, por un lado, y de no vulneración del principio *non bis in idem*, por otro. La concurrencia de estos dos requisitos añadidos es coincidente en lo esencial con lo exigido en los apartados 5 y 6 del art. 23 LOPJ respecto de las expresas disposiciones previstas en relación al Convenio de Estambul en el apartado 4 letra l) del mismo precepto, pues actúan como presupuestos condicionantes de perseguibilidad en los casos en que sea aplicable el principio de justicia universal (o su sucedáneo). Razón por la cual nos remitimos a lo expuesto *infra*.

### **3. La recepción del Convenio de Estambul al amparo del art. 23.4.l) LOPJ, ¿principio de justicia universal?**

El segundo de los preceptos que hemos de analizar al examinar la correcta recepción de las disposiciones del Convenio de Estambul sobre extensión extraterritorial de la jurisdicción española es el apartado 4 del art. 23 LOPJ, en concreto su letra l). El mencionado apartado 4 constituye una expresión más de la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, de ahí que el mismo comience indicando cuál será la consecuencia jurídica si se dan los supuestos de hecho o premisas contempladas en cada letra: «igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos co-

<sup>39</sup> A fecha de 9 de noviembre de 2020, los Estados que han formulado reserva al respecto son: Chipre, Eslovenia, Francia, Grecia, Irlanda, Mónaco, Rumania, Suecia y Suiza. Información obtenida del enlace <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures> [última consulta: 19/07/2021].

<sup>40</sup> Bien hubiera podido el legislador español de conformidad con lo dispuesto en el art. 44.7 del Convenio, en el sentido de que dicho Convenio «no excluye ninguna competencia penal ejercida por una Parte de conformidad con su legislación interna». Sin embargo, la respuesta a esta cuestión está relacionada con el análisis del art. 23.4.l) LOPJ donde se recoge expresamente el traslado del Convenio de Estambul a las reglas de extraterritorialidad jurisdiccional.

metidos (...) fuera del territorio nacional». Es indiferente la nacionalidad del autor, pues dicha extensión jurisdiccional opera igualmente si el hecho es cometido por «españoles o extranjeros». Pero para que se active este supuesto de extraterritorialidad, los hechos han de ser susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los delitos que se recogen a continuación en 16 letras distintas (a-p)<sup>41</sup> que agrupan diferentes modalidades delictivas incorporadas al ordenamiento español como consecuencia de Convenios o Tratados internacionales de los que España es parte<sup>42</sup>.

Hemos afirmado que nos interesa particularmente lo previsto en la letra l) del mencionado apartado, pues se refiere de forma expresa a la extensión extraterritorial en el caso del Convenio de Estambul. En concreto, conocerá la jurisdicción española cuando se trate de «delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica». Dicho lo anterior, es de destacar que esta impresión inicial de que se perseguirán con la máxima amplitud los delitos comprendidos en el Convenio de Estambul al margen del lugar de comisión y al margen de si la autoría corresponde a un nacional español o extranjero, comienza a desdibujarse a medida que resultan de aplicación una serie de condiciones o conexiones con la jurisdicción española que la letra mencionada especifica seguidamente («siempre que») —principios de personalidad activa y pasiva— y una serie de presupuestos de procedibilidad procesal y de respeto del principio *non bis in idem* (presupuestos negativos y positivos que se recogen en los apartados 5 y 6 del art. 23 LOPJ).

#### A) ¿EXISTE EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN O JUSTICIA UNIVERSAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL?

Antes de continuar con el análisis de adecuación con lo dispuesto en el Convenio de Estambul, nos parece oportuno contextualizar las previsiones del art. 23.4.l) LOPJ. La letra l) que nos interesa se integra actualmente en el

<sup>41</sup> La letra p) contiene, en realidad, una cláusula residual respecto de los delitos no incluidos expresamente en las anteriores letras pero cuya persecución venga impuesta por un tratado u otro tipo de obligación internacional. Acerca de la interpretación jurisprudencial que se ha hecho de esta cláusula *vid.* HUESA VINAIXA, Rosario. «La jurisdicción extraterritorial española sobre el tráfico ilícito de armas y los tratados internacionales suscritos por España», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 31, 2016, pp. 10 y ss.

<sup>42</sup> Aunque este tipo de convenios internacionales contienen reglas sobre competencia jurisdiccional en relación a un número importante de delitos, puede decirse que aún no está resuelta la cuestión de a qué crímenes se les aplica la jurisdicción internacional; *vid.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. «Delitos objeto del principio de justicia universal: naturaleza y límites», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 321.

apartado 4 del art. 23 LOPJ y desde que se aprueba la LOPJ en 1985, dicho apartado, en el que evidentemente no se contemplaba la disposición sobre el Convenio de Estambul que analizamos, consagraba la modalidad extraterritorial de la jurisdicción conocida como justicia o jurisdicción universal. Resumiéndolo muy esquemáticamente, se contemplaba en aquella redacción original una relación de delitos considerados graves para la comunidad internacional y, consecuentemente, se admitía su persecución y enjuiciamiento por la jurisdicción española independientemente de su autoría y de su comisión fuera del territorio española. Sin más condicionantes<sup>43</sup>. El listado inicial de delitos se fue ampliando a medida que el Estado español firmaba Convenios y Tratados internacionales<sup>44</sup>, pero estas modificaciones no alteraban, más bien reforzaban, la esencia de la justicia universal. Este estado de cosas se altera, ahora sí, de forma sustancial, como consecuencia de dos normas de vital trascendencia en la materia, la LO 1/2009, de 3 de noviembre, y, sobre todo, la LO 1/2014, de 13 de marzo<sup>45</sup>. Aunque algunos ya vislumbraban, incluso con anterioridad, atisbos de pérdida de la condición de la universalidad con la LO 3/2005<sup>46</sup> o una limitación «encubierta» a través de la

<sup>43</sup> A salvo el respeto del principio *non bis in idem* que desde la redacción original se ha exigido con la coetilla final de observancia de lo previsto en el apartado 2.c): «Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda». Exigencia que se ha mantenido prácticamente igual hasta hoy.

<sup>44</sup> Mediante la LO 11/1999, de 30 de abril, se añaden los delitos de corrupción de menores e incapaces junto a los de prostitución en la letra e); mediante la LO 3/2005, de 8 de julio, se incorporan los delitos de mutilación genital femenina; mediante la LO 13/2007, de 19 de noviembre, se incorporan los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

<sup>45</sup> Sobre la evolución legislativa *vid.* MONTESINOS PADILLA, Carmen. «La jurisdicción universal en regresión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 140/2018, de 20 de diciembre», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 72, 2019, pp. 101-103. Se puede afirmar que España ha pasado por todos los modelos de justicia universal, *vid.* VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz. «La jurisdicción universal en España a la luz de la STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018: la regresividad escapa al control de constitucionalidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 37, 2019, p. 3.

<sup>46</sup> DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena, entiende que en realidad el camino de desnaturalización del principio de jurisdicción universal que la legislación española ha recorrido después ampliamente se inicia ya con la LO 3/2005 al condicionar la persecución de los delitos de mutilación genital femenina a que los responsables se encontrasen en España. Además, suponía en aquel momento «situar, sin motivo aparente, el delito de mutilación genital femenina en una categoría inferior a la del resto de crímenes incluidos en el apartado cuarto del artículo 23, para los que el legislador no había considerado necesario introducir esta traba», *La justicia universal como herramienta contra la impunidad de los crímenes internacionales...*, cit., p. 318. La propia STC 140/2018, de 20 de diciembre, se refiere a un «cambio sustancial» derivado de la citada reforma en la medida en que «se introduce por primera vez un punto de conexión necesario para la aplicación de la jurisdicción universal» (FJ 3).

LO 18/2003, de 10 de diciembre, sobre Cooperación con la Corte Penal Internacional<sup>47</sup>.

Nos interesa a estos efectos el sentido estricto del principio de justicia universal, pues suele diferenciarse, por un lado, un concepto de justicia universal en sentido amplio, entendido como el ejercicio de la jurisdicción penal internacional por crímenes internacionales tanto por tribunales nacionales como por tribunales supranacionales y mixtos, y, por otro lado, un concepto en sentido estricto, conforme al cual se trata de la jurisdicción extraterritorial ejercitada por los tribunales nacionales. Desde este último punto de vista, el Estado se reserva en virtud del principio de justicia universal «la competencia para perseguir hechos cometidos por nacionales o extranjeros fuera del territorio nacional cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección esta se encuentra interesada»<sup>48</sup>.

Las razones o teorías esgrimidas como fundamento de la justicia universal han sido varias<sup>49</sup>. Sin duda, cabe hablar en el caso que nos ocupa de la existencia de una obligación internacional en la persecución de determinados hechos delictivos —los previstos en el Convenio de Estambul—, pero en este supuesto entendemos que adquiere pleno sentido y mayor protagonismo la consideración de la justicia universal como instrumento decisivo para evitar la impunidad de ciertos delitos internacionales<sup>50</sup>. Todo ello desde

<sup>47</sup> En tales términos se interpretaba por OLLÉ SESÉ, Manuel y LAMARCA PÉREZ, Carmen, la previsión del art. 7.2 de la citada LO que establece la subsidiariedad de la jurisdicción española respecto de la Corte Penal Internacional, entendiendo aquellos que procedía la complementariedad conforme a los Estatutos de la propia Corte, «Análisis de la regulación actual del principio de justicia universal y propuestas de *lege ferenda*», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 622.

<sup>48</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Principio de Justicia penal universal versus principio de Jurisdicción penal internacional», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal...*, cit., pp. 62 y 66. También sobre la equivocidad del concepto de justicia universal y su precisión, *vid.* OLLÉ SESÉ, Manuel; LAMARCA PÉREZ, Carmen. «Análisis de la regulación actual...», cit., pp. 623-624.

<sup>49</sup> Las que atienden a la naturaleza del delito, conforme a las cuales los delitos ubicados bajo su ámbito de aplicación se dirigen contra intereses vitales de la comunidad internacional; las que se basan en la existencia de obligaciones internacionales que vinculan al Estado; la teoría de la representación jurisdiccional, esto es, que el Estado actuaría en representación de la comunidad internacional; las que se fundan en la lucha contra la criminalidad organizada; las que se centran en la justicia universal como instrumento contra la impunidad, *vid.* PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Principio de Justicia penal universal versus principio...», cit., pp. 78-83. La misma autora en «Ley Orgánica 1/2014...», cit., pp. 13-25. También VÁZQUEZ SERRANO, Irene. «El principio de jurisdicción universal», *REDIC. Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, n.º 1, 2018, pp. 6 y ss.

<sup>50</sup> El fundamento del principio de justicia universal, la idea que lo inspira sería, en opinión de un amplio sector doctrinal, precisamente la evitación de la impunidad mediante la persecución de aquellos delitos de relevancia internacional. *Vid.* BLANCO CORDERO, Isidoro.

la doble perspectiva que ha señalado la doctrina, por un lado, considerando la justicia universal como herramienta de tutela y reparación de las víctimas —mujeres, niños víctimas de violencia doméstica— y, por otro lado, como herramienta de prevención y disuasión del delito<sup>51</sup>. Fundamentos que se encuentran muy presentes en el propio texto del Convenio de Estambul<sup>52</sup>.

Pero ahora nos interesa destacar, en relación con las voces de quienes cuestionan que subsista todavía en España una justicia universal que responda a esos fundamentos, que no puede recortarse el alcance del principio de justicia universal imponiendo como requisito que exista una conexión decisiva con intereses nacionales. Exigiendo, por ejemplo, que el presunto responsable se encuentre en el territorio nacional o que la víctima sea nacional del Estado actuante. Este sería el rasgo más característico y diferenciador de la justicia universal respecto de otros criterios de extensión extraterritorial de la jurisdicción (como los principios de personalidad activa y pasiva, principio de protección,...), esto es, para su aplicación, la jurisdicción universal no precisa un vínculo o conexión (nacionalidad del autor, de la víctima, interés del Estado), ni tampoco exige la doble incriminación, ni hace depender su ejercicio de que el responsable se encuentre en el territorio nacional y no vaya a concederse su extradición<sup>53</sup>.

El primer cambio sustancial en la restricción de la eficacia del principio de justicia universal se produce con ocasión de la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Con dicha reforma se incorporan dos párrafos finales al art. 23.4 LOPJ conforme a los cuales han de concurrir alternativamente ciertos vínculos de conexión con la jurisdicción española que condicionan la aplicación de dicho principio por los tribunales españoles, por un lado, y, por otro lado, se impone el principio de subsidiariedad en el caso de que por los hechos contemplados se haya iniciado un procedimiento ante los tribunales de otro país competente o ante un Tribunal Internacional. Sin perjuicio de lo que pu-

---

«La jurisdicción universal en España: un paso atrás en la lucha contra la impunidad», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal...*, cit., pp. 559 y 587; JORGE BARREIRO, Alberto. «El principio de justicia universal: de la justicia como valor a la justicia como mercancía», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 58, 2014, p. 16. La trascendental STC 140/2018, de 20 de diciembre, que se pronuncia acerca de la constitucionalidad de la LO 1/2014, se refiere igualmente a la «dimensión funcional» del principio de jurisdicción universal: «erradicar la inmunidad respecto de la comisión de determinados crímenes, particularmente odiosos para la humanidad».

<sup>51</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., pp. 22-25.

<sup>52</sup> Conviene tener presente en este momento que el primero de los objetivos mencionados por el Convenio de Estambul consiste en «proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica» (art. 1.1.a).

<sup>53</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Principio de Justicia penal universal versus principio...», cit., pp. 92 y 96-97.

dieran disponer tratados y convenios internacionales suscritos por España, los vínculos de conexión requeridos consistían alternativamente en: a) que los presuntos responsables se hallasen en España; b) que existiesen víctimas de nacionalidad española, o; c) que se constatase «algún vínculo de conexión relevante con España». El principio de subsidiariedad en beneficio de otros tribunales estaba igualmente condicionado a que el procedimiento iniciado ante aquellos implicara una investigación y persecución efectivas.

El contexto en el que se produce la mencionada reforma es muy particular, pues los asuntos que se tramitaban en la Audiencia Nacional en aplicación del principio de justicia universal generaban presiones internacionales y considerables fricciones diplomáticas<sup>54</sup>. También cabe hablar de un pulso entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional acerca de la interpretación del principio de jurisdicción universal, asumiendo la LO 1/2009 el sentido restrictivo por el que había optado el primero de los Tribunales<sup>55</sup>.

De cualquier modo, coincide la doctrina en referirse a un punto de inflexión como consecuencia de la mencionada reforma por la LO 1/2009 y la exigencia con ella de vínculos de conexión con los intereses nacionales, entendiendo mayoritariamente que aquellas nuevas exigencias desvirtuaban el fundamento del principio de jurisdicción universal<sup>56</sup>, sobre todo consi-

<sup>54</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. «Aplicación práctica de justicia universal: claves para entender la Ley Orgánica 1/2009 y su vigencia actual», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal...*, cit., p. 595; JORGE BARREIRO, Alberto. «El principio de justicia universal...», cit., pp. 17-18.

<sup>55</sup> El «asunto Guatemala» fue el detonante del pronunciamiento del primero de los Tribunales, la STS 327/2003, de 25 de febrero, en la que confirma el auto de la Audiencia Nacional y entiende que debe existir un punto de «conexión directo con los intereses nacionales» que legitime la extensión extraterritorial de la jurisdicción. Esta decisión no estuvo exenta de polémica, incluso en el seno del propio Tribunal Supremo con la firma de un voto particular por siete de sus magistrados, y fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional. Este, en su STC 237/2005, de 26 de septiembre, estimó el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, anuló el auto de la Audiencia Nacional y la mencionada STS 327/2003 y confirmó la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar los delitos de terrorismo, genocidio y torturas cometidos en Guatemala. Un análisis comparativo entre dichas resoluciones, así como los pronunciamientos posteriores a la STC, pero anteriores a la LO 1/2009, podemos hallarlo en MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. «Aplicación práctica de justicia universal...», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal...*, cit., pp. 591-617.

<sup>56</sup> ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La obligación *aut dedere aut iudicare* y su cumplimiento es España», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, n.º 2, 2016, p. 219. En este sentido, afirma BLANCO CORDERO, Isidoro, que la reforma legal indicada contradice el fundamento del principio de jurisdicción universal, «La jurisdicción universal en España...», cit., p. 587; también MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, confirma que ya no cabía con la reforma hablar de justicia universal en el ordenamiento jurídico español y proponía otra terminología para referirse a lo contemplado en la nueva ley —«principio de justicia nacional»—, «Aplicación práctica de justicia universal...», cit., p. 617. Atinadamente pone de manifiesto MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, la paradoja que supone el hecho de

derando que con anterioridad a dicha reforma se contemplaba una concepción absoluta de dicho principio con la única restricción derivada de la cosa juzgada. Considerando, además, que la LO 1/2009 acoge las tesis del Tribunal Supremo en tal sentido<sup>57</sup>, procede añadir a las críticas doctrinales a la reforma legal las formuladas por el Tribunal Constitucional a la resolución de aquel en el «asunto Guatemala». No se limita el máximo intérprete constitucional a afirmar que la interpretación radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal que realiza el Tribunal Supremo supone una «reducción teleológica»; añade, además, que dichos criterios correctores «se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ» (STC 237/2005, FJ 8.º).

Ha de tomarse en consideración, de otra parte, que la exigencia de vínculos o elementos de conexión con los intereses nacionales que resulta de la reforma de 2009 no hace distinciones entre los diferentes tipos delictivos que, hasta ese momento, se comprendían en el catálogo bajo el ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Este sometimiento a un mismo régimen jurídico no resulta oportuno. En el catálogo de delitos del art. 23.4 LOPJ se pueden distinguir claramente delitos o crímenes internacionales que han sido calificados como de primer grado, entre los que destacan los de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra, y que suponen una violación grave de Derechos Humanos —«lesionan los bienes jurídicos supranacionales más importantes o valiosos»—, y otros que han sido calificados como de segundo grado, en los que se lesionarían intereses comunes internacionales que, por su carácter transnacional o transfronterizo, exigen una adecuada intervención interestatal<sup>58</sup>.

De ahí que se haya expuesto, conforme a lo anterior, la conveniencia de diferenciar el régimen jurídico relativo a la persecución de los críme-

---

que, por un lado, se haya ampliado progresivamente el ámbito de aplicación del principio de justicia universal mediante la inclusión de nuevos delitos por la necesidad de proteger los derechos humanos y, por otro lado, se haya limitado a su vez el principio mediante la exigencia de una serie de elementos de conexión, «Delitos objeto del principio de justicia universal: naturaleza y límites», cit., p. 346. La presencia de los requisitos recogidos en la LO 1/2009 contradecía lo recogido en los Convenios de Ginebra de 1949, pues en ellos la obligación de la justicia universal no está sujeta a condiciones; *vid.*, PÉREZ CEPEDA. Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., p. 26.

<sup>57</sup> OLLÉ SESÉ, Manuel; LAMARCA PÉREZ, Carmen. «Análisis de la regulación actual...», cit., p. 643.

