



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA
POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE
JULIO, DEL PODER JUDICIAL, PARA PERSEGUIR
EXTRATERRITORIALMENTE EL TRÁFICO ILEGAL O LA
INMIGRACIÓN CLANDESTINA DE PERSONAS**

I

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de mayo de 2007 tuvo entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, todo ello a los efectos de la emisión del preceptivo informe.

La Comisión de Estudios e Informes, en su sesión del día 30 de mayo de 2007, acordó designar Ponente al Excmo. Sr. Vocal D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, y en reunión de fecha 20 de junio de 2007 aprobó el presente informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial se contempla en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); en concreto su apartado e) determina que dicha función tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

A la luz de esta disposición legal, en una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad de informe que en ella se reconoce al Consejo General del Poder Judicial, el parecer que le corresponde emitir sobre el Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

No obstante la aludida limitación material de la potestad de informe del Consejo General del Poder Judicial, la función consultiva de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

este órgano constitucional ha sido entendida, en principio, en términos amplios. Así, el Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1.e) LOPJ, y un ámbito ampliado, que se deriva de la posición de este Consejo como órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial. Dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse se habrá de referir, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Proyecto en todas las cuestiones no incluidas en el citado artículo 108 LOPJ. En cuanto al ámbito ampliado, el Consejo General del Poder Judicial se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.

Además de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto de Ley Orgánica sometido a informe de este Consejo consta de una parte expositiva y un único artículo, a los que acompaña una Memoria Justificativa (MJ).

El artículo único modifica el apartado 4 del art. 23 LOPJ -cuyo primer párrafo es del siguiente tenor: *«Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:»-*, dando nueva redacción a la letra g) (*«Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas»*), lo que conlleva la reordenación de las actuales letras g) (*«Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España»*) y h) (*«Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España»*), que pasan a ser las letras h) e i), con idéntico contenido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

IV

CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de proceder al análisis del Anteproyecto, han de hacerse una serie de consideraciones acerca de aquella parte del Derecho vigente que guarda estrecha relación con la materia objeto de reforma, tanto de Derecho interno penal y jurisdiccional, como de Derecho Internacional y Comunitario.

A) Derecho interno

a) Derecho Penal.- El artículo 318 bis del Código Penal

El Código Penal (CP) tipifica los *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* en el art. el 318 bis, que integra en solitario el Título XV bis del Libro II, introducido por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, y cuya redacción actual se debe a la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Este artículo se compone de seis apartados: el primero de ellos describe el tipo básico y en los apartados dos a cinco se contemplan subtipos agravados ante la presencia de determinadas circunstancias, como el propósito de explotación sexual, el ánimo de lucro, la forma de comisión, la situación o circunstancias de la víctima, la creación de situación de peligro para la vida, salud o integridad de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

personas, o la pertenencia a una organización delictiva; finalmente, el apartado seis contiene una regla que faculta la reducción de la pena en determinadas circunstancias.

A efectos del presente informe, bastará con el estudio del tipo básico por ser al que se remite en primer término la regla de competencia internacional. El ap. 1 del art. 318 bis reza así: *«El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión»*. La doctrina jurisprudencial ha entendido que es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre extranjería (cfr. STS 2ª 284/2006, de 6 de marzo).

El tipo penal distingue, a partir de la reforma del año 2003, entre *tráfico ilegal e inmigración clandestina*, aunque es opinión generalizada que ambas conductas suelen superponerse y son difícilmente separables: *«por tráfico hemos de entender no (simplemente) "tránsito" de personas, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con objeto de obtener un lucro, personal o económico, debiendo ser éste ilegal, esto es, contraviniendo la normativa administrativa de fronteras, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo. Mientras que por inmigración clandestina hemos de entender cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa»* (STS 2ª 302/2007, de 3 de abril).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Aunque la determinación del *bien jurídico* protegido en el tipo básico no está exenta de polémica doctrinal, se considera que está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que tales movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, por un lado, y el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes, por otro (cfr. STS 2ª 545/2006, de 23 de mayo; STS 2ª 569/2006, de 19 de mayo, que hace referencia a la protección del control de los flujos migratorios y de los derechos de los ciudadanos extranjeros). Este Consejo en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* -Anteproyecto que desembocaría en la LO 11/2003-, sostuvo que «el art. 318.bis, tanto en la redacción anterior como en la propuesta, tutela distintos bienes jurídicos. Por una parte, el tipo básico defiende el interés del Estado de proteger la actividad migratoria, reforzando así el control administrativo. Por otro lado, en las demás conductas castigadas (tipos agravados), se atiende a la dignidad del ser humano tratando de evitar su explotación, (especialmente por grupos organizados, dadas las precarias condiciones en que la clandestinidad les coloca)» y, añadimos, la puesta en peligro de otros bienes jurídicos (libertad, incluida la sexual, vida, salud, integridad física, etc.), sensiblemente incrementada por el aumento del tráfico ilícito.