<sup>58</sup> OLLÉ SESÉ, Manuel; LAMARCA PÉREZ, Carmen. «Análisis de la regulación actual del principio de justicia universal...», cit., pp. 629-630.

nes internacionales en función de su naturaleza jurídica. Es decir, la persecución de los delitos internacionales de primer grado se ajustaría a lo que se ha considerado principio de jurisdicción universal en términos absolutos —pura o absoluta—, lo que supondría no estar condicionada a la presencia de punto de conexión alguno salvo, claro está, la cosa juzgada y, además, su ejercicio habría de ajustarse al principio de concurrencia de jurisdicciones o, en su caso, al de subsidiariedad relativa. En cambio, estaría justificada la exigencia de elementos de conexión tratándose de la persecución de delitos internacionales de segundo grado, así como la subsidiariedad en su ejercicio<sup>59</sup>.

Nada de lo anterior ha ocurrido con motivo de la reforma resultante de la LO 1/2014 que constituye el régimen jurídico vigente en relación a lo que tradicionalmente se ha venido denominando justicia universal<sup>60</sup>. Sí es cierto que el régimen jurídico deja de ser uniforme para toda la categoría de delitos comprendidos en las letras del art. 23.4 LOPJ. En cada caso, para los delitos comprendidos en cada letra del precepto, se van enumerando los elementos de conexión con la jurisdicción española cuya concurrencia resulta precisa para que se produzca la extensión extraterritorial de dicha jurisdicción. En algunos casos coinciden, pues resultan de la combinación de la nacionalidad o residencia habitual del autor, la de la víctima, la permanencia del autor en España, etc.

Sí tienen en común todos los supuestos comprendidos en el art. 23.4 LOPJ —jurisdicción universal—: por un lado, que les es de aplicación el principio de subsidiariedad absoluta cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional [art. 23.5.a) LOPJ] y el principio de subsidiariedad relativa cuando el procedimiento de investigación y enjuiciamiento se haya iniciado en el Estado de comisión de los hechos o en el de nacionalidad de la persona del autor [art. 23.5.b) LOPJ]; por otro lado, les es igualmente de común aplicación a todos los supuestos previstos en tal precepto la exigencia de interposición de querrela por parte del agraviado o del Ministerio Fiscal —en lo sucesivo, MF— (art. 23.6 LOPJ); por último, que la LOPJ no termina de consagrar, a los efectos de la eficacia del principio de jurisdicción universal, la distinción entre crímenes internacionales de primer grado (genocidio, lesa humanidad,

<sup>59</sup> OLLÉ SESÉ, Manuel; LAMARCA PÉREZ, Carmen. «Análisis de la regulación actual del principio de justicia universal...», cit., pp. 665-667. Admite PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, que esta clasificación relativa a los crímenes internacionales es debida a la influencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional, «Principio de Justicia penal universal versus principio...», cit., p. 65.

<sup>60</sup> También se hace referencia en este caso a que se ejercieron presiones políticas causantes de la reforma, *vid.*, PEREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., p. 26.

crímenes de guerra, etc.) y los de segundo grado, de tal modo que siempre y en todo caso, para todo el catálogo de delitos del art. 23.4 LOPJ, se exige la concurrencia de algún punto, al menos, de conexión con los intereses españoles.

La idea esencial en la que se cimenta la reforma mencionada consiste en que son los compromisos que asume el Estado español conforme al Derecho Internacional, sus límites y exigencias, los que determinan el ámbito de actuación del principio de jurisdicción universal<sup>61</sup>. Acorde a dicha idea, correspondería al legislador español precisar, conforme a los tratados internacionales suscritos por España, los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española. Esto es, «qué delitos cometidos en el extranjero, pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones». Ello explica que, en no pocos de los supuestos de jurisdicción universal que contempla la LOPJ tras la reforma, se haga referencia, en la letra correspondiente, al Convenio del que trae causa la extraterritorialidad de la jurisdicción española, así como a las condiciones de persecución de los delitos cometidos fuera del territorio español en cada caso concreto<sup>62</sup>. Es el caso del Convenio de Estambul mencionado expresamente en la letra l) del art. 23.4 LOPJ.

La reforma de la LOPJ mediante la LO 1/2014 supuso, para muchos, el acta de defunción de lo que hasta ese momento se venía entendiendo como justicia universal. El régimen jurídico previsto originariamente en la LOPJ para la jurisdicción extraterritorial quedó reducido a la mínima expresión y la persecución de delitos cometidos fuera de los límites estatales se convirtió en una excepción<sup>63</sup>. Junto a las críticas doctrinales, la aprobación de la LO no pudo evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la misma ante el TC.

Sintetizando los motivos aducidos en el recurso, y coincidentes en gran parte con los expuestos por la doctrina<sup>64</sup>, se pueden señalar: la lesión de lo

<sup>61</sup> Así se expone literalmente en la Exposición de Motivos de la LO 1/2014: «La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice».

<sup>62</sup> El resultado de la reforma ha sido calificado, en este sentido, como un auténtico «galimatías legal»; *vid.*, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., p. 26; también a la espinosa y laberíntica redacción se refiere JORGE BARREIRO, Alberto. «El principio de justicia universal...», cit., p. 16.

<sup>63</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit. p. 26.

<sup>64</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit. pp. 36-39.

dispuesto en el art. 10.2 CE en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por contravenir el mandato de lo dispuesto en el primero de los preceptos de ajustar los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional a los dictados del derecho internacional de los derechos humanos. También alega la vulneración del art. 96 CE, al entender los recurrentes que la LO 1/2014 altera las obligaciones derivadas de los tratados y convenios internacionales ratificados por España<sup>65</sup>. No menos considerable es la crítica que se formula por la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) en la medida en que la regulación contenida en el art. 23.4 LOPJ respecto del principio de jurisdicción universal establece diferencias entre los supuestos contemplados (los puntos de conexión son diversos en unos casos y en otros) susceptibles de ser consideradas discriminatorias y en la medida en que las víctimas de los delitos contemplados en el art. 23.4 LOPJ pueden instar la tutela judicial efectiva en términos muy diversos. Por último, la exigencia de querrela por la víctima o por el MF con exclusión de la acusación popular, fue considerada por los recurrentes lesiva del derecho fundamental de acceso al proceso justo (art. 24.1 CE) y restrictiva del derecho constitucional a la participación en la administración de justicia —acción popular— (art. 125 CE).

Las anteriores objeciones no fueron atendidas por el máximo intérprete constitucional en su trascendental STC 140/2018. Ello no obsta para que dicho Tribunal concluya sin dificultad, «tal como alegan los recurrentes», que la LO 1/2014 restringe el alcance de la jurisdicción universal absoluta previsto en la redacción originaria del art. 23.4 LOPJ al establecer taxativamente la concurrencia de uno o más puntos de conexión respecto de cada uno de los delitos perseguibles extraterritorialmente.

Partiendo de su consolidada doctrina acerca del carácter no absoluto, sino prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, de configuración legal condicionado su ejercicio a la concurrencia de los presupuestos y los requisitos que el legislador establezca, afirma el Tribunal Constitucional (TC) que «la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bie-

---

<sup>65</sup> Se destacan, en particular, el IV Convenio de Ginebra de protección de personas civiles en tiempo de guerra (12 de agosto de 1949); la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948); la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (de 10 de diciembre de 1984); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006) y el Estatuto de Roma: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit. pp. 36-37.

nes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida». Esta facultad reconocida al legislador para definir las condiciones de acceso a la jurisdicción incluiría también, en opinión del TC, «la definición del contenido de la jurisdicción universal». En definitiva, en la medida en que a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, no cabe establecer un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción, se desestima el recurso de inconstitucionalidad por tal motivo<sup>66</sup>.

## **B) ADECUACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONEXIÓN DE LA LOPJ A LAS EXIGENCIAS DEL CONVENIO DE ESTAMBUL**

Admitida la constitucionalidad de la nueva LO 1/2014, dejando ahora al margen su valoración, y admitida la constitucionalidad de que se pueda condicionar la extensión territorial de la jurisdicción a la concurrencia de determinados puntos de conexión con los intereses españoles, incluso desde la perspectiva de la «justicia universal», procede a continuación analizar si existe una correspondencia entre los puntos de conexión del art. 23.4.l) LOPJ y los fijados en el Convenio de Estambul.

### **a) Que el procedimiento se dirija contra un español o un extranjero que resida habitualmente en España**

Estos son los dos primeros puntos de conexión que condicionan conforme al art. 23.4.l) LOPJ la extensión extraterritorial de la jurisdicción española en el caso de los delitos contemplados en el Convenio de Estambul. Al referirnos al modo en que tiene reflejo en el ordenamiento español el principio de personalidad activa (art. 23.2 LOPJ), hemos concluido que el mismo podría servir en gran parte para dar por satisfecho lo previsto en el art. 44.1.d) del Convenio. Aunque en aquel precepto se condiciona la perseguibilidad a que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, se añade a continuación la salvedad de que no sea necesario dicho requisito en virtud de un Tratado internacional. Esta salvedad está precisamente recogida en el Convenio de Estambul (art. 44.3) y aunque cabía formular reserva sobre este punto (art. 78.1), no lo hizo el Reino de España.

---

<sup>66</sup> Concluye la STC 140/2018 que «la Ley Orgánica 1/2014 no es, considerada en su conjunto, contraria al artículo 10.2 CE en relación con el artículo 24.1 CE por definir el principio de jurisdicción universal de forma restrictiva. Y ello por cuanto no puede deducirse del derecho internacional de los derechos humanos, que es parámetro de interpretación obligatorio para este Tribunal, un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción» (FJ 5).

La única carencia achacable al abordaje de la autoría desde la perspectiva del art. 23.2 LOPJ es la relativa a la equiparación entre nacionales y no nacionales con residencia habitual en el territorio en cuestión que hace el Convenio y que no prevé el precepto de la LOPJ, que se refiere exclusivamente a los españoles o a los extranjeros nacionalizados con posterioridad a los hechos. El Convenio de Estambul equipara al nacional con el residente habitual a los efectos de extensión extraterritorial de la jurisdicción. Pero respecto de los residentes habituales, prevé igualmente el Convenio la posibilidad de formular reserva sobre su aplicación o establecer condiciones para ello. (art. 78.1). España no formuló reserva alguna a la extensión jurisdiccional por los delitos cometidos fuera del territorio español por personas con residencia habitual en su territorio. Por consiguiente, el art. 23.2 LOPJ (principio de personalidad activa) no es por sí mismo suficiente para satisfacer las exigencias derivadas del Convenio. Sí lo es, en cambio, lo previsto en el art. 23.4.l).1.º y 2.º LOPJ.

En cualquier caso, el principio de personalidad activa ostenta, junto, sobre todo, el principio de territorialidad, carácter preferente como vínculo de conexión en el ejercicio de la jurisdicción penal, por lo que la actuación de los tribunales españoles debería ampararse en la personalidad activa antes que en la jurisdicción universal<sup>67</sup>. Esencialmente porque, además, se ha superado el principal escollo que plantea el principio de personalidad activa del art. 23.2 LOPJ —la exigencia de la doble incriminación— al no haber formulado la oportuna reserva el Estado español a las previsiones del art. 44.3 del Convenio de Estambul<sup>68</sup>. Si se reconduce esta situación al contexto del art. 23.2 LOPJ, se hace efectivo el carácter preferente de este elemento de conexión y se soslaya la aplicación del principio de subsidiariedad contemplado en el art. 23.5 LOPJ, que es de aplicación a todos «los delitos a los que se refiere el apartado anterior», esto es, a todos los delitos del art. 23.4 LOPJ sobre los que se articula el nuevo diseño de la justicia universal.

<sup>67</sup> De ahí, la idoneidad de reconducir todos estos supuestos de actuación de los tribunales españoles al amparo del principio de personalidad activa, *vid.* ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. *La Jurisdicción Universal en España*, Discurso leído el día 27 de enero de 2016 en el acto de recepción como Académica de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, Murcia, 2016, p. 107. En línea: <http://www.ralyjmurcia.es/sites/default/files/Numero%2032.2016.Do%C3%B1a%20Esperanza%20Orihuela%20Calatayud.pdf> [última consulta: 19/07/2021], p. 104.

<sup>68</sup> No solo con referencia al Convenio de Estambul, sino con carácter más general, indica ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, que no se justifica la inclusión de esta regulación —principio de personalidad activa— en la disposición relacionada con el principio de justicia universal, «salvo que sea para amparar la actuación de nuestros tribunales en aquellos casos en los que no concurra la doble incriminación», en *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 106.

## b) Víctima de nacionalidad española o con residencia habitual en España (principio de personalidad pasiva)

El segundo de los elementos de conexión exigidos por la LOPJ para poder activar esta nueva e irreconocible «versión española de justicia universal» en los delitos regulados en el Convenio de Estambul se centra en la nacionalidad o residencia de la víctima. Esto es, que «el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de la comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España» [art. 23.4.I).3.º LOPJ]. Supone el reconocimiento del principio de personalidad pasiva como título habilitador del ejercicio de competencias extraterritoriales<sup>69</sup>. Este principio se hace extensivo no solo a las víctimas de nacionalidad española, sino también a quienes residieren habitualmente en nuestro territorio, lo cual resulta más excepcional. En todo caso, el régimen resultante de la LO 1/2014 condiciona la aplicación de este criterio extraterritorial a que la víctima tuviere la nacionalidad española o la residencia habitual en España «en el momento de la comisión de los hechos»<sup>70</sup>.

La exigencia de este vínculo con los intereses españoles supone una negación de la justicia universal en el sentido absoluto y originario de la LOPJ. Pero, incluso con estas limitaciones, mejora aparentemente lo previsto en el Convenio de Estambul, pues en este se contempla también la posible extensión extraterritorial de la jurisdicción por la nacionalidad o residencia de la víctima, pero esta disposición no tiene carácter vinculante para los Estados firmantes.

En efecto, si nos atenemos a la literalidad del art. 44.2 del Convenio, en el mismo se prevé que los Estados parte «se esforzarán» por adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su jurisdicción con respecto de cualesquiera de los delitos previstos en el Convenio cuando la víctima del delito sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Afirma ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, que se trata de un título bastante discutido en la doctrina y en la práctica internacional, pues existen supuestos en los que los Estados de la nacionalidad del delincuente se han opuesto a la aceptación de esta extensión de la competencia judicial de los tribunales de un Estado, *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 107; la misma autora en, «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 182.

<sup>70</sup> Esta limitación no estaba prevista en la regulación del art. 23.4 LOPJ resultante de la LO 1/2009 que, si bien no contemplaba la condición de la víctima con residencia habitual en España, tampoco excluía a las víctimas que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a los hechos y, además, resultaba de aplicación a todo el elenco de delitos comprendidos bajo la jurisdicción universal.

<sup>71</sup> El Informe Explicativo al Convenio confirma esta naturaleza no vinculante (*However, there is no obligation imposed on Parties, as demonstrated by the use of the expression «endeavour»*), «Explanatory Report», cit., p. 38.

La aparente mejora que para la situación de la víctima española o residente en España supone el texto de la LOPJ con respecto al Convenio no es tal, pues la Ley española añade nuevos elementos de conexión en el mismo precepto para poder justificar la extensión jurisdiccional cuando la víctima sea española o residente en España. En concreto exige («siempre que») que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

Los redactores del Convenio de Estambul aducen, en fundamento de este motivo de extensión jurisdiccional, que el mismo se basa en la premisa de que el interés particular de la víctima nacional coincide con el interés general del Estado de perseguir los crímenes cometidos contra sus nacionales o residentes<sup>72</sup>. Dejando sentado que la exigencia de un punto de conexión como el indicado —principio de personalidad pasiva— pugna con la esencia del principio de justicia universal<sup>73</sup>, las actuaciones al amparo de este título habilitador pueden percibirse positivas en la lucha contra la impunidad. Repasando el tratamiento que las víctimas nacionales o residentes reciben en la LOPJ, resulta cierto, tal como se ha criticado en la doctrina, que dicho trato no destaca, precisamente, por ser uniforme u homogéneo. En efecto, la condición de víctima nacional como elemento de conexión que habilita la extensión jurisdiccional española, actúa de muy distinta manera dependiendo de las conductas criminales contempladas, lo que ha conducido a la doctrina a referirse a tres categorías distintas de víctimas con distinto grado de protección<sup>74</sup>:

<sup>72</sup> «Explanatory Report», cit., p. 38.

<sup>73</sup> MONTESINOS PADILLA, Carmen. «La jurisdicción universal en regresión...», cit., pp. 103-104.

<sup>74</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., pp. 37-38. Esta diferente condición de las víctimas fue alegada como fundamento del recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 1/2014 por lesionar el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE). Este extremo es negado por la STC 140/2018 que hace suyo el argumento recogido en la Exposición de Motivos de la LO, esto es, que «la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice», concluyendo que el modelo por el que ha optado el legislador español, un modelo casuístico y complejo, es razonable desde el punto de vista de los compromisos internacionales asumidos por España. *Vid.* las críticas de ESTEVE MOLTO, José Elías: «Examinados el texto y el detonante extralegal de la reforma, pudiera pensarse que los redactores del nuevo artículo 23.4 LOPJ desplegaron ante las mesas de sus despachos, los casos en instrucción ante la Audiencia Nacional y a partir de ahí legislaron de forma restrictiva para proceder al archivo de los mismos»; añadiendo que este tratamiento privilegiado y discriminatorio en modo alguno obedece a la gravedad de los delitos cometidos y resulta arbitraria, en «La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 30, 2014, pp. 176-180. Esta percepción no es nada extravagante, y en tal sentido, le asalta igualmente a ORIHULEA CALATAYUD, Esperanza, la «impresión de que se ha legislado pensando en el archivo de los casos planteados ante la Audiencia Nacional» y utiliza la expresión «derecho líquido» para referirse a ese estado de cosas, en *La Jurisdicción Universal en España*, cit., pp. 101 y 117.

- a) Las víctimas de primera, a las que se otorga la máxima protección, persiguiendo el delito cualquiera que sea el lugar de la comisión, siempre que aquellas tuvieran nacionalidad española [víctimas de los delitos de terrorismo del art. 23.4.e) LOPJ].
- b) Las víctimas de segunda; en estos casos, la extensión jurisdiccional se condiciona, no solo a la nacionalidad española de la víctima, sino a que el presunto autor de los hechos se encuentre en España.
- c) Las víctimas de tercera o «invisibles» en cuanto la jurisdicción española se activa extraterritorialmente solo en función de la nacionalidad del autor (personalidad activa) o de si el mismo se encuentra en territorio español [víctimas de lesa humanidad, genocidio o contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado del art. 23.4.a) LOPJ]<sup>75</sup>.

En el supuesto reservado para el Convenio de Estambul en la LOPJ [art. 23.4.l)] la víctima española o residente habitual en España pertenecería a la segunda de las mencionadas categorías (víctimas de segunda) en la medida en que la condición de tal y su nacionalidad o residencia no son causa suficiente para activar la jurisdicción española si el delito se ha cometido fuera de su territorio. Se exige en este supuesto, el requisito añadido de la presencia en España de la persona imputada por la comisión del mismo. En conclusión, no se puede afirmar que el legislador español haya cumplido con el requerimiento del Convenio de forma satisfactoria. Si bien es cierto que la extensión de la jurisdicción española en este caso no era vinculante, sino potestativa («se esforzarán por adoptar las medidas...»), también lo es que una vez realizado el «esfuerzo» de incorporar tal previsión a la LOPJ, el mismo queda adulterado y resulta menos efectiva si además se requiere la presencia en España del presunto autor<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Este supuesto es particularmente grave como denuncia PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, pues se desprotege a la víctima sin arraigo nacional y se cobija al delincuente en nuestro país, aunque haya cometido hechos graves contra derechos fundamentales, si la víctima no es española o residente en España y aunque el autor se encuentre en territorio español, «Ley Orgánica 1/2014...», cit., p. 26.

<sup>76</sup> Los Convenios o Tratados que prevén el principio de personalidad pasiva, ya sea obligatoriamente o, como en el caso del Convenio de Estambul, facultativamente, lo hacen incorporando un principio habilitador distinto de otros que se contemplan en dichos Convenios o Tratados, y no un límite a la jurisdicción universal, que es lo que ha terminado por perpetrar el legislador español, desvirtuando el principio de universalidad. Además, en este supuesto la restricción de la competencia de los tribunales españoles en comparación con la prevista en conforme a la LO 1/2009 resulta evidente, *vid.* ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 110.

### c) El principio *aut dedere aut iudicare*

Conforme a lo expuesto hasta ahora, podemos constatar que el Convenio de Estambul incorpora varios títulos habilitadores del ejercicio de su jurisdicción por los Estados firmantes. Junto a los principios de territorialidad y de personalidad activa —obligatoriamente—, y el principio de personalidad pasiva —facultativamente—, dicho Convenio recoge igualmente el principio o regla *aut dedere aut iudicare* (o extraditar, o juzgar). Al respecto, dispone imperativamente que las Partes «adoptarán» las medidas legislativas o de otro tipo necesarias «para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio en los casos en los que el presunto autor se encuentre presente en su territorio y no pueda ser extraditado a otra Parte únicamente por razón de su nacionalidad» (art. 44.5)<sup>77</sup>.

Esta obligación de extraditar o juzgar constituye uno de los pilares en los que se fundamenta la lucha contra la impunidad en el marco de los delitos que analizamos, de ahí su incorporación a los tratados y convenios auspiciados por la ONU o a nivel regional (Consejo de Europa)<sup>78</sup>. Sin embargo, la redacción de las cláusulas convencionales en las que se recoge dicha regla es heterogénea y las mismas no siempre condicionan la obligación de juzgar a la existencia de una previa solicitud de extradición<sup>79</sup>. En efecto, afirma ORIHUELA CALATAYUD que dichas cláusulas «comparten unos caracteres comunes que guardan relación con su objetivo —hacer efectivo el enjuiciamiento de los presuntos culpables de la comisión de crímenes internacionales y, por tanto, la lucha contra la impunidad— y con el mecanismo establecido para su consecución que pivota entre la extradición o el enjuiciamiento de estas personas»<sup>80</sup>.

Conforme a lo anterior, se podrían clasificar los Convenios que recogen dicha regla, por un lado, entre los que imponen a las partes la obligación de juzgar a los responsables de los crímenes en ellos contemplados si se hallaren en su territorio, salvo que se hubiera solicitado su extradición y el Estado requerido admitiera la entrega. Esto es, conforme a este modelo,

<sup>77</sup> El Informe Explicativo del Convenio afirma, en efecto, que dicho párrafo se refiere al principio «*aut dedere aut iudicare* (extradite or prosecute)», «Explanatory Report...», cit., p. 38.

<sup>78</sup> ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La obligación *aut dedere aut iudicare*...», cit., p. 207. Se trataría de un mecanismo más de «cierre de ciertas brechas jurisdiccionales» para garantizar el respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *vid.*, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «La LO 1/2014...», cit., p. 20.

<sup>79</sup> ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. «La obligación *aut dedere aut iudicare*...», cit., p. 208.

<sup>80</sup> *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 60.

existe una obligación de juzgar a dichas personas, obligación solo eludible si se solicitara y aceptara su extradición (*primo iudicare secundo dedere*)<sup>81</sup>. Por otro lado, estarían los Convenios que ponen el acento en la solicitud de extradición, de tal modo que no existiría obligación de juzgar a quien se hallare en el territorio de una parte firmante sino no hubiera precedido aquella petición de entrega del responsable. En estos casos, el enjuiciamiento se presenta como una alternativa a la denegación de una solicitud de extradición, de modo tal que la obligación de enjuiciar solo surge cuando se deniega la petición de extradición (*primo dedere secundo iudicare*)<sup>82</sup>. Los Convenios pertenecientes al primer grupo serían los que siguen el modelo o *fórmula de La Haya* y los pertenecientes al segundo grupo seguirían el modelo o *fórmula de Ginebra* por alusión a los Convenios que les sirven de referencia a ambos modelos: a) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, celebrado en La Haya el 16 de diciembre de 1970, por un lado<sup>83</sup>; y b) Convenio Internacional para la represión de

<sup>81</sup> En consonancia con este modelo, la extradición se plantea como una alternativa a la obligación de juzgar, pero en ausencia de esa petición estimada, se ha de juzgar. Vid. ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. *La Jurisdicción Universal en España*, cit., pp. 60-69.

<sup>82</sup> Entiende ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, que en estos supuestos «han primado el interés de perseguir y juzgar de los Estados conectados con el crimen por otros vínculos más directos sobre la certeza del enjuiciamiento y la efectividad de la lucha contra la impunidad», concluyendo que el compromiso de los Estados parte resulta menos riguroso que el establecido en los convenios que formulan la citada regla imponiendo la obligación de enjuiciamiento, *La Jurisdicción Universal en España*, cit., pp. 69-71. La misma autora en «La obligación *aut dedere aut iudicare*...», cit., pp. 211-212.

<sup>83</sup> El art. 4.2 del mismo dispone que «cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo». En este supuesto, la mera presencia del presunto delincuente en el territorio de un Estado distinto al de matrícula de la aeronave, legitima a aquel a proceder a su detención o a la adopción de medidas tendentes a asegurar su presencia (art. 6.1), a realizar una investigación preliminar de los hechos (art. 6.2) y notificar la detención y sus circunstancias a los Estados interesados —de matrícula de la aeronave, de nacionalidad del detenido, etc.— (art. 6.4). Sobre todo, se dispone que «El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio (...)» (art. 7). Acerca de las dudas sobre el momento en que surge la obligación de enjuiciamiento —desde la presencia del presunto autor en el territorio del Estado o desde la existencia de una solicitud de extradición que es denegada— trae a colación ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 20 de julio de 2012, en el asunto Hissène Habré en la que, pronunciándose sobre la naturaleza y el significado de la obligación establecida en el artículo 7.1 de la Convención contra la tortura, advirtió que la obligación de enjuiciamiento establecida en esa disposición es incondicional y que la extradición, limitada según la propia Convención a los Estados que conforme a sus disposiciones tengan competencia para enjuiciar, solo actúa como mecanismo que permite eludir su cumplimiento, *La Jurisdicción Universal en España*, cit., pp. 66-68.

la falsificación de la moneda, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1929, por otro lado<sup>84</sup>.

Hechas estas aproximaciones, procede a continuación resolver si el Convenio de Estambul, cuando acoge la regla *aut dedere aut iudicare*, se adapta a la fórmula de La Haya o a la de Ginebra. Resuelto este punto, se trataría de analizar si la regla en cuestión, que ha de ser adaptada imperativamente en el ordenamiento de los Estados firmantes como se ha dicho, tiene el correspondiente reflejo en la LOPJ.

En cuanto a la fórmula a la que se adhiere el Convenio de Estambul, la primera impresión resultante es que no queda nada clara esta cuestión. Tal y como se ha transcrito *supra*, el art. 44.5 del Convenio condiciona la imperativa extensión extraterritorial de la jurisdicción por los delitos —todos— previstos en dicho Convenio a que el presunto autor se encuentre presente en su territorio y «no pueda ser extraditado a otra Parte únicamente por razón de su nacionalidad». Nada se dice acerca de si el análisis de la imposibilidad de extradición ha de ir precedida de una solicitud expresa de entrega y una decisión denegatoria de la misma. Más explícito es el Informe Explicativo del Convenio, conforme al cual, el mencionado precepto constituye el fundamento normativo para extender la jurisdicción y enjuiciar en el caso en que la Parte haya «rechazado extraditar» (*refuse to extradite*)<sup>85</sup>. En consecuencia, la extensión jurisdiccional se condiciona a la existencia de una previa solicitud de entrega del presunto autor por parte de otro Estado y al rechazo de la misma, lo que aproxima este modelo de Convenio a la denominada *fórmula de Ginebra (primo dedere secundo iudicare)*<sup>86</sup>.

Esta formulación de la regla *aut dedere aut iudicare* que asume el Convenio de Estambul y que condiciona el enjuiciamiento a la existencia de una previa solicitud de extradición y posterior denegación de la misma encuentra reflejo en el último inciso del art. 23.4 LOPJ que permite extender la jurisdicción española al conocimiento de todos los delitos comprendidos en

<sup>84</sup> Conforme al art. 9 de dicho Convenio, «Los extranjeros que hayan cometido hechos previstos en el artículo 3 y que se encuentren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general el principio de la persecución de infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de dicho país.

La obligación de la persecución se subordinará a la condición de que la extradición haya sido solicitada y que el país requerido no pueda entregar al inculpado por una razón sin relación con el hecho».

<sup>85</sup> «Explanatory Report...», cit., p. 38.

<sup>86</sup> Esta es la opinión de ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, en relación a determinados Convenios auspiciados por el Consejo de Europa en la última década, entre los que menciona expresamente el Convenio de Estambul, *La Jurisdicción Universal en España*, cit., pp. 71-72.

dicho precepto y «cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España». En consecuencia, el Estado español no podría proceder judicialmente contra quien, habiendo participado presuntamente en cualquiera de los hechos criminales previstos en el Convenio, se hallare presente en territorio español, si no se formulare desde otro Estado parte con vínculo jurisdiccional más intenso la oportuna solicitud de entrega y fuera esta denegada<sup>87</sup>. Esta situación puede dar lugar, sin duda, a lamentables espacios de impunidad cuando el Estado con jurisdicción preferente (territorialidad o personalidad activa) no tenga voluntad o interés en la reclamación, si no concurre algún vínculo o conexión con la jurisdicción española (nacionalidad de la víctima, por ejemplo)<sup>88</sup>.

#### d) Límites derivados del principio de subsidiariedad

La persecución y enjuiciamiento en España de los delitos contemplados en el Convenio de Estambul al amparo del art. 23.4.l) LOPJ aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional están sujetos en dicho cuerpo normativo a una serie de restricciones. Una de ellas es la limitación derivada del principio de subsidiariedad. Dicho principio está recogido en el apartado 5 del art. 23 LOPJ y, conforme al mismo, los delitos comprendidos en el apartado anterior (jurisdicción universal) «no serán perseguibles en España» cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento, o bien en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte, o bien en otro Estado<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Se trataría de la formulación «limitada» del principio *aut dedere aut iudicare* en opinión de PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «La LO 1/2014...», cit., p. 33.

<sup>88</sup> Vid. acerca de los problemas de persecución en España (y excarcelaciones de los presuntos autores) planteados a raíz de la aplicación de este principio limitado con motivo de los delitos de tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «La LO 1/2014...», cit., p. 33. El inciso que comentamos de la LOPJ no sería suficiente en el supuesto en que convencionalmente se recogiera la formulación denominada de La Haya de la regla *aut dedere aut iudicare* y que contempla la extradición como la única alternativa posible que exime de la obligación de enjuiciar. Compartimos, pues, la autorizada opinión sobre este punto de ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, quien concluye que los redactores y legisladores de la LO 1/2014 desconocían que la regulación convencional de la máxima *aut dedere aut iudicare* no es uniforme y que en bastantes supuestos se prima el enjuiciamiento, *La Jurisdicción Universal en España*, cit., pp. 85-86.

<sup>89</sup> No son pocos los autores que han criticado la traslación de este principio al LOPJ del modo en que se ha hecho, particularmente respecto de lo previsto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el que se ha optado por el principio de complementariedad. Vid. MONTESINOS PADILLA, Carmen. «La jurisdicción universal en regresión...», cit., p. 113.

El primer supuesto, conocido como principio de subsidiariedad vertical<sup>90</sup>, ha de entenderse referido esencialmente a la Corte Penal Internacional (CPI). Sin embargo, la concurrencia de jurisdicciones entre dicha Corte y los tribunales de los Estados firmantes del Convenio de Estambul se antoja inviable considerando las escasas competencias materiales de la primera<sup>91</sup> y que los delitos a que se refiere el Convenio de Estambul no son de los comprendidos entre dichas competencias. El segundo supuesto de exclusión, conocido como principio de subsidiariedad horizontal<sup>92</sup>, puede resultar de aplicación más frecuente a la vista de los diferentes criterios de atribución de competencia que prevé el Convenio de Estambul y la posibilidad de que se produzca una concurrencia de las mismas en el caso de que los diferentes Estados pretendan hacerlas efectivas<sup>93</sup>.

El Convenio de Estambul no contempla previsiones suficientemente claras para resolver este entuerto, más allá de la determinación de cuál de los Estados Parte se encuentra en mejor situación para tramitar las diligencias. Pero sin especificar qué criterios pueden considerarse para alcanzar dicha conclusión, salvo el de que las «Partes en cuestión se pondrán de acuerdo»<sup>94</sup>. El ordenamiento español sí contiene las claves para excluir el conocimiento por los tribunales españoles de los delitos comprendidos en el catálogo de la jurisdicción universal. En los supuestos de concurrencia de jurisdicciones, se excluye la de los tribunales españoles si se ha iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en otro Es-

<sup>90</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «La LO 1/2014...», cit., pp. 34-35.

<sup>91</sup> En efecto, conforme al art. 5.1 del Estatuto de Roma, «la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión». Al respecto, se afirma que la CPI ha nacido con limitaciones como consecuencia de su reducida competencia material y temporal, y las exigencias impuestas para su actuación. *Vid.* al respecto ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. *La Jurisdicción Universal en España*, cit., pp. 93-100. Coinciden otros autores en que la jurisdicción de la CPI no se ha desarrollado todavía hasta sus últimas consecuencias, si bien aprecian una indudable vocación de universalidad gracias a los mecanismos previstos para extender su jurisdicción; *vid.* OLÁSULO ALONSO, Héctor; CARNERO ROJO, Enrique. «Extensión y límites de la jurisdicción personal, territorial y temporal de la Corte Penal Internacional», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *El principio de Justicia Universal...*, cit., pp. 105-138.

<sup>92</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «La LO 1/2014...», cit., p. 35.

<sup>93</sup> Acerca de los riesgos que pueden derivarse de la concurrencia horizontal (persecuciones múltiples, impacto sobre la soberanía e intereses legítimos de los Estados implicados, la práctica del *forum shopping*, etc.) *vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. «De la extensión y límites de la jurisdicción...», cit., pp.

<sup>94</sup> En su literalidad, dispone el art. 44.6 del Convenio que «Cuando varias Partes reivindiquen su competencia con respecto a un presunto delito de los previstos en el presente Convenio, las Partes en cuestión se pondrán de acuerdo, en su caso, a efectos de determinar aquella que se encuentre en mejor situación de tramitar las diligencias».

tado, pero concretando que esta exclusión opera si se trata del Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos (principio de territorialidad) o del Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión (principio de personalidad activa). Esto es, la LOPJ consagra una cesión a favor de las jurisdicciones que tienen preferencia en virtud de los principios de territorialidad y de personalidad activa, que son también los que necesariamente atribuyen jurisdicción conforme al Convenio de Estambul<sup>95</sup>.

Esta exclusión de los tribunales españoles a favor de la jurisdicción preferente de otros Estados no se hace efectiva, sin embargo, de forma automática, ya que no será de aplicación «cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo» (art. 23.5.II LOPJ). Estas condicionantes de la exclusión jurisdiccional española se concentraban conforme a la redacción correspondiente a la LO 1/2009 en la «efectividad» de la investigación y persecución en esos otros Estados. Ahora bien, ¿quién resuelve y conforme a qué criterios que en el Estado de jurisdicción preferente existe voluntad y capacidad de investigación y persecución de los hechos? La nueva redacción dada por la LO 1/2014 sobre este punto atribuye la competencia para valorar tales circunstancias a la Sala 2.<sup>a</sup>, de lo Penal, del Tribunal Supremo<sup>96</sup> y, a su vez,

<sup>95</sup> La incorporación de este principio de subsidiariedad horizontal con ocasión de la jurisdicción universal tiene lugar con la LO 1/2009, pero en aquel momento, se ampliaba su eficacia en la medida en que se excluía la jurisdicción española cuando se hubiera iniciado un procedimiento de investigación y persecución efectiva en «otro país competente». Algunos autores han atisbado en aquella reforma un «intento máximo de limitar la competencia universal de nuestros jueces y tribunales»; *vid.* ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 136.

<sup>96</sup> Dice la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 que es la «relevancia» de la valoración de las circunstancias la que justifica la atribución a la Sala de lo Penal del TS. Este desapoderamiento de sus competencias a los juzgados y Salas de la Audiencia Nacional (arts. 65 y 88 LOPJ) ha sido objeto de crítica. Se ha afirmado, por ejemplo, que este encadenamiento de requisitos y excepciones a los mismos convierten este apartado en un trabalenguas que contradice la claridad y seguridad jurídica anunciadas por la Exposición de Motivos, así como que muestra expresamente una desconfianza ante los órganos de la Audiencia Nacional; *vid.* BUJOSA VADELL, Lorenzo. «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa la justicia universal», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, p. 232. También SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, quien afirma que se hurta al juez competente sobre la instrucción y el fondo de la capacidad de valorar la concurrencia del requisito, convirtiéndose en una cuestión prejudicial devolutiva reservada al Tribunal Supremo, «El fin del modelo español de jurisdicción universal», cit., pp. 4-5. A estas críticas se suma ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, compartiendo los argumentos y añadiendo que esta centralización en el Tribunal Supremo puede interpretarse como una firme voluntad de atribuir estas decisiones a una Sala que no se ha caracterizado por su apoyo y sensibilidad hacia la jurisdicción universal, *La Jurisdicción Universal en España*, cit., pp. 137-138. En este último sentido también MONTESINOS PADILLA, Carmen. «La jurisdicción universal en regresión...», cit., p. 113.

aquella fija los cánones a considerar en la conclusión de si existe voluntad o capacidad de persecución<sup>97</sup>.

Por lo tanto, se puede concluir que, en ausencia de mayor concreción en las disposiciones del Convenio de Estambul acerca de la jurisdicción preferente en caso de concurrencia, a salvo la genérica referencia a que los Estados Parte se pongan de acuerdo a efectos de determinar la competencia que «se encuentre en mejor situación de tramitar las diligencias» (art. 44.6), habrá que aplicar las previsiones del art. 23.5 LOPJ que, en virtud del principio de subsidiariedad, excluye la jurisdicción española a favor del Estado del lugar del comisión del hecho delictivo (principio de territorialidad) o del Estado de nacionalidad de la persona a la que se impute el mismo (principio de personalidad activa).