Dentro de las clasificaciones de tipos penales, este delito en su modalidad básica se configura como delito de peligro abstracto y de mera actividad, que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido (cfr. STS 2ª



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1059/2005, de 28 de septiembre; 284/2006, de 6 de marzo; 545/2006, de 23 de mayo). La conducta se describe en forma abierta y progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitación, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Puede decirse que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está inducida en la conducta típica (cfr. STS 2ª 1059/2005, de 28 de septiembre). Como puede verse, las conductas subsumibles en el tipo básico son muy variadas siempre que supongan una acción de favorecimiento del tráfico de personas o de la inmigración ilegal, sin que se exija que sean lesivas de la condición personal de los inmigrantes; cuestión aparte que excede del objeto del presente Informe, lo constituye el deslinde de estas conductas con las constitutivas del ilícito administrativo tipificado en el art. 54.1 b) de la citada Ley Orgánica 4/2000, de "Extranjería" («1. Son infracciones muy graves: (...) b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito»).

Aquellas calificaciones del tipo penal efectuadas a efectos clasificatorios son relevantes para determinar el lugar -y el momento- de comisión del delito; más concretamente, la fijación del momento de culminación del *iter criminis*. A tal fin, se acude a la actualmente dominante *teoría de la ubicuidad*, según la cual, el delito se entiende cometido en todos los lugares en que se produce algún elemento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

relevante del mismo. Con otras palabras, el delito se reputará cometido tanto en todos los lugares en los que se haya llevado a cabo la acción como en el que se haya producido el resultado. Ciertamente, la teoría de la ubicuidad, dado que admite varios lugares de comisión, requiere ser completada por criterios para resolver los conflictos de varias pretensiones jurisdiccionales que se puedan presentar [cfr. STS 2ª 1626/2003, de 29 de enero de 2004 (sic)].

Al calificarse este delito en su forma básica como de mera actividad, la acción en sus distintas modalidades se entiende realizada con la ejecución de cualquiera de las acciones típicas. Esto revela la importancia de determinar el lugar en que la progresión delictiva termina por la intervención de las autoridades españolas más allá de nuestras aguas territoriales, cuando interceptan una embarcación de transporte ilegal de inmigrantes, lo que hace emerger el problema de la jurisdicción penal de los Tribunales españoles.

Determinadas resoluciones judiciales han rechazado la posibilidad -aunque sin formularla en estos términos- de apreciar autoría mediata (art. 28 I CP), cuando los traficantes emplean como instrumento para entrar en territorio español a personas penalmente irresponsables al actuar justificadamente en cumplimiento de un deber, como son las dotaciones de los buques de salvamento, por lo que la acción criminal no quedaría cortada en el momento de la interceptación en aguas internacionales, sino que la consumación (también) se produciría en el momento de traspasar el límite geográfico de nuestras fronteras. Ilustrativo resulta el razonamiento de la Sentencia 124/2006, de 30 de junio, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria: «Ciertamente se podría alegar que la acción de salvamento (meramente humanitaria) no "interrumpe" la actividad delictiva, sino que simplemente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la "transforma". Es decir, aquél que hasta ese momento ha favorecido directamente la inmigración ilegal, patroneando la embarcación, pasa a favorecerla indirectamente, al haber logrado que el buque de salvamento español transporte a los inmigrantes hacia nuestro país, fin perseguido desde el inicio de la travesía, siendo indiferente, según lo expuesto, que el mismo se logre o no. Es decir, el sujeto activo proyectaría una actividad finalísticamente dirigida al resultado (entrada ilegal en nuestro país)».

Con independencia de lo anterior, lo cierto es que el problema no ha sido solucionado con los instrumentos hermenéuticos del derecho penal sustantivo, sino que ha basculado hacia el derecho jurisdiccional, es decir, al problema de la jurisdicción penal internacional de los Tribunales españoles para conocer de este hecho delictivo cuando se consuma fuera de aguas territoriales españolas, normalmente cuando un buque español en tareas de salvamento marítimo actúa en cumplimiento de los compromisos que impone el *Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo*, hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979, al que se adhirió España por Instrumento de 29 de enero de 1993, conforme al cual los Estados Parte «*garantizarán que se preste auxilio a cualesquiera personas que se hallen en peligro en el mar. Harán esto sean cuales fueren la nacionalidad o la condición jurídica de dichas personas o las circunstancias en que éstas se encuentren*». El siguiente paso será situar el presente estado normativo de la jurisdicción penal internacional española.

b) Derecho jurisdiccional.- El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Como es sabido, el art. 23 de la LOPJ establece las reglas de atribución de la jurisdicción penal de los tribunales españoles. Tras establecer en el apartado 1 la regla general de territorialidad, erige en los siguientes apartados 2, 3 y 4, las respectivas reglas -también calificados como *principios*- de personalidad (activa), real, de protección o de defensa, y de universalidad o de justicia universal.