#### e) Límite derivado del principio *ne bis in idem*

El art. 23.4 LOPJ, que acoge la dimensión reducida de la jurisdicción universal, no contempla la exclusión de la jurisdicción española para el supuesto en que el presunto autor de los hechos haya sido ya juzgado y absuelto, indultado o penado en el extranjero. Tampoco, por consiguiente, la letra l) que se refiere a los delitos regulados en el Convenio de Estambul y ni siquiera este último, que guarda silencio al respecto. La prohibición del *bis in idem* sí está contemplada, sin embargo, para el supuesto de extensión extraterritorial de la jurisdicción española a los delitos cometidos fuera del territorio nacional si los criminalmente responsables fueran españoles o hubieran ad-

<sup>97</sup> Al objeto de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, dice el precepto en cuestión que «se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia». Por otro lado, para determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, dice igualmente el mismo precepto que «se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio». En relación a los criterios, se afirma en la Exposición de Motivos de la citada LO 1/2014 que se corresponden con los recogidos en el Estatuto de la CPI. En efecto, los criterios de valoración mencionados acerca de la voluntad y capacidad de intervenir de otro Estado, han sido trasladados literalmente de lo dispuesto para idéntico supuesto en el art. 17.2 y 3 del Estatuto de la CPI relativo a los criterios de admisibilidad.

quirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho —principio de personalidad activa— (art. 23.2 LOPJ).

Este silencio no ha de ser interpretado en el sentido de que no sea de aplicación el principio *ne bis in idem* a los casos contemplados en el Convenio de Estambul en los restantes supuestos diversos al de nacionalidad española del autor o principio de personalidad activa. Compartiendo la opinión de ORIHUELA CALATAYUD, hemos de entender que, pese a la desaparición de esta exigencia en la actual regulación de la jurisdicción universal, la imposibilidad del ejercicio de jurisdicción penal en caso de que el delincuente haya sido absuelto o penado y haya cumplido condena «sigue siendo aplicable en virtud del principio *non bis in idem*»<sup>98</sup>. Se trataría en definitiva de un fundamento de estricta justicia<sup>99</sup>.

La aplicación de dicho principio en el ámbito de la justicia universal que nos afecta resulta plenamente operativa, pese al silencio de la LOPJ al respecto, pues se enmarca directamente en el bloque de constitucionalidad aunque no se mencione de forma expresa en nuestro texto constitucional. Dicho principio sí que encuentra acomodo explícito en tratados y convenios ratificados por España. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) al disponer que «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país» (art. 14.7). Al igual que el Protocolo Número 7 al CEDH, conforme al cual, «nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado» (art. 4.1)<sup>100</sup>. En cualquier caso, el máximo intérprete constitucional ha considerado que la lesión

<sup>98</sup> Añade la autora que esta limitación no ampara los supuestos en los que los Estados renuncian al ejercicio de la jurisdicción penal como consecuencia de la aprobación de Leyes de Amnistía o de Punto Final ya que las mismas carecen de efectos extraterritoriales y resultan inoponibles a terceros Estados, *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 139. La misma autora en «La cooperación internacional contra la impunidad...», cit., p. 223. Sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía y las obligaciones respecto de los crímenes internacionales, vid. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco; GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. «Propuesta sobre el principio de justicia universal: algunas reflexiones», en PÉREZ CEPEDA Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal...*, cit., pp. 216-221.

<sup>99</sup> También se fundamentaría en el principio de legalidad penal o en el de proporcionalidad. Vid. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco; GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. «Propuesta sobre el principio de justicia universal...», cit., p. 222.

<sup>100</sup> Lo anterior se vincula con lo dispuesto en la CE acerca de que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2).

de dicho principio supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), «entre las que adquiere singular relevancia la garantía relativa a no ser sometido a proceso penal en más de una ocasión por los mismos hechos» (SSTC 4/2004, de 14 de enero; 23/2008, de 11 de febrero).

Si lo anterior tiene una eficacia reconocida a nivel nacional, esto es, limitada dentro de la jurisdicción interna de cada Estado, el principio *ne bis in idem* tiene reconocida también una eficacia a nivel transnacional en el ámbito de la UE. Constituyó un hito importante al respecto lo previsto en los arts. 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990, así como la interpretación sobre los mismos preceptos en la abundante jurisprudencia del TJUE. Pero una vez en vigor el Tratado de Lisboa, hay que destacar también lo previsto en el art. 50 de la CDFUE por su eficacia vinculante: «Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley». La vulneración del principio *ne bis in idem* actúa igualmente como motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución de la solicitud basada en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en los múltiples instrumentos normativos en que se ha aplicado este último principio<sup>101</sup>. Estos textos condicionan la eficacia del principio *ne bis in idem* a que haya recaído una resolución definitiva, ya sea de condena, ya de absolución, o, en su caso, de sobreseimiento libre. Pero como podremos comprobar más adelante al referirnos a los conflictos de jurisdicción, este principio puede verse igualmente afectado por la existencia de dos procedimientos paralelos en distintos Estados por los mismos hechos y contra la misma persona, aunque todavía no se haya producido un pronunciamiento definitivo<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> La Ley española 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, recoge en sintonía con lo anterior y como motivo general para denegar el reconocimiento o ejecución de lo solicitado en la resolución la vulneración del principio *non bis in idem* [art. 32.1.a)].

<sup>102</sup> Vid. GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> Isabel. «La Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en procesos penales», *Revista Unión Europea Aranzadi*, n.º 4, 2010, pp. 7 y ss.; HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: ¿Hacia una nueva normativa sobre resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción penal?», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 71, 2018, pp. 224-225; el mismo autor en «Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal: marco normativo en la UE y perspectivas de futuro», en ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat (dirs.). *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 476-479; VERVAELE, John A.E. «*Ne bis in idem*: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *InDret*, n.º 1, 2014, pp. 1-33. Disponible en internet: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1027.pdf> [última consulta: 19/07/2021].

## f) La querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal como ¿presupuesto de procedibilidad?

La LOPJ condiciona la perseguibilidad de los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal, con inclusión de los referidos en el Convenio de Estambul, a que se haya interpuesto previamente la oportuna querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal (art. 23.6 LOPJ). El requisito de la querrela ha sido incorporado también por la LO 1/2014 en sintonía con el espíritu de restricción al máximo de la extensión extraterritorial de la jurisdicción fundada en la justicia universal. Con anterioridad a dicha reforma, la necesaria iniciativa procesal a instancia de tercero por delitos cometidos fuera del territorio español se limitaba a los supuestos en los que resultaba de aplicación el principio de personalidad activa, esto es, cuando fuera español o extranjero nacionalizado con posterioridad a la comisión de los hechos el presunto responsable. Además, en estos casos no se exigía necesariamente la querrela, sino que podía bastar la mera denuncia del agraviado<sup>103</sup>.

Con la reforma mediante la LO 1/2014, se requiere la querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal para todos los supuestos en los que no sea de aplicación el principio de territorialidad en sentido estricto. Esto es, la persecución en España de hechos cometidos fuera de su territorio precisa de la mencionada querrela, ya sea en virtud del principio de personalidad activa (art. 23.2 LOPJ), ya en virtud del principio de protección (art. 23.3 LOPJ) o ya en virtud del principio de justicia universal (art. 23.4 LOPJ).

El requisito de la querrela del Ministerio Fiscal no es objetable desde el punto de vista de la normativa procesal, pues están sujetos a la obligación de ejercitar las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en la causa (arts. 105.1 LECrim y 3.4 EOMF), en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (arts. 124 CE y 1 EOMF). Además, el ejercicio de la acción penal cuando proceda se hará en forma de querrela (art. 271 LECrim). Los cambios derivados de la reforma han afectado, sobre todo, a la exclusión de la acción penal popular que legitima a cualquier ciudadano español a intervenir como parte acusadora y a la exclusión de la suficiencia de la denuncia como manifestación de la *notitia criminis* para poder incoar una causa penal. Ni siquiera resulta suficiente ahora la denuncia del agraviado, requiriéndose su personación como parte a través de la oportuna querrela.

<sup>103</sup> Así, disponía en su redacción original el art. 23.2.b) LOPJ que la actuación de la jurisdicción española en estos casos requería «que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles».

Estos cambios han resultado trascendentales, sobre todo la exclusión de la acusación popular, pues se excluye de un plumazo la vía más utilizada hasta el momento en los procedimientos abiertos ante la Audiencia Nacional al amparo de la jurisdicción universal<sup>104</sup>. Ello porque no puede ignorarse que en numerosas ocasiones la víctima ha fallecido o ha desaparecido o no está en condiciones de ejercitar la acción penal (por presiones o amenazas a ellas o a sus familias o por carecer de recursos suficientes para ello), descausando en estos casos el peso y responsabilidad de la acusación en asociaciones que han luchado contra la impunidad de los criminales<sup>105</sup>.

Las dudas acerca de la constitucionalidad de la supresión de la acción popular fueron puestas de manifiesto ante el TC en el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario Socialista. En el mismo se reconoce, como no podía ser de otra manera, que el derecho al ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) es un derecho de configuración legal y corresponde al legislador determinar en qué casos resulta procedente su ejercicio. El cuestionamiento derivaría del carácter arbitrario de la exclusión de la acusación popular por parte del legislador de la LO 1/2014, en la medida en que afectaría a infracciones penales graves en las que se ve afectada directamente la sociedad y la comunidad internacional, pero «sin que exista ni un fin legítimo ni una causa justificada para tal exclusión».

El TC resuelve esta cuestión con suma brevedad y sin grandes alardes argumentativos, recordando que el ejercicio de la acción popular contemplado en el art. 125 CE es un derecho de configuración legal y que «si no hay consagración explícita de la acción popular en la ley, directa o por remisión, tal acción no existe en el ámbito de que se trate, y esa inexistencia en modo alguno suscita problema alguno de constitucionalidad (STC 64/1999, de 26 de abril, FJ 3)». «Por tanto, la falta de previsión de la acción popular en los supuestos en que se pretenda movilizar la jurisdicción española en aplicación de cualquiera de los principios de extensión extraterritorial de dicha jurisdicción previstos en el artículo 23 LOPJ no supone, en sí misma,

<sup>104</sup> ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 140. Supone la derogación *de facto* del art. 125 CE que garantiza el derecho de los ciudadanos a ejercer la acción popular: *vid.* ESTEVE MOLTÓ, José Elías. «La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...», cit., p. 181; o cercenar considerablemente la operatividad del art. 23.4 LOPJ, *vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, «El fin del modelo español de jurisdicción universal», cit., p. 5.

<sup>105</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo. «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...», cit., p. 232. También se argumenta, en contrario, que esta limitación podrá ser más o menos criticable, pero que se trata una posibilidad de la que el legislador dispone conforme con la propia Constitución y las leyes; *vid.* TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. «Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal», *Revista Jurídica de Asturias*, n.º 38, 2015, p. 42.

vulneración del artículo 125 CE». No entra el TC en la cuestión planteada en el recurso acerca de si la libertad del legislador al excluir implícitamente la acusación popular es absoluta o si se justifica con algún fin legítimo<sup>106</sup>.

La segunda trascendental alteración que incorpora la LO 1/2014 a efectos de perseguibilidad de los delitos comprendidos bajo el paraguas de la jurisdicción universal es el de la exigencia de la querrela por parte del agraviado. Esta exclusión implícita de la denuncia de la persona ofendida como presupuesto de procedibilidad suficiente constituye otra fuga respecto del régimen jurídico ordinario. Por regla general, la denuncia representa un acto de transmisión de la *notitia criminis* que puede proceder de la propia víctima u ofendido, pero también de cualquier otra persona al configurarse el de denunciar como una auténtico deber (arts. 259 y ss. LECrim). En ocasiones, en consideración a la víctima u ofendido por el delito se hace depender el inicio del procedimiento penal de su voluntad, requiriendo la interposición de la correspondiente denuncia (delitos semipúblicos con sus diferentes variantes). Sin embargo, el único supuesto en el que el ordenamiento español reserva a la exclusiva querrela del ofendido el inicio del proceso es el de los delitos contra el honor (calumnias e injurias) de los particulares (arts. 105 LECrim y 215.1 CP).

Como puede apreciarse, la reforma de la LO 1/2014 (art. 23.6 LOPJ) equipara el régimen aplicable a los graves delitos amparados por la jurisdicción universal al régimen característico de los delitos exclusivamente privados en nuestro ordenamiento. Huelga cualquier comentario acerca de dicha equiparación, salvo el argumento utilizado por quienes recurrieron la constitucionalidad de la ley: respecto del primer grupo de delitos «resulta concernida la sociedad y la comunidad internacional en su conjunto»<sup>107</sup>.

Siendo el anterior un argumento importante —interés público, general e internacional *versus* interés privado—, la principal objeción a nuestro entender deriva de la escasa consideración con que se trata a la víctima con esa

<sup>106</sup> Se ha de tener en cuenta que se trata de un recurso de inconstitucionalidad y que el TC ha de controlar el resultado de la labor legislativa. Curiosamente, las sentencias que utiliza el TC para fundamentar su pronunciamiento relativo al derecho de configuración legal de la acusación popular (SSTC 64/1999, de 26 de abril; 280/2000, de 27 de noviembre; 67/2011, de 16 de mayo) son sentencias recaídas en recursos de amparo en los que el TC se limita al control de la razonabilidad de las resoluciones judiciales causantes del amparo. La Abogacía del Estado, en sus alegaciones, sí hace un intento de incorporar «alguna causa justificativa» de la exclusión: «siendo la extensión extraterritorial de la jurisdicción una excepción al principio general de territorialidad se puede justificar la introducción de restricciones al ejercicio extraterritorial de la acción penal en aplicación del principio de personalidad activa o de justicia universal».

<sup>107</sup> En similares términos ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 140; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., p. 35.

exigencia de participación activa, pero obligatoria, que se le impone en la persecución de los hechos criminales que le afectan<sup>108</sup>. Un somero análisis de los delitos comprendidos en el apartado reservado en la LOPJ a la justicia universal permite fácilmente concluir que las razones de la incorporación a ese listado son muy diversas. En unos casos se pretende proteger un interés general de carácter abstracto o no individualizado directamente en el ofendido (corrupción, protección de materiales nucleares, seguridad de la aviación civil, tráfico ilegal de drogas...). En otros, en cambio, es evidente que prima la consideración a la persona-víctima, sin perjuicio, claro está, del interés general de castigarlos<sup>109</sup>. A esta última categoría pertenecería, sin duda, el catálogo de delitos regulados en el Convenio de Estambul.

Desde esta perspectiva, la de la víctima de los delitos comprendidos en el Convenio de Estambul, se puede compartir la crítica centrada en que el legislador español al exigir que sea el ofendido quien ejercite directamente la acción penal no ha sido muy respetuoso con las previsiones que con carácter general, por un lado, y en particular con las recogidas en el propio Convenio de Estambul se han adoptado para proteger integralmente a la víctima de los delitos, tanto en el marco del proceso, como al margen del mismo. Similares argumentos se utilizaron en fundamento del recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 1/2014<sup>110</sup>.

Esta falta de consideración a la situación de la víctima y, en concreto, a la de la víctima por los delitos comprendidos en el Convenio de Estambul (mujer, niña, niño) es evidente en el pronunciamiento del TC al recurso interpuesto. Argumenta la sentencia para desestimar el recurso que la víctima de un delito es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las re-

<sup>108</sup> También ESTEVE MOLTÓ, José Elías. «La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...», cit., p. 199; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., p. 38; MONTESINOS PADILLA, Carmen. «La jurisdicción universal en regresión...», cit., p. 123.

<sup>109</sup> En relación a los derechos de las víctimas en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, afirma VÁZQUEZ SERRANO, Irene, que el derecho de acceso a la justicia, nacional o internacional, es «un elemento clave en el desarrollo del principio de jurisdicción universal, hasta el punto de configurar la naturaleza del mencionado principio», en «El principio de jurisdicción universal», cit., p. 24.

<sup>110</sup> Según el mismo, implica una merma de las previsiones del Estatuto de la víctima aprobado por la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012; en concreto, del derecho de la víctima a entender y ser entendida (art. 3 de la Directiva), de la obligación del Estado español de facilitar los procedimientos de interposición de denuncias relativas a infracciones penales y su papel en relación con tales procedimientos [art. 4.1 b) de la Directiva] y de los derechos específicos de la víctima cuando interponga la denuncia (art. 5 de la Directiva). Por la fecha en la que se interpone el recurso se explica la ausencia de referencias a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, por la que se transpone precisamente aquella Directiva.

glas del proceso justo, para concluir que «ese *ius ut procedatur* asiste por igual a los denunciantes y a los querellantes, independientemente del estatus diverso que la LECrim define para unos y otros». No le falta razón al TC cuando afirma que las dos fórmulas de solicitud de iniciación del procedimiento satisfacen el derecho de la víctima de acceder al proceso igualmente. Pero, objetamos, siendo válidas ambas formas de acceso a la jurisdicción, ¿no sería preferible optar por la que resulte más beneficiosa —no solo ventajosa— para la víctima?, ¿aquella opción que aminore su revictimización procesal?

La opción del legislador español solo tiene sentido en un contexto de reducción al máximo de las manifestaciones de la justicia universal en la LOPJ<sup>111</sup>. Como se ha visto, exigiendo, por ejemplo, la concurrencia de numerosos elementos de conexión con los intereses españoles en el caso de extraterritorialidad de la jurisdicción. Pero una vez que se han restringido esas opciones a través del art. 23.4 y 5 LOPJ argumentando que son las derivadas de las obligaciones internacionales, ¿qué sentido puede tener profundizar en la limitación añadiendo más obstáculos a la víctima en la persecución de los crímenes indicados por parte del legislador? No olvidemos que esas exigencias de querrela son aportaciones *motu proprio* de la ley española.

Si sumamos, pues, la exclusión de la acusación popular, la exclusión de la denuncia de tercero o la exclusión de la denuncia de la propia víctima como mecanismos para impulsar el inicio del proceso penal, estamos abandonando a la víctima en una lucha solitaria, no solo frente al crimen que ha padecido, sino también frente a la maquinaria que representa el sistema de justicia penal, más sensible en ocasiones a consideraciones de orden político o económico.

¿Se ha parado el legislador a pensar en la condición de las víctimas a que se refiere el Convenio de Estambul? La exigencia de querrela por parte de la víctima o del MF es general respecto de todos los supuestos de justicia universal del art. 23.4 LOPJ. Pero resulta innegable que en determinados casos de los comprendidos —torturas, genocidio, lesa humanidad, trata de seres humanos, etc.— la víctima se encuentra en una situación de vulnerabilidad. El Convenio de Estambul persigue la prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica —niños—, y ya en su Preámbulo se formula un pronunciamiento acerca de la vulnerabilidad y fragilidad de tales víctimas al afirmar que «la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha

<sup>111</sup> ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 140.

llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre» o que «la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación».

Junto a lo anterior, se concreta ya en el articulado que los Estados Parte han de velar por que las investigaciones o procedimientos relativos a los delitos previstos en el Convenio (salvo los de acoso y acoso sexual) «no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima» (art. 55.1). Es verdad que esta referencia se centra en los delitos cometidos en parte o en su totalidad en el territorio de aquel Estado, pero lo que importa es la razón que justifica dicha disposición. No puede ser más elocuente al respecto el Informe Explicativo del Convenio: «conscientes de la naturaleza particularmente traumática de los delitos contemplados en dicho precepto, los elaboradores han querido aliviar la carga que de forma prolongada supone sobre la víctima las investigaciones y procedimientos criminales». Tampoco se pueden obviar las particulares circunstancias que concurren por lo general en estos delitos y que acrecientan la vulnerabilidad de las víctimas. Esto es, muchos de los delitos comprendidos en el Convenio se cometen por los propios miembros de la familia, por personas con las que se mantiene un vínculo afectivo de pareja o pertenecientes al entorno social próximo al de la víctima. Las consecuencias de ello suelen traducirse en sentimientos de humillación, temor y desamparo y consecuentemente en un porcentaje de denuncias y de condenas más reducido<sup>112</sup>.

Lo dicho en el párrafo anterior —no hacer depender totalmente la investigación y persecución a la denuncia o demanda de la víctima— es aplicable a los Estados cuando el delito se hubiera cometido en parte o en su totalidad en su territorio (art. 55). Pero también existe una similar previsión para los casos en que se pueda extender la jurisdicción de un Estado Parte más allá de su territorio. En concreto, contempla el art. 44.4 del Convenio que en los delitos que hemos mencionado en el párrafo anterior (todos los del Convenio, salvo los de acoso o acoso sexual) los Estados firmantes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su jurisdicción «no esté subordinada a la condición de que la apertura de diligencias venga

---

<sup>112</sup> La finalidad del precepto en cuestión sería la de que se llevaran a cabo las investigaciones y procedimientos criminales sin que recaiga sobre la víctima la carga de «iniciar el procedimiento y asegurar la condena»; ello se debería traducir en una actuación «proactiva» de las autoridades competentes para la investigación y persecución de los hechos, «Explanatory Report», cit., p. 47. En el Primer Informe GREVIO relativo a España se apuntan las dificultades que para la denuncia de los hechos suponen aquellos supuestos en los que las víctimas mantienen una relación de dependencia respecto de sus abusadores, sobre todo en el caso de víctimas con alguna clase de discapacidad (apartado 248).

precedida de una demanda de la víctima o de una denuncia del Estado del lugar en el que el delito haya sido cometido», si el autor del delito cometido fuera de sus fronteras sea nacional o resida habitualmente en el territorio del primero de los Estados<sup>113</sup>.

Las razones por las que no se quiere hacer depender la apertura de las diligencias por hechos cometidos fuera de su territorio de la interposición de denuncia por parte de la víctima son similares a las aducidas respecto del art. 55 (cometidas en todo o en parte en su propio territorio): en ocasiones, los Estados carecen de la voluntad o de los medios necesarios para llevar a cabo las investigaciones por determinadas formas de violencia contra la mujer o de violencia doméstica, y la exigencia de denuncia a la víctima o al Estado del lugar de comisión «constituyen a menudo un impedimento a la persecución»<sup>114</sup>.

La exigencia de no hacer depender la persecución de los delitos mencionados y cometidos fuera del territorio de un Estado del hecho de la denuncia de la víctima o del Estado del lugar de comisión de aquellos, es de las que el Convenio permite formular reserva para su no aplicación o de hacerlo en casos o bajo condiciones específicas (art. 78.2). Pero resulta que el Estado español no ha planteado reserva alguna, por lo que cabe cuestionar si sobre este punto la limitación impuesta por el art. 23.6 LOPJ condicionando la persecución extraterritorial a la querrela de la víctima o del MF es o no ajustada a lo dispuesto en el Convenio. Entendemos nosotros que no. Es verdad que el procedimiento puede iniciarse también con la querrela del MF según el art. 23.6 LOPJ, pero en ausencia de tal iniciativa se hace depender el ejercicio de la acción penal de la activa intervención de la víctima lo que puede redundar en las nefastas consecuencias de revictimización procesal de la misma antes indicadas<sup>115</sup>.

En ausencia de querrela de la víctima, la LOPJ condiciona la perseguibilidad de los delitos amparados por la justicia universal al acto de interposición de la querrela por parte del MF (art. 23.6). De este modo, la subordinación de la persecución no se hace depender «totalmente» de la

<sup>113</sup> Las versiones del Convenio en francés e inglés y la traducción que se ha hecho al español de dicho Convenio dejan traslucir cierta ausencia de rigor al emplear los términos «denuncia» y «demanda» en los arts. 44.4 y 55.

<sup>114</sup> «Explanatory Report», cit., p. 38.

<sup>115</sup> Además, existe una diferencia importante entre lo dispuesto en el art. 55.1 y en el 44.4 del Convenio. En el primer caso, los Estados han de asumir el compromiso de que la persecución de los hechos «no dependan totalmente» de la denuncia o demanda de la víctima» y tendría sentido la referencia a la actuación del MF o de otras posibles partes acusadoras. En el art. 44.4, en cambio, no se menciona esa dependencia en exclusividad con la denuncia de la víctima, con lo que la intervención del MF no estaría comprendida como alternativa.

denuncia de la víctima (como refiere el art. 55.1, pero no el art. 44.4). La cuestión determinante se centra en si, considerando los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica, por un lado, y de nombramiento del Fiscal General del Estado a propuesta del Gobierno, por otro lado, se puede afirmar que existe garantía suficiente de persecución de los delitos referidos en el apartado relativo a la justicia universal al margen de cualquier interferencia de índole político, económico, diplomático o similar<sup>116</sup>. La experiencia nos muestra que cuando se producen esas interferencias, el MF suele ser contrario a la persecución de tales crímenes en la mayoría de los casos<sup>117</sup>.

Parece, pues, de todo punto incomprensible que se altere de forma tan sustancial el régimen jurídico previsto para la persecución de hechos punibles, dependiendo de si los mismos han sido cometidos en el territorio del Estado en que se pretende dicha persecución o en el territorio de un Estado distinto. En el primer caso, las opciones que ofrece nuestro ordenamiento son, afortunadamente, amplísimas. Así, además de la querrela del ofendido o la del MF, cabe la denuncia del primero en el Juzgado, la denuncia de cualquier ciudadano o persona jurídica, la querrela correspondiente a la acusación popular o la recientemente incorporada posibilidad de que la acción penal sea ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, «siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito»<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> Resulta incuestionable que en su sentencia 140/2018 el TC pone particularmente su foco de atención en las atribuciones del MF en la persecución de los hechos delictivos, afirmando que quienes no son víctimas pueden denunciar los hechos ante la Fiscalía, de modo que sea esta quien interponga, en su caso, la oportuna querrela para dar inicio al procedimiento. La Abogacía del Estado argumentaba igualmente en contra de la estimación del recurso de inconstitucionalidad que la propia víctima puede optar entre denunciar ante el Fiscal o querrellarse ante el Juez y que nada obsta a la personación de la víctima cuando el proceso ya se ha iniciado.

Al margen de esa manifestación de buenas intenciones, falta, en nuestra opinión, una mayor concreción en estos pronunciamientos *obiter dicta*. Por ejemplo, si el MF no atiende la denuncia interpuesta ante él por la víctima, ¿cabe reiterarla ante el Juez de Instrucción en los términos del art. 773.2 LECrím?, ¿cabe la posibilidad, como indica la Abogacía del Estado, de que se persone la víctima una vez iniciado el proceso?

<sup>117</sup> En tal sentido, afirma ESTEVE MOLTÓ, José Elías, que dejar en manos del MF el inicio de estos procedimientos «implica sepultar más aún si cabe la justicia universal», «La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...», cit., p. 181. En otras palabras, «suena un tanto optimista (...) y limita de forma importante las posibilidades de iniciar este tipo de procedimientos»; *vid.* VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz. «La jurisdicción universal en España...», cit., p. 22.

<sup>118</sup> Esta posibilidad está contemplada en el art. 109 bis. 3 LECrím y ha sido incorporada por la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito.

#### 4. Posibles conflictos de jurisdicción

La técnica seguida por el Convenio de Estambul consistente en fijar una pluralidad de criterios a la hora de determinar la jurisdicción del Estado que asumirá el conocimiento de la causa y que tiene como principal objetivo garantizar el enjuiciamiento y evitar la impunidad de los hechos delictivos que se recogen en el mismo, lleva aparejado el riesgo de que se produzca un escenario de conflicto por concurrencia de jurisdicciones entre varios Estados<sup>119</sup>. Este riesgo se acrecienta por cuanto que no siempre resulta incontrovertida la aplicación de los distintos criterios de conexión previstos en el Convenio o en la propia LOPJ.

Las variables que pueden derivar en una situación de conflicto jurisdiccional son múltiples y con diverso enfoque. Puede ocurrir que la aplicación de los anteriores criterios no resulte en el caso concreto tan clara y evidente y que la simple determinación de cuál es el lugar de comisión del hecho delictivo o la nacionalidad de la persona presuntamente autora del mismo, por ejemplo, no pueda hacerse de forma incuestionable. Desde el punto de vista de la territorialidad resulta común que los hechos integrantes del tipo penal no se concentren exclusivamente en el territorio de un único Estado, sino que se dispersen en los espacios soberanos correspondientes a más de uno de los firmantes. También cabe que estas dificultades se planteen por la propia naturaleza de la modalidad comisiva u omisiva del delito<sup>120</sup>,

<sup>119</sup> HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción...», cit., pp. 222-223. El mismo autor en «Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos...», cit., pp. 465-466. Aunque los mecanismos de resolución de conflictos pueden servir igualmente para evitar posibles vacíos de jurisdicción en el supuesto de que ningún Estado afectado quiera asumir el conocimiento de la causa (conflictos negativos). Vid. THORHAUER, Nathalie Isabelle. «Conflicts of Jurisdiction in Cross-Border Criminal Cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risks and Opportunities from an Individual Rights-Oriented Perspective», *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, n.º 1, 2015, p. 81.

<sup>120</sup> Se han elaborado al respecto varias teorías. Una de ellas es la denominada teoría de la actividad, conforme a la cual, el lugar de comisión se identificaría con el lugar en que se aparece o se exterioriza la voluntad delictiva. Junto a ella, se ha configurado la denominada teoría del resultado que prioriza como lugar de comisión el de exteriorización del resultado o perjuicio causado por la acción u omisión. Teoría que ha contado con mayor consideración hasta fechas recientes por entender que había de prevalecer la producción del perjuicio y la proximidad de las pruebas. Por último, conforme a la teoría de la ubicuidad, que sería una combinación de las anteriores, el delito se entiende cometido tanto donde se realizan los actos de ejecución como en el lugar donde se produce el resultado, debiéndose apreciar la estructura, naturaleza y presupuestos de la infracción y las circunstancias de cada caso. Vid. MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 81; REUS MARTÍNEZ, Natalia. «La Ley Penal y Territorialidad», cit., p. 10.

obligando a la adopción más o menos convencional de soluciones al respecto<sup>121</sup>.

El escenario expuesto en el párrafo anterior es trasladable a los diferentes tipos penales contemplados en el Convenio de Estambul. El tipo de acoso al que se refiere el art. 34 (*stalking*) admite formas de perpetración perfectamente encuadrables en el fenómeno de la extraterritorialidad, pues son compatibles, cada día en mayor medida, con el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (redes sociales, mensajería instantánea, correo electrónico, etc.)<sup>122</sup>. Otro tanto cabría decir del delito de acoso sexual contemplado en el art. 40 y que comprende cualquier forma de comportamiento no deseado de carácter sexual atentatorio de la dignidad de la mujer, ya sea «verbal, no verbal o físico». La dimensión extraterritorial se encuentra también contemplada de forma expresa para el tipo relativo a los matrimonios forzosos que incluye el hecho de obligar a un adulto o menor a contraer matrimonio (art. 37.1), así como el de engañar intencionadamente a un adulto o menor «para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio» (art. 37.2)<sup>123</sup>. Algo similar, aunque no con la misma

<sup>121</sup> Aunque dicha teoría no se encuentre consagrada en el Derecho positivo español, la jurisprudencia la aplica cada vez con mayor profusión. Sobre todo a raíz del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2005, que dice así: «El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa». Sobre esta teoría nos interesa ahora la interpretación que defiende su aplicación en el ámbito jurisdiccional entre Estados. Así, entiende MARCHENA GÓMEZ, Manuel, que el problema que se plantea desde el punto de vista del proceso penal ha dejado de ser competencial para convertirse en jurisdiccional; argumenta que el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Penal, de 3 de febrero de 2005, transcrita, no distingue entre competencia y jurisdicción y ello puede ser interpretado como la pretensión de ofrecer una solución tanto en los casos en los que el marco jurisdiccional del delito se circunscribe al ámbito jurisdiccional español, como aquellos otros en los que pueden converger los límites jurisdiccionales de distintos Estados, «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico», *Diario La Ley*, n.º 6475, 2006, p. 13/32

<sup>122</sup> El Informe Explicativo del Convenio aclara que el «comportamiento amenazador» a que se refiere al art. 34 puede ser de muy variada naturaleza, incluyendo seguimientos de carácter físico, pero también seguimientos de la víctima en el entorno virtual (foros de chat, redes sociales, etc.) o involucrando a esta en comunicaciones no deseadas utilizando para ello cualquier posible medio de comunicación, con inclusión de los modernos dispositivos de comunicación y TIC's. «Explanatory Report», cit., p. 32. Aunque no haga mención el Informe Explicativo a la posibilidad de medios indicada en relación con el tipo de violencia psicológica previsto en el Convenio (art. 33), no cabe duda de que las coacciones o amenazas a que se refiere pueden tener lugar en ese entorno digital y plantear problemas de determinación de la territorialidad.

<sup>123</sup> La conducta engañosa puede, pues, darse en el territorio de un Estado Parte y el matrimonio forzado en el territorio de otro. Pero este segundo resultado no es necesario para que el comportamiento engañoso se tenga que tipificar como delito. Lo más frecuente será que

claridad, puede deducirse de las conductas relativas a las mutilaciones genitales femeninas que comprenden no solo el hecho de obligar a las mutilaciones, sino también el de «incitar» a una niña a someterse a las mismas o el de proporcionar los medios para dicho fin (art. 38). Hechos que pueden ocurrir en territorios de distintos Estados y originar la indicada concurrencia de jurisdicciones.

Al margen de los supuestos anteriormente citados, la pluralidad y concurrencia jurisdiccional puede tener lugar como consecuencia del fenómeno de conexión delictiva, ya sea esta subjetiva u objetiva. En la primera modalidad, puede tratarse de delitos cometidos por dos o más personas reunidas o por dos o más personas en distintos lugares o momentos, si hubiera precedido acuerdo para ello. Los presuntos autores que actúan de forma grupal o de forma separada pero respondiendo a un plan preconcebido pueden pertenecer a nacionalidades diversas, con lo que la aplicación del criterio de personalidad activa se complica. Lo mismo cabe sostener acerca del principio de territorialidad cuando la pluralidad de hechos delictivos, ya sean los cometidos por dos o más personas concertadas, los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución o para procurar la impunidad de otros delitos, tienen lugar en el territorio de varios Estados parte<sup>124</sup>.

Como hemos adelantado en el apartado anterior, en el caso de que varias partes reivindiquen su competencia conforme a algún delito previsto en el Convenio (concurrencia horizontal de jurisdicciones), no hallamos en su texto más criterio para solucionar este inconveniente que el de impulsar un posible de acuerdo<sup>125</sup>, en su caso, a efectos de determinar aquella que se encuentre en mejor situación de tramitar las diligencias —*to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution*— (art. 44.6). El Informe explicativo del Convenio, una vez expuestas las razones que justifican el pre-

---

el matrimonio forzoso tenga lugar en un Estado no Parte del Convenio de Estambul, pero el Informe Explicativo menciona el indicado como un posible supuesto de concurrencia de jurisdicciones entre varios Estados Parte en dicho Convenio. «Explanatory Report», cit., p. 39.

<sup>124</sup> El Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, y ratificado por España en 1988, contempla algunos de estos supuestos en los que puede resultar conveniente la tramitación de un único procedimiento en uno de los Estados firmantes en su art. 32: a) Varios hechos materialmente distintos que constituyen infracciones a la legislación penal de cada uno de esos Estados son imputados a una sola persona o a varias personas que hayan actuado de mutuo acuerdo; b) Un hecho único que constituye una infracción a la legislación penal de cada uno de esos Estados se imputa a varias personas que hayan actuado de mutuo acuerdo.

<sup>125</sup> La expresión empleada por la publicación en el *BOE* del texto del Convenio de Estambul en español se aproxima a la versión francesa del texto (*se concertent*), pero no a la versión inglesa que no menciona el posible acuerdo entre los Estados parte, sino simplemente la consulta mutua (*consult each other*).

cepto en cuestión (evitar la duplicidad de procedimientos y los innecesarios inconvenientes para las víctimas y testigos o facilitar la eficacia y ecuanimidad de los procesos), apunta posibles soluciones y criterios a aplicar en caso de concurrencia de jurisdicciones y al objeto de determinar la jurisdicción más apropiada para la persecución<sup>126</sup>.

Poco se ha adelantado sobre este punto. Máxime considerando que el posible surgimiento de conflictos de jurisdicción entre tribunales de Estados distintos no ha dejado de constar en las agendas de la UE o del Consejo de Europa, en lo que ahora nos interesa<sup>127</sup>. Conviene tener presente, además, la relación directa existente entre los conflictos de jurisdicción y el principio *ne bis in idem* que, junto a la dimensión penal —nadie puede ser condenado más de una vez por los mismos hechos—, presenta igualmente una dimensión procesal que comprendería la prohibición de que una persona sea juzgada por un hecho delictivo si ya lo ha sido con anterioridad —habiéndose recaído resolución firme, sea de condena, sea de absolución— y la prohibición de litispendencia, esto es, de que existan dos procedimientos paralelos por los mismos hechos<sup>128</sup>. A día de hoy no se ha podido avanzar más allá de fórmulas de resolución del conflicto de carácter meramente informal, basadas en el consenso, tal y como se prevé en el Convenio de Estambul.

El Tratado de Lisboa<sup>129</sup> ya contemplaba, en el marco de la cooperación judicial penal, que el Parlamento europeo y el Consejo adoptaran, de acuerdo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a prevenir y resolver conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros [art. 69.A.b)]. Idénticas previsiones se reiteran en el Tratado de Funcionamiento de la UE [art. 82.1.b)]. Sin embargo, un día antes de que entrara en vigor el Tratado de Lisboa se aprueba la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre prevención y resolución de

<sup>126</sup> Menciona, por ejemplo, que en determinados casos puede resultar más efectivo decidirse por la elección de una única jurisdicción para la persecución de los hechos y en otros supuestos puede resultar más adecuado que en un determinado Estado se persiga a determinados presuntos responsables, mientras que en otro u otros Estados se persigue a otros. «Explanatory Report», cit., p. 39.

<sup>127</sup> Vid. al respecto RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. «De la extensión y límites de la jurisdicción...», cit., pp. 162 y ss. Cabe vincular la creación del ELSJ mediante el Tratado de Amsterdam con la prioridad que se confirió desde ese momento a la prevención y resolución de conflictos jurisdiccionales; vid. HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción...», cit., p. 226; el mismo autor en «Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos...», cit., p. 468.