Para el supuesto planteado en la aplicación del art. 318 bis CP que motiva la reforma proyectada, no es de aplicación, por definición, el criterio de territorialidad. Es cierto que ante nuestros Tribunales penales se han suscitado problemas interpretativos acerca de la extensión de la soberanía española sobre el espacio marítimo, ya que, por una parte, el art. 7 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, *de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*, al tratar las "zonas y tipos de navegación", dispone lo siguiente: «1. Son zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, además de las aguas interiores, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva», fijando la extensión del mar territorial de hasta una distancia de doce millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide su anchura, la de la zona contigua desde el límite exterior del mar territorial hasta las veinticuatro millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, y la de la zona económica exclusiva desde el límite exterior del mar territorial hasta una distancia de doscientas millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide la anchura de aquél. Pero por otra parte, la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 y ratificada por España mediante Instrumento de 20 de diciembre de 1996, dispone en el art. 2.1 que la soberanía del Estado ribereño se extiende al mar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

territorial, y en relación con la zona contigua y a la zona económica exclusiva, dispone, respecto a la primera, que el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos de inmigración que se cometan en su territorio o en su mar territorial (art. 33.1); y en cuanto a la segunda, los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño se rigen por las disposiciones pertinentes de esta Convención (art. 55), siendo derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales y la producción de energía, así como jurisdicción con respecto al establecimiento, utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, la investigación científica marina y la protección y preservación del medio marino, además de otros derechos y deberes previstos en esta Convención (art. 56.1). Ante esta, al menos aparente, disparidad entre la Ley española y el Convenio, nuestros Tribunales han optado por hacer prevalecer a este último e interpretar restrictivamente el alcance de la jurisdicción española, sin ampliarla a las zonas contigua y económica exclusiva.

En cuanto al principio de personalidad, tampoco será de aplicación dado que lo criminológicamente más frecuente será que los responsables sean de nacionalidad extranjera. Lo mismo ocurre con los otros dos criterios de atribución, que se concretan en puntos de conexión expresamente previstos en la Ley, sin que el apartado 3 -principio de protección-, ni el apartado 4 -principio de justicia universal-, del art. 23 LOPJ, hagan referencia expresa al supuesto de tráfico de personas cometido extramuros del ámbito espacial de soberanía del Estado español. No obstante, el art. 23.4 LOPJ, tras la enumeración de figuras delictivas, culmina con la letra h), que contiene una fórmula abierta que abre la vía a nuevos puntos de conexión: «*Y cualquier otro*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser *perseguido en España*» ("extraterritorialmente", se entiende). Procede, por tanto, entrar a analizar a continuación los regímenes convencional y comunitario sobre esta materia, que también presentan gran interés por lo que se refiere a los compromisos contraídos por España en la lucha contra el tráfico ilegal de personas.

B) Normas internacionales

En la parte expositiva del Anteproyecto se hace referencia a dos importantes normas de derecho internacional elaboradas en el marco de las Naciones Unidas y de las que España es parte: por una parte, la *Convención contra la delincuencia organizada transnacional*; y por otro lado, el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. A ellos ha de añadirse el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. Todos ellos fueron firmados en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y ratificados por España mediante Instrumento 21 de febrero de 2002.

Finalmente en el ámbito regional europeo (Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria, sin que afecte al derecho de la Unión Europea, aunque con vocación de hacerse extensivo a los demás Estados de la Unión y a que en el futuro sus disposiciones se trasladen al marco jurídico de la Unión) puede citarse el *Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005, ratificado por España mediante Instrumento de 18 de julio de 2006, pero que no es relevante para la materia objeto de reforma.

Del análisis conjunto de la Convención y los Protocolos citados de Naciones Unidas se extrae la obligación para los Estados Parte de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito determinadas conductas, constitutivas de *trata de personas* -entendiéndose por tal la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación- o de *tráfico ilícito de migrantes* -a saber, la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Ahora bien, estas medidas no persiguen la tipificación de toda forma de tráfico ilegal de personas, sino de aquella en la que exista un grupo delictivo organizado, tenga el delito carácter transnacional -entendiéndose por tal el que se comete en más de un Estado; el que se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; el que se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o, finalmente, el que se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro-, y se persiga con la acción



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cometer delitos graves, entendiéndose por tales aquellos que sean punibles con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

En el aspecto procesal, cada Estado Parte ha de velar por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno, en relación con el enjuiciamiento de personas por estos delitos, a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión. Los delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte.