<sup>128</sup> GONZÁLEZ CANO, M.ª Isabel. «La Decisión Marco 2009/948/JAI...», cit., pp. 11 y 14-15. También RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. «De la extensión y límites de la jurisdicción...», cit., p. 165; HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos...», cit., pp. 476-479.

<sup>129</sup> DOUE C 360, de 17 de diciembre de 2007.

conflictos de jurisdicción en procesos penales (DM 2009/948, en adelante). Esta DM 2009/948 no hace en su titulado mención alguna al principio *ne bis in idem*<sup>130</sup>, sin embargo, sí reconoce de forma expresa la estrecha vinculación entre dicho principio y los conflictos de jurisdicción al afirmar que el «objetivo último» de la DM es «impedir innecesarios procesos penales paralelos que puedan causar una vulneración del principio *ne bis in idem*, su aplicación no debe dar lugar a un conflicto de ejercicio de jurisdicción que de otro modo no se produciría»<sup>131</sup>.

Esta DM 2009/948 presenta como principal aportación establecer las obligaciones de contacto y de contestación y la posterior obligación de intercambio de información entre las autoridades competentes de dos Estados miembros de la UE cuando concurren motivos razonables para creer que se están tramitando procedimientos paralelos ante jurisdicciones de dos Estados que afectan a la misma persona y por los mismos hechos y con el fin de confirmar la existencia de los mismos (arts. 5-9). Sin embargo, una vez confirmada la existencia de los procedimientos paralelos, la DM 2009/948 plantea como única alternativa a la solución de este conflicto de jurisdicción que «las autoridades competentes de los Estados miembros de que se trate *entablarán consultas directas* a fin de *llegar a un consenso* sobre cualquier solución eficaz tendente a evitar las consecuencias adversas derivadas de dichos procedimientos paralelos» (art. 10.1)<sup>132</sup>.

Es cierto que la DM 2009/948 establecía la posibilidad de trasladar el asunto a Eurojust en el caso de que no fuera posible alcanzar el mencionado

<sup>130</sup> A diferencia de su antecedente el Libro Verde de la Comisión que lleva por título, precisamente, «sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procesos penales», COM (2005) 696 final, de 23 de diciembre de 2005.

<sup>131</sup> Considerando (12). Además, hay que destacar que, según la DM, la lesión de dicho principio puede derivar, no solo de la situación de hecho prevista en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Shengen de 1990 prohibiendo el *bis in idem* (se refiere a que una persona haya sido ya juzgada en sentencia firme), sino también de la existencia de procesos paralelos contra una misma persona y por unos mismos hechos, aunque no haya recaído todavía sentencia firme en alguno de ellos. En realidad, la DM afronta el problema derivado de la existencia de procedimientos paralelos, que es el verdadero punto de partida de dicho instrumento normativo. De esta manera, se evitaría el riesgo de que se puedan producir resultados imprevistos e incluso arbitrarios de la aplicación del principio *ne bis in idem*, tal y como denunciaba el Libro Verde de la Comisión, al dar preferencia al primer órgano jurisdiccional que pueda dictar una resolución definitiva (efecto similar al «principio de orden de llegada»), COM (2005) final 696, cit., p. 3. *Vid.* igualmente al respecto GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> Isabel. «La Decisión Marco 2009/948/JAI...», cit., p. 10; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. «De la extensión y límites de la jurisdicción...», cit., p. 173.

<sup>132</sup> En este sentido, la contribución a la resolución de los conflictos de jurisdicción sería mínima, pues la DM 2009/948 no impone a los Estados miembros la renuncia o el ejercicio de la jurisdicción salvo de forma voluntaria, permitiendo un amplio espacio a la discrecionalidad. *Vid.* THORHAUER, Nathalie Isabelle. «Conflicts of Jurisdiction in Cross-Border Criminal Cases...», cit. p. 79.

consenso (art. 12.2)<sup>133</sup>. Lógico si tenemos en cuenta que Eurojust es un órgano de coordinación y cooperación de autoridades nacionales competentes en la investigación y persecución de delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes<sup>134</sup>. Sin embargo, la intervención de Eurojust se limitaba a los asuntos que fueran de su competencia (art. 12.2) y, además, no dejaba de ser un órgano de mera coordinación entre autoridades judiciales. En consecuencia, la configuración de Eurojust en la DM 2009/948 y en la Decisión Eurojust (Decisión 2009/426/JAI) se corresponde con la de un simple «mediador» y actor en un nivel de cooperación horizontal, sin facultades decisivas en la resolución de conflictos de jurisdicción<sup>135</sup>. Este diseño de resolución de conflictos basado en el acuerdo entre autoridades, con o sin intervención de Eurojust, fue objeto de crítica por no ajustarse al principio de legalidad que caracteriza al ordenamiento español<sup>136</sup>. También por no haber perfilado los criterios aplicables a la resolución de los conflictos de forma exhaustiva y ordenados por prioridad<sup>137</sup>.

La DM 2009/948 fue transpuesta al ordenamiento español por la Ley 16/2015<sup>138</sup> que sigue estando en vigor. Esta última tiene un contenido

<sup>133</sup> La mencionada DM afirma en su Considerando (14) que Eurojust está especialmente capacitado para facilitar asistencia en la resolución de conflictos de jurisdicción, por lo que el traslado de un caso a Eurojust debe ser el proceder habitual cuando no haya sido posible alcanzar un consenso. Se contempla, pero solo en los Considerandos, incluso la posibilidad de que Eurojust intervenga no solo en caso de no alcanzar el acuerdo, sino que también puedan servirse de él las autoridades competentes en el momento de entablar contacto directo para alcanzar dicho acuerdo [Considerando (10)].

<sup>134</sup> Art. 69 D del Tratado de Lisboa y art. 85 TFUE. Ambos preceptos son prácticamente idénticos, al igual que el art. III-273 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (que no entró en vigor). Había diferencias, en cambio, respecto de las previsiones contempladas en el art. 31 TUE. En su apartado 1 se recogía el ámbito de la acción común sobre cooperación judicial en materia penal y, entre ellas, se cita la «prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros» (letra d), no así la resolución de dichos conflictos. Solo en su apartado 2 se añade que el Consejo fomentará la cooperación mediante Eurojust.

<sup>135</sup> WEYEMBERGH, Anne. «The Development of Eurojust: Potential and Limitations of Article 85 of the TFEU», *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, n.º 1, 2011, pp. 83-84; 98-99; HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción...», cit., pp. 228 y 231.

<sup>136</sup> El mismo se limita a consagrar un «procedimiento intrínsecamente “informal” (basado en la “transacción” y en una serie de criterios “variables según el caso concreto”), en cierta medida ajeno a nuestra tradición y sistema jurídico actual», como afirma GONZÁLEZ CANO, M.ª Isabel. «La Decisión Marco 2009/948/JAI...», cit., p. 11. Esta crítica es más generalizada y entiende THORHAUER que en supuestos transfronterizos el principio de legalidad implica un paso previo que consiste en determinar a las disposiciones legales de cuál de los Estados está sujeto el individuo, THORHAUER, Nathalie Isabelle. «Conflicts of Jurisdiction in Cross-Border Criminal Cases...», cit. p. 90.

<sup>137</sup> GONZÁLEZ CANO, M.ª Isabel. «La Decisión Marco 2009/948/JAI...», cit., p. 21.

<sup>138</sup> De 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior.

más amplio que el de la DM, pero se estimó oportuno por el legislador regular conjuntamente la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en procesos penales y el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust considerando la intervención que se atribuye en la propia DM a esta Agencia europea de cooperación judicial penal en los mencionados conflictos de jurisdicción.

Siguiendo la estela de la DM 2009/948, contempla igualmente la Ley 16/2015 que si la autoridad competente española apreciara indicios de que se tramitan paralelamente dos procesos penales por los mismos hechos y contra la misma persona, uno en España y otro en cualquier Estado miembro de la UE, enviará una solicitud de contacto a la autoridad competente del otro Estado (art. 30)<sup>139</sup>. Confirmada tras el contacto la tramitación de dos procedimientos paralelos las autoridades competentes procurarán «consensuar» una solución acerca de si alguno de los Estados cede o no jurisdicción. Si no se alcanza el acuerdo, recurrirán a los respectivos miembros nacionales de Eurojust y si tampoco se alcanza un acuerdo entre estos, se podrá instar del Colegio de Eurojust un dictamen al respecto (art. 32). Al tratarse de una ley de transposición, el esquema diseñado reproduce el contemplado en la DM, por lo que le son objetables las mismas deficiencias, esto es, el modelo descansa en el consenso entre las autoridades con una intervención, en su caso, no vinculante de Eurojust, pues los dictámenes emitidos por los miembros nacionales respectivos de Eurojust y por el Colegio mismo, no son vinculantes (art. 32.2 y 4). A ello habría que añadir, además, que la intervención de Eurojust se reduce a las infracciones penales incluidas en su ámbito de competencias.

Con todo, no se fía absolutamente la resolución del conflicto jurisdiccional a la invitación al consenso, con o sin la ayuda de Eurojust, sino que se recogen en la propia Ley 16/2015 una serie de criterios que el juez o tribunal «tiene» que tener en cuenta en la resolución del conflicto y que son los siguientes (art. 32.5)<sup>140</sup>:

<sup>139</sup> El art. 31 contempla la situación inversa, esto es, que la autoridad española reciba una solicitud de contacto.

<sup>140</sup> Estos criterios se corresponden con los mencionados en el Considerando (9) —no en su articulado— de la DM 2009/948 al exponer que, a la hora de alcanzar un consenso para evitar las consecuencias de los procedimientos paralelos, las autoridades competentes han de «tener presente que cada caso es especial y que se deben considerar todos los elementos de hecho y de derecho» para, a continuación remitirse a los criterios que figuran en las Directrices publicadas en el Informe anual de Eurojust de 2003, esto es, «por ejemplo, el lugar en que se cometieron la mayor parte de los hechos delictivos, el lugar en que se sufrió el mayor perjuicio, el lugar en que se encuentra el sospechoso o imputado y las posibilidades de garantizar su entrega o extradición a otras jurisdicciones, la nacionalidad y el lugar de residencia del sospechoso o imputado, los intereses importantes de las víctimas y testigos, la admisibilidad de las pruebas y cualquier retraso que pueda producirse».

- a) Residencia habitual y nacionalidad del imputado.
- b) Lugar en el que se ha cometido la mayor parte de la infracción penal o su parte más sustancial.
- c) Jurisdicción conforme a cuyas reglas se han obtenido las pruebas o lugar donde es más probable que estas se obtengan.
- d) Interés de la víctima.
- e) Lugar donde se encuentren los productos o efectos del delito y jurisdicción a instancia de la cual han sido asegurados para el proceso penal.
- f) Fase en la que se encuentran los procesos penales sustanciados en cada Estado miembro.
- g) Tipificación de la conducta delictiva y pena con la que esta viene castigada en la legislación penal de los distintos Estados miembros implicados en el conflicto de jurisdicción.

Sin poner en duda que la fijación legal de una serie de criterios suponga un avance relativo en el proceso de resolución de conflictos de jurisdicción, lo cierto es que no son suficientes para trascender las objeciones anteriormente planteadas. Aunque dichos criterios aparezcan como imperativos («el juez o tribunal *tendrá* en cuenta»), hay que tener presente que están dirigidos exclusivamente a las autoridades competentes españolas y no hay garantía de que sean coincidentes con los criterios fijados para las autoridades de otros Estados miembros. En efecto, la DM no los contempla más allá de la referencia que se hace en uno de sus considerandos —el (9) exactamente— a las directrices fijadas por Eurojust, esto es, no en su articulado. Siendo esto así, no queda garantizada su reciprocidad. Sin embargo, la principal objeción al listado de criterios previsto en la ley es, sin duda, la ausencia de preferencia o prelación entre los mismos. Estos criterios abarcan prácticamente todos los posibles puntos de conexión con una jurisdicción concreta, por lo que no resulta operativo un mero listado sin orden de prelación entre los mismos criterios<sup>141</sup>.

Esta situación no parece que vaya a cambiar con la aprobación del nuevo Reglamento (UE) 2018/1727, de 14 de noviembre, de Eurojust y por el que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI<sup>142</sup>. Conforme al

<sup>141</sup> Por otra parte, los criterios legales tienen una vinculación más o menos directa con un territorio, pero ¿qué decir del criterio relativo al interés de la víctima?, ¿cómo se concreta dicho interés con una determinada jurisdicción?, ¿por la nacionalidad de la víctima?, ¿por su lugar de residencia?...

<sup>142</sup> La reforma del marco normativo de Eurojust coincide conscientemente con la aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939, por el que se crea la Fiscalía Europea, por exigencia de lo previsto en el art. 86 TFUE. *Vid.* JORDANA SANTIAGO, M.<sup>a</sup> Esther. «La esperada reforma de la Agencia de la Unión Europea para la cooperación judicial penal (Eurojust). Comentario al Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018». *Revista General de Derecho Europeo* n.º 48, 2019, p. 251.

mismo, Eurojust puede solicitar motivadamente a las autoridades competentes de los Estados miembros que, o bien investiguen o persigan hechos concretos, o bien acepten que una de ellas puede estar en mejores condiciones para llevar a cabo investigaciones o perseguir hechos concretos (art. 4.2)<sup>143</sup>. Sin embargo, se vuelve a dejar en manos de las autoridades afectadas la solución del conflicto en forma de consenso. Solo si no pueden ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos debe emprender una investigación o persecución penal Eurojust emitirá un dictamen por escrito sobre el caso (art. 4.4). Pero este dictamen no tiene carácter vinculante<sup>144</sup>. Siendo uno de los temas objeto de discusión durante la negociación del Reglamento en el Consejo, se decidió mantener el *statu quo* del dictamen de Eurojust, pero con la obligación de responder sin demora a las peticiones formuladas por la Agencia, siquiera para apartarse motivadamente de esas decisiones conforme al art. 4.6)<sup>145</sup>.

Se ha presentado en España un Anteproyecto de Ley para la adaptación de la normativa española al contenido del Reglamento Eurojust —que es de eficacia directa— y que vuelve a ampliar su contenido en el modo en que lo hace la todavía vigente Ley 16/2015 que será derogada una vez se aprueba la primera. Esto es, también contiene referencias a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción por la posible intervención en ellos de Eurojust. Además, no altera sobre este punto el régimen vigente que se mantiene en: una solicitud de contacto directo a la autoridad competente de otro Estado si existen indicios de conflicto de jurisdicción (art. 26.1); confirmada la tramitación de procesos penales paralelos contra la misma persona y por los mismos hechos, el juez o tribunal promoverá el consenso con la autoridad competente del otro Estado miembro y, en caso de no lograrse, podrá trasladar el asunto a Eurojust; si tampoco hubiera acuerdo entre los miembros nacionales de Eurojust, se podrá instar un dictamen escrito no vinculante del Colegio de Eurojust (art. 28). Esta limitada intervención de

<sup>143</sup> A tales efectos, las autoridades nacionales competentes informarán a sus miembros nacionales acerca de los casos en que se hayan planteado conflictos de jurisdicción o sea probable que se planteen conflictos (art. 21.6).

<sup>144</sup> El carácter no vinculante de los dictámenes escritos emitidos por Eurojust no está previsto en el articulado del Reglamento. Es el considerando (4) quien lo contempla, pero añadiendo que se les debe dar una respuesta por parte de los Estados miembros conforme al Reglamento. No parece oportuno que esta trascendental cuestión quede relegada a los considerandos del Reglamento, máxime cuando puede deducirse, a *sensu contrario*, del art. 4.6 del Reglamento que solo excepcionalmente pueden apartarse los Estados miembros del sentido del dictamen escrito. *Vid.* al respecto la crítica de HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «El Reglamento (UE) 2018/1727 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust): luces y sombras al amparo de los arts. 85 y 86 TFUE», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 75, 2020, pp. 233-234.

<sup>145</sup> JORDANA SANTIAGO, M.ª Esther. «La esperada reforma de la Agencia de la Unión...», *cit.*, p. 260.

Eurojust se restringe aún más si consideramos que se limita a los delitos graves comprendidos en su ámbito de competencia. Tampoco cambia en el Anteproyecto de Ley la fijación de una serie de criterios que tienen que ser atendidos por las autoridades españolas competentes para la resolución del conflicto de jurisdicción (art. 28.5) y que son coincidentes con los previstos en la Ley 16/2015.

El Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal de 1972 también descansa sobre similares fundamentos en lo que se refiere a la prevención o resolución de conflictos jurisdiccionales. Para evitarlos, contempla que uno de los Estados firmantes (requerente) pueda solicitar a otro (requerido) que sea este quien instruya una causa concurriendo alguno o algunos de los criterios que se mencionan (residencia o nacionalidad en el Estado requerido, los elementos de prueba más importantes se hallen en el mismo, su resocialización sea más probable en caso de condena en el mismo, etc. —art. 8—). El Estado requerido en principio no puede negarse, salvo que no concurren los anteriores criterios o existan otros impeditivos (art. 11). Pero en el caso de que se hayan incoado ya una pluralidad de procedimientos, el Convenio prevé que los Estados interesados «se esforzarán en todo lo posible por determinar, después de proceder a una evaluación en cada caso concreto de las circunstancias mencionadas en el artículo 8, a cuál de esos Estados corresponderá proseguir el procedimiento instruido» (art. 31).

Expuesto este diseño, procede valorar su adecuación o si el mismo resulta satisfactorio. Con posterioridad, cabría analizar si son posibles otras alternativas. Varias son las objeciones que cabe plantear al mismo. La principal radica en que se hace depender la solución del conflicto de jurisdicción al acuerdo o consenso que pudieran alcanzar las autoridades competentes de los Estados implicados. No se determinan, siquiera, criterios en los que se pueda fundamentar el acuerdo o consenso entre autoridades. Solo en el caso en que intervenga Eurojust se consideran a título de ejemplo unos criterios planteados de un modo muy amplio e indeterminado que pueden desembocar en soluciones muy dispares. Estos criterios no están ordenados en función de su prelación y, sobre todo, no tienen carácter preceptivo<sup>146</sup>. La intervención de Eurojust se limita igualmente a una función mediadora entre autoridades en un plano horizontal, pues sus dictámenes no resultan vinculantes.

<sup>146</sup> El Libro Verde de la Comisión «sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procesos penales» diferenciaba dos fases al respecto: una primera de elaboración de una lista de criterios objetivos para determinar la jurisdicción principal; y una segunda fase posterior en la que los Estados podrían acordar la fijación de prioridades u ordenación de la lista de criterios, COM (2005) 696 final, p. 8.

Esta indeterminación de la jurisdicción definitiva incide en el principio *ne bis in ídem*<sup>147</sup> que se vería afectado en ausencia de acuerdo y que inclinaría la balanza a favor de la autoridad judicial que haya resuelto con mayor celeridad la causa. Pero no sería el único de los derechos que se verían mermados. La ausencia de criterios determinantes de la jurisdicción predominante establecidos de forma ordenada y con referencia a su prelación lesionaría el principio de legalidad en sus dos vertientes procesal y penal<sup>148</sup>. Pero sobre todo, desde la perspectiva del sujeto investigado o acusado lesionaría su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley<sup>149</sup>, precisamente por la imposibilidad de concretar en el momento de comisión del hecho criminal o con anterioridad al mismo cuál de las jurisdicciones concurrentes conocerá definitivamente de la causa<sup>150</sup>. El derecho al juez (pre)establecido por la ley, que ostenta una dimensión inequívocamente nacional, ha de tener también su reflejo transnacional y ha de

<sup>147</sup> En realidad este principio intervendría como un «freno de emergencia» para evitar una segunda decisión sobre la persona afectada, pero no impediría en aquellos Estados sujetos al principio de legalidad que el proceso continuase su tramitación hasta el momento de la sentencia. *Vid.* THORHAUER, Nathalie Isabelle. «Conflicts of Jurisdiction in Cross-Border Criminal Cases...», cit. p. 83.

<sup>148</sup> THORHAUER, Nathalie Isabelle. «Conflicts of Jurisdiction in Cross-Border Criminal Cases...», cit. p. 89; HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos...», cit., p. 480.

<sup>149</sup> HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción...», cit., p. 225; el mismo autor en «Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos...», cit. pp. 480 y 487. Este posicionamiento se contradice, en nuestra opinión, con la defensa que hace de la intervención de Eurojust provisto de facultades decisorias como *ultima ratio*, esto es, en ausencia de acuerdo entre las autoridades competentes nacionales, conforme a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

<sup>150</sup> Este derecho está reconocido en el orden interno español en el art. 24.2 CE, pero igualmente en otros textos supranacionales igualmente vinculantes para España. La CDFUE garantiza expresamente el derecho de toda persona a que su causa sea conocida por un tribunal «independiente e imparcial, establecido previamente por la ley» (art. 47.II). El derecho a un tribunal independiente e imparcial, «establecido por la ley» también se reconoce en el PIDCP (art. 14.1) y en el CEDH (art. 6.1). En estos dos últimos supuestos se hace referencia a la previsión legal del tribunal, pero no a que dicha previsión se haga con anterioridad a los hechos. Entiende CHIAVARI, Mario, que la exigencia de irretroactividad de las alteraciones de la competencia resulta connatural a dicha garantía, *vid.* «Art. 6. Diritto ad un processo equo», en BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 179-180. En todo caso, sí remarca el TEDH que la exigencia de previsión legal de los tribunales es más evidente en los países que responden al modelo de *civil law* y que con la exigencia de la determinación legal se quiere evitar que la organización del sistema judicial quede en manos del poder ejecutivo y garantizar que se haga en la forma prevista «por una ley del Parlamento» (STEDH *Còeme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000). La Comisión Europea de Derechos Humanos había informado igualmente que en los países de derecho codificado o *civil law* la organización judicial tampoco podía quedar «a la *discrecionalidad* de la autoridad judicial» (*Zand c. Austria*, de 12 de octubre de 1978).

extenderse al derecho a conocer cuál es la jurisdicción que en cada caso conocerá de la causa<sup>151</sup>.

Por otro lado, pese a la adopción de instrumentos normativos en forma de Directivas aprobando normas mínimas comunes sobre los derechos procesales del investigado y los de las víctimas (art. 82.2 TFUE)<sup>152</sup>, lo cierto es que todavía coexisten notables diferencias al respecto entre los Estados miembros.

Otra de las objeciones a plantear es la relativa al marco normativo en el que descansa la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción y la persistencia en querer vincular esta cuestión con el devenir de Eurojust. Como se ha indicado *supra*, se aprueba la DM 2009/948 días antes de la aprobación del Tratado de Lisboa, esto es, que el esquema de esta trascendental cuestión descansa en el acervo normativo europeo previo a dicho Tratado, es decir, conforme al diseño en pilares característico de los Tratados de Maastrich y de Amsterdam. Es necesario, pues, adaptar esta materia a la nueva realidad jurídica derivada del Tratado de Lisboa y a los nuevos instrumentos normativos aplicables, una vez se ha puesto fin a la separación entre los diferentes pilares que sostenían la cooperación judicial dependiendo de si la misma era en materia civil o penal<sup>153</sup>. En concreto, el capítulo del TFUE sobre cooperación judicial en materia penal comienza anunciando que la misma se basará en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y en la aproximación en los Estados miembros en una serie de ámbitos tendentes, entre otros fines, a prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre aquellos [art. 82.1.II.b) TFUE]. Ya va siendo hora de sustituir la DM 2009/948 por las medidas correspondientes conforme al procedimiento legislativo ordinario<sup>154</sup>.

Unida a la anterior, ha de añadirse la contrariedad de querer vincular la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción con el papel que ha

<sup>151</sup> La confianza en los tribunales, que resulta esencial en una sociedad democrática sobre todo en procedimientos penales, será posible solo eliminando cualquier clase de arbitrariedad en la determinación de la jurisdicción; *vid.* THORHAUER, Nathalie Isabelle. «Conflicts of Jurisdiction in Cross-Border Criminal Cases...», cit. p. 95.

<sup>152</sup> Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales; Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

<sup>153</sup> HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción...», cit., pp. 226-227.

<sup>154</sup> HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción...», cit., pp. 229-230; el mismo autor en «Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos...», cit., p. 486.

desempeñar Eurojust. Esta institución tiene encomendadas en el propio Tratado de Lisboa y en el TFUE importantes competencias en la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción, pero resulta que su ámbito de actuación es limitado respecto de determinadas infracciones penales y también, por lo tanto, su capacidad de intervención al respecto<sup>155</sup>. Al hilo de lo anterior, cabe cuestionarse si Eurojust es la institución o agencia adecuada para intervenir en dichos conflictos. Indudablemente la respuesta ha de ser afirmativa en lo concerniente a la prevención de los conflictos de jurisdicción, pero al carecer de facultades decisorias vinculantes, no parece que pueda sostenerse lo mismo acerca de su contribución a la resolución de tales conflictos.

Por un lado, ¿no era posible una configuración más ambiciosa de Eurojust en lo que ahora nos concierne? Por otro lado, ¿es la institución adecuada para ello?, ¿quién más puede ocuparse de esta cuestión?

Respondiendo a la primera pregunta, considera WEYEMBERGH que, ni la DM 2009/946, ni la Decisión Eurojust, responden a las expectativas que con respecto a la Agencia Eurojust planteaban, por un lado, el Tratado por el que se instituye una Constitución Europea (que no entró en vigor) en su art. III-273 y, por otro lado, el TFUE en su art. 85, que es una réplica del anterior. Entiende la autora que ninguna de las Decisiones mencionadas apreció el «cambio cualitativo» que suponían aquellos preceptos de Derecho originario, pues en los mismos se contempla una posible integración vertical. Las Decisiones, en cambio, no atribuyen potestades decisorias vinculantes a Eurojust, opción que resultaría factible desde la literalidad del precepto<sup>156</sup>.

Ahora bien, siendo formalmente admisible con fundamento en los preceptos anteriormente indicados, a los que habría que añadir el art. 69D del Tratado de Lisboa, atribuir a Eurojust facultades decisorias vinculantes en la resolución de conflictos de jurisdicción en el supuesto de no alcanzar un acuerdo entre las autoridades nacionales concernidas, la siguiente cues-

<sup>155</sup> El listado de delitos respecto de los cuales es competente Eurojust se encuentra formulado exhaustivamente en el Anexo I de su Reglamento (UE) 2018/1727. El listado es muy amplio y a él hay que añadir las infracciones conexas a los anteriores (art. 3.4); pese a todo, de forma muy limitada podrían incluirse bajo la competencia de Eurojust las infracciones comprendidas en el Convenio de Estambul. Del Anexo I del Reglamento Eurojust podríamos destacar las referencias al «homicidio voluntario y agresión con lesiones graves» y a los «abusos sexuales y explotación sexual, incluido el material sobre abuso a menores y la captación de menores con fines sexuales».

<sup>156</sup> WEYEMBERGH, Anne. «The Development of Eurojust: Potential and Limitations...», cit., pp. 86 y ss.; HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. «Crímen transfronterizo y determinación de la jurisdicción...», cit., p. 226; el mismo autor en «El Reglamento (UE) 2018/1727 sobre la Agencia de la Unión Europea...», cit., p. 229. Igualmente JORDANA SANTIAGO, M.<sup>a</sup> Esther. «La esperada reforma de la Agencia de la Unión...», cit., p. 253.

tión se centraría en la conveniencia de dicha atribución. La principal objeción que se plantea es la que ahonda en la naturaleza de las competencias de Eurojust, claramente orientadas hacia la investigación y acusación, y la incompatibilidad con las mismas<sup>157</sup>. Estas objeciones podrían superarse con un doble planteamiento, por un lado, delimitando esas facultades decisorias de Eurojust mediante una serie de criterios vinculantes de atribución de la jurisdicción, lo que redundaría en una mayor seguridad jurídica y evitaría el *forum shopping* favorable a la acusación<sup>158</sup>. La «legitimidad» de la potestad decisoria de Eurojust podría reforzarse, por otro lado, mediante el sometimiento de su actuación a un estrecho control jurisdiccional por parte del TJUE<sup>159</sup>.

En ausencia del suficiente convencimiento acerca de la atribución a Eurojust de facultades decisorias en la resolución de conflictos de jurisdicción, se ha propuesto residenciar esta atribución en el TJUE que actuaría conforme a criterios de atribución jurisdiccional previamente determinados. Esta propuesta presenta no pocos inconvenientes —la demora en la solución del conflicto, sobre todo— y requeriría, además, de las correspondientes medidas<sup>160</sup> procesales e institucionales complementarias —la creación de una sala especializada, por ejemplo—<sup>161</sup>.

Otra posible solución para hacer frente o evitar los conflictos de jurisdicción consistiría en priorizar el principio de territorialidad y excluir la aplicación del principio de protección de intereses nacionales o de personalidad, tanto activa como pasiva. Estos principios alternativos son una manifestación de

<sup>157</sup> WEYEMBERGH, Anne. «The Development of Eurojust: Potential and Limitations...», cit., p. 93. Ante las dudas que implica atribuir a Eurojust funciones de naturaleza tan diversa como la persecución de un delito y la resolución de conflictos de jurisdicción, se propone la adopción de las medidas necesarias para configurar dicho organismo como más próximo a las funciones jurisdiccionales; *vid.* GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> Isabel. «La Decisión Marco 2009/948/JAI...», cit., p. 20.

<sup>158</sup> Aunque se perdería la flexibilidad que implica recurrir a criterios meramente orientativos. *Vid.* WEYEMBERGH, Anne. «The Development of Eurojust: Potential and Limitations...», cit., pp. 93-94.

<sup>159</sup> En opinión de WEYEMBERGH este control de legalidad sería posible conforme al art. 263 TFUE relativo, entre otros, a «los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros» y que comprendería la intervención de Eurojust en el ejercicio de esas facultades decisorias, «The Development of Eurojust: Potential and Limitations...», cit., p. 94.

<sup>160</sup> GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> Isabel. «La Decisión Marco 2009/948/JAI...», cit., p. 20.

<sup>161</sup> El Libro Verde de la Comisión «sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procesos penales», ya contemplaba una posible fase adicional en el caso de fracasar la fase previa de solución de controversias a través de la mediación. En dicha fase se preveía la posibilidad de encomendar facultades decisorias vinculantes a un órgano de la UE, pero que debía ser de nueva creación ante la incompatibilidad de tal función con la de mediación que se encomendaría a Eurojust o a un órgano nuevo, COM (2005) 696 final, p. 6.

desconfianza en los sistemas de justicia penal de otros países e incompatible con el principio de reconocimiento mutuo en que descansa la cooperación judicial penal en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia<sup>162</sup>. Esta alternativa conlleva, sin embargo, un mayor riesgo de que se generen espacios de impunidad si las conductas criminales comprendidas en el Convenio de Estambul no están tipificadas como tales en el lugar de su comisión o no existe posibilidad o voluntad de perseguirlas. Además, su eficacia quedaría limitada, en su caso, al ELSJ donde tiene vigencia el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como fundamento de la cooperación en materia penal.

De todos estos antecedentes analizados cabe concluir que poco o nada añaden a lo previsto en el Convenio de Estambul que confía también en que los Estados firmantes que reivindicaban su competencia en un mismo asunto se pongan de acuerdo a efectos de determinar el que se encuentre en mejor situación de tramitar la causa (art. 44.6). Hubiera sido deseable que, bien en el marco del Consejo de Europa o, al menos, bien en el marco de la UE se hubieran concretado los mecanismos adecuados para resolver la concurrencia de jurisdicciones para el caso en que no fuera posible alcanzar el deseado acuerdo.

## 5. El control de convencionalidad y su incidencia respecto del Convenio de Estambul

Una de las sorpresas que ha deparado la STC 140/2018, positiva en este caso, es la relativa a sus esclarecedores pronunciamientos sobre el control de convencionalidad<sup>163</sup>. La cuestión se plantea con motivo de la alegación, por parte de quienes interponen el recurso de inconstitucionalidad, de que la reforma de la LOPJ por la LO 1/2014 supone una lesión de lo previsto en el art. 96.1 CE en la medida en que dicho precepto dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno y que «sus disposiciones solo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». A juicio de los recurrentes, la reforma impulsada por la

<sup>162</sup> THORHAUER, Nathalie Isabelle. «Conflicts of Jurisdiction in Cross-Border Criminal Cases...», cit. pp. 98-99.

<sup>163</sup> Sumamente crítica con lo fallado por el TC acerca del recurso interpuesto contra la LO 1/2014, entiende MONTESINOS PADILLA, Carmen, que con estos pronunciamientos sobre el control de convencionalidad el TC trata de contrarrestar («cómo remendar un descosido») «las flaquezas de su argumentación» a las que no era del todo ajeno, «La jurisdicción universal en regresión...», cit., p. 116.

LO 1/2014 supondría una modificación de lo previsto en los tratados ratificados por España y, por ende, un incumplimiento de los mismos<sup>164</sup>.

Resumiendo al máximo, el TC resuelve que no le corresponde examinar desde el canon de constitucionalidad la compatibilidad de los tratados y convenios internacionales celebrados por el Estado español y la legislación interna y tampoco pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de esta última con fundamento en el art. 96.1 CE en caso negativo<sup>165</sup>.

El propio TC realiza una introducción acerca de la noción de control de convencionalidad atribuyendo su origen a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto Almonacid Arellano y otros c. Chile). En esta resolución de la Corte se establece que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a dicho tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones «no se vean mermaidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y el tratado en cuestión»<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> El recurso, si bien reclama que se declare la inconstitucionalidad de la totalidad de la LO 1/2014 por este motivo, se centra esencialmente en el incumplimiento de las obligaciones internacionales en relación con las letras a), b) y c) del art. 23.4 LOPJ. Sobre este punto, ha destacado un sector amplio de la doctrina que efectivamente existen serias dudas acerca del incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España con la ratificación de convenios y tratados internacionales específicos: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., pp. 36 y ss.; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz. «La jurisdicción universal en España...», cit., pp. 25 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. «El fin del modelo español de jurisdicción universal», cit., pp. 35-37.

<sup>165</sup> Reiterando su doctrina al respecto afirma: «En este sentido hay que entender los pronunciamientos en los que este Tribunal ha venido sosteniendo que los tratados internacionales “no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal” (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, y 12/2008, de 29 de enero, FJ 2)». Afirma igualmente que la CE no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional.

<sup>166</sup> Con mayor amplitud sobre el origen de la noción de control de convencionalidad en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, articulado en torno a los principios que definen el carácter vinculante de los tratados internacionales, así como con fundamento en el art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, *vid.* BAZÁN, Víctor. «Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 16, 2010, pp. 15-33; MONTESINOS PADILLA, Carmen. «La jurisdicción universal en regresión...», cit., pp. 116 y ss.; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz. «La jurisdicción universal en España...», cit., pp. 18

Niega el máximo intérprete constitucional que se pueda hacer derivar del art. 96.1 CE una superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes internas<sup>167</sup>. Sin embargo, en el supuesto de constatarse un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley, se resolverá la cuestión conforme al criterio de aplicabilidad y no de exclusión. Esto es, «no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto»<sup>168</sup>.

y ss.; NUEVO LÓPEZ, Pablo. «Control de convencionalidad y aplicación judicial de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista catalana de dret públic*, n.º 50, 2015, pp. 143-145. El primero de los autores citados distingue entre un control de convencionalidad desarrollado en el marco interno por los tribunales domésticos y el control de convencionalidad realizado en el ámbito internacional por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos que puede concluir en una disposición de reforma o abrogación de la norma interna, «Corte Interamericana de Derechos Humanos...», cit., p. 21. Esta doctrina del control de convencionalidad se fundamentaría en los principios *pacta sunt servanda* y de buena fe en el cumplimiento de los tratados internacionales; vid. MARULLO, María Chiara. «La jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, n.º 2, 2019, p. 314. Ya se refería al primero de los principios REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, aunque no utilizara la expresión «control de convencionalidad» y lo fundamentara en las obligaciones derivadas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 34, 1992, p. 62.

<sup>167</sup> El art. 96.1 CE consagra la recepción automática de las normas del Derecho internacional en el ordenamiento interno siempre que los tratados hayan sido válidamente celebrados y publicados oficialmente, pero guarda silencio acerca de la relación jerárquica entre dichas normas de Derecho internacional y las internas. A diferencia de lo que ocurre en otros textos constitucionales de nuestro entorno en los que se reconoce sin ambages la superioridad de las primeras frente a las segundas. También la Constitución republicana de 1931 (art. 65) y el propio Anteproyecto de la CE vigente (art. 6.1). Vid. MONTESINOS PADILLA, Carmen. «Artículo 96», en CAZORLA PRIETO, Luis María (dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo I*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 2459-2464. La doctrina mayoritaria es, sin embargo, de la opinión de que el inciso final del art. 96.1 CE refleja la superioridad de los tratados internacionales respecto de la ley española. Vid. REMIRO BROTONS, Antonio. «Artículo 96. Tratados Internacionales como parte del ordenamiento interno», en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VII, Edersa/Cortes Generales, Madrid, 1998, pp. 643-644; JIMENA QUESADA, Luis. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 83 y 87; del mismo autor «El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 22, 2018, p. 36.

<sup>168</sup> Se establece así, de un lado, «una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su

La constatación de que existe una eventual discrepancia entre un tratado internacional y una norma legal interna, así como el juicio para la determinación de la que será aplicable al caso concreto corresponde realizarlos a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria al tratarse de una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al TC sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE<sup>169</sup>. Esta facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también, afirma el TC, a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales<sup>170</sup>.

Esta facultad reconocida a la jurisdicción ordinaria de optar por la aplicación de lo dispuesto en un tratado internacional orillando la norma interna no constituye una auténtica novedad en la doctrina jurisprudencial del TC. Pero sí es destacable la contundencia y rotundidad con la que este tribunal la constata en este asunto, pues hasta este momento los pronunciamientos al respecto eran más tímidos y periféricos, al estar centrados esencialmente en la exclusión de los tratados internacionales del bloque de constitucionalidad con fundamento en el art. 96.1 CE<sup>171</sup>. Quizás sea este el aval que sirva

---

mera inaplicación». Reitera líneas más adelante que «el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones norma». Se hace eco así de la doctrina que aborda la cuestión del rango normativo del Derecho internacional convencional, no tanto desde la perspectiva de la jerarquía y validez, sino como cuestión de competencia y eficacia. *Vid.*, REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales...», cit., pp. 41 y ss.; MONTESINOS PADILLA, Carmen. «Artículo 96», cit., p. 2472.