En cuanto a la jurisdicción, cada Estado Parte podrá establecerla para conocer del delito cuando se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

Junto a estas declaraciones, se hacen otras en salvaguarda de la soberanía de los Estados que se complementan con líneas de cooperación. Así, con carácter general se proclama que los Estados Parte cumplirán estas obligaciones en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. La Convención no faculta a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades. En particular, toda medida que se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

tome, adopte o aplique tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir ni causar menoscabo en:

a) Los derechos y las obligaciones de los Estados ribereños en el ejercicio de su jurisdicción de conformidad con el derecho internacional del mar; ni en

b) La competencia del Estado del pabellón para ejercer la jurisdicción y el control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales relacionadas con el buque.

En el tráfico ilícito de migrantes por mar los Estados Parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes, de conformidad con el derecho internacional del mar. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda.

En conclusión, estas normas internacionales fundamentalmente obligan a los Estados a tipificar y sancionar esta clase de infracciones delictivas, así como a establecer los mecanismos necesarios para su represión, pero sin establecer normas de jurisdicción extraterritorial que los Estados deban introducir en su derecho interno, sino que únicamente les faculta para ello, por lo que en materia de tráfico ilegal de personas no parece que sea de aplicación la cláusula genérica que remite a los delitos que deban ser perseguido en España conforme a los tratados o convenios internacionales [art. 24.3 h) LOPJ].



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

C) Derecho Comunitario

Como primera precisión ha de recordarse que la expresión "tratados o convenios internacionales" del art. 23.4, letra h), ha de ser interpretada, a efectos del Derecho Comunitario, en los términos previstos en el art. 2 del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, hecho en Viena el día 23 de mayo de 1969, al que se adhirió España por Instrumento de 2 de mayo de 1972. En el ordenamiento comunitario se distinguen con toda nitidez los Tratados constitutivos, el resto del derecho convencional y el denominado *derecho derivado* - singularmente los Reglamentos de aplicación directa en los Estados miembros-, en el cabe incluir los instrumentos jurídicos del segundo y tercer pilar de la UE, que aunque no son propiamente derecho derivado, sus normas no pueden ser calificadas como tratados o convenios internacionales a pesar de su eficacia supranacional.

a) Tratados

En primer lugar, el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea* (versión consolidada Niza) insta al Consejo a adoptar medidas relativas a los controles de las fronteras exteriores y la inmigración y la residencia ilegales, sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior.

En segundo término, el *Tratado de la Unión Europea* (versión consolidada Niza), señala como objetivo de la Unión mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia

Como puede observarse, los Tratados constitutivos formulan declaraciones genéricas en materia de control de las fronteras exteriores y de inmigración ilegal, sin referencia a la extraterritorialidad de la jurisdicción penal de los Estados.

b) Acervo de Schengen

Merecen una mención especial aquellas disposiciones que a partir del Protocolo anejo al Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, *por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos*, se integran como *acervo de Schengen* en el marco de la Unión Europea, sin perjuicio de que España ya había firmado un Acuerdo de adhesión el 25 de junio de 1991.

En virtud del Acervo de Schengen, las fronteras nacionales españolas constituyen a su vez las fronteras exteriores de la Unión Europea, asumiendo el Estado español una específica obligación de control del flujo migratorio clandestino de extranjeros de terceros países, como consecuencia de la progresiva desaparición de las fronteras interiores en el "espacio Schengen".

Los principales instrumentos que integran este Acervo son los siguientes:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1º) El *Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985. En materia de inmigración ilegal, se prevé el refuerzo de la cooperación entre las autoridades aduaneras y policiales de los Estados Parte en la lucha contra la criminalidad, en particular contra la entrada y la estancia irregulares de personas. En materia de circulación de personas, las Partes tenderán a suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras externas, tomando medidas para impedir la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas.

2º) El *Convenio 19 de junio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985*. Aquí las Partes se comprometen a fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos, estando sujeta la circulación en las fronteras exteriores al control de las autoridades competentes, en el marco de las competencias nacionales y de la legislación nacional, si bien teniendo en cuenta los intereses de de todas las Partes contratantes. Prevé dentro de la cooperación policial la posibilidad de proseguir la vigilancia de presuntos responsables de hechos delictivos y su persecución sin autorización previa en el territorio de otra Parte contratante respecto al delito de tráfico de seres humanos.

3º) Con posterioridad, el Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, *por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)*, insiste en que los Estados miembros fijarán sanciones, de conformidad con su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

derecho interno, en el caso de cruce no autorizado de fronteras exteriores -entendiéndose por tales las fronteras terrestres de los estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores- fuera de los pasos fronterizos.

Entre las medidas de cooperación para la progresiva supresión de las fronteras interiores y de correlativo reforzamiento de las exteriores, no se contempla la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Estados Parte.

c) Derecho derivado

Hay un número importante de disposiciones comunitarias de distinto tipo que han abordado el fenómeno de la inmigración ilegal. Se destacan aquí las más recientes que son consideradas de mayor importancia en cuanto regulan cuestiones sustantivas relacionadas con la vertiente penal de las migraciones.

En primer lugar y como complemento de las citadas normas internacionales elaboradas por Naciones Unidas, la Decisión Marco, 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, *relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*, impone a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, siendo cada Estado el que tome las medidas necesarias para establecer su competencia respecto a tales infracciones cuando la infracción se haya cometido, total o parcialmente,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en su territorio, el autor de la infracción sea uno de sus nacionales, o la infracción haya sido cometida en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio.

En segundo término, ante la necesidad de combatir la ayuda a la inmigración clandestina, tanto la que se refiere al cruce irregular de la frontera en sentido estricto, como la que se presta para alimentar las redes de explotación de personas, es fundamental la aproximación de las disposiciones jurídicas existentes: por una parte, la definición precisa de la infracción correspondiente y los supuestos eximentes, lo que constituye el objeto de la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, *destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*; y por otro lado, las normas mínimas para las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia, lo que constituye el objeto de la Decisión Marco 2002/946/JAI, del Consejo:

1º) La Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones adecuadas contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros.

2º) La Decisión Marco 2002/946/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, por la que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las infracciones de la anterior Directiva



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sean punibles con sanciones penales; así mismo, adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto a estas infracciones cometidas total o parcialmente en su territorio, por uno de sus nacionales o en beneficio de una persona jurídica establecida en el territorio de ese Estado miembro. En cumplimiento de esta norma, se reformó el art. 318 bis CP en la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

d) Otras disposiciones comunitarias relacionadas con la inmigración ilegal y el tráfico ilegal de personas

Las disposiciones que se reseñan tratan la cooperación judicial y la policial en materia de delincuencia organizada y de fronteras.

1º) *Convenio basado en el artículo K.3 del tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol)*, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995. Se marca como objetivo mejorar la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y la cooperación entre los mismos con vistas a la prevención de las formas graves de delincuencia internacional, destacando la actuación contra las redes de inmigración clandestina y la trata de seres humanos.

2º) *Decisión 2002/187/JAI, del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia.* Entre sus objetivos se encuentran el fomento y mejora de la coordinación entre las autoridades de los Estados miembros, de las investigaciones y actuaciones judiciales en los mismos, la ejecución de la asistencia judicial internacional y de las solicitudes de extradición, en el ámbito de la delincuencia grave, en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

particular en los casos de delincuencia organizada. Para determinar el ámbito de competencia general de Eurojust, la Decisión se remiten a los tipos de delincuencia citados en el Convenio de Europol.

3º) Reglamento (CE) nº 2007/2004, del Consejo, de 26 de octubre de 2004, *por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*. Partiendo de que el desarrollo de la política y legislación sobre el control y la vigilancia de las fronteras exteriores son competencia de las instituciones de la Unión Europea, en particular del Consejo, se crea esta Agencia (FRONTEX) para ayudar a los Estados miembros de la Unión Europea, a quienes compete el control y vigilancia de las frontera exteriores de la UE, en la aplicación de los aspectos operativos de la gestión de sus fronteras exteriores (coordinación de la cooperación operativa, asistencia y formación de los agentes de la guardia de fronteras, análisis de riesgos, apoyo para la organización de operaciones de retorno conjunto, etc.).

4º) En la misma línea cooperación en materia de inmigración ilegal que el Reglamento anterior, se dicta el Reglamento (CE) nº 377/2004, del Consejo, de 19 de febrero de 2004, *sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración*.

Ni con el anterior Convenio ni con las normas de derecho derivado que se han relacionado se pretende regular la jurisdicción penal internacional de los Estados de la Unión Europea.

Puede concluirse ante el panorama que presentan el Derecho Internacional y el Comunitario que no hay un reconocimiento del principio de persecución universal, sino el compromiso de los Estados



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en frenar y castigar en su propio ámbito territorial esta clase de infracciones, dejando abierta la posibilidad de extender su acción más allá de sus fronteras.