<sup>169</sup> Sí correspondería al Tribunal Constitucional, no obstante, y por la vía procesal del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del art. 24.1 CE, que garantiza «que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho».

<sup>170</sup> Entiende JIMENA QUESADA, Luis, que la lógica que inspira el principio de primacía del derecho de la UE sería la misma que inspira el ejercicio del control de convencionalidad con apoyo en la posición prevalente de los tratados internacionales; reclama el autor la misma naturalidad con la que se aceptó por la jurisdicción ordinaria el control difuso basado en los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, cit., pp. 89, 131, 152; el mismo autor en «El control de convencionalidad...», cit., pp. 35-36.

<sup>171</sup> Si analizamos someramente las sentencias que el propio TC menciona como fundamento de su doctrina consolidada (en concreto, las SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, y 12/2008, de 29 de enero, FJ 2) resulta que solo en una de ellas (STC 28/1991, de 14 de febrero) se atribuye a la jurisdicción ordinaria pronunciarse sobre el conflicto de normas infraconstitucionales que «como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan».

para afianzar la convicción y voluntad de los órganos jurisdiccionales ordinarios<sup>172</sup>.

La ausencia de rotundidad y decisión también contagiaba a los actores principales de la aplicación de la técnica, pues, a pesar de que cierto sector doctrinal ha sostenido la posibilidad de un auténtico control de convencionalidad, en realidad, la práctica jurisprudencial demuestra que hasta ahora la jurisdicción ordinaria ha realizado un control de convencionalidad indirecto o mitigado<sup>173</sup>. Esto es, en este contexto los jueces han recurrido a la técnica de la interpretación conforme, eligiendo de entre los diversos sentidos que cabe atribuir a la norma aplicable, el que mejor se ajuste al tratado internacional en cuestión<sup>174</sup>.

Aunque el TC parezca querer restarle trascendencia a su pronunciamiento en determinados pasajes («erige al control de convencionalidad en el sistema español en una *mera regla de selección de derecho aplicable*»), lo cierto es que no puede ignorarse su relevancia al respecto, por permitir a través del control de convencionalidad optar por lo dispuesto en el tratado internacional frente a la norma interna, y por anclar el fundamento de dicha facultad en el propio texto constitucional<sup>175</sup>. Cuestión, además, que, si bien la STC 140/2018 no cita, venía de alguna manera encaminada en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros

<sup>172</sup> En tales términos se pronuncia JIMENA QUESADA, Luis, aunque entienda que no hace falta tal reconocimiento que ya se desprende de la propia CE y con toda seguridad antes de que conociera la STC 140/2018, «El control de convencionalidad...», cit., p. 38.

<sup>173</sup> Por regla general impera un «ostensible grado de timidez o, si se prefiere, de reserva», pero muy excepcionalmente un «entusiasmo impregnado de temeridad»; vid. JIMENA QUESADA, Luis. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, cit., pp. 113-117.

<sup>174</sup> NUEVO LÓPEZ, Pablo. «Control de convencionalidad y aplicación judicial...», cit., p. 148. Sin emplear la expresión anterior ya se afirmaba por la doctrina que «corresponde a la jurisdicción ordinaria la resolución en beneficio del tratado del eventual conflicto con disposiciones reglamentarias o legales, sin perjuicio del esfuerzo que debe realizarse por lograr una interpretación de la ley compatible con aquel»; y que cuando el juez ordinario se inclina por aplicar un tratado incompatible con una ley posterior «no tiene por qué pronunciarse sobre la validez o nulidad de esta». Vid. REMIRO BROTONS, Antonio. «Artículo 96. Tratados Internacionales como parte del ordenamiento interno», cit., p. 644.

<sup>175</sup> En efecto, se afirma que «en aplicación de la *prescripción contenida en el artículo 96 CE*, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto». Es la primera vez, afirma MONTESINOS PADILLA, Carmen, que el TC reconoce la existencia de un fundamento constitucional para la aplicación preferente del Derecho internacional convencional sobre el Derecho interno que lo contraría, «La jurisdicción universal en regresión...», cit., pp. 116. Algún autor ya se había referido a la existencia de un «mandato constitucional» o una «exigencia constitucional» al respecto: vid., JIMENA QUESADA, Luis. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, cit., pp. 28 y 92.

Acuerdos Internacionales, que contempla, por un lado, el deber de todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado de respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y de velar por el adecuado cumplimiento de los mismos (art. 29) y, por otro lado, la prevalencia de las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente sobre cualquier norma del ordenamiento interno en caso de conflicto (art. 31)<sup>176</sup>. Esta previsión legislativa, que no hace más que proclamar expresamente algo que ya resultaba de la interpretación del art. 96.1 CE, aporta una seguridad jurídica de especial conveniencia y parece que abre paso formalmente al control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico español<sup>177</sup>.

Vistas las posibilidades que abre el sistema basado en el control de convencionalidad por parte de la jurisdicción ordinaria y visto el impulso que el mismo recibe expresamente del TC en su sentencia 140/2018, no cabe sino concluir que se abre un escenario relativamente optimista para que los jueces de la Audiencia Nacional<sup>178</sup>, proactivos en materia de jurisdicción universal en otras ocasiones, puedan hacer prevalecer las disposiciones contenidas en tratados internacionales frente a las de carácter interno que puedan contravenirlas. Con estas últimas nos referimos esencialmente a las disposiciones contenidas en el art. 23. 4 de la LOPJ<sup>179</sup>.

Son numerosas las voces que han puesto en cuestión que la reforma de la jurisdicción universal por la LO 1/2014 y las restricciones por esta impuestas a la persecución en España de delitos cometidos fuera de su territorio

<sup>176</sup> Dicho precepto, rotulado precisamente «Prevalencia de los tratados», dispone que «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente *prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno* en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional». Este sería el mecanismo articulado por el legislador para que los jueces apliquen el control de convencionalidad: *vid.*, NUEVO LÓPEZ, Pablo. «Control de convencionalidad y aplicación judicial...», cit., p. 148.

<sup>177</sup> MONTESINOS PADILLA, Carmen. «Artículo 96», cit., p. 2473.

<sup>178</sup> Al hallarse concentrados en el conocimiento de la Audiencia Nacional los supuestos de aplicación extraterritorial de la jurisdicción [art. 65.1.º.e) LOPJ] se disminuye el riesgo alegado por la doctrina sobre la generación de inseguridad jurídica y desigualdad aplicativa del derecho como consecuencia de un mecanismo difuso de supervisión como es el control de convencionalidad. Acerca de este posible contratiempo, *vid.* JIMENA QUESADA, Luis. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, cit., p. 29; el mismo autor en «El control de convencionalidad...», cit., pp. 35-36; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz. «La jurisdicción universal en España...», cit., p. 19.

<sup>179</sup> Con ocasión de las oportunidades que ofrece el control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria, afirma MARULLO, María Chiara, que podría dar lugar a la inaplicación de la nueva regulación del art. 23.4 LOPJ al entender que las limitaciones establecidas a nivel estatal no resultan compatibles con las normas internacionales, «La jurisdicción universal española en la STC 140/2018...», cit., p. 317.

sea respetuosa con las obligaciones asumidas en determinados supuestos como consecuencia de tratados internacionales. Estas dudas se han suscitado, precisamente, en relación a los delitos o crímenes de mayor trascendencia internacional —calificados como de primer grado— contemplados en las letras a), b) y c) del art. 23.4 LOPJ —genocidio, lesa humanidad, torturas, desapariciones forzadas, etc.—<sup>180</sup>.

Sin embargo, hemos venido constatando que también podría plantearse algún tipo de desavenencia entre lo dispuesto en el art. 23.4.l) LOPJ y las disposiciones del Convenio de Estambul. Dos son los supuestos de posible fricción según hemos tenido ocasión de analizar: por un lado, el previsto en el apartado 3.º al extender la jurisdicción española a hechos cometidos fuera del territorio español contra víctima que en el momento de la comisión tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, pues condiciona la extensión de la jurisdicción española a que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España, condición esta última no prevista en el Convenio de Estambul<sup>181</sup>; por otro lado, la exclusión de cualquier forma de iniciación del procedimiento que no sea la querrela de la víctima o la del MF (exigidas por el art. 23.6 LOPJ), que pugnaría parcialmente con lo previsto en el art. 44.4 del Convenio, al no haber formulado el Estado español una reserva al respecto y al no constituir en nuestra opinión garantía suficiente en supuestos —habituales— en los que se entremezclan los intereses en la persecución de los hechos y los intereses económicos o políticos, la intervención del MF.

El posible ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria inaplicando la nueva regulación del art. 23.4 LOPJ en lo que se opone al Convenio de Estambul, incluso de oficio<sup>182</sup>, implica el juicio previo relativo a si las disposiciones de este último son susceptibles de apli-

<sup>180</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014...», cit., pp. 36-38; ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. *La Jurisdicción Universal en España*, cit., p. 163; SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, «El fin del modelo español de jurisdicción universal», cit., pp. 35-37; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz. «La jurisdicción universal en España...», cit., pp. 25-26. BOLLO AROCENA, María Dolores. «The reform of the universal jurisdiction in Spain. Did public international law require the reform carried out by means of law 1/2014?», *Spanish yearbook of international law*, n.º 18, 2013-2014, pp. 239-247.

<sup>181</sup> Opinión coincidente sobre este punto de VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz. «La jurisdicción universal en España...», cit., pp. 26-27.

<sup>182</sup> La declaración de anticonvencionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que su apreciación de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio. *Vid.* BAZÁN, Víctor. «Corte Interamericana de Derechos Humanos...», cit., p. 28. La jurisdicción nacional debería hacer efectivo el *iura novit curia*, en opinión de JIMENA QUESADA, Luis. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, cit., p. 78.

cación directa (*self-executing*)<sup>183</sup>. La doctrina ha condicionado igualmente el ejercicio del control de convencionalidad a que la norma internacional ofrezca claridad y certeza<sup>184</sup>. Sin embargo, ocurre con frecuencia que resulta difícil deducir del texto de los tratados su naturaleza *self-executing*<sup>185</sup>.

Bien es cierto que el Convenio de Budapest se remite constantemente a la adopción por los Estados Parte de las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para la efectividad de sus disposiciones. Esta exigencia alcanza también a las cuestiones que nos afectan (art. 44.2 y 4). Entendemos nosotros, sin embargo, que las disposiciones de derecho interno a que se refiere el Convenio se han adoptado, pero en sentido contrario a lo que dispone el mismo. Esto es, el Convenio no condiciona la persecución en España de hechos cometidos en el extranjero cuando la víctima sea nacional o persona con residencia habitual en su territorio (art. 44.2) a que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo «se encuentre en España» [art. 23.4.I).3.º LOPJ]. De otro lado, la exigencia de interposición de querrela por parte del agraviado o por el MF para activar en España la justicia universal (art. 23.6 LOPJ) contraviene, en nuestra opinión, el mandato del Convenio en el sentido de no subordinar la apertura de diligencias a la previa denuncia de la víctima (art. 44.4). No olvidemos que el reino de España no ha presentado al respecto ninguna reserva, pudiendo hacerlo en los términos del art. 78 del Convenio.

En conclusión, los términos de la Ley 25/2014 (art. 31) y el diáfano pronunciamiento del TC al respecto en su sentencia 140/2018, autorizan a la jurisdicción ordinaria a inaplicar las exigencias incorporadas en el art. 23.4.I).3.º y 23.6 LOPJ y hacer prevalecer las disposiciones del Convenio de Estambul que las contradicen.

<sup>183</sup> Dispone el art. 30.1 de la Ley 25/2014 que los tratados internacionales son de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.

<sup>184</sup> JIMENA QUESADA, Luis. «El control de convencionalidad...», cit., p. 39.

<sup>185</sup> Apunta MONTESINOS PADILLA, Carmen, que ello obliga a acudir a la jurisprudencia en búsqueda de concreción de las condiciones que permiten asegurar que un tratado internacional no está necesitado de disposiciones legales o reglamentarias, «Artículo 96», cit., pp. 2468-2469. La STS de 22 de abril de 2010 (ROJ 2223/2010) afirmaba al pronunciarse acerca del carácter programático o no del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Succes (Nueva York) el 21 de marzo de 1950, que «Una vez incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno, la aplicación directa de un Tratado o Convenio viene condicionada por el carácter *self-executing* de sus disposiciones, es decir, que su relación (sic) sea lo suficientemente precisa para consentir esa aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal y reglamentario que represente la voluntad de nuestro Estado».

### III. CONCLUSIONES

La extensión del ejercicio de la potestad jurisdiccional más allá de los límites en los que un Estado actúa su soberanía contribuye a la minimización en grado de la impunidad por hechos criminales. El Convenio de Estambul no es ajeno a esta realidad y contiene importantes previsiones al objeto de que los Estados firmantes del mismo persigan los delitos incluidos en su ámbito de aplicación más allá de los límites de su territorio. De esa manera se suplen las deficiencias que en la persecución de tales delitos pueden derivarse de las dificultades de otros Estados para ello. O simplemente de su falta de voluntad.

Obviamente, el Convenio de Estambul parte de la aplicación con carácter preferente del principio de territorialidad que tiene reflejo en el art. 23.1 LOPJ. El Convenio se refiere igualmente y con idéntico carácter vinculante al principio de personalidad activa (nacionalidad o residencia habitual en el Estado que asume la persecución) aplicando ya criterios de jurisdicción extraterritorial. Dicho principio también está contemplado en el art. 23 LOPJ. Tanto en su apartado 4.1) dentro de la jurisdicción universal —con referencia expresa al Convenio de Estambul—, como en su apartado 2 ya que las condiciones impuestas por este último —doble tipicidad— no son de aplicación al preverlo así el Convenio y, además, en toda su extensión al no haber formulado España reserva alguna siendo posible. La opción del art. 23.2 LOPJ es la preferible, pues es preferente junto al principio de territorialidad y presenta la ventaja de que no está condicionada al principio de subsidiariedad a diferencia de la primera opción. Ni tampoco a la interposición de querrela del agraviado o del MF. El problema reside en que dicho precepto solo se refiere al nacional español y no al extranjero residente habitual. Pero al no haber formulado reserva alguna al respecto, podría entenderse que cabe dicha extensión por la vía del art. 23.2 LOPJ que es más efectivo para la persecución extraterritorial de infracciones penales.

Por otra parte, la extensión extraterritorial de la jurisdicción española con fundamento en la nacionalidad española o residencia habitual de la víctima prevista en el art. 23.4.1).3.º LOPJ no constituye una obligación conforme al Convenio, sino solo una opción a la que tender de ser posible. Ahora bien, una vez incorporada dicha posibilidad al ordenamiento español, excede de los términos del Convenio la exigencia añadida de que el autor de los hechos se encuentre en España.

Nada hay que objetar a la implementación del Convenio desde la perspectiva del principio *aut dedere aut iudicare*, al haber optado aquel por la fórmula limitada o de Ginebra y al tener reflejo en el último párrafo del art. 23.4 LOPJ. Aunque ello puede incrementar el riesgo de impunidad si

el Estado con jurisdicción preferente no formula una petición de extradición.

La LOPJ contiene una referencia expresa al Convenio de Estambul en el apartado 4 de su art. 23. Esto es, en el precepto que ha servido de fundamento desde la aprobación de dicha ley al principio de justicia universal. Sin embargo, dicho principio ha experimentado sucesivos recortes mediante sucesivas reformas legislativas que concluyen con la LO 1/2014 que incorpora la exigencia de diferentes elementos de conexión con el Estado español para que la jurisdicción de este Estado pueda extenderse más allá de su territorio. La necesaria concurrencia de diferentes puntos de conexión ha desdibujado totalmente la concepción anteriormente vigente de la jurisdicción universal. En estas restricciones no son ajenas las presiones políticas, económicas y diplomáticas de terceros Estados cuando sus responsables políticos han sido denunciados ante los tribunales españoles. Este nuevo régimen deslavado de jurisdicción universal supone un incremento en el riesgo de impunidad, pero ha sido refrendado por el TC en su trascendental Sentencia 140/2018.

En adelante, la extensión extraterritorial de la jurisdicción se justificará en la medida en que un compromiso internacional, como puede ser el Convenio de Estambul, así lo imponga y con los requisitos previstos en el mismo. Uno de estos requisitos, que no encuentra fundamento en el Convenio, es el relativo a la interposición de querrela del agraviado o del MF para la persecución en España de los delitos en él previstos cometidos en el extranjero. El Convenio exige que los delitos cometidos en el territorio del propio Estado se persigan dentro del mismo sin hacerlo depender de la iniciativa de la víctima. La razón no es otra que proteger a la víctima ahorrándole más inconvenientes de los padecidos como consecuencia de la comisión de aquellos. Es cierto que en su literalidad con dicha exigencia no se produce infracción del Convenio, pero respondiendo a la necesaria protección de la víctima —muchas veces especialmente vulnerable— hubiera sido deseable mantener el régimen previo a la reforma, máxime constatada la injerencia de intereses políticos y económicos que, por experiencia, condicionan la actuación del MF.

Tampoco se resuelve en el Convenio ni en la LOPJ el problema de la concurrencia de jurisdicciones. La ley española opta por el principio de subsidiariedad a favor de otras jurisdicciones preferentes. El Convenio opta por el criterio del consenso entre Estados para determinar cuál está en mejores condiciones de conocer del asunto. Esta inconcreción se produce igualmente en el ámbito de la UE donde estas situaciones no están suficientemente resueltas y donde se prevé que Eurojust intervenga procurando

aproximar a los Estados a un acuerdo, pero sin que su decisión tenga carácter vinculante.

La STC 140/2018, además de dar el visto bueno a la LO 1/2014, contiene importantes pronunciamientos favorables al control de convencionalidad por los tribunales ordinarios. Esto es, en caso de conflicto entre lo dispuesto en un tratado o convenio internacional celebrado por España y las normas de derecho interno sería la jurisdicción ordinaria la que resolvería la cuestión conforme a criterios de aplicabilidad y no de exclusión, de modo que podría desplazar una norma legal interna para aplicar lo dispuesto en el tratado o convenio. Por si fuera poco, esta facultad de control se fundamentaría en la propia CE (art. 96). Aunque no la cita expresamente el TC, su sentencia coincide en el tiempo con la aprobación de la Ley 25/2014 que también contempla la prevalencia de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre cualquier norma del ordenamiento interno en caso de conflicto (art. 31). Este reconocimiento que adquiere el control de convencionalidad animará sin duda a los tribunales españoles competentes (Audiencia Nacional) para que, bien sea en el caso del Convenio de Estambul, bien sea con carácter general, corrijan las deficiencias producidas en la implementación de las normas internacionales, aplicando estas si son suficientemente precisas y desplazando las del orden interno.