V

EXAMEN DEL ARTICULADO

Ante el panorama normativo y jurisprudencial expuesto, el Anteproyecto afronta la necesaria reforma del art. 23.4 de la LOPJ, ante una relativamente novedosa manifestación de la inmigración ilegal, la que se produce por la concurrencia de dos circunstancias que, combinadas, están generando un estado de impunidad:

1º) El flujo de inmigración irregular procedente de las costas septentrional y occidental del continente africano (así se desprende de las referencias a "pateras" y "cayucos" que se hacen en la parte expositiva y en la MJ), en concurrencia con lo que la misma parte expositiva considera, por una parte, como *criminalidad tolerada*, y califica, por otro lado, como *criminalidad transnacional* propiciada por los Estados ribereños, en la que a la «tradicional impunidad derivada del escaso empeño mostrado habitualmente en su represión por los Estados con más directos vínculos de conexión (...) el facto de impunidad deriva, no tanto de la falta de voluntad de los Estados con más vínculos de conexión, cuanto de su falta de capacidad para la represión individual de una criminalidad generalmente privada, aunque, casi siempre, organizada».



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2º) La interceptación por buques españoles en operaciones de rescate en aguas internacionales -y en ocasiones incluso en aguas territoriales de otro Estado- de embarcaciones empleadas en el tráfico ilegal de inmigrantes. La MJ, siguiendo la línea jurisprudencial antes señaladas, considera el tipo del art. 318 bis CP como delito de consumación anticipada que adelanta la barrera penal al momento en que se facilita o favorece el tráfico.

La situación descrita ha planteado problemas reales a determinadas Audiencias Provinciales a la hora de enjuiciar estas conductas delictivas, con declaración de la falta de jurisdicción penal internacional de los Tribunales españoles debido a que «el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros no se encuentra incluido en el catálogo del art. 23.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que el acusado es extranjero; y, por último, que no se ha suscrito por España ningún tratado que determine la Jurisdicción de los órganos judiciales españoles para conocer de este delito si se comete fuera del territorio nacional (art. 23.4 h) LOPJ), puesto que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15/11/2000 (...) y el Protocolo contra el Tratado ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (...) únicamente facultan (no obligan) a nuestro país (art. 15 del Convenio) para establecer legislativamente su Jurisdicción sobre este tipo de delitos cuando se cometen fuera del territorio nacional, previsión legislativa que, según lo expuesto, no se ha desarrollado» (Sentencias de Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 124/2006, de 30 de junio, y 1, 2 y 3/2006, todas de 26 de octubre, entre otras resoluciones).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Para conocer de estos hechos delictivos que se perpetran fuera del espacio terrestre, marítimo o aéreo sobre que se extiende la soberanía del Estado español y, por tanto, de la jurisdicción penal de nuestros Tribunales de Justicia conforme a la regla de atribución general de territorialidad, es precisa una norma de asignación de jurisdicción extraterritorial que no existe en la actualidad, salvo en el supuesto de tráfico de personas orientado a la explotación sexual, previsto en la letra e) del art. 23.4 LOPJ. Con tal finalidad, la reforma modifica este apartado dando nueva redacción a la letra g, con la consiguiente reordenación de las actuales g y h como letras h e i, respectivamente.

La nueva regla de atribución de jurisdicción penal internacional suscita las siguientes cuestiones:

a) El nuevo supuesto de la letra g es el de "tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas". Esta competencia no se reduce, como es evidente, a la inmigración ilegal por vía marítima, que es la que provoca la reforma, sino a todas las conductas subsumibles en el delito del art. 318 bis CP, dado que el primer párrafo del ap. 4 del art. 23 LOPJ se remite a la tipificación del delito «según la ley española», que no excluye ninguna de aquellas posibles vías de entrada.

La remisión al tipo penal de la legislación española, es decir, al art. 318 bis CP, amplía considerablemente las competencias de los tribunales españoles en comparación con el ámbito material de las normas internacionales y comunitarias, pues, como se ha dicho, el tipo básico del delito de tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, no exige, como aquellas normas, ni la organización delictiva ni la persecución de un beneficio económico, pues en tales casos son de aplicación los subtipos



agravados. En este sentido, la extensión de la jurisdicción internacional que se proyecta, al vincularse al tipo del art. 318 bis CP, es superior al ámbito de las convenciones internacionales.

b) Por esta misma razón, pero en sentido opuesto, quedarían excluidas de esta competencia internacional otras infracciones penales que presentan zonas secantes con el citado delito, como la figura de inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP), comprendida en el Título XV del Libro II del CP, relativo a los *delitos contra los derechos de los trabajadores*. No puede pasarse por alto que la nueva norma de atribución de jurisdicción no sería de aplicación cuando se considere que el tráfico de personas afecta a trabajadores, al ser de aplicación por razón de especialidad el citado art. 313.1 CP. En este sentido la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha considerado que la novedosa redacción actual del art. 318 bis CP plantea el problema de delimitar los respectivos ámbitos de aplicación y, en particular, la colisión y posible interconexión entre el art. 318 bis y el art. 313.1, relación que puede estimarse como de género a especie, al protegerse en el 313.1 los derechos laborales del colectivo de trabajadores, nacionales o extranjeros, que sean objeto de tráfico ilegal o inmigración clandestina, como fase previa a su posible contratación abusiva y precaria, mientras que el artículo 318 bis ampararía de forma residual cualquier otro comportamiento incardinable en el concepto de tráfico ilegal o inmigración clandestina no vinculada a una relación laboral, si bien en este caso ha de ser necesariamente de personas no nacionales (cfr. STS 2ª 1465/2005, de 22 de noviembre, que cita las Sentencias 2205/2002, 743/2003, 1045/2003 y 1092/2004). Más explícitamente si cabe, la STS 2ª 569/2006, de 19 de mayo, declara que «[E]s evidente que el hecho de que las víctimas sean trabajadores o mano de obra, como con poca fortuna dice el artículo 312, no puede justificar la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

diferencia, de modo que habrá que encontrarla en la gravedad de la conducta. Sin embargo, la literalidad del tipo no aporta elementos valorativos que permitan esa diferenciación, por lo que la solución para armonizar ambas previsiones habría de ser la reforma legal, que podría contemplar como supuestos agravados la existencia de ulteriores finalidades de explotación».

Consecuentemente, cuando la inmigración ilegal se destina al mercado de trabajo, ante el concurso de leyes en que aparecen los arts. 318 bis.1 y 313 (favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores), será de aplicación este último artículo por razón de especialidad y, por consiguiente, no sería de aplicación la nueva regla de atribución de jurisdicción. No obstante, atendiendo al difuso matiz que puede apreciarse entre "inmigración ilegal" y "tráfico ilegal de personas", cabe la subsunción de la conducta en el art. 318 bis.1 si lo que se favorece en el «tráfico ilegal» de trabajadores.

c) Por lo que se refiere a la opción por el principio de universalidad, a la vista de lo que declaran la parte expositiva del Anteproyecto y la MJ, obedece a la prevalencia que se otorga a uno de los bienes jurídicos protegidos por el delito del art. 318 bis CP. Así, *«España, sin duda, debe adoptar las medidas legislativas al respecto a fin de enjuiciar este tipo de delitos, pues resulta ciertamente difícil dar el necesario trato digno a los inmigrantes y proteger plenamente sus derechos humanos, a la vista del inabarcable flujo migratorio en nuestro país. Flujo que proviene, en gran medida, del notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de inmigrantes, que día a día pone en peligro su vida y su seguridad»* (parte expositiva del Anteproyecto y MJ, en términos caso idénticos). Ahora bien, tal como se ha apuntado al tratar del citado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículo, la persona del inmigrante no es el único bien jurídico protegido en el art. 318 bis CP, sino que también lo es el interés general de controlar los flujos migratorios, con carácter exclusivo además respecto al tipo básico del ap. 1 del art. 318 bis, y concurrente en relación con las demás modalidades agravadas.

La ponderación de esta concurrencia de intereses y la mención en el art. 318 bis 1 CP a que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas se produzca «desde, en tránsito o con destino a España», unido al carácter restrictivo que han de tener los fueros competenciales extraordinarios, y en particular, por su extensión, el de justicia universal, podría haberse decantado la reforma por la alternativa de elegir un punto de conexión conforme al principio real o de protección, añadiendo un supuesto a la lista del apartado 3 del art. 23, lo que haría depender la jurisdicción internacional de los Tribunales españoles a la condición de que el tráfico ilícito de personas tenga como destino inmediato el territorio español o en tránsito a terceros países. Así se evitaría, por una parte, el cierto contrasentido que supone erigir un fuero de jurisdicción universal para la aplicación de un tipo penal que exige el tránsito o destino a España del tráfico de personas; y, por otro lado, que por un único punto de conexión con la jurisdicción penal española constituido por la infracción delictiva, interpretado a la luz de los Convenios internacionales que inspiran de forma explícita la reforma, con desvinculación del tenor del art. 318 bis 1 CP, pueda extenderse la competencia de nuestros tribunales penales a enjuiciar conductas ajenas a los intereses españoles en materia de inmigración ilegal.

d) La opción a favor del principio de protección o del de justicia universal no puede soslayar los pronunciamientos de nuestros Tribunales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1º) Respecto a la extensión extraterritorial de la Ley penal, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia 1362/2004, de 15-11) ha declarado con carácter general que «se justifica por la existencia de intereses particulares de cada Estado, lo que explica que actualmente resulte indiscutible el reconocimiento internacional de la facultad de perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sobre la base del principio real o de defensa o de protección de intereses y del de personalidad activa o pasiva. En estos casos el establecimiento unilateral de la jurisdicción tiene su sentido y apoyo fundamental, aunque no exclusivo, en la necesidad de proveer a la protección de esos intereses por el Estado nacional. Cuando la extensión extraterritorial de la Ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público. A este respecto, es preciso tener en cuenta que en la doctrina del derecho penal internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte de un Tratado. En tales casos se admite que el principio tiene una justificación indudable. Por el contrario, cuando solo ha sido reconocido en el derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional. En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede –como ha quedado dicho– contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales.»



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2º) Por su parte, el Tribunal Constitucional ha rechazado con rotundidad la posibilidad de limitar la aplicación del principio de justicia universal sometiéndola a la concurrencia de otros principios, como los de subsidiariedad, concurrencia o vinculación a intereses nacionales. En la importante Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre -sometida a dura crítica por la STS 2ª 645/2006, de 20 de junio-, aquél declara lo siguiente sobre la jurisdicción internacional para conocer del delito de genocidio: «el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación. Ahora bien, en dicha labor exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la Ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE». Más adelante insiste en que «[l]a persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, F. 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos».

Como colofón a las anteriores consideraciones, debe prevenirse, con carácter general, del peligro que la extensión de la jurisdicción universal puede suponer para las garantías contenidas en los principios de legalidad penal y de seguridad jurídica. La lesión de tales principios se producirá en la medida en que el responsable de esta clase de delitos -que debe tener la posibilidad de formar un juicio de previsibilidad sobre el alcance de las consecuencias jurídicas de sus conductas, de la manera lo más ajustada posible gracias a la propia certeza que debe suministrar la norma- no esté en condiciones de formular ese juicio tras informarse de las normas que conformen su derecho interno. Este fenómeno se dará si el Estado del que el extranjero es nacional no es parte en las convenciones internacionales sobre esta materia, quedando así privado de la posibilidad de conocer la punibilidad de su conducta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

conforme a nuestro derecho y/o su posible persecución extraterritorial por parte de los Tribunales españoles.

Además -y estrechamente relacionado con lo anterior-, la expansión unilateral de la jurisdicción penal internacional puede ser un serio impedimento para oponerse legítimamente a la actuación recíproca por parte de otros Estados que, llegado el caso, extiendan la eficacia espacial de su propio derecho penal y la jurisdicción de sus Tribunales penales, enjuiciando conductas en condiciones que los ciudadanos españoles no han estado en situación de prever.

Finalmente, puede observarse que puntos de conexión complementarios han sido establecidos incluso en relación con el principio de universalidad, así, respecto a la competencia internacional para conocer del delito de mutilación genital femenina [art. 23.4, g) LOPJ], se requiere así mismo que «los responsables se encuentren en España».

Es interesante reproducir lo declarado sobre esta cuestión en la citada STS 2ª 645/2006, de 20 de junio, cuando refiere que los peligros de abuso a los que puede conducir el principio de justicia universal, son los que actualmente inducen a la comunidad jurídica a reflexionar precisamente sobre la necesidad de requerir "puntos de contacto adicionales", que limiten el alcance del principio. Todas estas consideraciones plantean la conveniencia de trasladar la nueva regla de atribución del apartado 4 al apartado 3 del art. 23 LOPJ.

En otro orden de cosas, ha de ponerse de relieve que la asunción de nuevas competencias por vía de extensión de la jurisdicción penal internacional, supondrá un incremento en el número de asuntos de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que conoce la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en cuanto órgano objetivamente competente para enjuiciar los «*delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles*» [art. 65.1º, e) LOPJ], por lo que habrán de preverse las medidas complementarias que sean necesarias para la efectividad de la reforma.

Finalmente, el texto del Anteproyecto debería incluir, al menos, sendas disposiciones finales relativas tanto al título competencial habilitante que ampara la Ley Orgánica conforme a la Constitución, como a su entrada en vigor.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste, y surta efectos, extendiendo la presente en Madrid, a veintisiete de junio del año dos mil siete.